

Franz von Liszt – Obra e influencia

Wolfgang Frisch

Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Abstract*

De entre los grandes penalistas en la transición del S. XIX al XX sobresalen por encima del resto especialmente Karl BINDING y Franz v. LISZT. El primero está vinculado de manera inescindible con la dogmática jurídico-penal y la teoría de las normas. Franz v. LISZT, por el contrario, es considerado habitualmente el gran político-criminal. Esta imagen no es a buen seguro falsa, sin embargo, en lo que se refiere a Franz v. LISZT, su obra y su trascendencia para el Derecho penal contemporáneo, resulta demasiado simplista. El presente trabajo constituye una revisión de esta imagen. Se trata, por un lado, de poner de manifiesto la trascendencia, hoy ampliamente infravalorada, de Franz v. LISZT para el desarrollo del sistema del delito actual, al mismo tiempo que se desacredita el reproche de naturalismo y positivismo que con tanta frecuencia se le dirige al pensamiento de v. LISZT. Por el otro lado, se trata asimismo de relativizar en cierta medida la imagen de v. LISZT como “figura carismática” de la política criminal.

Unter den großen Strafrechtlernder Wende zum 20. Jahrhundert ragen zwei Gelehrte besonders heraus: Karl BINDING und Franz v. LISZT. Karl BINDING ist mit der Strafrechtsdogmatik und der Normentheorie untrennbar verbunden. Franz v. LISZT gilt meist als der große Kriminalpolitiker. Dieses Bild ist sicher nicht falsch, aber in Bezug auf Franz v. LISZT, sein Werk und seine Bedeutung für das Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft zuverkürzt. Der vorliegende Beitrag stellt eine Revision dieses Bildes dar. Dabei geht es zum einen darum, die heute erheblich unterschätzte zentrale Bedeutung Franz v. LISZTs für die Entwicklung des heutigen Straftatsystems herauszuarbeiten sowie den oft erhobenen Vorwurf des Naturalismus und des positivistischen Denkens zu entkräften. Andererseits geht es darum, das Bild von Franz v. Liszt als kriminalpolitische „Lichtgestalt“ etwas zu relativieren.

Among the greatest criminal law experts at the turn of the XX Century two names always appear above all: Karl BINDING and Franz v. LISZT. Karl BINDING is inevitably attached to criminal law doctrine and standards theory. On the contrary, Franz v. LISZT is usually referred to as the great specialist in criminal policy. This approach is not incorrect. However, when it comes to the work of Franz v. LISZT in particular and its significance to contemporary criminal law, this appreciation seems too simplistic. The following paper delineates a review of this image. On one side, this is an attempt to reveal the significance of Franz v. LISZT (nowadays widely underestimated) for the development of the contemporary tripartite system's approach to the analysis of criminal liability («criminal act system») and, simultaneously, an attempt to impeach the accusation of naturalism and positivism that frequently is attributed to v. LISZT's way of thinking. On the other hand, this is an attempt to put in perspective the criminal policy's “charismatic figure” image of v. LISZT.

* Título original: “Franz von Liszt – Werk und Wirkung”. Traducción a cargo de Ivó Coca Vila (Albert-Ludwigs-Universität Freiburg). El presente artículo, que trae causa de la ponencia presentada por el Prof. Frisch primeramente en el simposio dedicado a la figura de Franz v. Liszt en otoño de 2014 en la Universidad de Augsburg y, con posterioridad, en el seminario de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona en invierno del año 2015, ha sido publicado —junto con el resto de ponencias— en KOCH/LÖHNIG (eds.), *Die Schule Franz von Liszts*, Mohr Siebeck, 2016, pp. 1 ss. Esta es la razón que explica las continuas referencias en el texto y en las notas al pie al resto de ponencias contenidas en dicho libro colectivo que, a fin de respetar en su integridad el texto original, no han sido suprimidas en esta versión traducida del trabajo.

Titel: Franz von Liszt – Werk und Wirkung.

Title: Franz von Liszt – Work and Impact.

Palabras clave: v. Liszt, dogmática del Derecho penal, política-criminal, ciencia del Derecho penal.

Stichworte: v. Liszt, Strafrechtsdogmatik, Kriminalpolitik, Strafrechtswissenschaft.

Keywords: v. Liszt, criminal law doctrine, criminal policy, criminal law science.

Sumario

1. Introducción

2. Franz v. LISZT como dogmático penal

2.1. Sobre la obra dogmática de Franz v. LISZT

2.2. Una primera estimación: parámetros correctos e incorrectos

2.3. Franz v. LISZT como fundador del actual sistema del delito

2.4. Franz v. LISZT y la función del Derecho penal

2.5. Las afirmaciones de Franz v. LISZT acerca del contenido de las categorías del sistema

2.6. Sobre la crítica ejercida y posible a la dogmática penal de v. LISZT

3. Franz v. LISZT como político-criminal

3.1. El programa de Marburgo y los sucesivos trabajos político-criminales

3.2. Sobre el efecto de las propuestas de reforma *lisztianas*: lo implantado y lo descartado

3.3. Razones de su éxito y de su fracaso parcial

4. Franz v. LISZT como fundador de la ciencia total del Derecho penal

5. Bibliografía

1. Introducción

De entre los grandes penalistas en la transición del s. XIX al XX sobresalen nuevamente aquí por encima del resto especialmente dos eruditos: Karl BINDING y Franz v. LISZT. Karl BINDING está vinculado de manera inescindible –aunque también de forma exclusiva– con la dogmática jurídico-penal y la teoría de las normas.¹ Franz v. LISZT es considerado habitualmente el gran político-criminal, en muchos aspectos, aún hoy un referente esencial.²

Esta imagen no es a buen seguro falsa. Sin embargo, en lo que se refiere a Franz v. LISZT, su obra y su trascendencia para el Derecho penal y para la ciencia jurídico-penal, resulta algo demasiado simplista. No me refiero tanto al hecho de que las aportaciones de Franz v. LISZT en el ámbito de la política criminal han sido con frecuencia tomadas y presentadas de un modo algo selectivo, de

¹ Vid. al respecto, por ejemplo, Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, pp. 304 ss., 310.

² Por todos, vid. ROXIN, «Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs», *ZStW*, (81), 1969, pp. 613 ss.; EL MISMO, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 32, 33: “[...] nuestro más grande político-criminal”.

modo que ciertas demandas, contempladas aisladamente, pueden suscitar algunas dudas sobre la amplitud de miras y grandeza de su autor. En atención al resto de temas anunciados para esta ponencia, de esta cuestión se hablará seguro en alguna de las ponencias venideras. Ahora me refiero, sobre todo, al hecho de que encasillar a Franz v. LISZT en su rol de político-criminal supondría reducir su papel en exceso, pues ha aportado igualmente cosas relevantes en el ámbito de la dogmática jurídico-penal.³ De hecho, es muy posible que haya influido en la dogmática jurídico-penal actual en mayor medida de lo que lo hiciera Karl BINDING a través de su monumental teoría de las normas. Asimismo, cabe afirmar con total seguridad que tampoco nadie de entre el grupo de científicos del Derecho penal de fines del siglo XIX y principios del siglo XX consiguió dejar su huella de una manera tan profunda e innovadora en la propia comprensión de la ciencia del Derecho penal como lo hiciera v. LISZT, entendida aquélla como una ciencia total y orientada de manera interdisciplinar.

Con esta observación introductoria ha quedado ya trazado el camino por el que habrá de transcurrir mi ponencia. En lo que sigue, pues, se trata de tomar en consideración la obra de Franz v. LISZT desde tres perspectivas distintas y valorar la relevancia e influencia de su obra desde este prisma. Así pues, mi exposición no arranca –de forma plenamente consciente– con la faceta político-criminal de v. LISZT, sobre la que mucho habrá de decirse en este simposio, sino con la dogmática, con la que el propio Franz v. LISZT inició igualmente su carrera académica en 1875, cuando apenas contaba con veinticuatro años.⁴ Posteriormente me ocupo del Franz v. LISZT político-criminal, si bien, en atención al contenido de las ponencias venideras, donde se tratan aspectos especiales de dicha faceta, me limitaré aquí a presentar en este punto una valoración general. Finalmente, quiero concluir mis observaciones poniendo de relieve el significado que Franz v. LISZT ha tenido y todavía tiene para la comprensión actual de la ciencia total del Derecho penal.

2. Franz v. LISZT como dogmático penal

2.1. Sobre la obra dogmática de Franz v. LISZT

Tomando en cuenta su dimensión, lo cierto es que la obra dogmática de Franz v. LISZT es, con diferencia, mucho más modesta que la monumental obra literaria de BINDING.⁵ En el centro de aquélla se sitúa el “*Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*” publicado –por un v. LISZT que acababa de cumplir treinta años– bajo el título “*Das Deutsche Reichsstrafrecht*” en el año 1881 y que sobrevivió a un total de veintidós ediciones hasta la muerte de su autor en el año 1919. En torno a esta obra se agrupan asimismo una serie de escritos dogmáticos y contribuciones en revistas sobre las distintas teorías generales del Derecho penal, los delitos en particular y sobre el proceso penal. Estos escritos fueron publicados en un primer momento en Austria –Liszt había

³ Acertadamente RADBRUCH, «Zur Systematik der Verbrechenslehre», *FG-Frank*, t. I, 1930, pp. 158, 160; GEORGAKIS, *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts*, 1940, pp. 51 s.; una valoración a modo de resumen en HEINITZ, «Franz von Liszt als Dogmatiker», *ZStW*, (81), 1969, pp. 572 ss.

⁴ Vid. el currículum de Franz v. LISZT en Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, pp. 357 a 364.

⁵ Sobre la inmensa dimensión de la obra de BINDING, cfr. por ejemplo Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 1.

estudiado entre 1869 y 1873 en Viena y se había habilitado en 1875 en Graz – y, posteriormente, de forma particular en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, fundada por V. LISZT junto con Adolf Dochow en 1880. Las contribuciones más importantes aparecidas hasta 1904 están recogidas en una obra compuesta por dos tomos y publicada en 1905 bajo el título “*Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*”.

El tratado “compendiado”, publicado por primera vez en 1881, según reconoce el prólogo del propio V. LISZT, estaba concebido en un primer momento únicamente para “la introducción al estudio del Derecho penal del Imperio”.⁶ Su misión no sería “tornar superfluo el recurso a obras más extensas, sino posibilitarlo y facilitararlo”. Ello encontraba adecuada correspondencia en la extensión de la obra: cerca de cuatrocientas sesenta páginas –con un área de impresión reducida– para toda la Parte general y especial. Sin embargo, el plan de V. LISZT no acabó de salir como esperaba. “La profunda discrepancia entre (sus) puntos de vista científicos y los de la doctrina dominante”, como él mismo escribe en el prólogo a la segunda edición (1884),⁷ “había hecho imposible la utilización simultánea de dos tratados”. Así las cosas, optó entonces por dotar a su obra “de plena autonomía [...] a través de una profunda transformación”. A la toma en consideración de la jurisprudencia ya contenida en la primera edición se sumará una intensa discusión con la literatura contemporánea, incluyendo ahora exhaustivas referencias bibliográficas. En muchos pasajes introdujo excursos histórico-jurídicos y de análisis comparado, al mismo tiempo que amplió de un modo considerable las explicaciones dogmáticas. De este modo, la segunda edición había aumentado con un formato de página claramente mayor en unas doscientas páginas. Pese a las múltiples modificaciones ulteriores, la extensión alcanzada en ese momento, cerca de setecientas páginas, se mantendrá hasta la vigésimo segunda edición del tratado. No obstante, quien crea que V. LISZT habría logrado tal hazaña conformándose tras la segunda edición con actualizar su tratado, concentrando sus fuerzas al servicio de la política criminal, yerra profundamente. Dejando ahora a un lado algunas reimpresiones en las que no se alteró el contenido, lo cierto es que V. LISZT fue modificando su tratado de edición en edición. Incluso cuando no existía para ello un motivo aparente, V. LISZT reescribió una y otra vez apartados completos, añadió nuevos, suprimió por consiguiente otros, o los acortó o mantuvo con un formato de letra más pequeña. Hasta justo antes de su muerte en el año 1919, V. LISZT conservó su incesante empeño por dotar al tratado de un contenido acorde con el último estadio de desarrollo de su propia lucha en busca del correcto saber.

2.2. Una primera estimación: parámetros correctos e incorrectos

Quien contemple la obra dogmática de V. LISZT desde el prisma de la dogmática actual no descubrirá en ella nada especialmente destacable. El tratado está construido de la misma manera en la que lo están la mayoría de los actuales. Comienza con algunas explicaciones sobre la esencia del Derecho penal, a las que siguen elucidaciones 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

⁶ Cfr. V. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, p. V (Vorwort).

⁷ Cfr. V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1884, p. III.

con las teorías de la pena).⁸ Tras algunas explicaciones intercaladas sobre las fuentes del Derecho penal, le sigue en un primer libro de la parte general la formulación del concepto de crimen [*Verbrechen*] (hoy: el delito o hecho punible [*Straftat*]), para la 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 definición básica le suceden algunas reflexiones sobre las formas individuales de aparición de la acción criminal (esto es, conminada con pena), en las que se abordan la consumación y la tentativa, la autoría y la participación, así como los casos de unidad y de pluralidad de la acción criminal. El segundo libro de la parte general trata la pena con sus diferencias, los marcos penales y su medición. La parte especial, a modo de esquema clasificatorio [*Einteilungsraster*], se orienta en función de los bienes jurídicos protegidos por las leyes penales. No obstante, en el lugar de una primera tetrapartición pronto aparecerá una división elemental en dos únicos grupos, es decir: las acciones punibles contra bienes jurídicos del individuo y las acciones punibles contra bienes jurídicos de la generalidad.⁹

Si se compara este catálogo temático y los conceptos rectores utilizados por Franz V. LISZT con los tratados actuales es evidente que no se encuentra en V. LISZT apenas nada digno de mención. Es más, atendiendo a la riqueza en detalles, la exposición de V. LISZT se queda incluso por detrás de los buenos manuales dogmáticos actuales. No obstante, quien pretenda derivar de aquí que V. LISZT no ha aportado como dogmático nada remarcable estaría incurriendo en un grave error. El hecho de que los actuales catálogos de temas esenciales del Derecho penal, los conceptos rectores del delito y su orden estructural, así como el esquema clasificatorio de nuestra Parte general y especial sean hoy justamente como los conocemos, constituye posiblemente una de las grandes contribuciones de Franz V. LISZT.

Lo anterior se torna evidente cuando se compara la obra dogmática de Franz V. LISZT con aquello con lo que se la ha de comparar —si es que se quiere valorar de manera adecuada su aportación dogmática—, esto es, con la literatura dogmática jurídico-penal de *su* tiempo. En muchos manuales de aquella época ni siquiera se tematiza la cuestión de la función de la pena estatal, problema capital desde el prisma de la teoría del Estado. La mayoría de los manuales se encontraban por entonces claramente alejados de la sistemática transparente del delito de V. LISZT.¹⁰ Títulos inexpresivos —como “el crimen en relación formal” o “el crimen en relación material”¹¹ o “el crimen como un todo”¹²— suplen categorías sustanciales, y puesto que la sistemática cambia de autor en autor, con frecuencia se tratan problemas idénticos bajo rúbricas sistemáticas completamente distintas. Y no son pocos los autores que comienzan por entonces la discusión sobre los presupuestos del delito con la cuestión de la voluntad contraria a Derecho y

⁸ Así en la 1ª ed., de 1881; las explicaciones sobre las funciones del Derecho penal se encuentran en las ediciones posteriores, en parte, tras las que se refieren a la historia del Derecho penal (cfr. por ejemplo la 11ª ed. de 1902, pp. 53 ss.); la última (21ª/22ª ed.) sigue de nuevo el modelo expositivo de la 1ª ed., (vid. 21ª/22ª ed., pp. 1 ss., 3 ss.).

⁹ Cfr. al respecto la 1ª ed., pp. 229 ss., y la 11ª ed. y 21ª/22ª ed., pp. 285 ss., 282 ss., respectivamente.

¹⁰ Cfr. por ejemplo el *Grundriß des deutschen Strafrechts* de BINDING (aquí en la) 6ª ed., 1902; y los tratados de HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881; MERKEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1889; y WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht*, 1881.

¹¹ Así, por ejemplo, HÄLSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 1881, pp. 201 ss., 448 ss.

¹² Así, por ejemplo, WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht*, 1881, pp. 195 ss.

la imputabilidad del autor, o tratan la vertiente de la culpabilidad del delito antes de haberse posicionado respecto a la vertiente del hecho.¹³

2.3. Franz v. LISZT como fundador del actual sistema del delito

El que a día de hoy haya desaparecido toda la confusión sistemática propia de la teoría del delito de la segunda mitad del siglo XIX no se lo debemos a los autores que sustentaron precisamente tales concepciones sistemáticas. Tampoco hemos de agradecersele al gran dogmático jurídico-penal, Karl BINDING, quien, por el contrario, contribuyó enérgicamente a esta confusión.¹⁴ Es a V. LISZT a quien le debemos que ya en la primera edición de su “compendiado” tratado confrontara en un lenguaje elegante y con una frescura juvenil y una adecuada porción de osadía todos estos sistemas, formulados en su mayor parte de manera densa y complicada, con un sistema sencillo y claro. Para ello, v. LISZT tomó como punto de partida la acción como *genus proximum*, que a continuación es determinada y delimitada a través de la *differentia specifica* (antijuridicidad, culpabilidad y conminación penal). De este modo, se servía de un método también usual en las ciencias de la naturaleza, que no solo garantizaba transparencia y precisión, sino que al mismo tiempo se correspondía con el ideal científico del momento.¹⁵ Además, la anteposición y examen de un estado de cosas objetivo problemático antes del análisis —y en el proceso penal: de la indagación— de lo subjetivo casaba mejor con el pensamiento jurídico-práctico y jurídico-estatal de lo que lo hacían los sistemas que procedían por aquel tiempo en un sentido parcialmente inverso. Así las cosas, no puede sorprender que el sistema *lisziano* fuera desbancando paulatinamente a los sistemas usuales por entonces y que constituya todavía hoy la estructura marco para la localización y la discusión de los problemas jurídico-penales. Naturalmente, para que el pensamiento de v. LISZT acabara por imponerse fue imprescindible asimismo el apoyo de otros autores. Ernst BINDING¹⁶ desempeñó en este proceso un papel central, del mismo modo que lo tuvieron los discípulos de LISZT, en especial, Eberhard SCHMIDT,¹⁷ GRAF ZU DOHNA¹⁸ y Robert v. HIPPEL.¹⁹

¹³ Vid. por ejemplo, sobre lo primero, WÄCHTER, *Deutsches Strafrecht*, 1881, pp. 129 ss.; también MERKEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1889, pp. 49 ss., 65 ss.; sobre lo segundo BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, 6ª ed., 1902, pp. 105 ss., 116 ss.

¹⁴ Cfr. solo los títulos en BINDING, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, 6ª ed., 1902, donde, por ejemplo, la legítima defensa y el estado de necesidad (pp. 149 ss.) son tematizados *tras* la “Vertiente de la culpabilidad del delito” (pp. 105 ss.), la “Imputación a la culpabilidad” (pp. 128 ss.) y los concursos (pp. 129 ss.); mientras que la teoría de la autoría y la participación se esconde bajo el inexpressivo título “El sujeto real del delito” (pp. 132 ss.).

¹⁵ Sobre este método, escogido por Franz v. LISZT con plena conciencia, cfr. por ejemplo, v. LISZT, «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch», *ZStW*, (6), 1886, p. 663 = *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 212, 215 s., 238 s.; parcialmente crítico con la idoneidad del método para el Derecho penal (comparando el sistema de v. LISZT y BINDING con el sistema de Linneo para las plantas) SCHMIDHÄUSER, *Lb-AT*, 2ª ed., 1975, 7/3 (p. 162).

¹⁶ Cfr. en especial BELING, *Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 5 ss., quien completa el sistema de LISZT al intercalar entre la acción como *genus proximum* y la *differentia specifica* de la antijuridicidad de la acción su tipicidad (en especial, pp. 20 ss.), dando así una nueva forma al sistema de LISZT hasta convertirlo en el utilizado a día de hoy casi de manera universal. Completando lo anterior, vid. asimismo BELING, *Grundzüge des Strafrechts*, 11ª ed., 1930, pp. 12 ss., 21 ss.

¹⁷ Cfr. su revisión de las ediciones 23 a 26 del tratado de LISZT, por ejemplo, v. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 26ª ed., 1932, pp. 153 ss., 173 ss., 220 ss., 293 ss.

¹⁸ GRAF ZU DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenlehre*, 1936, 2ª ed., 1941, pp. 11 ss., 14 ss., 27 ss.

¹⁹ R. VON HIPPEL, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932, pp. 3 ss., 89 ss., 106 ss., 126 ss., 147 ss.

Sea como fuere, sería erróneo circunscribir el importante papel de v. LISZT para la dogmática jurídico-penal actual a la formulación de los catálogos temáticos centrales del Derecho penal, así como al hecho de haber puesto de relieve el esqueleto básico de la teoría del delito todavía hoy vigente. v. LISZT también sostuvo planteamientos significativos sobre los distintos temas que trató e integró de contenido las estructuras básicas de un modo todavía relevante a día de hoy. En el marco de esta ponencia tan solo puedo mostrar lo acabado de afirmar de la mano de algunos ejemplos.

2.4. Franz v. LISZT y la función del Derecho penal

Las afirmaciones de Franz v. LISZT sobre la función y el fin del Derecho penal constituyen un primer ejemplo de su importancia a día de hoy. Aquéllas se basan en la idea —recalcada por su autor en repetidas ocasiones— de que el “Estado y el Derecho (...) están aquí al servicio de los hombres” — y no, por ejemplo, al revés.²⁰ “El Derecho aspira” en su opinión a “la protección de aquellos intereses, para cuya salvaguarda y fomento se han unido los individuos en una comunidad estatal”. Para v. LISZT, estos intereses se convierten a través de su reconocimiento jurídico y la protección por parte del Derecho en “bienes jurídicos”, los cuales habrían de distinguirse claramente de los objetos reales, sobre los que se materializa un menoscabo conforme a las leyes de la causalidad.²¹ El Derecho conseguiría esta protección “a través de la coacción en un doble sentido: la coacción física directa, la violencia inmediata” y la “coacción psíquica indirecta, la motivación”.²² El Derecho penal tomaría parte en este programa de protección a través del instrumento de la pena. En el nivel de la conminación penal ello tendría lugar mediante la coacción motivacional indirecta; tras el delito cometido, básicamente, a través de la pena, en tanto que injerencia en los bienes jurídicos del autor que pretendería apartarlo de la comisión de nuevos delitos. Esto último podría conseguirse o bien a través del efecto motivacional intimidatorio (la pena también está dirigida a la generalidad), o bien a través de la corrección del autor o de la protección de los bienes jurídicos que éste amenaza.²³ Así las cosas, el Derecho penal aspiraría —como mínimo tras el delito acaecido— a la protección de bienes jurídicos a través de su lesión. Aquí residiría —así Franz v. LISZT— el problema característico de esta forma de salvaguardar bienes,²⁴ que obligaría por lo tanto a recurrir al Derecho penal siempre de forma ahorrativa y solo donde resultara indispensable.²⁵

Es fácil advertir que v. LISZT ha desempeñado a través de esta afirmación sobre el fin del Derecho penal un papel decisivo en nuestra actual comprensión de su función y fin. Aun así, ya antes de

²⁰ Cfr. por ejemplo, v. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, pp. 2 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21^a/22^a ed., 1919, p. 4; EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 212, 223 (sobre el concepto de bien jurídico de BINDING).

²¹ Sobre esta distinción (en discusión con BINDING), v. LISZT, *ZStW*, (6), 1886, pp. 663 ss. = *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 212, 222 s., 224 s.

²² Cfr. v. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, p. 3; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21^a/22^a ed., 1919, pp. 4 s.

²³ Cfr. v. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, pp. 3 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21^a/22^a ed., 1919, pp. 6 s.; sobre los pretendidos efectos, con detalle, v. LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *ZStW*, (3), 1882, pp. 1 ss. = *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 163 ss.

²⁴ Cfr. v. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, pp. 3 s.; EL MISMO, *ZStW*, (3), 1882, pp. 1 ss. = *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 161 ss.

²⁵ v. LISZT, *ZStW*, (3), 1882, pp. 1, 31 s. = *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 160 s.

v. LISZT²⁶ puede encontrarse en la literatura jurídico-penal la idea de que el Derecho penal aspira a la protección de bienes jurídicos, como también se puede leer esta misma idea en varios de sus autores contemporáneos.²⁷ Ahora bien, lo que apenas es posible encontrar en otros autores, tampoco en el gran Karl BINDING,²⁸ son estas afirmaciones expresadas de manera tan diáfana, con base en una elaboración precisa del concepto de bien jurídico e integradas todas ellas en una comprensión decididamente instrumental del Estado y del Derecho. Franz v. LISZT formuló en este punto algunas ideas con una claridad tal que, tras verse interrumpido su desarrollo por una concepción estatal y jurídica serviles del Estado y de la comunidad, únicamente volverán a aparecer de un modo análogo tras la Segunda Guerra mundial, por ejemplo, en los trabajos de Roxin, Rudolphi y algún otro autor sobre la función y el fin del Derecho penal basados en las comprensiones instrumentales del Estado propias de la Ley Fundamental.²⁹ Y lo cierto es que, a diferencia de estas nuevas concepciones, la comprensión del Derecho penal y de la pena como medio para la protección de bienes jurídicos de Franz v. LISZT no ha sido realmente puesta en cuestión por las críticas que una y otra vez se han dirigido contra la orientación del Derecho penal al servicio de la protección de bienes jurídicos: dado que el Derecho penal llegaría demasiado tarde como para proteger bienes,³⁰ éste serviría (primariamente) no a la protección de tales bienes, sino a la confirmación de la vigencia de la norma infringida.³¹ Y ello porque en Franz v. LISZT, a diferencia de lo que les sucede a los modernos representantes de la confirmación de la norma preventivo-general, la pena tiene también en el nivel de su imposición y ejecución una función decididamente protectora, ésta tiende fundamentalmente a la protección de bienes jurídicos frente a hechos futuros del autor e, incluso, desde una perspectiva preventivo general, está concebida esencialmente en atención a su efecto motivador directo en el autor potencial.³²

Lo que se le puede objetar a las afirmaciones de Franz v. LISZT sobre el fin y la función del Derecho penal y de la pena es algo completamente distinto. Su concepto del Derecho penal y de la pena es demasiado unilateral y exageradamente naturalístico. Está concentrado en exceso en el efecto preventivo real de la pena y del Derecho penal y, con ello, pasa por alto las importantes, cuando no incluso principales, funciones ideales que tiene la pena, en tanto que confirmadora de la norma y capaz de evitar un daño a su validez tras la comisión de un hecho.³³ Aun así, este

²⁶ Por ejemplo en BIRNBAUM, «Über den Begriff der Rechtsverletzung», *Archiv des Criminalrechts, Neue Folge*, t. 15, 1834, pp. 149 ss. Sobre el desarrollo del concepto de bien jurídico, con detalle, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 38 ss.

²⁷ Cfr. por ejemplo, MERKEL, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 1889, pp. 16 ss., 20 s.; Vid. asimismo ya BINDING, *Die Normen*, t. 1, 1872, citado a partir de la 2ª ed., 1890, pp. 338 ss.

²⁸ Sobre la crítica a la teoría de los bienes jurídicos de BINDING, cfr. por ejemplo AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 77 ss., 82 s.; y sobre la teoría del bien jurídico de LISZT, en el mismo lugar, pp. 82 ss., pp. 87 ss.

²⁹ Cfr. por ejemplo, ROXIN, «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *JuS*, 1966, pp. 377, 381 s.; EL MISMO, *Strafrecht AT I*, 4ª ed., 2006, § 2, nm. 7 ss.; RUDOLPHI, «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», *FS-Honig*, 1970, pp. 151, 159 ss.; EL MISMO, «§ 1», *SK-StGB*, 8ª ed., 2012, (26ª ent. 1993), nm. 1, con ulteriores referencias.

³⁰ Cfr. por ejemplo WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., 1969, p. 3.

³¹ Cfr. por ejemplo, JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 13, nm. 9 s.; EL MISMO, «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?», *FS-Saito*, 2003, pp. 17 ss.

³² Cfr. al respecto solo v. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, pp. 3 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., 1919, pp. 6 s.

³³ Vid. al respecto, con detalle, FRISCH, «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH», en ROXIN/WIDMAIER (eds.), *50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft*, t. IV, 2000, pp. 269, 286 ss.; FREUND, *AT*, 2ª ed., 2009, § 1 nm. 8 ss.; JAKOBS, *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 24 ss.; PAWLIK, *Person, Subjekt, Bürger*, 2004, pp. 55 ss., 76 ss.; EL MISMO, *Das Unrecht*

déficit, que décadas después todavía es posible advertir en el planteamiento de muchos autores (y sobre todo entre los criminólogos), no es óbice para señalar que las aseveraciones de Franz V. LISZT sobre el fin y la función del Derecho penal y de la pena contenían ya aspectos realmente innovadores.

2.5. Las afirmaciones de Franz v. LISZT acerca del contenido de las categorías del sistema

En lo que se refiere al concepto de delito, Franz v. LISZT no solo ha contribuido a la determinación y estructuración de los presupuestos fundamentales del hecho punible. También ha influido de manera decisiva en muchos aspectos de la integración de contenido de las categorías del sistema.

Lo anterior vale ya para el concepto de acción, el cual, a causa de su determinación naturalística, le supuso a v. LISZT algunos ataques e incluso burlas.³⁴ La crítica, que posiblemente ha leído a v. LISZT de manera fragmentaria, pasa por alto que, junto con el así llamado concepto amplio de acción, que incluye asimismo la modificación del mundo exterior y que, básicamente, está pensado como concepto básico para los delitos de resultado, ya en la primera edición de su tratado v. LISZT reconoce de manera decidida también un concepto de acción en sentido estricto, válido para todos los delitos.³⁵ Éste no requeriría nada más que un “movimiento corporal voluntario”. A partir de la segunda edición, el movimiento corporal se convierte en una conducta voluntaria que abarca tanto el hacer positivo como la omisión.³⁶ Es evidente que este requisito de la acción, y que en las ediciones posteriores se presentará por desgracia de forma algo menos clara, es precisamente lo que la doctrina dominante todavía hoy considera como acción en el sentido de los tipos jurídico-penales.³⁷ Esta concepción ha resistido tanto a los ataques del finalismo como a los de la teoría social de la acción. Quien acuse a v. LISZT de naturalista con base en su concepto de acción, debería dirigir esta misma crítica no solo contra él, sino también contra la doctrina dominante en la actualidad. Con ello se pasa por alto además que una parte de naturaleza como objeto de valoración para cada hecho punible es siempre irrenunciable. Evidentemente, se precisan de ulteriores criterios normativos o normativamente fundados para concretar qué es además necesario para que una circunstancia naturalística pueda ser vista como un hecho punible. Como era de esperar, ello lo advierte también v. LISZT con meridiana claridad,

des Bürgers, 2012, pp. 116 ss.; exhaustivamente, con ulteriores referencias, FRISCH, «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung», *GA*, 2014, pp. 484, 493 s.; así como EL MISMO, «Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel», *GA*, 2015, pp. 65 ss.

³⁴ En especial, se repite con frecuencia el reproche según el cual sería imposible advertir la acción de la injuria en la producción voluntaria de ondas sonoras, como sugeriría (cfr. también la referencia de v. LISZT a la producción de ondas sonoras como efecto externo, v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 11ª ed., 1900, pp. 109 ss., [= § 28 II 2.] y ya en la 2ª ed., 1884, pp. 107 s.), el advertir la esencia de la acción en un movimiento voluntario con efectos en el mundo exterior; al respecto vid. RADBRUCH, *FG-Frank*, v. I, 1930, pp. 158, 161; ROXIN, «Zur Kritik der finalen Handlungslehre», *ZStW*, (74), 1962, p. 515, = *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, 1973, pp. 72, 82 s.; y WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, p. 38.

³⁵ Cfr. v. LISZT, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, pp. 70, 72 s.

³⁶ v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1884, pp. 104 s., 107 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 11ª ed., 1900, p. 102.

³⁷ Con la única diferencia de que muchos vinculan todavía al comportamiento voluntario, entre otros, un significado social (concepto social de acción) o una finalidad (concepto final de acción), aunque estos apéndices son objeto de controversia. Solo existe acuerdo en relación con el comportamiento voluntario. En favor de la exigencia de un comportamiento de esta clase como condición suficiente para la acción, vid. también BVerfG NJW 1994, 2412. Aquello que un comportamiento adicionalmente ha de presentar se describe y cumple correctamente solamente a partir de las exigencias típicas.

quien, de forma consecuyente, toma en consideración este objeto de valoración en ulteriores niveles a partir de criterios especiales de valoración. Evidentemente se puede proceder de un modo distinto, a saber, incluyendo estas valoraciones o una parte de ellas ya en la acción misma.³⁸ Pero lo que no cabe es rechazar exclusivamente la primera vía por su naturalismo, pues aquélla es tan normativa como la otra. Lo que se contrapone aquí es, más bien, un pensamiento segmentado con uno más global (y por consiguiente, un concepto de acción más pobre en detalles y uno más saturado: la acción como sinónimo del hecho punible). En mi opinión existen buenas razones para aferrarnos a aquel pensamiento clasificatorio patrocinado por V. LISZT y que tanto criticaron los llamados “pensadores de la totalidad” [*Ganzheitsdenkern*]³⁹ durante el tercer Reich.

También en lo que se refiere al concepto mismo de omisión le debemos a V. LISZT puntos de vista fundamentales. Ya en la primera edición de su tratado escribe –asumiendo planteamientos de Luden⁴⁰ que apenas habían sido hasta entonces tomados en consideración–, que el omitir no es solo un no-hacer, sino el no-hacer algo esperado,⁴¹ por lo que el núcleo de la discusión sobre la omisión no se hallaría en el problema de la causalidad (de la omisión), cuestión enérgicamente discutida por la literatura del momento, sino en la concreción de las expectativas jurídicas y de las circunstancias que las desencadenarían.⁴² Esta clase de afirmaciones todavía pueden leerse hoy en día en los tratados y comentarios más significativos.⁴³ Las ediciones posteriores del tratado incorporan gradualmente una descripción de las circunstancias que darían lugar a un deber de actuar, descripción en absoluto positivista, sino basada en principios jurídicos fundamentales, en especial, en lo que se refiere al deber jurídico tras un actuar precedente.⁴⁴ En las ediciones posteriores V. LISZT resuelve asimismo el problema de la causalidad: el intento inicial de aprehender la omisión como la condición necesaria en conexión con las fuerzas que determinan la producción del resultado⁴⁵ queda ahora abandonado;⁴⁶ el problema se descubre como un problema aparente, se trataría simplemente, así lo entiende V. LISZT, de un problema “análogo” al de la causalidad, a saber, la cuestión es si el actuar esperado habría evitado la producción del resultado.⁴⁷ Esto es justamente a lo que nos referimos –de un modo en absoluto positivista– cuando hablamos en este ámbito a día de hoy de la (cuasi)causalidad.

³⁸ Así opera, por ejemplo, JAKOBS, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, *passim*, en especial, pp. 41 ss.

³⁹ Cfr. por ejemplo DAHM/SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, 1933: “toma en consideración del conjunto o de la esencia” como método; al respecto EB. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, pp. 384, 426, 429.

⁴⁰ Cfr. LUDEN, *Abhandlungen*, t. 2, 1840, p. 221.

⁴¹ Cfr. V. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, pp. 80 s.; relativizándolo en la 2ª ed. del *Lehrbuch*, 1884, p. 113 (en especial en la nota 2), vid. sin embargo también allí la p. 116.

⁴² Al respecto, V. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, pp. 81 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1884, pp. 116 s.

⁴³ Cfr. por ejemplo RUDOLPHI, «Vor § 13», *SK-StGB*, 3ª ed., 1981, nm. 1: “El omitir no es nunca un mero no hacer, sino siempre la no realización de una determinada acción esperada”.

⁴⁴ V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 11ª ed., 1902, pp. 112 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14ª/15ª ed., 1905, pp. 133 ss.

⁴⁵ Cfr. V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1884, p. 115.

⁴⁶ Cfr. V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14ª/15ª ed., 1905, p. 135: “cuando hablamos de causar omitiendo se trata de un uso del lenguaje inexacto”.

⁴⁷ Cfr. V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14ª/15ª ed., 1905, p. 132; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., 1919, p. 126.

Franz V. LISZT ha contribuido también de un modo fructífero y en un doble sentido a la configuración de la contrariedad a la norma o de la antijuridicidad de la acción. Como ya escribe en la primera edición de su tratado,⁴⁸ en parte influido por BINDING, una conducta es contraria a la norma, no solamente cuando cumple los presupuestos de la norma que subyace al tipo penal (por éste presupuesta), sino también cuando está unida al peligro de conducir a unos hechos que cumplan sus presupuestos, o cuando está dirigida al cumplimiento de tales hechos. Esta comprensión de la contrariedad a la norma, todo menos positivista, constituye –como orientación de la acción a la realización del tipo que integra la norma– no solo el fundamento para una calificación de las acciones de tentativa como contrarias a la norma. La contrariedad a la norma de un comportamiento en virtud del peligro de la provocación de una situación que integra la norma contiene ya, desde la perspectiva actual, el pilar de apoyo esencial para una teoría de la imputación objetiva del resultado. Y ello pese a que el propio V. LISZT no lo hubiera advertido con la suficiente claridad⁴⁹ y por lo tanto solo recurra a dicho aspecto para calificar como contrarios a la norma aquellos comportamientos que terminan con una mera creación de peligro, por ejemplo, con la producción de un resultado de peligro. Desgraciadamente V. LISZT suprimió o relativizó una parte de estas afirmaciones en ediciones posteriores y, con ello, aplacó probablemente (de nuevo) la posterior discusión. En el ámbito de las circunstancias que excluyen la antijuridicidad, en el que V. LISZT en un primer momento se conformó con explicar las clásicas causas de justificación ancladas positivamente, se advierte algo digno de mención y que sobresale por encima de la literatura manualística del momento, sobre todo, desde las ediciones decimocuarta y decimoquinta en el año 1905. Bajo la influencia evidente de su discípulo Graf zu Dohna,⁵⁰ es V. LISZT el primer tratadista que acoge la teoría de la antijuridicidad material y la vincula con una idea central propia, a saber, que el Estado tendría como función proteger bienes jurídicos.⁵¹ Esta función elemental precisaría de una regla cuando los bienes jurídicos protegidos colisionan entre sí. La correspondiente regla solo podría afirmar que en un caso como éste, el interés de menor valor tendría que ceder cuando solo así el de mayor valor puede ser conservado. La injerencia en el bien de menor valor constituiría un medio adecuado para la consecución de un (según los fines del ordenamiento jurídico) fin legítimo, el cual priva al comportamiento en cuestión de su antijuridicidad material.⁵² Como es sabido, en pensamientos de esta misma naturaleza se basó también el Tribunal del Imperio para la justificación de la interrupción del embarazo en estado de necesidad suprallegal.⁵³ Y en lo esencial, el estado de necesidad justificante regulado hoy en día en el § 34 StGB se basa en este mismo planteamiento.

A primera vista, Franz V. LISZT parece haber aportado claramente menos ideas relevantes en lo que se refiere al nivel sistemático de la culpabilidad. A causa de sus reservas frente a la asunción

⁴⁸ Sobre lo que sigue, cfr. V. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, pp. 8 s.

⁴⁹ V. LISZT no utiliza el concepto de imputación en el sentido de la teoría actual de la imputación objetiva del resultado, sino en conexión con la exigencia de la culpabilidad: imputar significa “atribuir un resultado a la culpabilidad de un hombre”; vid. V. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, p. 79.

⁵⁰ GRAF ZU DOHNA, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeines richtiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen*, 1905.

⁵¹ Cfr. al respecto *supra* 2.4., con más referencias.

⁵² Cfr. V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14^a/15^a ed., 1905, pp. 139 s., quien al mismo tiempo advierte que se trataría aquí de una regla que el legislador encuentra dada. Sin embargo, en caso de que el legislador la desconozca, el juez está pese a ello sujeto a la ley (p. 140).

⁵³ Cfr. RGSt 61, 242, 253 ss.

del libre albedrío,⁵⁴ se mostró siempre reticente a denominar a la culpabilidad, en consonancia con Reinhard Frank, como reprochabilidad,⁵⁵ por lo que la comprensión de la culpabilidad hoy reinante no se la debemos a v. LISZT. Sin embargo, deducir de aquí que su visión para la discusión de la culpabilidad actual es irrelevante sería a todas luces precipitado. Al contrario, Franz v. LISZT ha desempeñado aquí un importante papel precursor, si bien no para la concepción dominante, sino para el grupo de autores –hoy nuevamente en auge– que, bajo el influjo de las investigaciones neurobiológicas, rechazan –ahora igual que antes– la asunción del libre albedrío o que se enfrentan a éste de manera escéptica.⁵⁶ Estos autores recurren a conceptos para la denominación de la culpabilidad y de sus presupuestos muy parecidos a los acuñados por Franz v. LISZT, lo cual indica que también en este punto, como mínimo, v. LISZT concibió y formuló de manera precisa qué significa o puede significar la culpabilidad para el Derecho penal cuando uno se aproxima a las premisas del libre albedrío de manera escéptica. Para v. LISZT, la imputabilidad como condición para la asunción de la culpabilidad está vinculada a la capacidad de motivación del autor;⁵⁷ una perspectiva que también hoy comparten los escépticos del libre albedrío al atribuir tan solo la culpabilidad a aquél que es asequible a través de normas.⁵⁸ En el fondo, también la descripción actual de la así llamada capacidad de culpabilidad como capacidad de control [*Steuerungsfähigkeit*] no está muy alejada de esta concepción. El propio v. LISZT denomina en ocasiones a la culpabilidad como la responsabilidad –fundamentada sobre la comisión dolosa o imprudente del hecho– por el suceso llevado a cabo por el autor.⁵⁹ Posteriormente acentúa de forma más intensa la actitud interna del autor que se extrae del hecho frente al Ordenamiento jurídico y advierte por consiguiente la esencia de la culpabilidad en la actitud interna antisocial del autor contenida en el hecho.⁶⁰ Ambas comprensiones del concepto asoman todavía hoy en autores que tratan de desarrollar una concepción de la culpabilidad independiente del libre albedrío.⁶¹ Por el contrario, resulta en vano buscar en Franz v. LISZT como parte de la culpabilidad la no concurrencia de las llamadas causas de exclusión de la culpabilidad [*Entschuldigungsgründe*]. Las eximentes hoy así denominadas aparecen en su obra como meras

⁵⁴ Cfr. ya v. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, pp. 4 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21^a/22^a ed., 1919, pp. 21 s., 153, 157; es asimismo interesante la distinción entre conceptos de libre albedrío en EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2^a ed., 1884, pp. 137 s.

⁵⁵ Cfr. FRANK, *Aufbau des Schuldbegriffs*, *Gießener Festschrift*, 1907, p. 15.

⁵⁶ Vid. al respecto, con detalladas referencias, FRISCH, «Zur Zukunft des Schuldstrafrechts – Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften», *FS-Kühl*, 2014, pp. 187 ss.

⁵⁷ Cfr. v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2^a ed., 1884, p. 136; “La capacidad de imputación es la posibilidad de determinación normal por motivos”; posteriormente se alude a la “posibilidad de determinación a través de la norma”, cfr. por ejemplo EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14^a/15^a ed., 1905, p. 158.

⁵⁸ Cfr. por ejemplo ROXIN, *AT I*, 4^a ed., 2006, § 19, nm. 36 s.: “Culpabilidad como actuación injusta pese a la existencia de asequibilidad normativa”, quien expresamente se ve en este punto enmarcado “en la tradición de Franz von Liszt”.

⁵⁹ Cfr. por ejemplo v. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, p. 95; denominada en: EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14^a/15^a ed., 1905, “culpabilidad en un sentido formal”; vid. también EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21^a/22^a ed., 1919, p. 151.

⁶⁰ Cfr. por ejemplo v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14^a/15^a ed., 1905, pp. 157 s.: “(...) la carencia reconocible en el hecho de la necesaria actitud para la convivencia en sociedad”.

⁶¹ Cfr. por ejemplo (culpabilidad como responsabilidad) ROXIN, *AT I*, 4^a ed., 2006, § 7, nm. 29, 71, § 19, nm. 16 s.; en el sentido de la culpabilidad como la actitud jurídicamente desaprobada que se desprende del hecho, por ejemplo, GALLAS, «Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen», *ZStW*, (67), 1955, pp. 1, 45; asimismo, por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, *Lb-AT*, 5^a ed., 1996, § 38 II. 5.; crítico al respecto, ROXIN, *AT I*, 4^a ed., 2006, § 19, nm. 24 ss.

causas de exclusión de la punibilidad [*Strafausschließungsgründe*].⁶² De haber quedado así, la dogmática jurídico-penal se habría ahorrado probablemente la —en mi opinión— poco fructífera discusión sobre los llamados componentes preventivos de la culpabilidad.⁶³ Puesto que resulta una trivialidad el que las circunstancias basadas en la falta de necesidad de pena han de conducir a su exclusión.⁶⁴ En realidad, solo la previa inclusión de estas circunstancias en la culpabilidad hace realmente de la cuestión un problema.

Con lo anterior pongo punto y final a esta ilustración a través de ejemplos del papel de Franz V. LISZT para la dogmática jurídico-penal. En las postrimerías de este apartado, en vez de completar lo dicho hasta el momento con ulteriores ejemplos de sus fértiles e innovadoras prestaciones y su influencia en la dogmática actual, me parece más interesante ocuparme brevemente de una parte de la crítica que se le ha dirigido a la dogmática de V. LISZT y de la que cabe en mi opinión formularle.

2.6. Sobre la crítica ejercida y posible a la dogmática penal de v. Liszt

A V. LISZT le fue reprochado una y otra vez el supuesto naturalismo de su dogmática y su pensamiento positivista.⁶⁵ Durante el tercer Reich fue fundamentalmente criticado por su pensamiento divisionista [*Trennungsdenkens*]. El que este último reproche, así como su preferencia por el pensamiento total [*ganzheitlichen Denken*], esté basado en un postulado metodológico problemático, no precisa aquí de ulteriores explicaciones. No obstante, también los reproches por un excesivo naturalismo o un pensamiento puramente positivista han de ser valorados ahora de un modo crítico.

El reproche del *naturalismo*, que con tanta frecuencia se formuló contra el *proyecto de sistema* de V. LISZT,⁶⁶ únicamente encuentra en mi opinión una justificación parcial.⁶⁷ Franz V. LISZT determina

⁶² Cfr. por ejemplo V. LISZT, *Das deutsche Reichstrafrecht*, 1881, pp. 91, 125; el estado de necesidad en el sentido del § 54 StGB (versión antigua) es considerado igualmente por V. LISZT como excluyente de la antijuridicidad, lo que resulta problemático, cfr. *ob. cit.*, pp. 93 s.; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., 1919, p. 143; en un sentido distinto la teoría de la diferenciación en V. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25ª ed., 1927, § 34 (I. 3. b = pp. 191 ss.).

⁶³ Al respecto, por ejemplo, JAKOBS, *Schuld und Prävention*, 1976, pp. 8 ss., y *passim*; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1991, 20, nm. 3 s.; ROXIN, *AT I*, 4ª ed., 2006, § 19, nm. 3, § 22, nm. 4, 6, 11; EL MISMO, «Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», *FS-Bockelmann*, 1979, pp. 279, 293 ss.

⁶⁴ Al respecto, con más detalle, FRISCH, «Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem», *FS-Beulke*, 2015, pp. 111 s.; EL MISMO, *GA*, 2015, pp. 65, 82, 84 s.

⁶⁵ Cfr. en especial WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, pp. 22 ss.; SCHÜNEMANN, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 18 ss.; asimismo MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, pp. 93 ss.; sin embargo, vid. también AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, 1972, pp. 91 ss., quien advierte de una “intelectualización” o “espiritualización” en la teoría del bien jurídico de LISZT, y para una valoración tendencialmente positiva, GEORGAKIS, *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts*, 1940, pp. 9 ss., 42 ss.

⁶⁶ Muy claramente en WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, p. 38; y en SCHÜNEMANN, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, pp. 18 ss.

⁶⁷ En todo caso, el reproche resulta fundado frente a su concepto de acción y su concepto del tipo “libre de valoración” (y con ello naturalístico); tampoco es cierto que en V. LISZT la culpabilidad se agote en una relación subjetiva con el suceder objetivo (así, sin embargo SCHÜNEMANN, *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, 1984, p. 20); ya en la 1ª ed., habla de la responsabilidad (un concepto normativo), que solo presupondría una relación subjetiva (en forma de dolo o imprudencia). Tampoco estimo fundada la afirmación según la cual “la constatación de un *hecho punible* (en V. LISZT) sería idéntica al juicio existencial sobre si ha tenido lugar ese u otro

el concepto de delito a partir de una multitud de valoraciones, aquellas *differentia specifica* que añade al *genus proximum* de la acción para alcanzar la acción relevante jurídico-penalmente, esto es, el delito. En el fondo, las valoraciones que introduce para la comprensión del delito no son distintas a aquéllas a las que recurrimos hoy en día en consonancia con sus propios planteamientos. Incluso el *genus proximum* de la acción no se distingue de la visión hoy dominante cuando se atiende al concepto de acción estricto de Liszt, esto es, el comportamiento humano voluntario que abarca tanto el hacer como el omitir. Lo único que se le puede reprochar a Franz v. LISZT es, en el fondo, que no mantuviera de manera suficientemente diáfana la distinción, tan claramente trazada inicialmente, entre acción en sentido estricto y acción en sentido amplio y que utilizara como concepto de acción el concepto amplio, referido a los delitos de resultado (acción con efectos externos). Si este punto débil en lo que a la precisión o la exposición de su pensamiento se refiere es suficiente para tacharlo de naturalista es algo que puede quedar en la opinión de cada uno. No obstante, en mi opinión, el reproche del naturalismo solo es sustancialmente legítimo en un punto que, dicho sea de paso, muchos críticos con frecuencia ni siquiera tienen en cuenta, pues se sitúa extramuros de sus intereses, circunscritos por completo en el hecho punible. Tal reproche solo es legítimo en relación con la *consecuencia jurídica de la pena* y, en especial, con su fin. Aquí la perspectiva de v. LISZT está enfocada solo a la realidad, a la evitación de cursos causales [*Geschehensverläufen*], de modo que las necesidades del Derecho lesionado de confirmación de la vigencia de la norma quedan *de facto* arrinconadas.

En mi opinión, también el reproche del *positivismo* (legal) resulta en su mayor parte injustificado. v. LISZT podría haber dado pábulo a esta crítica al recurrir al vocabulario del positivismo decimonónico en algunos tempranos trabajos sobre la caracterización del método adecuado de trabajo científico-jurídico:⁶⁸ partiendo de la ley positiva, a través de un constante ascenso desde los conceptos inferiores hasta los superiores, se desarrollan los conceptos y fundamentos esenciales, de donde es posible extraer de nuevo corolarios para la resolución de las cuestiones hasta entonces irresueltas. Si se comparan realmente los trabajos de v. LISZT con esta fórmula de trabajo se advierte rápidamente que no procede en absoluto únicamente de este modo en el marco de su pensamiento y trabajo dogmático y, en especial, que no opera así en los últimos años: v. LISZT se entrega por entonces en lugares decisivos a una “forma de contemplación material”,⁶⁹ una clase de solución del problema que se orienta a los fines últimos del Estado y el Derecho y, por lo tanto, que conduce a soluciones que el legislador encuentra dadas como correctas. Esta forma de contemplar las cosas, que queda a las claras especialmente en el estado de necesidad suprallegal, poco tiene que ver con el positivismo que tantas veces se le imputa. Contra el encasillamiento de Franz v. LISZT como positivista hablan también de forma no menos clara los múltiples pasajes de su obra dogmática en los que tacha –en no pocas veces con dureza– como injustificadas las soluciones del Derecho positivo y donde contrapone a aquéllas sus propias soluciones que juzga como correctas. Éstas se derivan solo en contadas ocasiones del

hecho aprehensible por los sentidos y susceptible de ser descrito en un sistema conceptual *físico* o *biológico*” (*ob. cit.* p. 19). Esto no resulta correcto ni para la antijuridicidad, ni para la culpabilidad (¡como responsabilidad!).

⁶⁸ Cfr. por ejemplo v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 125, 147 s., 212, 238 s.

⁶⁹ Cfr. al respecto, por ejemplo, en el contexto de la antijuridicidad, v. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 14^a/15^a ed., 1905, pp. 139 s., en el contexto de la culpabilidad p. 157; ya en la 1^a ed. se defiende además una concepción de la función del Estado y del Derecho, cuya caracterización como naturalística o positivista es problemática (“El Estado y Derecho están aquí al servicio de los hombres” – ¡esto es ilustración pura!).

Derecho positivo, en ocasiones, de otro Derecho positivo. ¿De dónde se deriva entonces su corrección si no de valoraciones prepositivas?

En mi opinión, el reproche que se le puede dirigir con fundamento a Franz V. LISZT es más bien otro. Lo que le falta en ocasiones a la dogmática de V. LISZT y a sus soluciones dogmáticas es un fundamento profundo filosófico o, de forma quizá algo más modesta, un fundamento de legitimación y, en esta medida, un fundamento material del que extraer límites. El porqué han de ser exigidos determinados requisitos del hecho punible – por ejemplo la acción, la culpabilidad o la falta de determinadas circunstancias – es algo que apenas se tematiza y, por consiguiente, también faltan en gran medida consideraciones de legitimación de este tipo que justifiquen la integración de contenido de las correspondientes categorías.⁷⁰ Nada distinto sucede en el ámbito de la dogmática de las consecuencias jurídicas. V. LISZT parte de un fin de la pena que, en el fondo, no requiere para afirmar su legitimidad nada más que su idoneidad en consideración al aumento de la criminalidad y la muy discutible consideración de que este fin – a saber, la evitación de ulteriores hechos punibles, en especial por parte del autor que ha incurrido en el delito – sería el punto final del desarrollo de la pena que describe.⁷¹ En relación con dicho fin tematiza todavía la cuestión de qué es idóneo y necesario para su consecución. No obstante, Franz V. LISZT ni siquiera plantea la cuestión de si aquello que después es necesario también puede ser legitimado frente al afectado. Tampoco el requisito de la proporcionalidad⁷² al que sí acierta a aludir consigue dejar de lado *esta* problemática: la exigencia de proporcionalidad en V. LISZT sirve solo para evitar que la comunidad utilice demasiada fuerza en la consecución del fin aspirado. En esta medida, se trata en V. LISZT exactamente del mismo examen de proporcionalidad utilitarista al que recurrirá posteriormente su discípulo Franz Exner en el marco de su “teoría del medio de seguridad” [„*Theorie der Sicherheitsmittel*“] como límite a las medidas de seguridad.⁷³

El déficit acabado de criticar, esto es, la falta de una fundamentación en lo que concierne a la legitimación del Derecho penal no repercute de forma significativa en los resultados alcanzados en el ámbito de la dogmática del hecho punible. Y ello porque V. LISZT pudo remitirse en su nueva reestructuración del hecho punible a elementos filosóficos, en especial, a elementos de legitimación previamente filtrados. Las consecuencias de este déficit de legitimación señalado aparecen tan solo en el ámbito de las consecuencias jurídicas del delito y, aquí de nuevo, especialmente allí donde las consideraciones de V. LISZT vinculadas al fin logran superar la

⁷⁰ En esta medida comparto la crítica de NAUCKE, «Die Kriminalpolitik des Marburger Programms», *ZStW*, (94), 1982, pp. 525, 544 ss.; y de MURMANN, *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, 2005, pp. 100 ss., quienes critican una insuficiente consideración de los intereses del individuo. Al respecto, vid. asimismo *supra* 2.3.

⁷¹ Al respecto, cfr. *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 132 ss., 151; EL MISMO, «Der Entwicklungsgedanke im Strafrecht», en *Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung*, t. 16, 1909, pp. 497 ss.; sobre la problemática de este pensamiento del desarrollo en lo que a su contenido y al método se refiere, cfr. WELZEL, *Naturalismus und Wertphilosophie*, 1935, pp. 31 s., (“positivismo evolucionista”); y PAWLIK, «v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen», en KOCH/LÖHNIG (eds.), *Die Schule Franz von Liszts*, 2016, pp. 57 ss.; sobre su trasfondo y su función en V. LISZT, cfr. GEORGAKIS, *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts*, 1940, pp. 13 ss.; Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, pp. 367 s.

⁷² Cfr. V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 161 s.; EL MISMO, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, pp. 177 s.

⁷³ Cfr. EXNER, *Theorie der Sicherheitsmittel*, 1914, pp. 141 ss.

frontera del Derecho positivo, esto es, de *lege ferenda*. Sentado esto último, paso ahora a examinar al Franz v. LISZT político-criminal, que, visto el contenido de las próximas ponencias, habré de abordar aquí conscientemente de manera sucinta.

3. Franz v. LISZT como político-criminal

Que Franz v. LISZT llegaría a ser algún día uno de los grandes político-criminales no era algo que pudiera advertirse ya en sus primeros trabajos. Aquellos se ocupan de problemas propios de la historia del Derecho penal, cuestiones menores de dogmática jurídico-penal y, en especial, de problemas de carácter procesal. Pese a que en aquellos trabajos se discutían cuestiones de *lege ferenda* o se valoraban proyectos de reforma,⁷⁴ se trataba más bien de cuestiones marginales, como la configuración de los delitos privados [*Antragsdelikte*] o de la acusación particular [*Privatklage*]. Tras algunas alusiones destacables en la primera edición de su tratado, v. LISZT saltó por primera al centro del ruedo de la política criminal en el año 1882, de la mano de su famoso discurso inaugural de Marburgo sobre “La idea de fin en el Derecho penal”.⁷⁵

3.1. El programa de Marburgo y los sucesivos trabajos político-criminales

En esta conferencia inaugural, posteriormente titulada “Programa de Marburgo”, Franz v. LISZT se posiciona decididamente por una sustitución de la pena retributiva tradicional por una pena orientada a la prevención especial. La fundamentación retributiva no solo sería inidónea para ofrecer un principio de medición de la pena claro.⁷⁶ Como demostraría el incesante aumento estadístico de la criminalidad, ésta habría fracasado asimismo de forma estrepitosa en la lucha contra la criminalidad.⁷⁷ Por consiguiente, la pena retributiva habría de ser reemplazada por una pena que, al igual que el Derecho penal en su conjunto, guardara relación con la protección de bienes jurídicos. Solo la pena necesaria para la protección de bienes jurídicos sería una pena correcta, esto es, la pena adecuada al fin del Derecho penal.⁷⁸ Aquello que resulta necesario en el caso concreto depende según v. LISZT del tipo de autor.⁷⁹ Allí donde una mera advertencia o la intimidación al autor fuera suficiente para apartarlo de la comisión de nuevos hechos delictivos, la pena podría limitarse a una – así llamada – “pena intimidatoria”, esto es, una nota de advertencia [*Denkzettel*].⁸⁰ v. LISZT piensa en este contexto, sobre todo, en el autor conflictivo u ocasional. Si el autor presenta por el contrario desviaciones enraizadas, sería entonces necesario una – así llamada – “pena correccional” [*Besserungsstrafe*], orientada a la reeducación del autor y cuya duración tasa v. LISZT entre uno y cinco años. Dada la incertidumbre *ex ante* sobre el tiempo necesario para la culminación con éxito del proceso de corrección [*Erziehungsprozess*], tal

⁷⁴ Como en sus trabajos sobre «Das „amerikanische Duell“ im österreichischen Strafgesetzentwürfe» (1875); «Das Prinzip der Strafverfolgung nach dem österreichischen Strafgesetzentwürfe» (1877); o «Die Privatklage in Österreich», todos ellos recogidos en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905.

⁷⁵ v. LISZT, *ZStW*, (3), 1982, pp. 1 ss., = EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126 ss.

⁷⁶ v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 152 ss.

⁷⁷ v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 162 ss., 167 ss.

⁷⁸ v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 161.

⁷⁹ v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 165 s., (tres categorías de autor, que se corresponden con los “efectos esenciales posibles de la pena”).

⁸⁰ v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 172 s.

pena habría de ser impuesta según V. LISZT como una pena indeterminada.⁸¹ Frente al autor que se muestra inmune a estos intentos de corrección, al que llama “delincuente habitual incorregible”, entraría solo en consideración, en caso de ser necesaria, una pena de seguridad perpetua [*lebenslange Sicherungsstrafe*], orientada por la duración de la peligrosidad del autor.⁸² Ello es formulado por V. LISZT de un modo muy drástico como una consecuencia ineludible.⁸³ En el “Programa de Marburgo”, la pena que debería cumplir con lo anterior todavía era la pena privativa de libertad. La pena de multa, a la que V. LISZT tacha en un primer momento en su tratado como una “pena de segundo rango”,⁸⁴ no desempeña ni siquiera a efectos de intimidar ningún papel central, algo que, en atención a los peligros de infección criminal que V. LISZT asocia a la pena privativa de libertad,⁸⁵ resulta sin duda sorprendente.

Franz V. LISZT reafirmó, ahondó y desarrolló a través de ulteriores propuestas de reforma todos estos pensamientos en una serie completa de trabajos posteriores.⁸⁶ Especial énfasis merece el estudio prácticamente monográfico “*Kriminalpolitische Aufgaben*” llevado a cabo entre los años 1889 y 1892.⁸⁷ En este trabajo se ocupa V. LISZT con especial profundidad del problema ya enunciado en el “Programa de Marburgo” de la nocividad [*Schädlichkeit*] de la pena privativa de libertad en determinados supuestos. Especialmente nociva sería la pena privativa de libertad corta: ésta resultaría inidónea para corregir al autor precisado de corrección; la intimidación que se le supone no sería tal ante determinados tipos de autor y, en muchos casos, a tenor del estado de los sistemas de ejecución penal, aquélla traería consigo el peligro de una infección criminal del condenado y una estigmatización que dificultaría su posterior desarrollo vital.⁸⁸ V. LISZT justifica todo esto de un modo realmente impresionante remitiéndose a las conclusiones de expertos prácticos y académicos de su tiempo.⁸⁹ No obstante, no se detiene en este análisis. A éste le sigue asimismo la reivindicación de eliminar en la medida de lo posible la pena privativa de libertad corta y sustituirla por instrumentos menos nocivos, valorados por V. LISZT a partir de una evaluación detallada de las propuestas ya existentes y de otros adelantos planteados al respecto en el panorama internacional. La propuesta personal de Franz V. LISZT, basada en las anteriores premisas, es sencilla: la imposición de penas de prisión de algunos días o de algunas pocas semanas, tan extendida en su tiempo, debería ser suprimida a través del incremento del tiempo

⁸¹ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 171 s.

⁸² V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 169 ss.

⁸³ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 169: “(...) y dado que nosotros no queremos decapitar ni ahorcar, y no podemos deportar, únicamente nos queda la cadena perpetua (o, en su caso, por un tiempo indeterminado)”.

⁸⁴ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 172 s.; y EL MISMO, *Das deutsche Reichsstrafrecht*, 1881, p. 180: “(...) idóneo para desempeñar un *segundo* papel en el sistema penal”; así también todavía EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 2ª ed., 1884, p. 236.

⁸⁵ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 171.

⁸⁶ Junto a «*Kriminalpolitischen Aufgaben*» (al respecto, vid. el siguiente texto) son especialmente dignos de mención los trabajos «*Die Reform der Freiheitsstrafe*» (1890), publicado en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 511 ss.; «*Die Zukunft des Strafrechts*» (1892), en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 1 ss.; «*Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs*» (1893), *ob. cit.*, pp. 94 ss.; «*Die bedingte Verurteilung in Preußen*» (1896), *ob. cit.*, pp. 160 ss., y «*Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik*» (1896), *ob. cit.*, pp. 170 ss.

⁸⁷ V. LISZT, «*Kriminalpolitische Aufgaben*», *ZStW*, (9), 1889, pp. 452 ss., 737 ss.; EL MISMO, «*Kriminalpolitische Aufgaben*», *ZStW*, (10), 1890, pp. 51 ss.; EL MISMO, «*Kriminalpolitische Aufgaben*», *ZStW*, (12), 1892, pp. 171 ss. = *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290 – 467.

⁸⁸ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 340 ss., 346 ss.; vid. también *ob. cit.*, pp. 511, 513.

⁸⁹ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 296, 359 ss.; vid. también *ob. cit.*, pp. 511, 514 ss.

mínimo de la pena de prisión a seis semanas.⁹⁰ La laguna que de este modo se genera habría de ser cubierta a través de la pena de multa, a la que V. LISZT le atribuye ahora un papel como sustitutivo de la pena de prisión notablemente más relevante al que todavía le atribuía en el “Programa de Marburgo”.⁹¹ Para tratar de excluir en la mayor medida posible las penas de prisión, en caso de imposibilidad de cobro de la multa no se debería recurrir a la pena de prisión sustitutiva, sino a la pena de trabajo sin encierro.⁹² Además, a fin de lograr que la pena de multa ejerciera el mismo efecto sobre los autores ricos y pobres, el factor decisivo para la cuantía de la multa debería ser el patrimonio del autor.⁹³

Para el caso en el que la imposición de una pena de prisión fuera irrenunciable a causa de la gravedad del hecho o de la influencia en el autor, V. LISZT propuso posteriormente mecanismos para minimizar en todo lo posible los efectos nocivos de la pena de prisión. Así pues, debería preverse la posibilidad de una suspensión de la ejecución de la pena, en la medida en que el autor no fuera reincidente o existiera un pronóstico no despreciable de buen comportamiento en libertad.⁹⁴ Si el autor no incurría en el periodo de libertad condicional [*Bewährungszeit*] en responsabilidad penal, habría de remitirse la pena impuesta, en caso contrario, debería ejecutarse. En todo caso, lo cierto es que Franz V. LISZT no veía en estos planteamientos un ablandamiento del Derecho penal, sino un haz de medidas que, en conjunto (a través de la evitación de infección criminal, estigmatización y reincidencia), debería servir de mejor forma a la protección de bienes jurídicos de lo que lo hacía el entonces vigente sistema de penas y de medición de la pena basado en el pensamiento de la retribución.⁹⁵

Por último, este sistema tradicional de la pena y de la medición de la pena se apartaba del modelo ideal concebido por V. LISZT todavía en otro aspecto significativo: la renuncia a penas determinadas.⁹⁶ Según V. LISZT, dado que en el momento del juicio no se podía saber cuánto habría de durar la ejecución para la corrección del autor o cuánto tiempo iba a ser peligroso el autor frente al que ha de defenderse la comunidad, las penas determinadas serían incompatibles con su fin, si es que este es visto en la corrección del autor o en el aseguramiento de la comunidad frente a aquél. Por consiguiente, al margen de la pena de prisión perpetua, la única pena de prisión a imponer por un tribunal que V. LISZT podía concebir como correcta era una pena de prisión relativamente indeterminada:⁹⁷ pena de prisión de seis semanas hasta dos años, de dos años hasta cinco años, de cinco años hasta diez años y de diez años hasta quince años. Cuán larga habría de ser la ejecución de la pena dentro de cada uno de estos niveles, a determinar por parte

⁹⁰ Cfr. ya V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 173; *ob. cit.*, pp. 290, 382 s., 391 s.; *ob. cit.*, pp. 511, 516.

⁹¹ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 383, 406 ss.

⁹² V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 409 s.

⁹³ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 407.

⁹⁴ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 391 s., 411 ss.; *ob. cit.*, pp. 511, 520 ss.

⁹⁵ V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 383 s.: “No queremos eliminar la pena de prisión de corta duración porque sea muy dura (pues la legislación penal y los tribunales penales serían de todos modos ‘lamentablemente indulgentes’), sino porque es nociva y carece de utilidad”; y confirmando esto mismo, *ob. cit.*, pp. 511, 523.

⁹⁶ En este sentido, sobre la pena correccional y la pena de seguridad perpetua, fundamental ya V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 126, 169, 171 s., más claramente después, *ob. cit.*, pp. 290, 333 ss. (“como mínimo una eliminación parcial de la medición de la pena judicial”), 338 ss., 392 ss.; *ob. cit.*, pp. 511, 531 ss.

⁹⁷ Cfr. V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 339 s., 391 ss.

de un tribunal, no debería ser decidido sin embargo por el tribunal sentenciador, sino por un funcionario de ejecución que, tras el cumplimiento del tiempo mínimo correspondiente, tendría que comprobar si es preciso o no proseguir con la ejecución de la pena.⁹⁸ En todo caso, adviértase que para v. LISZT, los niveles referidos no fueron concebidos como niveles de una pena privativa de libertad única: solo el primer nivel debería ser pena de prisión (*Gefängnisstrafe*), las penas superiores a los dos años debían ser impuestas como penas de presidio (*Zuchthausstrafe*) y, por lo tanto, ejecutadas de forma más dura, quedando así nítidamente separadas de las penas de prisión.⁹⁹

Renuncio en lo que sigue a abordar las cuestiones que plantea este concepto gradual para la ejecución penal, como es evidente, el propio v. LISZT también formuló en este punto algunas propuestas.¹⁰⁰ En su lugar, como cierre de esta vista panorámica a la agenda de reformas *lisztiana*, me gustaría referirme brevemente a las propuestas de v. LISZT para el tratamiento jurídico-penal de los menores de edad.¹⁰¹ Como es obvio, la evitación de los efectos nocivos de la pena de prisión desempeñaría aquí un papel especialmente importante. v. LISZT intentó conseguir este fin limitando de manera más estricta la aplicación del Derecho penal a los menores de edad de lo que lo hacía el Derecho por entonces vigente: un joven con doce años no debería ser penalmente responsable, sino solo a partir de los dieciséis años.¹⁰² Además, el cumplimiento de esta condición de edad no dependería solo de la capacidad de discernimiento del injusto, sino de un sentido de la responsabilidad suficientemente marcado (madurez moral, capacidad de motivación).¹⁰³ Aun cuando el Derecho penal fuera aplicable, la pena de prisión debería ser evitada dentro de lo posible. Para ello propone el recurso preferente a medidas educativas (que v. LISZT compendió bajo las palabras clave: “educación coactiva” [*Zwangserziehung*]).¹⁰⁴ Estas propuestas, a su vez, se completaban con algunas reivindicaciones sobre el modo en el que ejecutar las penas, por ejemplo, de prisión, así como algunas demandas de modificación en el ámbito del Derecho procesal a fin de evitar en la medida de lo posible los efectos nocivos para los menores de edad.¹⁰⁵

3.2. Sobre el efecto de las propuestas de reforma *lisztianas*: lo implantado y lo descartado

Si se compara este impresionante canon de propuestas de reforma y demandas con nuestro Derecho actual, se advierte que muchas de las cosas por las que abogaba Franz v. LISZT hace ya más de cien años han acabado finalmente haciéndose realidad. En lo que sigue, solo puedo referirme a esta cuestión en el marco del Derecho alemán, no obstante, está prevista igualmente una ponencia especial sobre la dimensión europea de v. LISZT.

⁹⁸ v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 392 s.

⁹⁹ v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 396 ss.

¹⁰⁰ Cfr. por ejemplo v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 397 ss. (“Reanimación de las diferencias entre la prisión y el presidio”, pp. 399, 404 s.).

¹⁰¹ Al respecto, vid. v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 426 ss.; vid. asimismo *ob. cit.*, pp. 537 ss.

¹⁰² Cfr. al respecto v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 442 ss.

¹⁰³ Cfr. v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 435 ss.

¹⁰⁴ Vid. v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 430 ss., 463, 464; sobre la posibilidad de que la educación coactiva también pueda ser impuesta frente a personas por debajo de los 16 años, cfr. *ob. cit.*, p. 463.

¹⁰⁵ Cfr. v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 444 ss.

Apenas unos pocos años después de la muerte de Franz V. LISZT se implantaron una serie de reivindicaciones suyas sobre el tratamiento independiente de los menores de edad a través de la Ley de Tribunales de menores [*Jugendgerichtsgesetz*] de 1923.¹⁰⁶ El límite de edad se subió por entonces a los catorce años, entre los catorce y dieciocho años solo contaba la madurez moral, a la pena se antepuso un sistema de medidas correctivas, mientras que una serie de preceptos procesales fueron adaptados a las especiales exigencias pedagógicas de un proceso contra menores de edad. La legislación de la pena de multa de los años veinte vino a satisfacer al mismo tiempo de manera parcial la pretensión de Franz V. LISZT de restar peso a la pena de prisión: la ley de 27 de abril de 1923 preveía a través de la incorporación del § 27 b StGB (versión antigua), que en vez de la pena de prisión de menos de tres meses se debía imponer una pena de multa, “cuando el fin de la pena puede ser logrado a través de la pena de multa”.¹⁰⁷ Si bien el motivo último de este retroceso de la pena de prisión corta podría haber consistido en razones fiscales (ahorro de los costes de internamiento en prisión), este paso fue facilitado indudablemente por las demandas de V. LISZT en esa misma dirección. Las buenas experiencias que se obtuvieron con esta sustitución de las penas de prisión cortas por penas de multa posibilitaron que también en la reforma del Derecho penal tras la segunda guerra mundial se continuara el camino emprendido y que las penas de prisión de hasta seis meses fueran sustituidas con carácter general por la pena de multa, en la medida en que la influencia en el autor o la defensa del Ordenamiento jurídico no precisara con carácter excepcional de la imposición de una pena de prisión.¹⁰⁸ La suspensión de la pena a prueba, que en el Derecho penal juvenil ya había sido implantada en 1923, se consolidó como instituto jurídico (y no solo como indulto condicionado) en 1953 también en el Derecho penal de los adultos.¹⁰⁹ Las leyes de reforma penales de los años sesenta y setenta también supusieron en este punto un claro avance en la dirección del límite de los dos años propuesto por V. LISZT.¹¹⁰ Incluso la demanda de V. LISZT de una condena relativamente indeterminada en atención a la incertidumbre sobre el tiempo necesario para la corrección del autor, enérgicamente combatida en el tiempo de vida de V. LISZT, encontró una cierta implantación, aunque en lo que a la pena se refiere, solo en el Derecho penal de menores.¹¹¹ Tales medidas fueron únicamente tomadas en consideración en el Derecho penal de adultos en el marco del Derecho de medidas, así como a través de la posibilidad de una suspensión de la pena.

No creo necesario hacer ahora referencia a ulteriores plasmaciones del ideario *lisziano* en otras materias, como por ejemplo, en el ámbito de la ejecución penal. Los ejemplos muestran

¹⁰⁶ Sobre la relevancia de Franz V. LISZT, su “Escuela penal moderna”, la “Unión internacional de Derecho Penal” y el así llamado “Movimiento por los tribunales de menores” [*Jugendgerichtsbewegung*] para la JGG [*Jugendgerichtsgesetz*] de 1923, cfr. por ejemplo, STRENG, *Jugendstrafrecht*, 3ª ed., 2012, pp. 19 ss.; FRITSCH, *Die jugendstrafrechtliche Reformbewegung 1871–1923*, 1999, pp. 24 ss.; NAUCKE, *ZStW*, (94), 1982, pp. 525 ss.; KRAFT, *Tendenzen in der Entwicklung des Jugendstrafrechts seit der Jugendgerichtsbewegung*, 2004, pp. 20 ss.

¹⁰⁷ Sobre esta ley, su interpretación y sus precursores RGSt 58, 106 ss.

¹⁰⁸ Al respecto, cfr. el “Primer informe escrito del comité especial para la reforma del Derecho penal”, BT-Drucks. V/4094, p. 5, que se basa de manera expresa en las propuestas de reforma presentadas décadas atrás y los peligros de las penas de prisión cortas.

¹⁰⁹ Sobre el trasfondo (demandas de la ciencia y la praxis) cfr. el “Proyecto de una tercera ley de modificación del Derecho penal”, BT-Drucks. 3713 (29 de setiembre de 1952), pp. 18, 26 s.

¹¹⁰ Cfr. el “Primer informe escrito del comité especial para la reforma del Derecho penal”, BT-Drucks. V/4094, pp. 10 s.: en atención a las “agradables experiencias hasta el momento con el instituto de la suspensión de la pena”.

¹¹¹ En la forma del § 19 JGG (versión antigua); al respecto, por ejemplo, SCHAFFSTEIN, *Jugendstrafrecht*, 7ª ed., 1980, pp. 108 ss. (§ 23); sobre las razones de la abolición del Instituto proveniente de la “Escuela de Liszt”, cfr. SCHAFFSTEIN/BEULKE, *Jugendstrafrecht*, 13ª ed., 1998, pp. 147 s. (§ 23 I).

sobradamente que sus pensamientos han marcado de forma significativa la configuración del Derecho actual de las consecuencias jurídicas del delito. Evidentemente no fue solo V. LISZT el que logró conseguir todo esto. A la vez que recurría a las propuestas de otros autores, haciéndolas suyas y reforzándolas, V. LISZT dependía igualmente de sus colegas, quienes reforzaban su voz y (todavía muchos años después de su muerte) lograban que se escuchara. La “Unión internacional de Derecho Penal”,¹¹² fundada por V. LISZT en el año 1889, desempeñó en este contexto un papel importante. Como no menos importante fue el gran número de reputados discípulos y nietos espirituales que mantuvieron despierto el ideario de V. LISZT, incluso décadas después de su muerte.¹¹³ Finalmente, a todo ello se añadieron circunstancias afortunadas, como el hecho de que algunos objetivos de V. LISZT pudieron ser atractivos también desde un punto de vista fiscal. Aun así, todas estas precisas relativizaciones, así como la necesaria advertencia frente a una concepción monocausal del éxito excesivamente simple no cambian en nada el hecho de que nuestro Derecho penal actual le debe mucho Franz V. LISZT.

Aun así, el Derecho penal actual no ha hecho suyo todo aquello que Franz V. LISZT propuso y demandó. Algunas reivindicaciones importantes siguen todavía hoy desatendidas, y así quedarán en el futuro. Entre éstas se cuenta, sobre todo, la reformulación decididamente preventivo-especial de la pena en su conjunto, esto es, el núcleo del “Programa de Marburgo”.¹¹⁴ En segundo lugar, cabe igualmente aludir aquí a la idea de las penas relativamente indeterminadas, a cuya formulación V. LISZT le había dedicado grandes esfuerzos, sobre todo en las “*Kriminal-politischen Aufgaben*”. Esta propuesta, sin embargo, fue asumida temporalmente en el Derecho penal de menores, pero también allí acabó siendo suprimida. Y también los alegatos de V. LISZT en favor de una configuración claramente distinta de la pena de prisión y de presidio¹¹⁵ cayó finalmente en saco roto, pues el desarrollo se produjo precisamente en la dirección opuesta, en favor de una pena de prisión única.

Con ello se concluye este balance de resultados que, en su carácter ambivalente, plantea inmediatamente una ulterior cuestión: ¿cómo puede ser que V. LISZT, por un lado, haya marcado de forma decisiva el actual Derecho de las consecuencias jurídicas [*Rechtsfolgenrecht*] pero que, por el otro, no haya cosechado éxito alguno en lo que a sus planteamientos teóricos centrales se

¹¹² Sobre ésta, Eb. SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, pp. 359 s.; FRITSCH, *Die jugendstrafrechtliche Reformbewegung 1871-1923*, 1999, pp. 24 ss., y la contribución de WETZELL en este volumen.

¹¹³ En esta medida, merece ser destacado de forma especial Eb. SCHMIDT, vid. su valoración de Franz V. LISZT en *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3ª ed., 1965, pp. 357 - 386; vid. además EL MISMO, «Anselm von Feuerbach und Franz von Liszt», *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, 1942, pp. 205 ss.; EL MISMO, «Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts», *FS-von Gierke*, 1950, pp. 201 ss.; EL MISMO, «Franz von Liszt», en VON HERMANN HEIMPEL *et al.* (eds.), *Die Großen Deutschen*, t. V, 1957; vid. también A. BAUMGARTEN, «Die Lisztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, t. 51, 1937, pp. 1 ss.

¹¹⁴ Esto no cambia el hecho de que una parte de sus demandas en favor de un “encarcelamiento de los delincuentes habituales” por un tiempo indeterminado fuera considerada a través de medidas de corrección y seguridad, en especial, a través de la custodia de seguridad. No obstante, ello se produjo, en primer lugar, en especial tras la reducción jurídico-estatal de la custodia de seguridad –adoptada de una manera claramente inferior a lo que V. LISZT había imaginado—. Y en segundo lugar, aquello que él anhelaba como teórico y veía como el punto final del desarrollo de la pena, esto es, su transformación en un instrumento de protección preventivo, no ha tenido finalmente lugar. Vid. completando lo anterior también FRISCH, «Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung», *ZStW*, (94), 1982, pp. 565 ss.; y EL MISMO, «Über Prävention im Strafrecht», *FS-Zoll*, t. 2, 2012, pp. 943 ss.

¹¹⁵ Cfr. V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 397, 399, 404 s.

refiere? Todas sus propuestas estaban cortadas por el mismo patrón, a saber, la pretensión de recomendar aquello que era idóneo y necesario para la protección de bienes jurídicos o la evitación de delitos más eficaz posible.

3.3. Razones de su éxito y de su fracaso parcial

La respuesta no es difícil de encontrar. Ésta tiene algo que ver con la unidimensionalidad del planteamiento *lisztiano*.¹¹⁶ El pensamiento de V. LISZT en el ámbito de las consecuencias jurídicas no solo está dirigido a la consecución de determinados fines naturalísticos, en concreto, a la mayor evitación posible de delitos, sino al mismo tiempo limitado en exclusiva a ello: se recomienda aquello que se muestra como idóneo y necesario para este fin. Las necesidades ideales, que podrían estar vinculadas a la pena, las rechaza por metafísicas; y las cuestiones de legitimación de las medidas recomendadas en atención a los derechos de los afectados por aquéllas ni siquiera son planteadas. En su lugar, V. LISZT muestra una tendencia evidente a presentar sus desarrollos finales [*Zweckentwürfe*] a través de formulaciones enérgicas, no siempre muy adecuadas.¹¹⁷

Este método de solución de problemas podía sin embargo desencadenar reformas exitosas allí donde las propuestas de V. LISZT traían causa de una observación y análisis empírico cuidadoso y frente a las que no existía tampoco ninguna objeción desde la perspectiva ideal o de legitimación. Es aquí donde reside el secreto del éxito de la exigencia de la mayor supresión posible de las penas de prisión cortas, la implantación de la condena condicional o de la condonación de la pena en libertad condicional, o las ya referidas reformas del Derecho penal de menores. Éstas y una serie de medidas adicionales no solo eran adecuadas a un fin [*zweckmäßig*], sino que además, en tanto que atenuaciones de la respuesta penal,¹¹⁸ no era problemática su legitimación frente al autor a la hora de su legitimación. Es decir, a tales medidas no se oponían necesidades ideales inexcusables. Aquí, con otras palabras, el pensamiento reduccionista del fin de V. LISZT no desplegaba efectos, para su éxito bastaba con el hecho de que el programa del fin [*Zweckprogramm*] era convincente.

Por el contrario, las cosas se presentaban y se presentan de forma distinta en lo que se refiere a las reivindicaciones de V. LISZT en favor de una configuración de la pena exclusivamente preventivo-especial, de la medición de la pena atendiendo única y exclusivamente a las necesidades preventivo-especiales, de su imposición como pena relativamente indeterminada y, en caso necesario, de la imposición de una pena de seguridad perpetua [*Sicherungsstrafe*]. Estas propuestas no solo ignoraban el trasfondo ideal de la pena, esto es, la necesidad de confirmar tras el hecho cometido la vigencia de la norma infringida a través de una pena que caracteriza el desvalor del hecho. Aquéllas estaban sobre todo desarrolladas sin prestar atención alguna a los derechos de libertad [*Freiheitsrechte*] del autor. La custodia perpetua [*lebenslange Verwahrung*]

¹¹⁶ Cfr. por ejemplo la manifestación de A. BAUMGARTEN – un seguidor de V. LISZT –, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, t. 51, 1937, pp. 1, 9: “Liszt estaba muy alejado de tener en consideración de manera excesivamente minuciosa la libertad del individuo”; sobre la cuestión de una posterior transformación de V. LISZT, cfr. NAUCKE, *ZStW*, (94), 1982, pp. 525, 548 ss.

¹¹⁷ Cfr. las referencias *supra* nota 83; pruebas adicionales de formulaciones drásticas en NAUCKE, *ZStW*, (94), 1982, pp. 525, 547 s.

¹¹⁸ Como si V. LISZT no quisiera entender esto, cfr. *supra* n. 95.

prevista en caso de ser necesaria para personas que habían cometido repetidamente pequeños hurtos o estafas, ya en los tiempos de v. LISZT, resultaba para muchos de sus contemporáneos inaceptable. Esto mismo vale hoy todavía con más fuerza si cabe bajo el dominio de los Ordenamientos constitucionales, las libertades fundamentales y el reconocimiento de los derechos humanos. Y tampoco sería compatible con este marco el imponer todas las penas de prisión como penas relativamente indeterminadas, si es que ello pueda entrar siquiera en consideración en situaciones excepcionales. En pocas palabras, en todos estos casos el pensamiento del fin de v. LISZT resulta simplemente demasiado corto de miras. Aquí, si el programa quiere ser consecuente en tanto que programa del fin [*Zweckprogramm*] puro, aquél no es capaz de resistir la obligada estimación en su conjunto.

Personalmente, no creo que los déficits acabados de referir obliguen a desterrar completamente a v. LISZT del cielo de los grandes de la política-criminal. Franz v. LISZT ha abierto muchos caminos, lo que resulta sin duda meritorio. Sin embargo, una comedida revisión a la baja de su grandeza como político-criminal tampoco estaría de más.¹¹⁹

4. Franz v. LISZT como fundador de la ciencia total del Derecho penal

La relativización de la figura de v. LISZT acabada de realizar no es en absoluto necesaria en lo que se refiere al significado que le corresponde a dicho autor para la autocomprensión de la ciencia del Derecho penal actual. De ello me ocupó precisamente en este cuarto y último apartado. Franz v. LISZT puso a las claras ya en la primera edición de su tratado, luego en el “Programa de Marburgo” y en sus “*Kriminalpolitischen Aufgaben*”, así como en una multitud de contribuciones posteriores, que la ciencia del Derecho penal debe ejercerse de forma interdisciplinar e internacional. En su discurso de toma de posesión en Berlín nuevamente resumió esta idea profundizando parcialmente en ella.¹²⁰

Aún así, Franz v. LISZT ve como importante algo que para muchos de sus colegas contemporáneos penalistas es visto como la función por antonomasia de la ciencia del Derecho penal: el análisis de los preceptos jurídicos del Derecho material y del Derecho procesal, su interpretación y la elaboración de conceptos fundamentales y principios, así como el orden de todos ellos en un sistema.¹²¹ Pero ya aquí pone v. LISZT el acento en un lugar distinto al de sus colegas. Para él, todo lo anterior se encuentra claramente enmarcado en el contexto de la formación sólida de un futuro jurista práctico,¹²² es decir, son sus necesidades las que ofrecen el criterio. Y dado que éste no solo necesita disponer del conocimiento sobre qué circunstancias constituyen delitos, sino que también debe ser capaz de establecerlos, el ocuparse de todo aquel conocimiento de la experiencia que es necesario para fijar los hechos punibles desde una

¹¹⁹ En este sentido también NAUCKE, *ZStW*, (94), 1982, pp. 525, 547 ss., 561 ss.

¹²⁰ Cfr. la conferencia «Die Aufgaben und die Methoden der Strafrechtswissenschaft» en *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 284 ss.

¹²¹ Cfr. ya v. LISZT, *ZStW*, (6), 1886, pp. 669 = *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 212, 214 ss.; EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 284, 286.

¹²² Cfr. v. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 212, 217 ss.; EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 284, 285 ss.

perspectiva jurídico-práctica — es decir, la criminalística,¹²³ según V. LISZT formaría también parte de una ciencia del Derecho penal susceptible de ser implementada en la práctica.

Así las cosas, no es suficiente con que la ciencia del Derecho penal se ocupe de los conceptos del hecho punible y la aplicación del Derecho a estados de cosas. Debe ocuparse también, en tanto que ciencia, de la explicación del delito y del análisis de posibles reacciones, esto es, en especial de la pena. Solo quien conoce los factores (V. LISZT habla todavía de causas), que subyacen a la comisión de hechos punibles puede esperar encontrar reacciones que eviten de manera eficaz la comisión de delitos. Así pues, a las disciplinas centrales del Derecho penal se incorporan para V. LISZT también la criminología y la penología,¹²⁴ si bien no contempla la criminología desde el estrecho visor propio de la antropología criminal contemporánea, sino bajo una decidida incorporación de los motivos sociológicos del delito,¹²⁵ entendiendo por lo tanto que la reacción penal prejuzga la solución a los problemas sociales.¹²⁶

Para Franz V. LISZT, la ciencia del Derecho penal “total” es todavía una tercera cosa: la ciencia del Derecho penal debe —según sus propias palabras—¹²⁷ “ser [también] la maestra del legislador, su consejera fiable en la lucha contra el delito”. Para poder cumplir con esta función, la ciencia del Derecho penal tendría que desarrollar sobre la base de los conocimientos de la criminología y la penología un sistema de principios y preceptos jurídicos “según el cual la pena y las medidas conectadas a aquélla puedan ser empleadas para la protección del Ordenamiento jurídico de una forma decidida [zielbewusst] y con el mayor éxito posible”.

Franz V. LISZT no solo desarrolló esta imagen de una ciencia del Derecho penal total, sino que también la encarnó: tanto como dogmático del Derecho penal y maestro académico deslumbrante, como en su papel de político criminal, capaz de construir sus propuestas a partir de los conocimientos criminológicos y penológicos de su tiempo. El carácter internacional de una ciencia del Derecho penal así comprendida se hace especialmente visible en la criminología y en la política criminal, que encontraron al mismo tiempo su plataforma internacional en la “Unión internacional de Derecho Penal”.

5. Bibliografía

AMELUNG (1972), *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft. Untersuchungen zum Inhalt und zum Anwendungsbereich eines Strafrechtssprinzips auf dogmengeschichtlicher Grundlage; zugleich ein Beitrag zur Lehre von der «Sozialschädlichkeit» des Verbrechen*, Athenäum, Fráncfort del Meno.

A. BAUMGARTEN (1937), «Die Lisztsche Strafrechtsschule und ihre Bedeutung für die Gegenwart», *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, (51), pp. 1 ss.

¹²³ Cfr. V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 284, 286 ss., 288 s.

¹²⁴ Cfr. V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 284, 298 ss.; vid. también ya EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 292 ss.

¹²⁵ En profundidad, V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, 1905, pp. 290, 296 ss., 312 ss.; EL MISMO, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 284, 290 ss.

¹²⁶ Cfr. V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 75, 83; EL MISMO, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21ª/22ª ed., 1919, p. 19.

¹²⁷ Cfr. V. LISZT, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 2, 1905, pp. 284, 293 ss.

BELING (1930), *Grundzüge des Strafrechts*, 11^a ed., Mohr Siebeck, Tubinga

————— (1906), *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr Siebeck, Tubinga.

BINDING (1902), *Grundriß des deutschen Strafrechts*, 6^a ed., Engelmann, Lipsia.

————— (1872), *Die Normen und ihre Übertretung*, t. I, 1^a ed., Engelmann, Lipsia (2^a ed., 1890).

BIRNBAUM (1834), «Ueber das Erfodernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besondere Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung», *Archiv des Criminalrechts. Neue Folge*, (15), pp. 149 ss.

DAHM/SCHAFFSTEIN (1933), *Liberales oder autoritäres Strafrecht?*, Hanseatische Verl.-Anst., Hamburgo.

EXNER (1914), *Die Theorie der Sicherungsmittel*, Guttentag, Berlín.

GEORGAKIS (1940), *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts*, Weicher, Lipsia.

GRAF ZU DOHNA (1936), *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1^a ed., Röhrscheid, Bonn (2^a ed., 1941).

————— (1905), *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen*, Verl. d. Buchhandlung d. Waisenhauses, Halle.

FRANK (1907), *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, Toepelmann, Giessen.

FREUND (2009), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. personale Straftatlehre*, 2^a ed., Springer, Berlín/Heidelberg.

FRISCH (2015), «Strafe, Straftat und Straftatsystem im Wandel», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 65 ss.

————— (2015), «Straftheorie, Straftat und Strafzumessung im gesamten Strafrechtssystem. Zur Revisionsbedürftigkeit des Grundverständnisses der Straftat», en FAHL/MÜLLER/SATZGER/SWOBODA (eds.), *Ein meschengerechtes Strafrecht als Lebensaufgabe. Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag*, C.F. Müller, Heidelberg, pp. 103 ss.

————— (2014), «Über das Verhältnis von Straftatsystem und Strafzumessung. Unrecht und Schuld in der Verbrechenslehre und in der Strafzumessung», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 489 ss.

————— (2014), «Zur Zukunft des Schuldstrafrechts – Schuldstrafrecht und Neurowissenschaften», HEGER/KELKER/SCHRAMM (eds.), *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck, Múnich, pp. 187 ss.

————— (2012), «Über Prävention im Strafrecht. - Entwicklung und Zukunft der Sicherungsverwahrung», WRÓBEL/KARDAS/SROKA (eds.), *Rechtsstaat und Strafrecht. Festschrift für Andrzej Zoll zum 70. Geburtstag*, t. 2, Wolters Kluwer, Varsovia, pp. 943 ss.

————— (2000), «Strafkonzept, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des BGH», en CANARIS/ROXIN/WIDMAIER (eds.), *Festgabe der Wissenschaft zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofs*, t. IV, pp. 269 ss.

————— (1982), «Das Marburger Programm und die Maßregeln der Besserung und Sicherung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (94), pp. 565 ss.

FRITSCH (1999), *Die jugendstrafrechtliche Reformbewegung (1871 - 1923). Die Entwicklung bis zum ersten Jugendgerichtsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der Diskussion über die Altersgrenzen der Strafmündigkeit*, Ed. iuscrim, Friburgo de Brisgovia.

HÄLSCHNER (1881), *Das gemeine deutsche Strafrecht*, t. 1 (*Die allgemeinen strafrechtlichen Lehren*), Marcus, Bonn.

HEINITZ (1969), «Franz von Liszt als Dogmatiker», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (81), p. 572 ss.

Robert VON HIPPEL (1932), *Lehrbuch des Strafrechts*, Springer, Berlín.

JAKOBS (2004), *Staatliche Strafe. Bedeutung und Zweck*, Schöningh, Paderborn et al.

————— (2003), «Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?», en SHIIBASHI (ed.), *Festschrift für Seiji Sato*, Shinzansha, Tokio, pp. 17 ss.

————— (1992), *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, C. H. Beck, Múnich.

————— (1991), *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2^a ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.

————— (1976), *Schuld und Prävention*, Mohr Siebeck, Tubinga.

KAUFMANN (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, Göttinga.

KRAFT (2004), *Tendenzen in der Entwicklung des Jugendstrafrechts seit der Jugendgerichtsbeziehung*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

VON LISZT (1909), «Der Entwicklungsgedanke im Strafrecht», en *Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung*, (16), pp. 497 ss.

————— (1905), *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, t. 1, t. 2, Guttentag, Berlín.

————— (1892), «Kriminalpolitische Aufgaben», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (12), pp. 171 ss.

————— (1890), «Kriminalpolitische Aufgaben», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (10), pp. 51 ss.

————— (1889), «Kriminalpolitische Aufgaben», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (9), pp. 452 ss., 737 ss.

————— (1886), «Rechtsgut und Handlungsbegriff im Bindingschen Handbuch», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (6), pp. 662 ss.

————— (1882), «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (3), pp. 1 ss.

————— (1881), *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1^a ed., Guttentag, Berlín/Lipsia (2^a ed., 1884; 11^a ed., 1902; 14^a/15^a ed., 1905; 21^a/22^a ed., 1919, Walter de Gruyter, Berlín).

————— (1881), *Das deutsche Reichstrafrecht*, Guttentag, Berlín/Lipsia.

V. LISZT/SCHMIDT (1927), *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 25^a ed., Walter de Gruyter, Berlín (26^a ed., 1932).

LUDEN (1840), *Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte*, t. 2 (Ueber den Thatbestand des Vebrechens nach gemeinem teutschen Rechte), Vandenhoeck und Ruprecht, Gotinga.

MERKEL (1889), *Lehrbuch des Strafrechts*, Enke-Verlag, Estucardia.

MURMANN (2005), *Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht*, Springer, Heidelberg/Berlín.

NAUCKE (1982), «Die Kriminalpolitik des Marburger Programms», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (94), pp. 525 ss.

PAWLIK (2016), «v. Liszt im Kontext zeitgenössischer philosophischer Strömungen», en KOCH/LÖHNIG (eds.), *Die Schule Franz von Liszts*, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 57 ss.

————— (2012), *Das Unrecht des Bürgers: Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (2004), *Person, Subjekt, Bürger: zur Legitimation von Strafe*, Duncker & Humblot, Berlín.

RADBRUCH (1930), «Zur Systematik der Verbrechenlehre», en HEGLER (ed.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, t. I, Mohr Siebeck, Tubinga, pp. 158 ss.

ROXIN (2012), «§ 1», en WOLTER (ed.), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB*, 8^a ed., Carl Heymann, Colonia.

- (2006), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I (Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenlehre), 4^a ed., C. H. Beck, Múnich.
- (1979), «Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht», en Arthur KAUFMANN (ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, Múnich, pp. 279 ss.
- (1973), *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Walter de Gruyter, Berlín.
- (1969), «Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (81), p. 613 ss.
- (1966), «Sinn und Grenzen staatlicher Strafe», *Juristische Schulung*, pp. 377 ss.
- RUDOLPHI (1970), «Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs», en BARTH (ed.), *Festschrift für Richard M. Honig. Zum 80. Geburtstag*, Schwartz, Gotinga, pp. 151 ss.
- SCHAFFSTEIN (1980), *Jugendstrafrecht: eine systematische Darstellung*, 7^a ed., Kohlhammer, Estucardia et al.
- SCHAFFSTEIN/BEULKE (1998), *Jugendstrafrecht: eine systematische Darstellung*, 13^a ed., Kohlhammer, Estucardia et al.
- SCHMIDHÄUSER (1975), *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2^a ed., Mohr Siebeck, Tubinga.
- Eberhard SCHMIDT (1965), *Einführung in die Geschichte der Strafrechtspflege*, 3^a ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Gotinga.
- (1957), «Franz von Liszt», en VON HERMANN HEIMPEL et al. (eds.), *Die Großen Deutschen*, t. V, Propyläen-Verl., Berlín.
- (1950), «Franz von Liszt und die heutige Problematik des Strafrechts», en UNIVERSITÄT/RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT (ed.), *Festschrift für Julius von Gierke: zu seinem goldenen Doktorjubiläum*, pp. 201 ss.
- (1942), «Anselm von Feuerbach und Franz von Liszt», *Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform*, pp. 205 ss.
- SCHÜNEMANN (1984), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, Walter de Gruyter, Berlín et al.
- STRENG (2012), *Jugendstrafrecht*, 3^a ed., C. F. Müller, Heidelberg et al.
- WÄCHTER (1881), *Deutsches Strafrecht*, Breitkopf u. Haertel, Lipsia.
- WELZEL (1969), *Das deutsche Strafrecht: eine systematische Darstellung*, 11^a ed., Walter de Gruyter, Berlín.

————— (1935), *Naturalismus und Wertphilosophie*, Deut. Druck- u. Verl., Mannheim/Berlin/Lipsia.