

Elbert, C. (2017). *Franz von Liszt: teoría y práctica en la política criminal (1899-1919)*. Buenos Aires: Prosa y poesía American Editores, 516 pp.

Eugenio Raúl Zaffaroni*

El penalismo y la criminología latinoamericanos se debían una investigación sobre el pensamiento político de Franz von Liszt, cuyo conocimiento contribuye a despejar las muchas dudas planteadas sobre el carácter de sus teorías penales (cfr. las opiniones de Wolfgang Naucke, Francisco Muñoz Conde y Thomas Vormbaum, en las obras citadas por Elbert).

Para el penalismo latinoamericano un libro sobre Liszt no es una simple curiosidad histórica, sino una indagación acerca de las ideas políticas de un personaje que, si bien nunca puso un pie en nuestra región, proyectó ampliamente sus teorías por toda ella, al punto que la primera traducción de su obra a otro idioma lo fue al portugués en Brasil; fue la de José Hygino Duarte Pereira (1847-1901), catedrático pernambucano, ministro de justicia del presidente Floriano Peixoto y ministro del Supremo Tribunal Federal (Liszt, 1899; Liszt, 2003). En cuanto a la traducción castellana (Liszt, 1914-1917), en su tiempo se expandió ampliamente por el resto de la región y, además, fue el primer teórico alemán que influyó sobre nuestro penalismo de vertiente dogmática, cuando éste apenas emergía del positivismo ferriano (Zaffaroni y Croxato, 2014).

El autor de este libro expone la actividad de Liszt como profesor, tratadista, investigador, editor (hasta el presente se publica como la revista penal quizá de mayor prestigio la funda por Liszt y Adolf Dochow en 1881: *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, De Gruyter, Berlin), comparatista (Liszt, 1896) e internacionalista (Liszt, 1929), incesante desde su formación en su Austria natal (ha caído en nuestras manos un ejemplar muy mal conservado de su *Meineid und falsches Zeugnis*, subtulado como un estudio histórico penal, publicado en Viena en 1876, en tiempos en que era *Privatdozent* en Graz) hasta poco antes de su muerte, desplegada con una intensidad casi sobrehumana, teniendo en cuenta las limitaciones técnicas de la comunicación de su tiempo.

Si bien Elbert insiste en que su objetivo no es un estudio de toda la obra de Liszt, lo cierto es que su libro es una verdadera biografía intelectual de éste, desde sus comienzos en su Austria natal hasta su muerte en 1919, como también una exposición completa de sus ideas político-criminales. Tenemos la impresión de que la insistencia en la limitación temática por parte del investigador argentino, obedece a su comparación con investigaciones alemanas acerca de otros penalistas (quizá impresionado por el libro de Holger Karitzky sobre Kohlrausch, publicado en 2002

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires; Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral y Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires; E-Mail: eraulzaffaroni@gmail.com. Este trabajo se publicó de forma original en La Ley, Buenos Aires, N.º 11, 2017 y aquí se inserta con la debida autorización.

y al que Elbert cita repetidamente en el libro), pero lo cierto es que la presente nada tiene que envidiar a esos modelos y, de cualquier forma, para nuestro medio regional es completísima y ejemplar.

De la biografía de Liszt –poco conocida entre nosotros–, cabe destacar que pese a haber comenzado su carrera en su Austria natal (en ese tiempo parte del Imperio Austro-Húngaro), pasa a Alemania y, después de peripecias y algunos conflictos universitarios, llegó a la muy ambicionada cátedra de Berlín en función de una terna en la que, no obstante ocupar el tercer lugar, fue escogido por el gobierno, siendo particularmente interesante saber que quien ocupaba el primer lugar en la terna era nada menos que Karl Binding, su principal contradictor en la llamada lucha de escuelas de la época.

Como bien lo señala Elbert, Liszt se centraba en la cuestión de la pena y su famoso Programa de Marburgo dista mucho de ser un texto liberal, en particular por la severidad de las penas, que matiza con beneficios. Es conocido el párrafo muchas veces citado y que reproduce Elbert, en que Liszt lamenta no tener colonias a las que mandar a los habituales, no siendo tampoco posible en ese tiempo decapitarlos, por lo que proponía la prisión indeterminada. Más duramente aún se expresó epistolarmente, en correspondencia recordada por varios autores.

En general, para Liszt, los delincuentes se debían dividir en un 50% de corregibles, un 25% de posibles corregibles y otro 25% de incorregibles o habituales, a los que reservaba la prisionización indeterminada, o sea, prácticamente perpetua.

Es muy importante señalar que Elbert incursiona en la historia alemana de tiempos de Liszt, indispensable para que el lector se ubique en su escenario político y social, dado que se centra en la actuación política de este autor, tema que tampoco fue investigado con esta minuciosidad en Alemania.

El Imperio Alemán fue el sistema político en que Liszt actuó en el período analizado (1899 y 1919). Unificado en 1870 en forma de federación de estados monárquicos entre los que Prusia era hegemónica, el emperador Guillermo II era también rey de Prusia y jefe del ejército, ejercía el ejecutivo y, si bien se trataba de una monarquía constitucional, no era parlamentaria, dado que la Cámara de representantes no tenía el poder correspondiente a esa forma de gobierno y, además, durante la guerra lo perdió casi por completo. Se trataba de una monarquía con dominio aristocrático muy marcado y pocos elementos democráticos.

La actuación de Liszt fue en tres representaciones diferentes: como concejal en Charlottenburg (1902-1912), en el Parlamento de Prusia (1908-1913) y en el Reichstag (parlamento imperial) (1912-1918). En todos los casos Liszt representó al llamado partido liberal, nombre que –como bien lo destaca el autor– no debe mover a confusiones, pues se trataba de un partido de clase media alta, minoritario por cierto y bien adaptado al régimen monárquico imperial, con el que no tenía enfrentamientos, los que, por otra parte, el catedrático de Berlín se ocupaba de evitar con gran cuidado.

Elbert tiene el acierto de transcribir las principales intervenciones de Liszt y evaluar cada una de ellas, lo que permite al lector verificar la valoración del investigador. Sería largo enumerar la rica información que surge de estos análisis, alguna favorable a una imagen políticamente positiva de Liszt, aunque otras no tanto y hasta decididamente lamentables.

Se destaca la importancia del pensamiento de Liszt en toda la materia del derecho penal de niños y adolescentes, cuyos principios conservan vigencia hasta la actualidad, como también la ridiculización del racismo ario que pocos años después de su muerte sería considerado científico. También registra Elbert una intervención en la que Liszt se manifiesta decididamente contra el antisemitismo. Curiosamente, las intervenciones parlamentarias de Liszt referidas a las universidades asombran más por lo que revelan acerca de éstas, que incluso tenían potestad de imponer penas de encierro.

De toda forma, cabe observar que en todas sus intervenciones, Liszt parece adoptar la actitud propia de quien apela a la táctica oratoria de una de cal y otra de arena, es decir, a evitar en lo posible el enfrentamiento abierto, más bien sopesando argumentos y dando la impresión del equilibrado que llega a una conclusión poco discutible. Una excepción sería la intervención en que ridiculiza al racismo ario, que al parecer le lleva a perder la paciencia.

Los aspectos que ensombrecen sus intervenciones políticas son varios, pero entre ellos sobresale su adhesión entusiasta al tratado de amistad y extradición con el imperio otomano, pese a que no podía ignorar el genocidio armenio en curso desde 1915 y denunciado en la misma Alemania (en 1919 se publicaron en Alemania los documentos que revelan esos conocimientos. Cfr. Lpesius, 2009). En la discusión acerca de ese mismo tratado, Liszt defiende la cláusula que viola la legalidad al no ceñir el concepto de delito político, librando al prudente criterio de los jueces del imperio el destino de los anarquistas. Cabe observar que estos jueces guillermos, que conservaron sus puestos por gravísimo error político por la República de Weimar, fueron los que encubrieron los crímenes del nazismo en ascenso y se apresuraron a expresar su adhesión servil al régimen en 1933.

Otro de los aspectos negativos del pensamiento político de Liszt fue su posición favorable al colonialismo alemán, pese a que tampoco podía ignorar el genocidio de los *hereros* cometido por von Trotha por expreso mandato del Kaiser (Traverso, 2010, pp. 63 y ss.). Puede pensarse que había una contradicción entre su crítica airada al racismo y su apoyo al colonialismo, pero no es así, porque Liszt criticaba el racismo ario de Gobineau y seguidores, de vertiente involutiva, en tanto que el colonialismo se sustentaba en Alemania –al igual que en Gran Bretaña– en el racismo evolucionista de Spencer.

Otro episodio desvalorado correctamente por Elbert, fue el desafuero del diputado Karl Liebknecht, marxista, pacifista fuertemente crítico de la guerra y que había sido durante años su compañero en cuerpos legislativos, aunque obviamente no compartían ideas. Si bien Liszt no intervino en el debate acerca del desafuero

de Liebknecht, no sólo lo consintió con su silencio sino que se sumó a la decisión con su voto nominal.

Elbert reproduce las intervenciones de Liszt en apoyo del fortalecimiento del ejército prusiano, cuando no podía ocultarse que Alemania se preparaba para una guerra de agresión interimperialista, lo que negó sistemáticamente, incluso firmando un manifiesto de intelectuales en que se denuncian como calumniosas las crueles acciones bélicas en la Bélgica neutral. Sin duda que Liszt se dejó llevar por el entusiasmo belicista, que confiaba en una guerra breve, y soñaba con una organización de posguerra entre los países desarrollados de Europa, curiosa y significativamente muy similar a lo que muchos años después sería el Mercado Común Europeo y, finalmente, la Unión Europea.

Los últimos años de Liszt, enfermo y alejado de la cátedra, fueron amargos, porque con la derrota todos sus proyectos naufragaban, desaparecían los estados en que había desarrollado su actividad científica y política, su organización internacional interrumpía su actividad y sólo en la década siguiente a su muerte renacería como Asociación Internacional de Derecho Penal. Puede decirse que la vida de Liszt se cierra con el fin de los regímenes políticos en que había actuado, es decir, con la caída de los imperios centroeuropeos (alemán y austro-húngaro) y la consiguiente caída de los Hohenzollern y de los Habsburgo, de los cuales fue un fiel súbdito.

Elbert se pregunta si Liszt llevaba sus ideas político-criminales al plano de la política o si, por el contrario, llevaba sus ideas políticas al plano político-criminal, y destaca que en todas sus intervenciones, ponía de manifiesto un alto grado de ambigüedad. No se puede discutir esa característica de las intervenciones de Liszt en su labor parlamentaria, porque resulta clara en las versiones taquigráficas de sus intervenciones la ya mencionada táctica de una de cal y otra de arena.

Como el mismo Elbert destaca, Liszt era una joya académica para su pequeño partido monárquico-liberal-burgués, porque los profesores se consideraban en general ajenos a la política y Liszt era una excepción. Creemos que Liszt más bien asumía el personaje y su ambivalencia era fruto de esta actitud, consistente en mostrarse como el catedrático que llegaba a la política con la moderación académica que le permitía evaluar y sopesar los argumentos desapasionadamente, conceder algo de razón a la posición contraria y, finalmente, extraer las conclusiones en forma de gran apariencia racional e incluso de cierto grado de objetividad e imparcialidad importada de la cátedra.

Elbert sigue al final del libro la vida de discípulos de Liszt, mostrando que años después de su muerte, los hubo que resistieron al nazismo –como Radbruch, que siempre trató de subrayar los rasgos liberales de su maestro– y otros como Kohlrusch, que no tuvieron empacho en servir a cuatro estados diferentes (imperio, república, nazismo y comunismo). En realidad, creemos que poca luz arrojan estos comportamientos acerca de la naturaleza de las ideas de Liszt, porque imaginar lo

que éste hubiese hecho de llegar a vivir bajo el régimen nazi, es apelar a un método histórico contrafáctico muy dudoso.

Pero, por otra parte, no nos parece que haya habido dos Liszt, uno científico y otro político, sino uno solo, que pensaba por igual en ambos campos. No olvidemos que para Liszt la verdadera ciencia era la criminología etiológica de corte claramente positivista. Su idea de la política criminal era muy particular y podría resumirse diciendo que la concebía como la acción política destinada a la erradicación del delito y, como tal, requerida de un límite para no desbordarse en represión ilimitada, que estaba dado por el derecho penal, como mero saber práctico con base de ley positiva. Ese y no otro era el sentido de su afirmación de que el derecho penal es la Carta Magna del delincuente, concibiendo a la política criminal (tal como la entendía) enfrentada con el derecho penal.

Su misma concepción del delito era positivista: no admitía elementos valorativos, se basaba en dos cadenas causales, una física y otra psíquica, y así construía su concepto general, con la primera como antijuridicidad y la segunda como culpabilidad. Hoy diríamos que su teoría del delito se agota en el injusto penal, porque lo que llamaba culpabilidad era el aspecto subjetivo del tipo penal. La única incoherencia en su esquema es la normal motivación como base para la imputabilidad, considerada como presupuesto de la culpabilidad, que era una cuña de extraña madera en su construcción, quizá tomada del idealismo y criticada por su discípulo Lilienthal, que le observaba que hubiese sido más coherente considerar a la imputabilidad como una cuestión de punibilidad, que decidiese si correspondía una pena o una medida de seguridad.

Aunque Liszt siempre quiso poner distancia del positivismo italiano de Ferri y sus seguidores, no lo logra en su teorización, porque la única diferencia es que Ferri adoptaba un determinismo monista (una única causalidad, física) en tanto que Liszt optaba por uno dualista (doble causalidad, física y psíquica). Como todo positivista, en el fondo es reaccionario y reduccionista (muchos de los seguidores de Ferri se asombraron de su apoyo al fascismo, cuando provenía del partido socialista italiano, donde había desempeñado altos cargos [Gómez, 1947]. En rigor, es comprensible este giro, a partir de la base policial y autoritaria del positivismo), dado que el positivismo penal resulta de una alianza entre policías con poder y sin discurso y médicos con discurso y sin poder.

En mérito de Liszt cabe reconocerle que levanta al derecho penal como valla práctica de contención a una peligrosidad policial ilimitada. No obstante, ese mérito no es suficiente para erigirlo en el paradigma del penalista liberal ni mucho menos, posición que se le asignó como resultado de la enorme confusión generada por el nazismo. En efecto: Dahm y Schaffstein sostuvieron que Liszt encarnaba un derecho penal socialista, lo que es un disparate, casi tan enorme como la afirmación de estos autores contra los neokantianos nazistas, a los que descalificaban afirmando que eran liberales (cfr. Dahm y Schaffstein, 2011). Los propios discípulos de Liszt lo defendían durante el nazismo, destacando la dureza de las penas que

proponía. Estos marbetes librados al azar a las luchas políticas poco tienen que ver en definitiva con la verdadera naturaleza de las ideas.

La confusión que generaron los marbetes repartidos por los autores de Kiel tiene sus antecedentes en otra creada a partir de la lucha de escuelas de fines del siglo XIX, en particular de su enfrentamiento con Karl Binding. Se trató de identificar esa confrontación alemana con la italiana y, en definitiva, se quiso explicar lo que pasaba en Alemania por lo que no pasaba en Italia, dado que la lucha de escuelas italiana fue sólo el invento más genial y exitoso de Enrico Ferri, porque en verdad nunca existió una escuela penal fundada por Beccaria y con Carrara como jefe último. No puede ser una escuela algo que integran racionalistas, kantianos, hegelianos, aristotélico-tomistas, krausistas, etc. Simplemente, Ferri metió todo lo anterior en una bolsa para descalificarlo y se proclamó jefe de la otra escuela, única científica según su criterio.

Mal podía interpretarse de esa forma la confrontación de Liszt con Binding, en especial porque, además, este último no era ningún liberal ni basaba su teorización en ninguna concepción filosófica que lo acercase al conglomerado de autores dispares que en Italia envolvía Ferri en el increíble paquete de los clásicos. Binding, como hoy se lo reconoce por la gran mayoría de los estudiosos contemporáneos, era un positivista jurídico radical, propio de la época de Bismarck, incapaz de poner en duda la validez de cualquier norma estatal, cuya legitimación emergía simple y llanamente porque emanaba del Estado. Sin duda que llevaba toda la razón quien afirmaba que el derecho penal de Binding seguía vivo en el derecho penal fascista, aunque no en el nazista, dado que para este último la fuente del derecho era la *Volksgemeinschaft* (comunidad del pueblo) encarnada en el Führer, en tanto que para el fascismo –como para Bismarck– era el Estado (Dahm, 1935).

Insistimos en que a nuestro juicio siempre hubo un solo Liszt que, en modo alguno merece el pedestal como el gran jurista liberal de su tiempo, ni tampoco es correcto identificar su nueva escuela o escuela sociológica como muy progresista, aunque no se le pueda negar alguna intuición genial, como la de oponer como valla el derecho penal al poder policial, que a nuestro juicio es hasta ahora su mayor contribución, aunque no haya extraído todas las consecuencias de esta premisa.

Elbert trata de aproximarse a las ambigüedades de Liszt asignándole algunos rasgos psicopáticos, aunque se cuida de psiquiatrizarlo. No nos aventuramos en seguirlo por este camino, que siempre es peligroso –no tanto para Liszt, que murió hace un siglo–, sino porque por esa vertiente llegaríamos a descubrir los mismos síntomas poco menos que en toda la actividad política. Sin perjuicio de reconocer que estos rasgos aparecen en muchas neurosis y no tienen nada que ver con lo que usualmente se llama psicopatía, porque en alguna medida son muchos –y no nos excluimos– quienes psicopatean alguna vez, con mayor o menos frecuencia, lo cierto es que los rasgos que señala Elbert no parecen del todo justificados.

Si Liszt era un sujeto alegre, divertido, bromista, un buen relacionista público en síntesis, que contrastaba con la personalidad autosuficiente de Binding, como la

intuición que le permitía captar la personalidad de sus interlocutores, no se tratan más que de rasgos de personalidad que le facilitaron tomar contacto con los penalistas de todo el mundo y quizá divertirse.

No podemos decir que su apoyo a la guerra y al Imperio de Guillermo II, y que no haya asumido la actitud clara de Mommsen y otros juristas y científicos y que no haya sido un pacifista ni que haya omitido ayudar a Liebknecht, respondan a rasgos psicopáticos de su personalidad. Creemos que estas limitaciones, ambigüedades y contradicciones de Liszt son, simplemente, resultado de su ideología pretendidamente moderada –por no decir conservadora– en el marco del Estado en que actuaba y en el que parecía sentirse conforme, porque tampoco fue republicano. Era un ciudadano de orden en tiempos del imperio guillermino y, por ende, de esta posición política no podía exigirse ninguna actitud rupturista con el *statu quo*. No olvidemos que este marco fue tan fuerte que hizo que los propios socialdemócratas alemanes (o sea, la izquierda de su tiempo y Estado, a cuya derecha se hallaba Liszt) apoyaron la guerra, aun sabiendo que sus propios electores serían las primeras víctimas en las horribles y mortíferas trincheras de esa conflagración.

La insensibilidad que Elbert le reprocha a Liszt en sus últimos años, en que sólo parece lamentarse de la pérdida de su Unión Internacional, no era exclusiva de Liszt por cierto, sino corriente en toda la burguesía europea, de cuyos valores éste no logró o no quiso nunca desprenderse.

Desde la perspectiva actual y considerando el curso histórico seguido por el penalismo alemán y su transporte a nuestra región, lo que debe quedar claro –y a eso contribuye la investigación de Elbert– es que el penalismo nazi no fue una ruptura insólita con un pasado penal liberal, porque en la confrontación entre Liszt y Binding ninguno de ambos era liberal y, aún más, en ambos había elementos autoritarios que luego fueron retomados y brotaron en toda su magnitud en aberraciones racionalizantes (en este sentido son varios los autores contemporáneos que así lo consideran, por ejemplo, Vormbaum, 2013).

El trabajo de Elbert es ejemplar en varios de los sentidos señalados, pero, además, cabe destacar que lo llevó a cabo disponiendo de la propia biblioteca de Liszt en Berlín. Esta búsqueda y la amplísima bibliografía con que ilustra el libro, la precisión y cuidadosa selección de citas y párrafos transcritos, como también la inmersión en la historia política alemana, dan cuenta de largas horas de paciente investigación por parte del autor. Nada de esto nos sorprende, conociendo cercanamente la seriedad científica del autor de este libro.

Referencias

- Dahm, G. (1935). *Nationalsozialistisches und faschistisches Strafrecht*. Berlin: Junker und Dünnhaupt.
- Dahm, G. y Schaffstein, F. (2011). *¿Derecho penal liberal o derecho penal autoritario?* Buenos Aires: Ediar.

- Gómez, E. (1947). *Enrique Ferri: aspectos de su personalidad, síntesis y comentario de su obra*. Buenos Aires: Ediar.
- Karitzky, H. (2002). *Eduard Kohlrausch - Kriminalpolitik in vier Systemen eine strafrechtshistorische Biographie*. Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH-Nomos Verlagsgesellschaft.
- Lpesius, J. (Ed.). (2009). *Alemania Y Armenia 1914-1918. Compilación de Actas Diplomáticas*. (trad. Elbert, L. B.). Buenos Aires: Ernesto Julián Friedenthal.
- Traverso, E. (2010). *La violencia nazista, una genealogía*. Bologna: Il Mulino.
- Von Liszt, F. (1876). *Meineid und falsches Zeugnis: eine strafrechts-geschichtliche Studie*. Wien: Mainz. Manz'sche h.h. Hof-Verlags- und Universitäts-Buchhandlung.
- Von Liszt, F. (1896). *La legislación penal comparada; publicada por acuerdo de la Unión Internacional de Derecho Penal, con el concurso de eminentes penalistas*. Tomo I, El derecho criminal de los estados europeos (trad. A. Posada). Madrid: Administración de la Revista de Medicina y Cirugía Prácticas.
- Von Liszt, F. (1899). *Tratado de Direito Penal Alemão* (trad. J. H. Duarte Pereira), 2 volumes, con un extenso estudio preliminar del traductor. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C.
- Von Liszt, F. (1914-1917) *Tratado de Derecho Penal* (trad. L. Jiménez de Asúa y Q. Saldaña, 3 vols. Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Von Liszt, F. (1929). *Derecho Internacional Público* (trad. D. Miral). Barcelona: Gustavo Gili.
- Von Liszt, F. (2003). *Tratado de Direito Penal Alemão* (trad. J. H. Duarte Pereira), 2 volumes con notas de R. Rodrigues Gama. Campinas: Russell Editores.
- Von Liszt, F. y A. Dochow (1881). *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, t. I. Berlin-Leipzig: Verlag von J. Guttentag.
- Vormbaum, Th. (2013). *Diritto e nazionalsocialismo, Due lezioni*. Macerata: Università di Macerata.
- Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. L. (2014). El pensamiento alemán en el derecho penal argentino. *Rechtsgeschichte Legal History*, 22, 192-212. Recuperado de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/39943-pensamiento-aleman-derecho-penal-argentino>.