SOCIOS DE LA SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

Jorge Acevedo, Enrique Aimone, Miguel Luis Amunátegui, Andrés Aninat, Enrique Barros, Aníbal Bascuñán (Socio honorario), Antonio Bascuñán, Norberto Bobbio (Socio honorario), Susana Bontá, Ismael Bustos, Crisólogo Bustos, Héctor Carvallo, José Luis Cea, Mario Cerda, Sergio Contardo, Marcelo Contreras, Jorge Correa, Andrés Cúneo, Manuel de Rivacoba, Gabriel del Favero, Crescente Donoso, Percy Ecclefield, Jesús Escandón, Roberto Escobar, Mario Fernández, Ricardo Ferrada, Edmundo Fuenzalida, Hugo Frühling, Pedro Gandolfo, Joaquín García-Huidobro, Abel González, Felipe González, Luis Rafael Hernández, Jorge Iván Hubner, Gonzalo Ibáñez, Hernán Larraín, Carlos León, Manuel Manson, Kurt Mardorf, Máximo Pacheco, Antonio Pedrals, Fernando Quintana, Nelson Reyes, Pablo Ruiz-Tagle, Jaime Sepúlveda, Juan Enrique Serra, Agustín Squella, Hugo Tagle, Humberto Torres, José Ugarte, Fernando Valenzuela, Aldo Valle, Carlos Verdugo, Jaime Williams, Rafael Yuseff y Hugo Zepeda.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1985

FILOSOFIA DERECHO Y SOCIEDAD

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
ANUARIO 1985

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales de la Universidad de Valparaíso, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho de la Universidad Gabriela Mistral y Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social
Inscrito en el Registro de la Propiedad Intelectual
bajo el número 64.635.

Diseño gráfico: Allan Browne E.
Impreso en
EDEVAL

Errázuriz esquina de Freire, Valparaíso.

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

1985

FILOSOFIA DERECHO Y SOCIEDAD

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL
1985

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO

(1985 - 1987)

Antonio Bascuñán Valdés, Mario Cerda Medina, Jorge Correa Sutil, Gonzalo Ibáñez Santa María, Fernando Quintana Bravo, Nelson Reyes Soto, Juan Enrique Serra Heisse, Agustín Squella Narducci y Jaime Williams Benavente.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la Casilla 211-V, Valparaíso.

I

EN MEMORIA DE JORGE MILLAS *

* El día 11 de abril de 1985 tuvo lugar, en la ciudad de Santiago, el acto de entrega del "Anuario de Filosofía Jurídica y Social" Nº 2, correspondiente a 1984, y titulado *Estudios en memoria de Jorge Millas*. Se incluye a continuación el discurso que el Presidente de la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Agustín Squella, pronunció en dicho acto, como también el texto de la disertación del Profesor Juan Enrique Serra, acerca de la persona y la obra de Jorge Millas.

V

RECENSIONES

yecciones de la Teoría Pura del Derecho en el pensamiento penal", trabajo en el que rescata la significativa repercusión de la obra de Kelsen en esa materia, contrariamente a lo que la opinión común sostiene al respecto.

En suma, esta obra colectiva pone una vez más de manifiesto que el pensamiento de Kelsen constituye un venero inagotable de sugerencias y una fuente de permanente inspiración para el desarrollo de la Teoría General del Derecho, tanto para sus seguidores como para sus críticos.

Dante Cracogna *

---

* De la Universidad de Buenos Aires.

FRANZ VON LISZT: *La idea de fin en el Derecho penal.* Traducción de Enrique Aimone Gibson, Revista técnica y Prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Colección Juristas Perennes, Edeval, Valparaíso, 1984.

El año 1882, en que aparece este señero escrito de von Liszt, titulado originalmente *Programa de Marburgo,* está inserto, rodeado más bien, de acontecimientos científicos que hablan de un clima cultural al que indudablemente, aunque no mecánicamente, se halla vinculada la obra que comentamos. En 1859 Darwin se dedicó a publicar *El origen de las especies,* cuyo impacto fue enorme; la primera edición, de 1.250 ejemplares, se agotó durante el primer día, y la segunda, de 3.000, se vendió en menos de una semana. En 1877 Lewis H. Morgan publicó su *Sociedad antigua o Investigaciones de las líneas de progreso humano del salvajismo a través de la barbarie hasta la civilización.* No es indiferente a la configuración de esta atmósfera ideológico-científica, que en el mismo año 1882 Sigmund Freud viajase a Viena para ingresar a la más prestigiada clínica psiquiátrica especializada en anatomía cerebral; y, sin poder escapar de la paradoja, en abril de 1882 el cuerpo de Charles Darwin era sepultado en la Abadía de Westminster.

El *Programa de Marburgo* está dividido en seis capítulos que se nominan como sigue: I. *El punto de partida;* II. *La pena como acción instintiva;* III. *La objetivación de la pena;* IV. *El principio de medida en la pena;* V. *La pena como protección jurídica consciente de su finalidad;* y VI. *Objetivos puntuales.*

En el primer capítulo nos dirá, en relación a la pregunta central acerca de la pena, esto es, si ella se define como consecuencia necesaria del delito y cuyo fundamento lo encuentra en la explicación del pasado —según sus propias palabras—, o si la pena es una creación intencional, cuya base se encuentra en su eficacia futura, que no se trata de una disputa escolástica; que frente a ella el jurista práctico no puede pasar imperturbable, calmando sus dudas con su inconmovible fe en la autoridad del Derecho vigente.

Su punto de partida para responder a esta cuestión fundamental, es que la pena, en sus formas primitivas, es mera reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas, reacción ciega, instintiva y no intencional ni determinada por la representación de un fin. Pero la pena se irá transformando en un proceso de objetivación, consistente en la entrega que se hace de su aplicación a órganos distintos del individuo o los grupos afectados. La experiencia histórica hará que, a través de la idea de fin, ella gane objetivo y medida; bajo el dominio del pensamiento finalista, la violencia punitiva se convierte en Derecho Penal.

En el segundo capítulo, comienza señalando que la pena no es una simple sutilización del ingenio humano, como afirman las teorías relativas; que no ha sido gestada por la idea de fin. La pena primitiva es acción instintiva, consecuencia del afán de autoafirmación del individuo y autoconservación, y con ello, en último término, conservación de la especie.

Explica que la pena primitiva tiene, no obstante, carácter social, que no existe una venganza privada desprovista de todo elemento social. La primera forma de pena primitiva, la venganza de la sangre, es venganza de la *gens* y no privada; lo mismo ocurre con la expulsión de la comunidad y con la tercera forma de pena primitiva, que llama pena estatal, en el sentido de que quien la aplica es un jefe, sacerdote o representante, en su calidad de tales.

Precisará von Liszt que la pena primitiva no es la expresión de un juicio valorativo. La pena como tal antecede en la experiencia al juicio moral; destaca como argumento el hecho de que ella es dirigida también contra el animal que ocasiona un daño, contra el niño, contra el insano mental, sin consideración alguna respecto a la responsabilidad del autor.

En cuanto a la relación de la pena primitiva con el Derecho, señala que la adecuación a fin es esencial a éste, y que aquélla, en cuanto acción instintiva, es, conceptualmente, independiente de la idea de adecuación a fin.

En el tercer capítulo, anuncia von Liszt que lo que hará es aplicar lo que llama la ley general de la evolución, según la cual, el progreso se decide por los distintos grados de subordinación de una acción a determinados fines. Esto ocurrirá en el proceso de objetivación de la pena, es decir, la traslación de la función de castigar desde los círculos inmediatamente afectados a órganos no comprometidos por la agresión; esto mismo permitirá conocer los bienes jurídicos que una comunidad declara tales, portando así el primer paso hacia la prevención. Concluye que la objetivación de la pena llevará a que los presupuestos de aplicación, su contenido y extensión se determinen y se subordinen por el concepto de adecuación a fin.

En relación al principio de medida en la pena (Cuarto capítulo), von Liszt dice: lo que permite hablar de medida en la pena es la idea de fin. Contrariamente, desde la idea metafísica de retribución, no existe posibilidad alguna de resolver el problema de la medida en la pena; sostiene, luego de revisar ciertos autores retribucionistas, que hay consenso unánime al respecto. "Una cosa me parece segura. Tampoco la idea de la justicia proporcional es adecuada para fundar la idea de las penas. Contradiciéndose, ella porta la contradicción a la legislación y la administración de justicia; si toma la relatividad como fundamento, renuncia a toda valoración absoluta; si cede al subjetivismo idealista, en forma más o menos consciente, sacrifica el juicio jurídico al fantasma de una justicia ideal, que realiza el principio de la ética" (pág. 106).

Frente a lo anterior, la concepción de la pena, como protección jurídica de bienes, exige inexcusablemente que, en el caso de que se trate, se aplique la pena (en contenido y alcance) que sea necesaria para que, a través de ella, se *proteja* el mundo de los bienes jurídicos.

Otro elemento de la mayor importancia, que nos presenta este capítulo, es la convicción de von Liszt en el sentido de que las muchas y fundamentales preguntas sobre la pena, se encontrarán, *con certeza indubitable*, en *un solo método*: la Sociología, la sistemática observación de la masa, la estadística criminal.

En el quinto capítulo, *La pena como protección jurídica consciente de su finalidad*, se despliega hasta lo concreto y particular el desarrollo teórico de la obra.

Es aquí donde el clima cultural que marca al *Programa de Marburgo* comenzará a hacer efectivos sus créditos. Las finalidades de la pena son: corrección, intimidación y neutralización. Consecuentemente, esto dará origen a tres formas posibles de protección jurídica que deben corresponder a tres categorías de delincuentes. "En efecto, la pena se dirige contra ellos, y no contra las figuras de delito; el delincuente es el titular de los bienes jurídicos cuya lesión o destrucción constituyen la esencia de la pena" (pág. 114).

Mostrará von Liszt su confianza —que nos parece excesiva— en la antropología criminal, para entregarnos una sugerente clasificación de los delincuentes: el primer grupo será el de los *irrecuperables*. Curiosamente, o quizá esto sea lo lógico, su combate contra la reincidencia termina en un trato más regresivo que lo logrado hasta ese momento por el Derecho penal.

Si bien no identifica a ambos tipos de individuos, los irrecuperables —dice— reconocen filas entre los mendigos, los alcohólicos, los vagabundos y los degenerados espiritualmente. Nótese la coincidencia con los llamados estados antisociales de la actualidad.

Entrega von Liszt una no menos interesante estadística penitenciaria con el objeto de respaldar sus conclusiones sobre la reincidencia y su penalidad. Fundado en que la mitad de los presos en Alemania son delincuentes habituales irrecuperables, afirma que es insensato el tratamiento que se hace de ella; lo que procede es la privación de libertad de por vida.

A propósito del segundo grupo, los que precisan de corrección, aparte de proponer, como es obvio, la finalidad correctiva, dirá, con claridad actualísima, que no hay nada más corruptor y contradictorio que la pena corta privativa de libertad. Respecto, en fin, del tercer grupo, los delincuentes ocasionales, propone una gran benignidad, toda vez que el peligro de repetición —dice—, en general, es remoto.

En el capítulo sexto, finaliza von Liszt aspirando a establecer que la discordia entre las teorías absolutas y relativas no tiene contenido y

que es equívoca. Este malentendido cree resolverlo diciendo que hecho y hechor son inseparables; que la retribución erróneamente refiere la pena al concepto de delito, a la abstracción que de los hechos concretos han hecho la legislación y la ciencia. Lo correcto es preguntar: ¿qué pena merece este ladrón, este asesino, este testigo falso, este autor de abusos deshonestos? (pág. 129).

Escrito en 1882, el *Programa de Marburgo* tiene una actualidad indudable; los principales sentidos mentados en las acuciantes preguntas que desgarran al Derecho penal de hoy y, esperamos, del futuro, están magistralmente presentes en toda esta obra.

Este comentario no puede menos que decir que es de justicia reconocer las limitaciones evidentes que por efecto del tiempo en que fueron escritas, tienen algunas aseveraciones del autor, las que, por otra parte, no afectan un planteamiento más sólido y consistente en relación al tema de que trata.

Von Liszt supera al positivismo italiano en cuanto aborda de un modo más coherente la relación de los estudios etiológicos del delito y del delincuente con el Derecho penal. Pero esto no obsta a que el centro de gravedad de su *Programa* discurra más bien sobre la base de un Derecho penal de autor y no de acto, que, —aunque esto no sea muy compartido—, llevado hasta sus lógicas y últimas consecuencias, se realiza ahogando los conceptos más caros de un Derecho penal respetuoso de la dignidad humana.

Cabe hacer presente que Franz von Liszt da lugar, en su *Tratado,* a una comprensión del Derecho penal que está lejos de disolverlo en una ciencia criminológica. Sus expresiones en el sentido de que es la *Carta Magna del delincuente,* y la de que *el Derecho penal es la barrera intransgredible* de la Política criminal, hablan de una consideración más justa y sólida del mismo.

Las contradicciones entre el *Programa* y su *Tratado,* y, mejor dicho, en su obra, puesto que el concepto de culpabilidad desarrollado en el segundo —nos dice— tiene su punto de partida en el hecho concreto, pero, al mismo tiempo sale fuera de él, dando entonces al acto el carácter de expresión de la naturaleza propia del autor, son, a juicio nuestro, evidentes. En este mismo sentido, aparece como inconciliable su definición de delito como acto al cual el Derecho penal hace seguir una pena-fin que va dirigida al autor según sus características personales.

Sin asumir el concepto de pena-fin y sus consecuencias, dicha contradicción la tiene von Liszt, pero también la tiene el Derecho penal de hoy. Nadie que quiera referirse seriamente a la criminalidad podrá desconocer la influencia más que probable que en ella deben tener las desigualdades sociales, dando por cierto como descontado que ésta no es la única causa del delito; pero, por esta desigualdad o por otra, el Derecho penal debe, en cuanto dogmática y crítica jusfilosófica que es, construir conceptos capaces de resolver estas contradicciones. Quizá, la incipiente noción de co-culpabilidad —por ejemplo—, entendida como aquella parte de la responsabilidad penal que le incumbe a la sociedad, y de que es librado el autor, por las posibilidades que le ha negado, sea una interesante vía teórica para progresar en un auténtico Derecho penal liberal en cuanto aspira a ser un derecho de iguales, en la medida que reconoce lo desigual, y deja de ser el guardián de la tranquilidad de unos pocos y el fantasma, cuando no el dolor, de muchos.

La serena mirada que los ciento dos años transcurridos permite, nos hace recordar —quizá con más confianza— las palabras que don Luis Jiménez de Asúa escribiera —en el artículo *Corsi e ricorsi: La vuelta de Von Liszt,* con ocasión del quincuagésimo aniversario de su muerte—, para significar, no ya que la criminología se tragaría al Derecho penal, sino, y contrariamente, la desilusión de aquel entusiasmo.

El artículo a que hago referencia se contiene en este mismo texto, precediendo al *Programa de Marburgo.* El profesor Manuel de Rivacoba y Rivacoba ha escrito el *Prólogo* del libro, lo que, sin duda, completa estas brillantes 139 páginas que la Colección Juristas Perennes, de Edeval, entrega a la fascinante preocupación humana que encierra el Derecho penal.

Aldo Valle Acevedo *

---

* Ayudante de Introducción al Derecho y de Filosofía del Derecho, en la Universidad de Valparaíso.