

La obra penalista de Jiménez de Asúa

JOSE ANTON ONECA

El 17 de noviembre de 1970 ha fallecido en Buenos Aires don Luis Jiménez de Asúa. Había nacido en Madrid el 17 de junio de 1889. Su padre era procurador de los tribunales y el hijo estudió Derecho en la Universidad que entonces se llamaba Central. El fallecimiento temprano del padre obligó al hijo a apresurar el fin de su carrera y a ganarse la vida como profesor de la Academia Politécnica Matritense, dirigida por don Isidro Naharro. Simultaneó este quehacer con el estudio del doctorado, donde la asignatura de Estudios superiores de Derecho penal y Antropología criminal era explicada por el profesor auxiliar encargado del curso, don Leopoldo Palacios, quien recomendaba a los alumnos el libro «Las nuevas teorías de la criminalidad», del que era autor don Constancio Bernaldo de Quirós. Preparó Asúa su tesis sobre *La Sentencia indeterminada* y, obtenido el grado de doctor, publicó la tesis con un prólogo de Bernaldo de Quirós, el cual, además de hacer el elogio del trabajo y del reciente doctor, hablaba del Proyecto de Código penal que en 1902 preparó por encargo del ministro Montilla, diciendo haber tomado por modelo el Proyecto suizo de Stooss, preferible por su sencillez. Dicha tesis, más extensa y documentada de lo por entonces habitual, debió ser factor decisivo para conceder, en virtud de concurso, a nuestro biografiado una pensión para estudiar Derecho penal en Francia y en Suiza. En París escuchó las explicaciones elocuentes de Garçon y estudió en la biblioteca de la Facultad. De allí pasó a Suiza, donde se ofrecía el espectáculo, fascinante para un joven penalista, de un grupo de profesores que, secundando a Stooss, propugnaban la promulgación de un Código penal único para la federación y moderno, que sustituyera las viejas legislaciones de los cantones. Jiménez de Asúa estudió en Ginebra con Gautier y en Zurich con Hafter. Y, puesto que Stooss se había inspirado para su proyecto en la dirección político-criminal dirigida por Liszt, Asúa, buscando la fuente de la dirección moderna, consiguió la prórroga de su pensión para trasladarse a Berlín a estudiar con Liszt, quien encontraba en el anteproyecto de Stooss la primera encarnación legisladora de las propuestas político-criminales formuladas por la Unión Internacional de Derecho penal (1).

(1) LISZT, *Die Forderung der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerische Strafgesetzbuch*, en «Aufsätze und Vorträge» (reimpresión) vo-

Schmidt ha recordado la especial atracción ejercida por las enseñanzas del profesor alemán (2), cuya agilidad y brillantez atribuía Asúa al origen austro-húngaro del maestro, cualidades que se daban en él unidas al sistema y laboriosidad proporcionadas por su educación alemana (3).

Fruto de estos viajes y estudios fueron varias publicaciones: *La recompensa como prevención general* (Madrid, 1915), *La Unificación del Derecho penal en Suiza* (Madrid, 1916), la traducción del *Tratado de Derecho penal* de Listz (sólo la parte general, y habiendo sido los primeros capítulos traducidos por Saldaña) (Madrid, 1916 y 1917), *El Anteproyecto de Código penal sueco de 1916* (Madrid, 1917), *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas* (Madrid, 1918), libro dedicado a sus maestros Saldaña, Listz y Thyren.

Con tal bagaje, quien había sido calificado por Saldaña como la más fecunda promesa de la juventud actual (4) y era ya auxiliar encargado de cátedra, pasó a ser catedrático numerario de Derecho penal en virtud de oposición. Dedicose a la cátedra fervorosamente, como demuestran las tesinas de sus alumnos (5), la serie de monografías del Seminario de la cátedra de Madrid (6) y los numerosos discípulos que han desempeñado funciones docentes y publicado libros de materias penales.

Continuando su labor informativa con el claro propósito de impulsar a nuestro país en la renovación de su anticuada legislación penal, dio cuenta en *El estado peligroso* (Madrid, 1920), entre otros datos, de las discusiones habidas en el seno de la Unión Internacional del Derecho Penal sobre el concepto, categorías y repercusiones de las declaraciones de estado peligroso en las garantías legales. El libro fue traducido al italiano y publicado con correcciones y adiciones del autor y un prólogo de Ferri, el gran maestro de la escuela positiva. Asúa había dado antes a la imprenta un *Estudio crítico del Proyecto de Código penal italiano* de 1921, obra de una Comisión presidida por Ferri. ¿Significó el elogio del Proyecto de la escuela positiva que el discípulo de Listz cambiaba de dirección? Listz había representado una dirección moderna, más moderada que la escuela positiva italiana de los primeros tiempos; pero el Proyecto que se llamó de Ferri, por ser éste el presidente de la Comisión y su principal redactor, y los Prin-

lumen II, págs. 54 y ss.) encontraba en el anteproyecto de Stross la primera encarnación legisladora de las propuestas político criminales de la Unión Internacional de Derecho penal.

(2) SCHMIDT, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Göttingen, 1951, pág. 350.

(3) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Die Wiederkehr Franz von Listz*, en *ZStW*, t. 81, pág. 688.

(4) SALDAÑA, *Adiciones al Tratado de Listz*, vol. I, pág. 535.

(5) *Trabajos del Seminario de Derecho penal*, t. I (1917) en colaboración con RIAZA, VIÑAS, PORPETA y SIERRA.

(6) SON 15 las monografías citadas en las páginas finales del Discurso pronunciado por ASÚA en la inauguración de curso (1931) de la Universidad de Madrid.

cipii di diritto criminale del mismo (Torino, 1930), significaron un apreciable repliegue respecto a los radicalismos primeros: lo cual marcaba una mayor aproximación a la escuela de Liszt. Por motivos políticos, se separa después Asúa de Ferri, mas comprendió posteriormente en su anatema a toda la escuela positiva italiana, con algunas reservas, especialmente a favor de Lombroso, a quien consideró fundador, no ya de la escuela positiva, sino de la Antropología criminal (7). Lo cual es cierto, pero también que Lombroso ha sido uno de los evangelistas, como se les llamó, de la escuela positiva.

La nombradía alcanzada por el profesor madrileño, probablemente el ambiente positivista del penalismo sudamericano y también el arte difícil de la conferencia, que era dominado por el conferenciante, motivaron las invitaciones de aquellos países, tan frecuentes, que le han permitido recorrer en dicha función docente casi todas las tierras iberoamericanas. Con este motivo, y puesto que Asúa escribía previamente caunto decía, publicó *El Derecho penal en la República del Perú* (1926), donde, tras una descripción plástica de los magníficos paisajes observados en el viaje, estudia el Código penal y la práctica penitenciaria en aquel país. Más tarde, la cortesía de los profesores argentinos le llevaron a su país para hacer la crítica del Código penal de 1922 y los proyectos de 1924 y 1926 sobre estado peligroso. En un libro de 375 páginas, precedido por el comentario crítico de Juan Ramos y la presentación de Coll (ambos favorables, pero discrepantes, en cuanto el primero considera el Código de 1922 orientado por la política criminal —y no neoclásico, como creía Asúa— y el segundo ve en el neopositivismo, que decía profesar el conferenciante, no otra cosa que la evolución natural del positivismo sin perder sus esencias). ¿En qué consistirá ese neopositivismo? El entonces joven maestro español adopta como visión del futuro: un derecho protector de los criminales, como el preconizado por el antiguo maestro salmantino Dorado Montero. Y, en cuanto ahora sería imposible de realizar, se contenta con un sistema de dos Códigos: preventivo el uno y sancionador el otro (8). Y Jiménez de Asúa ha mantenido este ideal durante el resto de su vida, sin que le hicieran cambiar las peripecias del medio histórico (9). Mas cuando surgió el movimiento de la defensa social, iniciado por Gramatica, tan semejante a la doctrina doradista, Asúa la rechaza calificándola de positivismo deshuesado (10).

Su condición de profesor le llevó a escribir obras sistemáticas destinadas a los estudiantes. Prescindiendo de las menos importantes (algunas en colaboración), citaremos la traducción de una parte del primer tomo del *Programa de un curso de Derecho criminal*, de Carrera,

(7) Prólogo a la *Vida de Lombroso contada por su hija*. Buenos Aires, 1940.

(8) JIMÉNEZ DE ASÚA, *El nuevo Código penal argentino*. Madrid, 1928, págs. 142 y ss.

(9) Id. *El Nuevo Derecho penal*, Madrid, 1929, págs. 78 y ss. Id. *Tratado de Derecho penal*, t. II, págs. 214 de la 3.ª edición.

(10) ANTÓN ONECA, *Las teorías penales italianas de la posguerra*, en *Anuario de D. P. y C. P.*, t. XX, fasc. 1 y 2, págs. 26 y ss.

adicionándolo con extensas notas (11). El fragmento dedicado al estado de necesidad dio lugar a un opúsculo (12) de gran difusión, que motivó, sin duda, la mayor extensión que la exigente del n. 7 del artículo 8 tuvo en los Códigos de 1932 y 1944.

Liszt no fue solamente un criminalista político, sino también uno de los creadores de la moderna dogmática alemana sobre el delito (13). A ella se dedicó particularmente Asúa a partir de su discurso universitario de 1931 (14), si bien en este discurso sigue preferentemente a penalistas clásicos o unitarios, como Binding, Beling, Mayer y Mezger.

Presidente de la Sección de Derecho penal en la Comisión Jurídica Asesora, y luego de ésta, fue Asúa el principal redactor del Código penal de 1932. La reforma tuvo por finalidad adaptar el Código a la Constitución de 1931, haciéndose, además, algunas otras modificaciones humanitarias o de carácter técnico, pensándose elaborar con más tiempo un Código penal nuevo, para lo cual se habían preparado unas bases. Fue lástima no aprovechar la ocasión para efectuar otras modificaciones también necesarias, pero quizá aquella limitación fue causa de que el Código de 1932 rigiera hasta 1944 y sobrevivieran en ésta muchas de las modificaciones en el mismo acordadas (15).

No es cierto, como alguna vez se ha supuesto, que la Ley de Vagos y Maleantes fuera iniciativa de nuestro biografiado. El origen estuvo en los indultos generales excesivamente amplios, que pusieron en la calle a multitud de delincuentes profesionales. Para recogerlos, y sin duda por considerar el problema de orden público, fue el ministro de la Gobernación quien presentó en la Cámara un proyecto que, con el nombre referido, articulaba figuras de delicto acompañadas de sus respectivas penas. La oposición encontrada para lo que recordaba disposiciones del antiguo Régimen, la Ley Narváez de 1845 o el Código de 1848, motivó la redacción por Jiménez de Asúa y Ruiz Funes de otro proyecto, sustituyendo las figuras de delito por estados de peligrosidad y las penas por medidas de seguridad. Este proyecto, con algunas enmiendas desfavorables, fue la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, hoy sustituida —aunque todavía no en vigor— por la de Peligrosidad y Rehabilitación social. Asúa no fue, pues, padre de la Ley, pero la adoptó posteriormente al considerar realizada su idea dualista transitoria de los dos Códigos (16).

Durante algunos años ejerció la abogacía, de lo que son testimonio

(11) *Derecho penal moderno y español*, en *Adiciones* al vol. 1.º del Carrara, Madrid, 1922.

(12) *El estado de necesidad en materia penal con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*, Buenos Aires, 1922.

(13) SCHMIDT, *ob. cit.*, págs. 373 y ss. (2.ª ed.) HEINITZ, *Franz von Liszt, als Dogmatiker*, en *ZStW.*, vol. 81, págs. 592 y ss.

(14) ASÚA, *La teoría jurídica del delito*. Discurso pronunciado en la apertura del curso 1931 a 1932.

(15) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Código penal reformado*, Madrid, 1934.

(16) *Código penal reformado*, donde afirma: "así no se puede legislar", pág. 589. *La Ley de Vagos y Maleantes. Un ensayo legislativo de peligrosidad sin delito*, Madrid, 1934.

sus tres tomos de *Defensas penales* (Madrid, 1933, 1935 y 1936), así como lo es de sus colaboraciones periodísticas *La crónica del crimen* (Madrid, 1929) y de sus aficiones criminológicas el opúsculo *Psicología profunda, psicoanálisis y psicología individual* (Madrid, 1935).

En el año 1939 trasladó su residencia a Sudamérica, donde —especialmente en Argentina— ha permanecido hasta su fallecimiento, salvo algunas excursiones por Europa, generalmente con motivo de Congresos científicos. En su larga actividad docente y publicista ha permanecido, pues, veintiún años en España y treinta y dos en el otro continente.

Obras producidas en España fueron reeditadas en América con ampliaciones y rectificaciones. Así *La sentencia indeterminada* (2.ª ed. en Buenos Aires, 1947) duplicó su contenido, constituyendo lo más completo sobre el tema en aquella fecha, y fue precedida, junto al antiguo prólogo de Bernaldo de Quirós, por otro del autor con interesantes datos para su biografía. *La Vida penal en Rusia*, que, en colaboración con otros tres autores, había visto la luz en Madrid en 1931, se convirtió en *El Derecho penal soviético* (Buenos Aires, 1957), con un cambio de la actitud de expectativa, adoptada en el primer libro, por la franca condena en el segundo, al afirmar que dicho Derecho penal soviético es totalitario. De sus *Defensas penales* se hicieron dos ediciones. Alcanzaron mayor número de ediciones las de título más atrayente para el gran público: seis, los *Ensayos de un criminalista sobre eugenesia y eutanasia*; cinco, el *Psicoanálisis criminal* (ampliación del *Valor de la Psicología profunda*, editada en España en 1935); otras tantas, *La Crónica del crimen*, Buenos Aires y La Habana, 1943 a 1970.

La Ley y el delito es un compendio o manual de 619 páginas, destinado a la preparación de los estudiantes. La fecha de la primera edición (1945) hace pensar en un boceto para el gran *Tratado*, cuyo primer tomo aparece en 1950. Quizá este carácter es la causa de una acumulación excesiva en tan breve espacio de doctrinas y citas de autores con perjuicio de la claridad.

También podría considerarse trabajo preparatorio o precursor de la gran obra de legislación comparada que es dicho *Tratado*, los *Códigos penales iberoamericanos según los textos oficiales*, «Estudio de legislación comparada» (dos tomos, Caracas, 1946), obra agotada y desgraciadamente no reeditada; debida a Carsi (ordenación de textos y vocabulario analítico), y a Jiménez de Asúa (Estudio de legislación comparada).

Y por fin, el gran *Tratado de Derecho penal*: siete tomos, de más de 1000 páginas cada uno; la obra más extensa sobre la parte general de dicha disciplina, aparecida en los años 1950 a 1970. En el prólogo explica el autor la razón de su extraordinaria empresa: Eusebio Gómez y Sebastián Soler habían publicado excelentes tratados de Derecho penal argentino; Asúa aspiraba a una obra universal de doctrina y legislación comparada. Sería tarea excesiva e impropia para esta nota necrológica hacer la crítica de tan excepcional obra. Nos limitamos, por ello, a algunas breves consideraciones.

En el primer tomo, tras los conceptos fundamentales, se trata de la historia. Echamos de menos alguna mayor información sobre la edad contemporánea española; pero comprendemos las dificultades para la documentación completa en tierras lejanas. Es objeto de gran curiosidad para el lector lego en etnología y prehistoria, como somos nosotros, lo relativo a la justicia penal indígena. Luego, los españoles agradecemos a nuestro compatriota la defensa, frente a la leyenda negra, de la colonización realizada por España. Y, como penalista, nos complace el dilatado panorama de la ciencia penal y las legislaciones vigentes en el universo mundo.

En el segundo volumen se ocupa de las teorías penales, materia ya trillada por el autor en publicaciones anteriores; pero en la que es materia nueva sus consideraciones sobre la egología argentina (§ 587). Muy completa e interesante es la parte dedicada a las fuentes, incluyendo el concurso de leyes, la extradición, y el derecho de asilo, que suscitan particularmente nuestro interés; para terminar con materia tan discutida como la de los tribunales internacionales y, especialmente, la actuación del de Nuremberg. Frente a la opinión más corriente, Asúa concreta la suya con estas palabras: «hasta el final ha sido este juicio modelo de lo que debiera evitarse» (§ 894).

En los volúmenes siguientes expone en buen orden la teoría del delito con perfecto conocimiento de la dogmática moderna. No hay precedentes de documentación tan extensa. Cuando después de exponer las opiniones ajenas, le llega el turno a la suya, generalmente acertada, se advierte a veces cierta precipitación. Y es chocante el apasionamiento polémico, con vehemencia parecida a la utilizada por clásicos y positivistas en la época de controversia de las escuelas; y sorprenden sobre todo los argumentos *ad personam* que aparecen, aunque raras veces. Pero queda por encima la gratitud debida por todos los penalistas a semejante trabajo ingente, arsenal para investigadores, refugio de los prácticos y breviario de los opositores a cátedras. La interrupción por el fallecimiento ha dejado sin tratar el concurso de delitos, el delincuente y la pena. Causas de estas faltas ha sido el éxito de los primeros tomos, pues agotadas las primeras ediciones, se creyó el autor obligado a actualizar las siguientes con empleo del tiempo que hubiera sido suficiente para coronar la incomparable tarea.

El último artículo de revista que nosotros conocemos de tan incansable escritor ha sido en la ZStW (vol. 81, fasc. 3), con ocasión del homenaje a Liszt y el título *Die Wiederkehr Franz von Liszt*; que ciertamente podríamos subtítular como la vuelta de Jiménez de Asúa a la escuela de la política criminal, o sea, al hogar científico del cual partió.

Debemos aludir también a la constante continuación de su labor informadora, en los variados asuntos tratados en los 17 tomos de *El Criminalista*, y sus incontables conferencias y artículos de revista. Dirigió una revista libro publicada por el Instituto de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires (años 1961 a 1965). Y, más tarde apareció como director fundador de otra con el mismo

título (1968). Y prescindimos por no dar demasiada extensión a esta necrología, de sus varias actuaciones internacionales: fue vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho penal, en América contribuyó a la formación de un proyecto de Código penal venezolano (17) y concurrió a las reuniones de la Comisión redactora del Código penal tipo para latinoamérica (18).

Se le tributaron sesiones de homenaje en Universidades americanas (19) y se han editado en Buenos Aires dos gruesos volúmenes de estudios en su honor: el primero al cumplir los setenta y cinco años y el segundo al cumplir los ochenta, que vio la luz al tiempo de su muerte. En el de 1964, bajo el título *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1964, colaboraron penalistas de Alemania (Günther, Hentig, Jescheck), Bélgica (Constant, Cornil), España (Jiménez Huerta, Pereda, Bernaldo de Quirós, Riva-coba, Rosal, Quintano), Francia (Ancel), Italia (Bettiol, Petrocelli, Pisapia, Vasalli), Polonia (Sawicki), Suiza (Graven, Schultz), Argentina (Frías, Laplaza, Nuñez), Bolivia (Durán), Brasil (García, Gómez Carneiro, Hungría), Cuba (Carone, Castro, Menéndez), Chile (Fontecilla, Camaño), Méjico (Carrancá, Franco, Quiroz, Porte), San Salvador (Castro Ramírez), Venezuela (Mendoza). En el de 1970, bajo el título *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho*, han escrito autores de Alemania (Jürgen, Hentig, Klug, Ulrich, Dietrich, Roxin y Welzel), Argentina (Arigós, Bacigalupo, Baigún, Bergalli, Castilla, Gallino, Gioja, Babossi, Ramos, Righi, Gladys), Bélgica (Cornil), Bolivia (Durán), Chile (Fontecilla, Novoa), España (Antón, Barbero, Blasco, Bueno, Cerezo, Cobo, F. Albor, Gimbernat, Jiménez Huerta, Ortego, Rivacoba, R. Mourullo, Sainz Cantero), Francia (Ancel), Israel (Drapkin), Italia (Bettiol, Gallo, Pisapia), Méjico (Vargas), Suiza (Graven), Uruguay (Schurmann) y Venezuela (Mendoza).

Finalmente, nosotros, además del respeto impuesto por tan gran esfuerzo y del agradecimiento por la utilidad de sus libros, debemos subrayar la divulgación de los valores españoles, no sólo por las citas de nuestros penalistas contemporáneos, generalmente favorables, sino por apreciaciones de carácter nacional, como su opúsculo *El Pensamiento jurídico español y su influencia en Europa* (Monografías Jurídicas Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958); sus colaboraciones a los Homenajes aquí tributados al P. Pereda y a Quintano Ripollés. Y por el tratamiento elogioso que nuestro ANUARIO ha merecido a la revista por él dirigida (Estudios de Derecho penal y Criminología, t. 3). Todo lo cual prueba que siempre llevaba a España en su pensamiento.

(17) Redactado por los doctores MENDOZA y MÉNDEZ con el auxilio técnico del profesor JIMÉNEZ DE ASÚA.

(18) *Informe sobre la reunión de México de la Comisión redactora del Código penal tipo para latinoamérica* (1965) —Silva, Tercera Reunión Plenaria de la Comisión Redactora del Código penal, tipo para latinoamérica (1967)— «Anuario» 1968, pág. 576.

(19) *Acto académico en honor del profesor Luis Jiménez de Asúa*. Santa Fe, 1950. Academia Mexicana de Ciencias penales: *Luis Jiménez de Asúa en Méjico*. México. 1943.