Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

SINOPSIS DE UN LIBRO EJEMPLAR "LA LEY Y EL DELITO"

Por el doctor Mariano JIMENEZ HUERTA, Profesor del Seminario de Derecho Penal de la Escuela Nacional de Jurisprudencia.

Un libro ejemplar ha llegado a México hace muy pocas semanas. Se intitula "La Ley y el Delito; Curso de Dogmática Penal"[1] dos naciones —España y Venezuela— comporten su cuna; es su autor el eximio penalista hispano, Luis Jiménez de Asúa. Esta magistral obra, reciamente española por *jus sanguinis* y americana por *jus soli*, viene a revolucionar hasta sus más profundas raíces el panorama y perspectiva del moderno Derecho Penal.

Si la labor ingente del Profesor Jiménez de Asúa no hubiera agotado ya hace muchos años nuestra capacidad de asombro, bastaría hojear "La Ley y el Delito" para sentirnos anonadados por este nuevo brote de su potente personalidad; pero para quien ha seguido íntimamente la labor del Maestro a través de tantos años y tantas vicisitudes favorables y adversas, ningún estupor puede producirle una nueva obra debida a su privilegiada pluma, aunque aquella fuera de tan alta calidad y profundo contenido como la que origina este comentario.

La capacidad creadora de Jiménez de Asúa carece de precedentes en la literatura jurídica. Para hallarle alguno, sería forzoso rebuscar en la Historia General de la Literatura. Sólo es comparable su prodigiosa fecundidad, con la de aquel *monstruo de la naturaleza* que se llamó Félix Lope de Vega Carpio, con cuya vida apasionada, vehemente e inquieta y, al propio tiempo, potente y fecunda, tanto paralelismo ofrece. Si alguien

1 Un vol. de 717 páginas publicado por Editorial Andrés Bello. Caracas 1945.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

reputase hiperbólica esta comparación, fácilmente saldría de su errónea creencia con sólo pasar su vista por las 630 obras —sin contar las traducciones— debidas a su pluma, en las que, Jiménez de Asúa, pone de manifiesto su poder inmenso de creación. Y si como estrambote de su obra escrita, colocamos las innúmeras conferencias que ha pronunciado en su continuo peregrinar por las universidades del orbe, no creemos que nadie —excepto los sapos que en la charca brincan— pueda motejar de exagerada nuestra información consistente en que, el genio de Jiménez de Asúa es tan extraordinario que desborda en una monstruosa excelsidad.

"La Ley y el Delito" es, quizá, la obra más lograda del Maestro, pues en ella se recoge —como subraya el subtítulo— *un curso de Dogmática Penal*. Si pretendiéramos clasificarla dentro de su ingente producción, tendríamos que entroncarla —dado su contenido general, expositor de todo un sistema, con su *Teoría Jurídica del Delito* (Madrid, Universidad, 1931) y, sobre todo, con aquel maravilloso *Manual de Derecho Penal* (Madrid, Reus, 1934) —en realidad es un verdadero *Tratado*—, cuya publicación quedó paralizada a consecuencia de la sublevación pretoriana del año 1936. Ya en otra ocasión [2] señalamos, de manera precisa y categórica, que los dos tomos de esta obra que llegaron a ver la luz, era lo más perfecto que se había escrito sobre Derecho Penal, pues su contenido estaba desarrollado con tan superlativa erudición, con tan magnífica sapiencia y brillante método, que superaba en jerarquía a los modernos tratados de Derecho Penal publicados en Alemania por Max Ernesto Mayer y Edmundo Mezger.

Es necesario, sin embargo, advertir, que "La Ley y el Delito" ha nacido en circunstancias diversas. Jiménez de Asúa, explica cumplidamente su origen, alcance y extensión: "Este libro —escribe— contiene las lecciones que dí en la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Los cuarenta y seis capítulos que la obra abarca, son las cuarenta y seis conferencias que expliqué en aquellas aulas desde el 8 de enero hasta el 9 de marzo de 1945. Lo que ahora se publica no es una mera versión estenográfica. Isidro de Miguel, mi amigo y compatriota que vive ahora en Caracas refugiado, después de larga estancia en la República Dominicana, taquigrafió cada disertación; pero, aprovechando su trabajo, volví yo a dictar cada uno de los capítulos, revisándolos con el mayor esmero." [3]

---

2 Mariano Jiménez Huerta. "Un libro de Derecho Penal"; Diario "El Universal." México, 11 de agosto de 1942. Pág. 3.

3 Pág. 9.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

No obstante las especialísimas circunstancias que dieron origen a "La Ley y el Delito", asombra la claridad y elocuencia de su lenguaje y la profundidad y extensión de su contenido. Si nó fuere porque el propio Autor delimita el origen y alcance de su obra, crería el lector hallarse ante la obra definitiva de un jurista genial. Sin embargo, los que conocemos a Jiménez de Asúa, sabemos bien que "La Ley y el Delito", no obstante sus admirables y asombrosas cualidades, no es todavía su obra definitiva. El Maestro lo proclama al orto de su libro: "Mientras no imprima mi *Tratado* —del que se hallan prestos los tres primeros volúmenes—, este curso de dogmática penal puede hacer sus veces." [4]

"La Ley y el Delito" tiene, en verdad, el alcance, contenido y valor de un auténtico *Tratado de la parte general del Derecho Penal.* Todas sus materias integrantes, hállanse ampliamente estudiadas. Y aunque es exacto que la *Teoría de la Sanción* no está recogida en sus páginas, ya Jiménez de Asúa anuncia que ella será objeto de un segundo volumen.

Divídese la obra en tres partes, Primera: *El Derecho Penal y su Filosofía*; Segunda: *La Ley Penal*; Tercera: *El Delito.* Y para que el lector pueda captar toda la extensión y profundidad del *Curso de Dogmática* expuesta en las 700 páginas de este libro, a continuación hacemos un breve análisis del contenido de cada una de sus partes y capítulos.

Parte Primera:

El Derecho Penal y su Filosofía

El Derecho Penal y su Filosofía se estudia en los siete primeros capítulos. En el que inicia la obra, expone el Autor el *Concepto del Derecho Penal,* previo un breve examen crítico de las diversas denominaciones que ha recibido nuestra disciplina a través del tiempo, adheriéndose a la clásica de *Derecho Penal*; y, tras un recuerdo a aquellas definiciones que sobre nuestra ciencia fueron formuladas en los diversos momentos de su evolución, Jiménez de Asúa nos brinda una definición descriptiva, plena de claridad y exactitud: *"Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, y asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida de seguridad."* [5]

4 Pág. 10.
5 Pág. 17.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Con suprema elocuencia precisa el Maestro los *caracteres* de la disciplina a cuyo estudio ha consagrado su vida ejemplar: "El Derecho Penal de hoy —escribe— es un Derecho público, normativo, valorativo y finalista que tiene la norma y el bien jurídico como polos de su eje y cuya naturaleza es eminentemente sancionadora." [6] En las siguientes páginas analiza la significación de cada uno de estos caracteres, siendo hondamente impresionantes los argumentos que utiliza para demostrar, de una vez para siempre, que el Derecho Penal es ciencia finalista. Jiménez de Asúa sostiene vigorosamente, poniendo de relieve la profundidad de sus concepciones, que "la Dogmática jurídica no puede quedar desnuda de finalidad y nuestro Derecho penal tiene carácter finalista. En efecto, el Derecho, puesto que se ocupa de conductas, no puede menos de tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar, teleológicamente, todos los intereses que constituyen la cultura dirigiéndola al fin de la vida".[7] Destaca el papel descollante que despliegan *norma* y *bien jurídico* en el ámbito del Derecho penal, a los que, con certero simil, considera como polos de su eje. Termina este primer capítulo con unas consideraciones sobre los *elementos* del Derecho Penal; y, aunque Jiménez de Asúa se muestra fiel a los dos —delito y pena— que tradicionalmente han integrado el contenido de nuestra disciplina, considera que "cuando un código positivista o de índole político-criminal, como lo son casi todos los de fecha moderna, incluye en su texto el estado peligroso, nos da material bastante para reconstruir un título nuevo en la parte general: el delincuente. Es lícito, pues, —concluye— hacer Dogmática sobre el sujeto del delito, con cierta independencia del hecho que cometió y que asume la calidad de ente jurídico". [8]

Destina el Autor el capítulo II a fijar el *contenido, método* o *sistema.* Señala las diversas disciplinas que abarcó en otro tiempo el Derecho penal, precisando a lo que ha de quedar reducido en el porvenir. Frente a los viejos tiempos en que el Derecho Penal abarcaba no sólo las leyes materiales, sino también las de carácter procesal, los penalistas modernos —indica el Autor— sólo se ocupan de las normas sustantivas, desembarazándose también cada vez más de las cuestiones relativas a la ejecución de la pena, ya que se observa en los tiempos que corremos una gran corriente que desea independizar del Derecho Penal toda la materia relativa a la preceptiva penitenciaria e integrar con ella un autónomo Derecho penitenciario.

6 Pág. 17.
7 Pág. 19.
8 Pág. 21.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Delimitada ya su extensión, Jiménez de Asúa precisa los diversos aspectos —filosófico, histórico y crítico— de que es susceptible de estudio el Derecho Penal en cuanto Ciencia del deber ser. "Pero si nos circunscribimos —agrega— al mundo del deber ser, al que el Derecho propiamente pertenece, la cuestión varía. Entonces no se estudia filosóficamente el *quid* de la penalidad, ni la Historia de las leyes penales, ni su crítica, sino la Dogmática. De ella se habla por doquier con vaguedad y desconocimiento. Por eso importa que fijemos su auténtico significado: la Dogmática jurídico-penal consiste en la reconstrucción del Derecho vigente con base científica.[9] Hoy no puede construirse la Dogmática penal sino en base del Derecho vigente; pero el Derecho no es únicamente la Ley. Los dogmáticos legalistas que, en holocausto de la Libertad, creen que la Ley lo ha agotado todo y que sólo debe interpretarse gramaticalmente esta, se aproximan más a los prácticos de los siglos XVI y XVIII que a los dogmáticos modernos. La Dogmática se edifica sobre el Derecho que existe y que cambia al adaptarse progresivamente a las conductas de hoy. El Derecho vive y se aplica, y aunque el Derecho Penal se halla limitado por la Ley, que es la única que lo crea, es Derecho cuanto en el marco de esa Ley rige y se actúa por la voluntad y la inteligencia de los jueces."[10]

Después de hacer una breve mención de la Enciclopedia de las Ciencias Penales y de referirse a la tendencia emproada a la creación de una Teoría General del Delito que se perfila actualmente como preocupación de los juristas, el gran Maestro español plantea y resuelve, con lógica ejemplar, la cuestión del *método*. Parte, como premisa, de una afirmación: El método ha de estar adaptado a la ciencia que investiga.[11] El Derecho, como ciencia cultural, no puede ser indagado con métodos experimentales: ha de poseer un método jurídico.[12] Pero como el Derecho es una Ciencia finalista, requiere un método teleológico que le evite caer en mero formalismo.[13] Con elocuencuentísimas palabras, subraya Jiménez de Asúa sus excelencias: "El método teleológico averigua la función para que fué creada la Ley; explora la formación teleológica de los conceptos; esclarece el bien jurídico; desentraña el tipo legal; se vale del método sistemático, etc. etc., y con ello logra una correcta interpretación de la Ley, desentrañando la voluntad de ésta. El método teleológico admite todas las variedades: es *inventivo*, para los nuevos hechos; *ordenador* y *constructivo*.

9 Pág. 23.
10 Pág. 24.
11 Pág. 27.
12 Pág. 28.
13 Pág. 29.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

para la Dogmática, y *expositivo* para la docencia. Se vale del análisis, de la síntesis, de la deducción y hasta de la inducción cuando es preciso." [14] Finaliza el capítulo con una referencia a la *sistemática del Derecho Penal*. No obstante admitir Jiménez de Asúa el sistema bipartito —parte general y parte especial— afincado en nuestra disciplina desde los tiempos de Carrara, considera preciso exponer en una Introducción, los conceptos filosóficos, históricos y metafísicos del Derecho Penal, e incluso, el estudio de las fuentes de que emana.

Destínase el capítulo III a exponer, dentro de la *evolución histórica* de nuestra disciplina, los orígenes del Derecho Penal Liberal. Subraya el Autor que desde muy antiguos tiempos el Derecho Penal lucha por hacerse público, objetivo e imparcial, es decir, por lograr ese rango que andando el tiempo se titulará liberal. En magnífica síntesis nos dice que "la lucha entre la venganza de la sangre" o la "expulsión de la comunidad de la paz", reacciones de las tribus contra el delincuente, sin medida ni objeto, y el *"poder del Estado"* para convertir en *públicos* los castigos, es un combate por la imparcialidad (y por ende por el liberalismo) de nuestra rama jurídica. Con el talión, que da al instinto de venganza una medida y un fin, se abre el período de la *pena tasada*. Así se transforma en Derecho penal el poder penal ilimitado del Estado. [15] Dibuja en seguida con sugestivas tintas, los penosos esfuerzos liberales de la humanidad: "Durante muchos siglos —afirma—, después de proclamado el Derecho penal público, la pena sigue siendo durísima expiación del delito. Fué una inmensa época, de propósitos retributivos y a lo sumo intimidantes, con fines de prevención general, en que se aspiraba a utilizar al delincuente en provecho del Estado (minas, galeras). [16] Remarca las transformaciones ideológicas que se operan en las Epocas de las Luces y de la Enciclopedia; la honda labor revolucionaria de humanización penal realizadas por César Beccaría y Jhon Howard, y sus fecundos resultados; el grito de rebeldía que encierra el *Plan de Legislation criminelle*, de Marat; la reforma penal iniciada con la Gran Revolución y sus inmediatos resultados legislativos... "La Nueva Francia —escribe— inspiró en las páginas del *Contrato Social* de Rousseau y en la *Enciclopedia* sus códigos penales; el de 25 de septiembre de 1791; el de Brumario del IV (más procesal que punitivo), y el de 1810, que rige aun hoy, y que promovió la codificación penal en Europa." [17] Termina

14 Pág. 29.
15 Págs. 32 y 33.
16 Pág. 33.
17 Pág. 41.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

este sugestivo capítulo con una mención honorífica para los creadores del Derecho Penal Liberal: Romagnosi, Feuerbach, Bentham, Carmignani, Carrara, Binding y Beling.

En el capítulo IV expone el *fundamento del Derecho Penal*, como antecedente necesario para abordar el tema de las escuelas penales "que hace unos años encendía el ánimo de todos los penalistas y que hoy ha plegado ya su orgulloso vuelo..." [18] Para resolver esta inquietante pregunta: "¿Tiene el Estado derecho a castigar?", el Autor siguiendo la terminología hegeliana, se ocupa de la Tesis —afirmación de facultad punitiva del Estado sin medida ni fin— de la Antitesis —el Estado no tiene derecho a penar— y de la Síntesis —el Estado tiene un derecho limitado fundado en determinados principios filosóficos—. Sobre esta Síntesis centra Jiménez de Asúa, con admirable rigor lógico, el tema de las escuelas penales, estudiando en este mismo capítulo la Escuela Clásica y sus diversas variedades. El siguiente se dedica por entero a la exposición y crítica de la llamada '*Escuela positiva*', "tendencia que vivió apasionadamente medio siglo, que fulguró con inusitado esplendor y hoy está en su más extremo otoño". [19] Al final del capítulo hace el Autor un sereno e imparcial balance de la herencia dejada al Derecho Penal por los en otra hora tenidos por sus evangelistas. El balance que formula Jiménez de Asúa es tan desfavorable, que ni aun a beneficio de inventario es posible aceptar la herencia...

Las *Escuelas Intermedias y Nuevas Tendencias*, estúdianse en el capítulo VI. Inclúyense en él, la teoría correccionalista, el positivismo crítico, la "terza scuola", la política criminal, el neoclasicismo, la tendencia dualista, la teoría penal humanista, el idealismo activista y la escuela técnico-jurídica. Aunque imposibilitados para detallar su amplísimo contenido, creemos necesario hacer presente —por su importancia actual— que Jiménez de Asúa considera un error identificar la tendencia técnico-jurídica de los alemanes y la Escuela Técnico-jurídica que apunta en Italia. "Empecemos por subrayar —afirma— que el Tecnicismo está aquí comprendido *a lo* Gény, que aplicó el vocablo al derecho inspirado en concepciones de Savigny, trasladándole de las disciplinas técnicas *sensu estricto*, y subrayemos, además, que el carácter de esta Escuela es el de ser rabiosamente antifilosófica. Nada de discutir el libre albedrío, ni de plantear problema filosófico alguno. El jurista ha de resolver sus asuntos con su técnica propia." [20] Insiste, a continuación, en "separar esa tendencia meramente téc-

18 Pág. 43.
19 Pág. 53.
20 Pág. 75.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

nica, de la ciencia del deber ser en derecho, que se llama dogmática jurídica y que, por tanto, no está desvinculada de la Filosofía. Aunque Binding sea un técnico, no lo es en el sentido antes señalado. Beling y Mayer son auténticos juristas que construyen la dogmática del Derecho alemán sin abjurar de la Filosofía, hasta el punto de que tanto el uno como el otro eran además profesores de esta disciplina en sus respectivas universidades. Max Ernesto Mayer sigue la famosa escuela de Baden de la filosofía de los valores, con fuerte impregnación hegeliana. Así se aplicó la dirección ontológica de la filosofía al Derecho penal por Mezger, Wolf y Zimmerl". [21]

En el postrer capítulo —*El Final de la Lucha de Escuelas y el Problema político*— de esta primera parte, asienta Jiménez de Asúa esta afirmación: "Las Escuelas penales pertenecen al pretérito; la lucha de Escuelas ha terminado. Pero en el mismo instante —agrega— en que sus enconos se acallan, otro problema más ingente e insoluble se dibuja en el horizonte: *el conflicto político penal.*" [22] Este conflicto adquiere en el último decenio caracteres de angustia. "Se trata de saber si predominará el Derecho liberal o si será reemplazado por el Derecho autoritario." [23] Jiménez de Asúa después de exponer los principios fundamentales que informan estos derechos, formula unas certerísimas reflexiones críticas en las que, se esparce como flúido incoercible la convicción firmísima de que el fin de nuestra disciplina es la defensa de la Libertad, para que en esta atmósfera el hombre pueda alcanzar el sentido profundo de los bienes más altos. Termina el Autor esta primera parte, augurando que, en un futuro más o menos lejano, la Criminalogía imperará sobre el Derecho Penal, y serán realidades lo que hoy parecen utopías...

Parte Segunda:

La Ley Penal

Destínase el capítulo VIII con el que se inicia esta segunda parte, a establecer la debida distinción entre *la Ley y la Norma,* previo un profundo estudio jus filosófico sobre el orden jurídico, en el que se demuestra con razonamientos irrefragables que el Derecho tiene, como fundamental contenido, la justicia y la libertad. Ambientado ya el tema, abórdalo el Autor

21 Pág. 76.
22 Pág. 77.
23 Pág. 78.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

desde el punto de vista del Derecho Penal, recordando que Binding descubrió que "el delincuente no infringía las leyes, sino que, más bien, llenaba con su conducta real la fláccida fórmula de la ley. Lo que quebrantaba era algo que se encuentra por detrás y encima de la ley misma: la Norma. El Decálogo es un libro de normas. La Norma crea lo antijurídico; la ley, el delito".[24] Dice a continuación Jiménez de Asúa, que "ha sido Max Ernesto Mayer quien ha alcanzado la mayor perfección en la materia, al construir desde comienzos de este siglo, aplicándola después a su elaboración del Derecho penal, la famosa teoría de las normas de Derecho y de las normas de cultura",[25] haciendo especial hincapié el Maestro español en que "la norma de cultura no presupone un concepto metajurídico, aunque si superlegal." "En el árbol, la raíz no se ve y sólo contemplamos el tronco, las ramas y las hojas; pero aquéllas, hundidas en la tierra, forman parte de la especie herbórea y le nutren de substancias terrestres".[26] "Esta concepción de la norma de cultura —añade—, evita reducir el Derecho a un puro concepto legalista, y no acepta dar a la norma jurídica escrita extensión tal que todo sea inmanente a ella."[27]

En el capítulo IX estudia el Autor las *Fuentes del Derecho Penal.* Después de analizar el nulo valor que tienen en nuestra disciplina, como fuentes directas, la costumbre, la jurisprudencia, la analogía, los principios generales del derecho y la doctrina, proclama de manera rotunda que "la única fuente productora del Derecho Penal es la ley".[28] Esta afirmación adquiere el valor de verdad consagrada, cuando se apoya en las razones filosóficas, científicas y políticas que expone el Autor al examinar la "ratio essendi" de la máxima *"Nullum crimen, nulla poena sine lege."* En este mismo capítulo analiza los *caracteres, formas* y *especies* que reviste esta única fuente del Derecho penal.

El *concepto y clases de interpretación* es el contenido del capítulo XI. Afirma Jiménez de Asúa, con incontestables argumentos, la necesidad existente de interpretar la ley penal, frente al criterio prohibitivo defendido por algunos juristas. Terciando en la polémica entablada respecto a si la interpretación es o no creadora, escribe el genial penalista: "Atendiendo a su propia existencia, ello nos parece indudable. Toda interpretación se pospone al descubrimiento del verdadero sentido (espíritu) de la ley; es decir, *su voluntad,* para contribuir a la tarea de aplicarla al

24 Pág. 94.
25 Pág. 95.
26 Pág. 95.
27 Pág. 95.
28 Pág. 105.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

caso concreto. Este hecho de vivificarla para que se produzca la subsunción judicial es, como ha observado Mezger, una auténtica función individualizadora y, en consecuencia, creadora." [29] Examina a seguido las diversas clases en que la interpretación se divide: "Conforme al *sujeto*, puede ser auténtica, doctrinal y judicial. Según los *medios* usados, será literal y teleológica. Y de acuerdo con los *resultados*, podemos considerarla extensiva, restrictiva y progresiva." [30] En este mismo capítulo expone las clases de interpretación que en orden al sujeto existen, para en el siguiente, resolver los complejos problemas que presenta la *interpretación judicial*.

Preciso es, destacar la trascendente importancia que reviste el contenido de estos capítulos. Yace en ellos un cúmulo tal de orientaciones para los jueces expuestas con tan singular maestría, que, conviértense sus páginas en el mejor guía que ha de conducirles al éxito en el dédalo de su función. El ámbito de la interpretación judicial, su verdadero objetivo, las reglas para alcanzarle, el método teleológico que los jueces han de poner en juego en su labor, los límites de la interpretación y el oriente progresista que debe inspirar al intérprete cuando la ley ha sido superada por la vida, están expuestos con tan maravillosa precisión y acierto que, en verdad, puede afirmarse que estas páginas son para el juez diamantino evangelio en que debe inspirar su augusta función.

Desbordan subido interés los capítulos XIII y XIV, destinados a la *analogía e interpretación analógica*. Estudia Jiménez de Asúa con superlativo acierto el concepto y clases de analogía para, a seguida terciar en la polémica abierta en torno a su admisión. Con razonamientos precisos demuestra que la analogía debe ser repudiada en nuestra disciplina, "pues cuando la ley quiere castigar una conducta concreta la describe en su texto catalogando los hechos punibles". Los casos ausentes no lo están tan solo porque no se hallan previstos como delitos, sino porque se supone que la ley no quiere castigarlos. Estamos en presencia del principio de reserva, que en Derecho penal se complementa por el ya tratado aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* y por el más moderno de que no hay delito sin tipicidad. [31] "La analogía —concluye— debe ser proscrita del Derecho penal, si no queremos que se arriesgue todo el sistema democrático que sus disposiciones garantizan y defien-

29 Pág. 119.
30 Pág. 120.
31 Pág. 151.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

den." [32] Respecto a la interpretación analógica, reconoce que es forzoso admitirla, pues "hay casos en que el legislador ha previsto que la fórmula casuística empleada no comprende todas las hipótesis y agrega una frase más o menos exacta, para que el Juez la aplique a hechos similares o análogos. [33]

El concurso aparente de leyes es materia de estudio en el capítulo XV. Dice Jiménez de Asúa que "a más de las reglas examinadas sobre los principios generales de aplicación e interpretación de las leyes punitivas, hay otras, en forma taxativa o implícita, dentro del ordenamiento jurídico, que complementan los fundamentos de aplicación del Derecho Penal. [34] Vamos a ocuparnos ahora de un importante grupo de esas reglas que resuelven las relaciones interferentes entre las diversas disposiciones penales, coordinádolas según su diverso rango, de modo que la aplicabilidad de unas se condicione a la aplicabilidad de otras". [35]

Los principios generales admitidos en la bibliografía para la resolución de estos supuestos conflictos, son analizados ampliamente. Jiménez de Asúa, previa recordación de los puntos de vista de Beling, Hippel, Mezger, Grispigni, Soler y Gavier, considera que los criterios para resolver los aparentes concursos de leyes, son: alternatividad, especialidad, subsidiaridad y consunción. Estos principios ponen de relieve la relación recíproca que existe entre las diversas leyes penales.

El examen de la *validez temporal de la ley punitiva* nutre el amplio contenido del capítulo XVI. Con laboriosa minuciosidad estudia el Autor los importantísimos y complejos problemas que surgen del nacimiento y derogación de la ley y de la sucesión de leyes diversas. En el siguiente, clasifica Jiménez de Asúa las intrincadas cuestiones que plantea la *validez de la Ley penal en el espacio*, integradoras del llamado Derecho Penal Internacional.

En el capítulo XVIII expone el concepto, fundamento y formas de la *extradición*; proclama el orden jerárquico de sus fuentes; tratados, leyes internas, costumbres y reciprocidad, adentrándose profundamente en el estudio de estos manantiales. Finaliza esta segunda parte de la obra con el capítulo XIX —*La Ley penal y las prerrogativas funcionales*— en el que, tras una referencia al principio de igualdad ante la ley intronizado por la Revolución Francesa, expone el Autor las excepciones que, deri-

32 Pág. 154.
33 Pág. 165.
34 Pág. 167.
35 Pág. 167.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

vadas del Derecho público interno e internacional, trascienden al orden punitivo: inviolabilidades, inmunidades y prerrogativas procesales de que gozan ciertas personas por razón de los cargos que ostentan.

Parte Tercera:

El Delito

Iníciase esta última parte —íntegramente dedicada a la Dogmática del Delito— con unas luminosas páginas en las que el Autor demuestra, con razonamientos irrefragables apoyados en bases realistas, que el delito no es siempre el resultado de una valoración jurídica y que, por tanto, su concepto ha variado a través de la historia. Una vez ambientado el problema, indaga Jiménez de Asúa el *concepto del delito*. Después de exponer las diversas concepciones formuladas por las Escuelas Clásica —ente jurídico— y Positiva —fenómeno natural— y de recordar las profundas enseñanzas de Ernesto Beling, Max Ernesto Mayer y Edmundo Mezger, formula su personal concepción: "Por nuestra parte —escribe— el día que construyamos —y está bien próximo— un 'Tratado' sistemático, hemos de centrar el concepto del delito conforme a estos elementos: *acto típicamente antijurídico, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.* Sin embargo, al definir la infracción punible, nos interesa establecer todos sus requisitos, aquellos que son constantes y los que aparecen variables. En este aspecto diré que el delito es el *acto típicamente antijurídico culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal.* A nuestro juicio, en suma, las características del delito serían éstas: *actividad; adecuación típica; antijuricidad; imputabilidad; culpabilidad; penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad.* Ahora bien —agrega—; el acto, tal como nosotros lo concebimos, independientemente de la tipicidad, es más bien el soporte natural del delito; la imputabilidad es la base psicológica de la culpabilidad; y las condiciones objetivas son adventicias e inconstantes. Por tanto, la esencia, técnico-jurídica de la infracción penal radica en tres requisitos: tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, constituyendo la penalidad con el tipo, la nota diferencial del delito". [36]

Hace hincapié el Maestro Jiménez de Asúa, en que el delito debe ser estudiado analíticamente para comprender bien la gran síntesis en que

36 Pág. 256.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

consiste la acción u omisión que las leyes sancionan, y evitar el confusionismo dogmático y la tiranía política. Y cortando el paso a los que, con fines interesados, tratan de desvirtuar sus claras concepciones, escribe: "Los que propugnamos semejante diferencia entre los elementos del acto punible, jamás hemos negado que el fenómeno delito viva existencia conjunta. Como el organismo fisiológico o patológico es un todo que sólo puede comprenderse si se estudia o se aprecia en su total armonía o en su complejo doliente. Pero el fisiólogo no sabrá como funcionan en conjunto huesos y músculos, vísceras y vasos, si nó los estudió uno a uno en la disciplina que se llama anatomía."[37]

Jiménez de Asúa, destaca las bases sobre las que construye su concepción dogmática: "Nos urge decir que para nosotros la dogmática ha de edificarse sobre el *Derecho vigente* y no sobre la mera *ley*. El Derecho no es la ley a secas. Para los que no creemos que el Derecho sea puramente lo formal, sino que tiene contenido realista, el Derecho abarca también las vivencias del pueblo en que rige. Hay un derecho supralegal al que a menudo tenemos que acudir para establecer los conceptos positivos y negativos de la antijuricidad; es decir, de lo injusto, y de las causas de justificación, así como para individualizar la culpabilidad que en su aspecto negativo se corona con la causa general de exclusión que se denomina en Alemania "no exigibilidad de otra conducta". [38] Finalmente, sitúa frente a la faz positiva de los caracteres del delito, su aspecto negativo, trazando con ambos el siguiente esquema:

Aspecto Positivo	*Aspecto Negativo*
a) Actividad.	a) Falta de acción.
b) Tipicidad.	b) Ausencia de Tipo.
c) Antijuricidad.	c) Causas de justificación.
d) Imputabilidad.	d) Causas de inimputabilidad.
e) Culpabilidad.	e) Causas de inculpabilidad.
f) Condicionabilidad objetiva.	f) Falta de condición objetiva.
g) Punibilidad.	g) Excusas absolutorias. [39]

Los capítulos XXI —*La Acción y su Ausencia*— y XXII —*La Causalidad*— se destinan al estudio del primer requisito del delito. "El primer

37 Pág. 258.
38 Pág. 258.
39 Pág. 259.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

carácter del delito —dice Jiménez de Asúa es ser un acto",[40] que puede definirse: "manifestación de voluntad que, mediante una acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior".[41] El acto sólo puede provenir del hombre, pues sólo él realiza acciones voluntarias. Respecto a las personas sociales estima, que, "sin perjuicio de hacerlas objeto de medidas asegurativas, de sanciones disciplinarias y de responsabilidad civil, es imposible castigarlas con penas, porque la llamada persona moral no puede cometer delito".[42] Estudia detenidamente la problemática de la acción, afirmando su criterio de que "debe darse a la acción personalidad propia",[43] para después, examinar sus elementos: a) Manifestación de voluntad; b) Resultado; y c) Relación de causalidad.

En orden a la causalidad expone las diversas teorías existentes, sometiéndolas a su depurada y certerísima crítica que arroja como resultado, la necesidad de admitir como única doctrina correcta la que surge de *"unir la conexión causal*, basada en la equivalencia de condiciones, y la relevancia en orden a la responsabilidad".[44]

Como casos de *ausencia de acto*, incluye la fuerza irresistible, el sueño y la sugestión hipnótica.

La Tipicidad y su Ausencia es el contenido de los capítulos XXIII y XXIV. Expone Jiménez de Asúa con pristina claridad esta interesantísima materia que, desde que Beling en 1906 publicó *Die Lehre vom Verbrechen*, integra un fundamental requisito, cuya trascendencia adquiere a primera vista acusado relieve si se toma en consideración que la *tipicidad* es una de las notas que más genuínamente caracterizan el crimen. El concepto de tipicidad, la evolución del concepto de tipo y la función que aquella despliega, son objeto de exposición y crítica tan certeras, que bien puede afirmarse que hasta la publicación de "La Ley y el Delito", la teoría de la tipicidad yacía sumergida en un abismo impenetrable para todo aquel que quisiera captar su verdadera esencia, no obstante las múltiples referencias que a dicha teoría se han hecho en monografías, manuales y tratados.

Las páginas que Jiménez de Asúa consagra al estudio de la tipicidad, contienen la más recta interpretación del pensamiento de Beling y de las concepciones que, en torno a sus ideas, desarrollaron posteriormente otros

40 Pág. 260.
41 Pág. 260.
42 Pág. 261.
43 Pág. 264.
44 Pág. 284.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

juristas alemanes; depura la doctrina en el crisol de su genial crítica; y, nos orienta y guía al marcarnos la verdadera función que la tipicidad despliega. Su pensamiento sobre este último punto, lo concretiza en forma admirable: "Función predominantemente descriptiva que singulariza su valor en el concierto de las características del delito. Se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal, y tiene, además, funcionamiento indiciario de su existencia."[45]

En elocuentísimas páginas estudia los tipos de mera descripción objetiva, y sus referencias y modalidades; los elementos subjetivos y normativos que algunas veces contienen los tipos; y, el influjo que la doctrina de la tipicidad ejerce en la función del Juez. Subraya, por último, con claridad admirable, los efectos que produce la ausencia de tipicidad: "La ausencia de tipicidad —dice Jiménez de Asúa— presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa máxima *nullum crimen, nulla poene sine lege*, que técnicamente se traduce: 'no hay delito sin tipicidad'. Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser 'detenido' el agente." [46] Cobra así la tipicidad un papel mucho más prestigioso, que el de mera figura técnica. Es como secuela del principio legalista, garantía de la libertad. [47]

En el captíulo XXV expone la *Antijuricidad y las Causas de Justificación*. Para ambientar el tema, formula Jiménez de Asúa unas agudísimas consideraciones referentes a lo *justo* y lo *injusto* en las que, investiga desde el punto de vista histórico y lógico si el *prius* es lo jurídico o lo antijurídico; perfila la terminología que en la materia debe emplearse, identificando las expresiones *injusto* y *antijurídico* y otorgando prevalencia a la de *contrario al derecho* sobre la de *contrario al deber*; y se adscribe a la tesis unitaria de la antijuricidad por considerar que todo lo injusto procede de idéntica fontana.

Una vez forjado el marco ambiental preciso, entra el gran Maestro hispano a delimitar el concepto. Acepta como punto de partida un concepto provisional: La antijuricidad es lo contrario al Derecho. No basta para que un hecho sea delictivo que encaje descriptivamente en el tipo que la ley ha previsto, sino que se necesita que sea antijurídico, contrario al Derecho.

45 Pág. 315.
46 Pág. 331.
47 Pág. 332.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

Sin embargo —proclama—, este concepto provisional nada profundo nos expresa, pues es una de tantas definiciones tautológicas. [48]

Investiga Jiménez de Asúa el concepto de antijuricidad a través de su evolución histórica. Después de exponer con todo primor el lento proceso que ha ido delimitando la esencia de lo que en la hora actual se reputa antijurídico y de subrayar su significación valorativa, lo afinca definitivamente sobre la doctrina de las normas de cultura expuesta por Max Ernesto Mayer en 1903, que sintetiza en la siguiente forma: "El Profesor Mayer llega a la conclusión de que el orden jurídico es un orden de cultura y como infracción de las normas de cultura concibe lo antijurídico. La sociedad es una comunidad de intereses que tutela el conjunto de ellas en el concepto unitario de cultura. Normas de cultura son órdenes y prohibiciones por las que una sociedad exige el comportamiento que corresponde a su interés. Es antijurídica —concluye el genial maestro— aquella conducta que contradice las normas de cultura reconocidas por el Estado. Y explicando su tesis añade: Se debe repetir una vez más que para *fundamentar* el orden jurídico y no para *suplantarle* es preciso retrotraer la teoría hasta aquel complejo de normas prejurídicas de las que se obtiene el Derecho. Para poder interpretar las líneas de la ley, para poder leer entre esas líneas, para preservarnos de la confusión y, últimamente, para prestar a las resoluciones de la práctica una medida objetiva fija, se tiene que saber lo que es una conducta antijurídica." [49]

El concepto objetivo de antijuricidad es proclamado y defendido por Jiménez de Asúa, no ya sólo por motivos técnicos, sino también, por ser pieza indispensable del Derecho Penal liberal. "Lo antijurídico —dice— es objetivo: liga el acto con el Estado. Por eso, como veremos, no es lo antijurídico lo que capta el dolo, sino *el deber de no violar las normas*. En el aspecto objetivo la muerte antijurídica de un hombre es independiente del dolo, pues se trata de un juicio de valoración objetiva. Véase como va avanzando: lo primero es el *concepto natural*, con independencia de valor (acto). Luego, es la *comparación cognoscitiva* con lo descrito, sin valorar (tipicidad). Ahora la *valoración objetiva* con la norma (antijuricidad). Por último, el *juicio de reproche* (culpabilidad)." [50] Los que combaten el concepto jurídico de la antijuricidad —añade— confunden la culpabilidad con su presupuesto —la antijuricidad— e inciden en una confusión imposible de aclarar.

48 Pág. 336.
49 Pág. 346.
50 Págs. 351 y 352.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

En este mismo capítulo estudia el Autor la faz negativa de la antijuricidad. "Cuando falta la antijuricidad podemos decir que no hay delito, que el hecho se justifica: es decir, que hay causas de justificación. [51] Para Jiménez de Asúa son causas de justificación "las que excluyen la antijuricidad de una conducta que puede subsumirse en un tipo legal; esto es, aquellos actos u omisiones que revisten aspecto de delito, figura delictiva, pero en las que falta, sin embargo, el carácter de ser antijurídicos, de contrarias el Derecho, que es el elemento más importante del crimen. En suma: las causas de justificación no son otra cosa que aquellos actos realizados conforme al Derecho. Su concepto depende, pues, de la antijuricidad, estudiada antes. Ya veremos luego cómo el moderno concepto de la antijuricidad ha variado el alcance de las justificaciones, que hoy no se agotan, como antes, en fórmulas tasadas y casuísticas, sino que pueden existir aun cuando los códigos no las marquen". [52]

El primero y más elemental de los sistemas —dice el Autor— para conocer cuando existe ausencia de antijuricidad, "es acudir al repertorio de las causas de justificación expresamente consignadas en la ley". [53] Jiménez de Asúa expone en los capítulos XXVI y XXVII aquellas justificaciones —Legítima defensa y Estado de Necesidad— que, por haber logrado su consagración como verdaderos institutos jurídico-penales, son admitidas por todos los códigos. "Mas para el deslinde de los actos antijurídicos y de los provistos de antijuricidad —agrega— no es suficiente esa primera fórmula de atenerse de modo exclusivo a lo que la ley ha dicho, sino que tenemos que solucionar las situaciones verdaderas legítimas que el legislador no ha previsto de un modo explícito." [54] De ahí, que dedique el siguiente capítulo al trascendental estudio de las *causas supralegales de justificación* que surgen cuando se ahonda en el deslinde de lo justo y de lo injusto, abarcando con su pensamiento luminoso el dominio total del orden jurídico y las valoraciones de la norma de cultura.

Es evidente, que la antijuricidad —sin ser en sí misma una noción positiva—, es un concepto valorativo con un contenido que nutre su esencia, no obstante las dificultades existentes y la disparidad de criterios formulados para determinar la cualidad y esencia de dicho contenido. Olvidar esto, es incidir en el primario formalismo por el que a ciegas y automáticamente caminan los *exégetas y glosadores de nuestro tiempo*, quienes,

51 Pág. 352.
52 Págs. 356 y 357.
53 Pág. 358.
54 Pág. 395.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

al acometer el estudio del delito se encierran prisioneros en el carril mecánico de la ley, para, entre los hierros de su prisión, criticar y combatir el gesto de aquellos que, al contemplar el panorama que el delito ofrece, levantan su vista del plano horizontal por el que discurre dicha vía y abarcan una visión más profunda y honda del total problema. Si los códigos y escritores defensores del positivismo legal se limitan en la solución del problema atinente al deslinde de los actos jurídicos y antijurídicos, a considerar antijurídico todo acto que la ley punitiva describe mientras no exista en la propia ley una taxativa causa que lo justifique, ello es debido a las dificultades que existen —casi insuperables en el ayer pero vencibles en la hora actual con parigual diapasón y ritmo con que progresa nuestra ciencia— para determinar y caracterizar el contenido y esencia de la antijuricidad. Las dificultades citadas motivaron que, ante la imposibilidad de precisar *positivamente* las características de la acción para reputarla como antijurídica, los códigos y escritores se limitasen a formular un concepto *negativo-formal* de antijuricidad. De ahí, que considerasen siempre antijurídica toda acción que descrita en un tipo penal, no podía ser amparada por algunas de las causas de justificación que el propio Código enumera.

El problema se plantea en forma distinta modernamente. Jiménez de Asúa realiza un titánico y victorioso esfuerzo para extraer el concepto del delito del punto muerto en que fué sumido por una ciencia enclenque e improfunda y dotarlo de la fundamentación normativa que ontológicamente le corresponde. Y así, para solucionar el problema creado por aquellas situaciones verdaderamente legítimas que, sin embargo, el legislador no ha previsto de modo explícito, le basta interpretar de un modo teleológico y progresivo el concepto del delito, sin necesidad de acudir a la aplicación de causas de justificación por analogía *in bonam portem*, ni a justificantes supralegales. "Si el delito es un acto antijurídico y la antijuricidad un concepto valorativo, es indiscutible —dice el genial penalista— que cuando la antijuricidad falta nos hallamos en plena juricidad. La más exigente lógica nos llevaría a dar un concepto de juricidad y otro de antijuricidad, no siendo preciso que estuvieran taxativamente marcadas en los códigos las causas de justificación, bastando demostrar que el acto debatido está conforme con las normas de cultura para que se estimase, sin más, de correcta índole justa." [55] La fuerza lógica de sus razonamientos y el depurado rigor científico con que contempla esta inquietante cuestión son tan evidentes, que puede en verdad afirmarse que a virtud de sus esfuerzos

55 Pág. 406.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

constructivos, desaparece uno de los problemas más debatidos en la bibliografía jurídico-penal.

En el capítulo XXIX se ocupa el Autor de la *imputabilidad* como carácter del delito y presupuesto de la culpabilidad. Jiménez de Asúa considera que "la imputabilidad afirma la existencia de una relación de causalidad psíquica entre el delito y la persona" [56] y, es por ende, antecedente necesario de los conceptos de culpabilidad y responsabilidad. Examina las diversas cuestiones —libre albedrío y determinismo, determinismo y responsabilidad social, teorías eclécticas y del estado peligroso— que tradicionalmente se han entreverado con el concepto de imputabilidad, para después exponer su noción psicológica —*facultad de conocer el deber*— valedera en Derecho penal. En el inmediato capítulo analiza el aspecto negativo, es decir, los motivos de inimputabilidad —falta de desarrollo y salud de la mente y trastornos pasajeros de las facultades mentales— que privan o perturban en el sujeto la facultad de conocer el deber.

Al iniciar el Autor el capítulo XXXI destinado al estudio de la *culpabilidad*, formula una aleccionadora advertencia: "Llegamos ahora a la parte más delicada de cuantas el Derecho penal trata. Mientras nos hemos movido en un terreno descriptivo (tipicidad), o de valoración objetiva (antijuricidad), no ha sido preciso estimar, como desde este instante es necesario hacerlo, la individualización. En última instancia, nuestra disciplina es individualizadora en alto grado, y al llegar a la culpabilidad es cuando el intérprete ha de extremar la finura de sus armas para que quede lo más ceñido posible, en el proceso de subsunción, el juicio de reproche por el acto concreto que el sujeto perpetró." [57]

"En el más amplio sentido —dice Jiménez de Asúa— puede definirse la culpabilidad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con su acto. Es el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica." [58] Subraya, a continuación, que aunque las legislaciones vigentes no dan "en artículo alguno la noción afirmativa de la culpabilidad, sí suelen aparecer en los códigos más modernos conceptos positivos del dolo y de la culpa, que son las especies de aquélla". [59] Y, "lo mismo que el tratadista construye la noción de la

56 Pág. 411.
57 Pág. 444.
58 Pág. 444.
59 Pág. 445.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

antijuricidad sobre los elementos de su Derecho vigente, así podrá también elaborarse una Teoría general de la culpabilidad". [60]

Con sin par maestría expone y comenta las doctrinas —psicológica y normativa— que fundamentan y fijan la naturaleza de la culpabilidad. Con ademán enérgico repudia la doctrina psicológica y se adhiere a la normativa, pues aunque "es preciso reconocer que la culpabilidad supone un contenido psicológico, éste no constituye de por sí la culpabilidad. Es el objeto sobre el que recae el reproche contra el autor. Sólo cuando este juicio de reprobación se hace, es cuando surge el concepto de culpabilidad. Es un juicio valorativo (desvalorativo). [61]

En las siguientes páginas combate la noción general de culpabilidad formulada por Mezger, aun reconociendo que representa un esfuerzo loable; delimita el contenido del juicio de culpabilidad; y finalmente, hace referencia a las *especies* —dolo y culpa— "en las que encarna conceptualmente el género abstracto *culpabilidad*". [62]

"El dolo, que es paradigma del elemento subjetivo y la especie principal de la culpabilidad", [63] es estudiado en el capítulo XXXII. Al examinar sus elementos —intelectuales y efectivos— precisa el autor la esencia de los mismos. Para Jiménez de Asúa "los elementos intelectuales" no radican en que exista en el agente la conciencia del tipo o de la antijuricidad, sino "en el conocimiento de la naturaleza de los hechos y de su significación jurídica" [64] que integran la "conciencia de violar el deber". [65] En orden a los "elementos afectivos", sostiene "deben unirse la teoría de la voluntad y la de la representación para que el elemento afectivo del dolo quede perfecto". [66]

La amplia exposición que desarrolla de los elementos del dolo, la sintetiza en una definición conceptual: *"es la producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica"*. [67] Analiza, finalmente, las

60 Pág. 446.
61 Pág. 448.
62 Pág. 451.
63 Pág. 451.
64 Pág. 456.
65 Pág. 455.
66 Pág. 457.
67 Pág. 459.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

clases de dolo, haciendo un especial examen del *dolo de consecuencia necesaria* y del *dolo eventual*.

La culpa y el delito preterintencional es el título del siguiente capítulo. Aunque la culpa "es uno de los más debatidos temas del Derecho Penal", [68] Jiménez de Asúa forja su definitiva construcción técnica, "uniendo, como en el concepto del dolo, los elementos afectivos de voluntad y representación, más el elemento intelectual del deber que se desconoce". [69] Como consecuencia de esta unión, formula el siguiente concepto: *"es la producción de un resultado típicamente antijurídico por falta de previsión del deber de conocer, no sólo cuando ha faltado al autor la representación del resultado que sobrevendrá, sino también cuando la esperanza de que no sobrevenga ha sido fundamento decisivo de las actividades del autor, que se producen sin querer el resultado antijurídico y sin ratificarlo"*. [70] Analiza las diversas doctrinas expuestas por los penalistas sobre su naturaleza, para después de someterlas a su sagacísima crítica, proclamar el excepcional carácter que la culpa reviste. "La culpa —dice— Jiménez de Asúa— aparece en el Derecho Penal como cuña de distinta madera. Si no fuese porque el maquinismo contemporáneo aumenta el riesgo de las vidas, nosotros nos inclinaríamos, siguiendo a Kohlrausch, a climinar esa especie de la culpabilidad de nuestra disciplina. Ya que no es posible hacerlo y que las sanciones puedan tener un eficaz efecto obligando al imprudente a tener más cuidado en la ejecución de sus actos, admitamos la índole excepcional de este instituto nuevo y manejémosle restrictivamente. Por eso, como se verá después, no admitimos ni la tentativa ni la codelincuencia en la culpa." [71]

Termina el análisis del aspecto positivo de este carácter del delito, indagando la naturaleza del llamado *delito preterintencional*. Frente a los escritores italianos y argentinos que admiten la existencia de un supuesto delito preterintencional —verdadera *contraditio in terminis*—, considera Jiménez de Asúa que su verdadera esencia se compone de dos ingredientes: Uno doloso y otro culposo. "La fórmula de concurso de dolo y culpa nos permite resolver muchos problemas y dar sentido lógico a la expresión *preter* o *ultraintencional*, que de otro modo no lo tendría." [72]

El aspecto negativo de la culpabilidad es objeto de examen en el capítulo XXXIX. Son *causas de inculpabilidad* "las que absuelven al sujeto en

68 Pág. 467.
69 Pág. 468.
70 Pág. 468.
71 Pág. 475.
72 Pág. 482.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

el juicio de reproche", por causa de error o por no podérsele exigir otro modo de obrar.[73] Existen —dice Jiménez de Asúa— dos grandes causas de inculpabilidad: *genérica* una y *general* otra, con alcances supralegales. Es aquélla el *error*, con sus especies y variedades; ésta, la *no exigibilidad de otra conducta.*[74]

El concepto general del *error* y sus especies —de hecho y de derecho— y variedades —eximentes putativas y obediencia jerárquica— es estudiado en forma exhaustiva. Este problema, que el propio autor reputa "erizado de dificultades tremendas", se clarifica con la luz que irradia de su potente genio y adquiere en su péñola admirable sencillez, ya que al ser centrado con corrección, queda desposeído de falsos artificios. Jiménez de Asúa parte de la función que despliega el elemento intelectual en la construcción del dolo. "Si esa conciencia de la descripción típica y del deber de respetar la norma, en valoración profana, falta en la conducta del sujeto, el dolo no existe; si el error era vencible, podrá imputarse a título de culpa; pero dolosamente jamás."[75]

La *no exigibilidad de otra conducta* como causa general y supralegal de inculpabilidad, la deduce el autor "de la índole normativa de la culpabilidad".[76] "El punto de arranque de la doctrina de la no exigibilidad, como motivo de exclusión de la pena, se halla —dice Jiménez de Asúa— en las teorías de Frank sobre la referencia personal al acto; así como en las concepciones normativas de la culpabilidad de J. Goldschmidt. Pero quien edifica con más extensión la doctrina, aplicando ampliamente en el dolo, por entender que lo que es justo y correcto en la culpa habrá de serlo también en la más grave forma de culpabilidad, fué Freudenthal, en su famosa monografía de 1922. Por fin, Edmundo Mezger, como hace en toda su obra, perfila las teorías ajenas y las incorpora a un sistema general de Derecho Penal."[77]

Después de exponer detenidamente el pensamiento de dichos penalistas, fija claramente Jiménez de Asúa su posición personal en orden a esta trascendental cuestión: "De todas estas consideraciones se deduce la conveniencia de manejar con amplitud la *no exigibilidad de la conducta,* aunque en materia de dolo se proceda con sumo tiento y con menos largueza que en la esfera de la culpa. En la causa de justificación supralegal debemos poner gran esmero en no traspasar las valoraciones: en la exacta va-

73 Pág. 489.
74 Pág. 490.
75 Pág. 499.
76 Pág. 512.
77 Pág. 515.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

luación de los bienes jurídicos, haciendo que prive el de más valor sobre el de menos, radica la ausencia de lo injusto. Pero no ha de ser tan excesiva la exigencia cuando se opera en una causa de inculpabilidad: por eso nos parecen exageradas las precauciones de Mezger, y nos inclinamos a aceptar el criterio de Freudenthal, más amplio y, por ende, más correcto. Este escrupuloso respeto, en la acción del autor, a las *valoraciones de la ley positiva* —que reclama Mezger — nos parece demasiado exigir cuando no se valora *objetivamente* el acto con la norma, como en las causas de justificación, sino que, simplemente se hace un juicio de reproche sobre la conducta *subjetiva* del agente. Aunque aceptemos el carácter normativo y valorativo de la culpabilidad, este juicio de valoración ha de recaer, en buena parte, sobre la personalidad del culpable." [78]

En el capítulo XXXVI se ocupa Jiménez de Asúa de las dos últimas características del delito: *condicionabilidad objetiva* y *penalidad*. *Ab initio* advierte, que las condiciones extrínsecas de penalidad no pueden considerarse como uno de los caracteres del delito. "La esencia de ellos, como de todas las partes de una definición, estriba en su generalidad, en que sean aplicables a todas o a la inmensa mayoría de las infracciones delictivas. No ocurre así con las denominadas condiciones objetivas de penalidad. Son de naturaleza dudosa y de muy escaso número, mucho más para aquellos que, como nosotros, las dejamos reducidas a la mínima expresión." [79]

Como antecedente necesario para la fijación de su verdadero concepto, expone Jiménez de Asúa las diversas opiniones de los autores —Beling, Zimmerl, Land, etc.—, siempre en radical desacuerdo al explorar su naturaleza y al clasificarlas. Una vez cubierto este antecedente, expone su opinión personal: "Para mí, la inmensa mayoría de esas condiciones objetivas de penalidad que los autores enumeran, no son tales. [80] Todos los caracteres del delito son condiciones de punibilidad: los requisitos de acto típico, antijurídico y culpable, resultan en última instancia, presupuestos o condiciones para que se aplique una pena. [81] Por eso yo concluí afirmando en 1931 *que no existían condiciones objetivas de punibilidad, porque todas ellas son elementos normativos o modalidades y relaciones de la tipicidad*, si no se hallasen otras que no tienen nexo alguno con los restantes caracteres del delito, tales como los de perseguibilidad. Hoy es forzoso ampliar ese criterio. En los países que exigen la reciprocidad para castigar ciertos delitos que afectan al Estado, ésta sería auténtica condición objetiva de

78 Págs. 518 y 519.
79 Pág. 521.
80 Pág. 530.
81 Pág. 529.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

naturaleza extrínseca. [82] Salvo estas condiciones de reciprocidad y alguna otra que por el instante se nos escapa, son auténticas condiciones objetivas y extrínsecas de penalidad los presupuestos procesales expresa o tácitamente exigidos en las leyes punitivas, al describir y penar una concreta figura de delito, [83] como la calificación de la quiebra." [84]

Precisa también Jiménez de Asúa, los particulares efectos que produce su ausencia. "Cuando en la conducta concreta falta la condición objetiva de punibilidad, es obvio que no puede castigarse; pero así como la carencia de acto, la atipicidad, la justificación, la inimputabilidad, la inculpabilidad y las excusas absolutorias, hacen para siempre imposibles perseguir el hecho, y si se reproduce la denuncia o la querella después de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, podrá alegarse de adverso la excepción de cosa juzgada, la falta de ciertas condiciones objetivas de penalidad —las por nosotros estimadas como más propias— permite, una vez subsanado el presupuesto procesal ausente, reproducir la acción contra el responsable." [85]

Respecto a la *penalidad* afirma el autor su auténtico *carácter* del delito, pues en última instancia, es la nota que más específicamente lo caracteriza. "*La punibilidad* —dice Jiménez de Asúa— *es el carácter más específico del crimen.* En efecto: acto es toda conducta humana; típica es, en cierto modo, toda acción que se ha definido en la ley para sacar de ella consecuencias jurídicas y en tal aspecto la usura, que no tiene en el derecho vigente venezolano índole penal, es un acto típico de naturaleza civil que produce consecuencias de este orden; antijurídico es todo lo que viola el derecho y en tal sentido lo es el quebrantamiento de un contrato; imputable y culpable es la conducta dolosa de un contratante. Sólo es delito el hecho humano que al describirse en la ley recibe una pena." [86]

En el inmediato capítulo pasa a examinar el *aspecto negativo de la punibilidad.* Jiménez de Asúa emprende una importantísima revisión de las causas de exención de pena que, tradicionalmente, han sido tenidas como verdaderas excusas absolutorias. "Los penalistas —subraya— acostumbrábamos a designar como 'excusas absolutorias' un borroso conjunto de eximentes que no habíamos podido alojar en los grupos más exactamente delimitados de causas de justificación, de inimputabilidad y de inculpabilidad. Pero, a medida que se afina el examen dogmático de los pro-

82 Pág. 530.
83 Pág. 531.
84 Pág. 532.
85 Pág. 532.
86 Pág. 533.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

blemas, la mayoría de aquéllas emigra del grupo heterogéneo y se instala en su congruo lugar. [87]

Fija el Maestro español la verdadera esencia de las hasta ahora tenidas *por causas personales de exclusión de la pena*: La *exceptio veritatis* en los delitos contra el honor —afirma—, no constituye una especie de impunidad, sino desaparición de los elementos subjetivos de lo injusto, que operan dentro del tipo; la impunidad del *descubrimiento de secretos de la mujer, hijos* o *pupilos* por parte del marido, padre o tutor, es oriunda del ejercicio de un derecho que a éstos incumbe y, por tanto, una causa de justificación; la irresponsabilidad proclamada en los códigos a favor de los *encubridores de próximos parientes y amigos*, auténticas situaciones de no exigibilidad de otra conducta y, por ende causas de inculpabilidad. Para Jiménez de Asúa tan sólo restan en la hora actual, como *auténticas* excusas absolutorias, el arrepentimiento eficaz, y las sustracciones entre próximos parientes. Finaliza el capítulo con un resumen de los efectos que en derecho producen cada una de las causas eximentes de la responsabilidad: *La falta de acción* y las denominadas *causas de atipicidad* o de *falta de tipo*, paralizan desde la primera hora la acción judicial, puesto que, si no hay acción o tipo, el instructor no puede iniciar su trabajo; las *causas de justificación* suprimen la naturaleza injusta de la conducta y, en consecuencia, ésta es legítima; las causas de *inimputabilidad* e *inculpabilidad* no volatilizan la esencia injusta del acto y dejan subsistente la responsabilidad civil; *la ausencia de condiciones objetivas de penalidad* actúan lo mismo que la ausencia de elementos típicos, y cuando se trata de condiciones de perseguibilidad tienen como característica la de ser subsanable la falta; las *excusas absolutorias auténticas*, dan lugar a responsabilidad civil.[88]

En el capítulo XXXVIII expone el Autor *las circunstancias que atenúan y agravan la penalidad*. Advierte, en primer término, que aunque en un Tratado o Compendio el estudio de estas circunstancias debe hacerse al exponer la medida de la pena, no ha podido substraerse a la imperiosa necesidad de decir algo sobre el tema: "No vamos a hacer de esas circunstancias un estudio analítico. No podemos desarrollarlas con rigor y detalle. Desde luego, para nada nos ocuparemos de sus efectos, ya que éstos pertenecen de lleno a la aplicación y mensuración de las penas." [89] Y tras de examinar su teoría general, su historia y los sistemas seguidos por las legislaciones, sistematiza dichas circunstancias y estudia especialmente aque-

87 Pág. 545.
88 Págs. 549 a 552.
89 Pág. 554.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

llas agravantes que, como la alevosía, el enseñamiento y la premeditación, revisten mayor significación y pueden servir de pauta para el estudio y comprensión de todas las demás. Jiménez de Asúa fija también sobre esta materia su personal criterio: "Nos parece imprescindible decir unas palabras sobre la urgente necesidad de borrar de las legislaciones penales estos enfadosos catálogos de causas modificativas de la penalidad. Lo que importa es poner el máximo esmero en la formación de los Jueces, que han de ser reputados entre los mejores, tras un largo aprendizaje en Institutos de Altos Estudios Penales. Luego, toda confianza en ellos será poca. Puesto que se hallan encargados de la más delicada faena, que consiste en individualizar la culpabilidad del agente y en adaptar a su personalidad las sanciones, no deben tener, al respecto, esas trabas casuísticas en la elección de circunstancias modificativas y menos estar sometidos a esas matemáticas penales, que son máximo instrumento de injusticia." [90]

En los capítulos XXXIX a XLI desarrolla el íntegro panorama que ofrece el *iter criminis* o vida del delito. "El *iter criminis* —dice Jiménez de Asúa— supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. Pero, estudiándolas concienzudamente, se interfieren entre ellas, otras dos intermedias: la resolución manifestada y el delito putativo. [91]

En la fase interna estudia el proceso de ideación, deliberación y resolución, destacando el problema de la punibilidad de las ideas sobre el que formula atinadísimas consideraciones: "Con la sedicente teoría de la punibilidad de las ideas, de lo que se trata es de matar la libertad de pensamiento; pero ésta debemos salvarla a toda costa, pues su pérdida nos llevaría a la estatificación de la ciencia y del pensar. Es absurdo, sobre el proceso de las pretendidas ideas-fuerzas, construir el llamado delito de las ideas. Todo lo que sea fase interna y expresión del pensamiento, cuando esta expresión no se dirija a algunos de los delitos tipificados en el Código, debe quedar a extramuros de la penalidad." [92] Sin embargo, Jiménez de Asúa reacciona contra toda concepción candorosa de la libertad, incompatible con su naturaleza de bien jurídico: "Tenemos el derecho y el deber de defendernos contra los que quieran acabar con la libertad amparándose en que el Es-

90 Pág. 573.
91 Pág. 575.
92 Pág. 579.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tado liberal permite todas las propagandas y por su propia índole debe dejarse atacar. Esta peligrosa tesis, en las que coinciden víctimas y victimarios, debe ser revisada. En primer término, hay que distinguir la libertad real, que puede ser la del diablo, de la libertad como bien jurídico; en segundo término, debemos reconocer que la libertad no es un valor en sí sino un medio para otros fines, tales como la exaltación de la personalidad, de la humanidad y de la cultura; y como consecuencia, hay que proclamar que la libertad tiene derecho a la legítima defensa y que no hay libertad contra la libertad." [93]

Después de examinar detenidamente las resoluciones manifestadas y el delito putativo que integran las zonas intermedias, entra en el análisis de la fase externa. Inicia su estudio con los actos preparatorios, esto es, "aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero que se refieren a este delito en la intención del agente". [94] Expone las opiniones que frente a los mismos mantuvieron los más destacados escritores clásicos y positivistas y fija su criterio en el sentido de que, "aunque en la práctica se ofrecen hechos que sirven de argumento a favor de la punibilidad de los actos preparatorios, la máxima legalista y la negación de la analogía, hacen que sea preferible en nombre del Derecho penal liberal, no castigar tales acciones, [95] salvo en ciertos casos en que se incriminan como específicos delitos". [96] Precisa a continuación la verdadera esencia de la tentativa y, recordando a Max Ernesto Mayer, afirma que es una *forma de educación típica* o mejor dicho, una *causa de extensión de la pena*; define sistemáticamente su concepto en la siguiente forma: "ejecución incompleta de un delito"; [97] delimita su ámbito territorial, determinando sus fronteras; analiza las diversas doctrinas que han sido formuladas para distinguir los actos preparatorios y los de ejecución, y las somete a su científica crítica para después expresar del siguiente modo su pensamiento: "Hay comienzo de ejecución *cuando se penetra el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros, viéndonos precisados a recurrir a la lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz, cuando la práctica lo exija*; [98] desarrolla, ante la aparición de algunas formas de ejecución anormales, la sugestiva doctrina de los complementos de acción; y, finalmente, se adentra

93 Pág. 582.
94 Pág. 591.
95 Pág. 592.
96 Pág. 593.
97 Pág. 595.
98 Pág. 601.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

en el estudio de la tentativa como *acción culpable* estableciendo estos importantísimos principios: a) En los delitos dolosos no ofrece ninguna particularidad la tentativa. b) No cabe tentativa en los delitos *culposos*.

Hace Jiménez de Asúa completa referencia al delito frustrado, "figura sutilmente distinguida por Romagnosi de la tentativa, que no se admite unánimemente". [99] Y después de mencionar los criterios diferenciales que abstractamente separan la tentativa del delito frustrado, considera que, como lo que resulta fácil en doctrina es en la realidad totalmente insoluble, "es infinitamente más práctico atenerse a la mera tentativa y dejar, en orden a su sanción, bastante margen para que el Juez aplique la pena más baja si el comienzo de ejecución quedó en el inicio, o la más alta si prosiguieron los actos ejecutivos hasta su agotamiento". [100] Completa el estudio de la tentativa con el examen de los efectos que se derivan del desistimiento y arrepentimiento, un extenso análisis del denominado delito imposible y una referencia de los distintos criterios que en orden a la punibilidad de la tentativa, el delito frustrado y el imposible, mantuvieron las diversas escuelas penales.

En los capítulos XLII a XLV se ocupa de la *codelincuencia*, cuya materia centra del siguiente modo: "La infracción criminal no es siempre la obra de una persona sola. Puede ser cometida por varios individuos que se ponen de acuerdo y dividen entre sí el esfuerzo para realizar el hecho criminal. La actividad delincuente usa los mismos modos que la actividad honesta y, a veces, la codelincuencia semeja a una empresa industrial." [101]

Subraya, Jiménez de Asúa, la íntima relación que entre sí guardan *participación* y *causalidad*, ya que esta última "hace que se liguen con el concreto delito las actividades de los que en él participan, y que queden inexorablemente fuera los encubridores, a quienes los antiguos penalistas incluían entre los copartícipes". [102] Una vez formulada la anterior observación, analiza las doctrinas que sobre la codelincuencia han sido formuladas y las distintas formas en que la participación se manifiesta.

Jiménez de Asúa delimita con gran corrección el concepto de autoría. "Autor —dice— es quien ejecuta la acción que forma el núcleo del tipo de cada delito *in especie*. A los que por sí mismos perpetran el tipo legal, se les denomina *autores inmediatos*. También se denomina autor —agrega—

99 Pág. 606.
100 Pág. 607.
101 Pág. 621.
102 Pág. 622.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

al que produce un resultado típicamente antijurídico, con dolo o culpa, valiéndose de otro sujeto que no es autor o no es culpable o es inimputable. En tal hipótesis nos hallamos en presencia del *autor mediato*". [103]

La participación —afirma con sumo rigor técnico— "es una causa ampliatoria de la subordinación al tipo o de la imposición de un castigo. Existe cuando actúa otro sujeto, sea en calidad de coautor, cooperador, instigador, auxiliador o cómplice".[104] Está regida por cuatro principios fundamentales: a) identidad de tipo; b) comienzo de ejecución; c) el límite de lo injusto; y d) coincidencia de culpabilidad, de cuyos principios se derivan dos reglas de extraordinaria trascendencia: *la comunicabilidad* y la *accesoriedad*. En orden a la última proclama esta máxima: "*La participación es accesoria de un acto principal; pero se es sólo culpable de la propia culpabilidad y a nadie aprovecha la inculpabilidad ajena.*" [105]

Analiza Jiménez de Asúa cada una de las formas en que la participación se manifiesta. "El coautor no es más que un autor que coopera con otro u otros autores. Todos los coautores son, en verdad autores." [106] Y, precisando la verdadera naturaleza de la coautoría, advierte que en el coautor no hay accesoriedad, pues "su responsabilidad no depende de la de otro copartícipe. Si suprimimos la existencia de los colaboradores, seguirá siendo autor, porque realizó actos típicos y consumativos". [107] Subraya respecto al inspirador que "su actividad consiste en *determinar* a otro; es decir, en mover su voluntad". "La instigación —agrega— debe ser dolosa; es decir, que no cabe instigar culposamente, ni tampoco inducir a delitos culposos. Además, ha de ser con *intención de que se ejecute el hecho*, por tanto se excluye el llamado agente provocador, ya que éste al inducir a otro a realizar un acto, que de ser real constituiría un delito, a fin de que sea descubierto por la policía, no dirige su actividad al propósito de que se ejecute un crimen, sino descubrir al viejo delincuente o al que está proclive a cometer un delito." "Cómplice —afirma por último nuestro gran penalista— es el que presta al autor una cooperación secundaria a sabiendas de que favorece la comisión del delito, pero sin que su auxilio sea necesario. En suma es autor el que ejecuta la acción típica; y es auxiliador o cómplice el que realiza otros actos previos o accesorios." [108] Finaliza la exposición de esta trascendental materia,

103 Pág. 629.
104 Pág. 631.
105 Pág. 636.
106 Pág. 637.
107 Pág. 637.
108 Pág. 639.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

con un profundo y primoroso estudio sobre el *delito de las muchedumbres* en el que, Jiménez de Asúa, profundiza sobre cuestión tan inquietante, dotando de fundamentos altamente científicos, al hecho, a primera vista, paradójico, de que de una reunión de muchos resulte casi *un nadie*, a los efectos de la responsabilidad.

Destina el capítulo XLV —*Unidad y Pluralidad de Delitos*— a precisar cuando en un determinado acontecimiento de la vida real se da o no "unidad delictiva", analizando todos y cada uno de los particularísimos conceptos —delito instantáneo, delito complejo, delito permanente, delito continuado, concurso ideal y concurso real— que, en orden al problema, juegan importantísimo papel.

Estampa Jiménez de Asúa en el postrer capítulo de su obra, un magistral estudio sobre *reincidencia y habitualidad*. Después de exponer con toda exactitud el concepto, clases y efectos de la reincidencia, pasa a fijar el concepto de habitualidad, y a establecer sus diferencias con los de reincidencia, profesionalismo, proclividad al delito e incorregibilidad. Al llegar a este instante, el autor advierte que el planteamiento y desarrollo de los temas concomitantes con la habitualidad, desbordan los problemas de dogmática sobre *la ley penal y el delito* y pertenecen al *delincuente y la sanción*. Y, como ya en el *prólogo* [110] nos advirtió que estas materias serían objeto de un segundo volumen, la lógica del método sirve de base al punto final.

El lector que nos haya seguido en el decurso de esta larga nota —breve en relación al contenido del libro que reseña— habrá podido captar la importancia que reviste "La Ley y el Delito" en la moderna bibliografía jurídico penal. Séanos permitido finalmente, señalar en forma esquemática su especialísima significación.

Marca Jiménez de Asúa con "La Ley y el Delito" una profunda e indeleble huella en la ruta por él recorrida para lograr la dignificación del Derecho Penal, múltiples veces enfangado por las audacias de seudos filósofos, literatoides y poetastros, quienes, al amparo de que las manifestaciones externas del derecho punitivo hallan en *lo popular* fervoroso ambiente, alevosamente irrumpen en su ámbito con el propósito de encubrir con gayos oropeles científicos, lo enteco de sus estros. Este fenómeno es el que lentamente ha ido restando al Derecho Penal el rango científico que ontológicamente le corresponde, hacia el extremo de ser

109 Pág. 640.
110 Pág. 10.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas. unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tenido de consumo como rama científica de menor categoría que las demás que integran el Derecho. Pues bien: la significación altísima que reviste "La Ley y el Delito" es, precisamente, que el Maestro Jiménez de Asúa logra en ella plasmar en realidades fecundas sus denodados esfuerzos en pro de la dignificación del Derecho penal —rama jurídica de igual valor y rango que las demás que forman la totalidad del Derecho—. Y esto es, lo que contribuye a dar admirables cualidades científicas a esta paradigmática obra, irradiación lumínica de un poderoso genio.

DR © 1947. Escuela Nacional de Jurisprudencia