

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. Tomo II. Filosofía y Ley Penal*. Buenos Aires, "Editorial Losada. S. A.", 1950.

A la escasa distancia de unos meses del primer volumen del *Tratado* de Jiménez de Asúa, ve la luz pública el segundo. También de más de un millar de páginas. En él continúa el autor el estudio de la filosofía del Derecho penal y agota el de la ley penal. En la Filosofía del Derecho penal comienza por abordar con erudición; y a base de un sistema magistral, el *jus puniendi*. El Derecho penal debe estar animado por una concepción filosófica, puesto que el vínculo más directo entre el Derecho penal y la filosofía radica en las cuestiones que plantea el *jus puniendi* y en las escuelas y teorías penales. Tienen estos estudios autonomía e importancia suficiente para que se les separe de la pena. En todo caso, si la pena constituye el núcleo de las teorías clásicas, puramente ontológicas las modernas, tributarias también de las ciencias del hombre, consideran asimismo al delincuente. Por otra parte, el delito es igualmente un elemento de las posiciones del clasicismo. Recuérdese el concepto genial de Carrara y se verá que el *jus puniendi* no está circunscrito a la sanción.

Asúa examina la tesis del *jus puniendi*, o sea los fundamentos de su legitimidad; la antítesis, o sea las doctrinas diversas de quienes niegan este fundamento, y la síntesis, que se alcanza cuando el Derecho penal subjetivo se limita por la norma objetiva. Dentro de la síntesis incluye Asúa las diversas teorías sobre el fundamento del derecho de castigar. Es una exposición completa, conducida con claridad y con poderosa erudición. No falta en ella nada. Una enumeración de las doctrinas convence de este aserto. Siguiendo la clasificación de Bauer, expone el autor las absolutas, las relativas y las mixtas. Con fines expositivos considera las escuelas penales, conforme a este esquema:

- A) Escuela clásica
 - a) teorías morales
 - b) teorías utilitarias
 - c) teorías eclécticas
 - d) escuela penitenciaria francesa

- B) Teoría correccionalista

- C) Escuela positiva y neopositivismo
- D) Positivismo crítico y política criminal
 - a) Tercera escuela en Italia y Alemania
 - b) Escuela de la política criminal
- E) Otras tendencias penales
 - a) neoclasicismo
 - b) tendencia dualista
 - c) escuela penal humanista
 - d) idealismo actualista
 - e) pragmatismo
 - f) empirismo
 - g) subjetivismo
 - h) escepticismo crítico
 - i) tendencia neocatólica
- F) Escuela técnico-jurídica
- G) Escuela unitaria y la llamada moderna dirección
- H) La escuela penal española

Cada una de estas escuelas se define según sus rasgos esenciales, con la mención de los autores más característicos y de las obras más representativas. Refiriéndonos concretamente a la escuela penal española, diremos, con Asúa, que procede del correccionalismo, importado de Alemania, edifica la tutela penal y llega al sistema protector. Tiene como es lógico en toda obra humana, sus excrecencias y sus plantas parásitas.

La influencia de la filosofía en el Derecho penal plantea en primer término el problema de los penalistas filósofos y de los filósofos penalistas; es decir, de los especialistas jurídicos que buscan para sus construcciones la base de una doctrina y los filósofos del Derecho que estudian una de sus ramas, la del Derecho penal. Quien haya recorrido las obras generales de nuestra disciplina, hallará en ellas influencias filosóficas predominantes, desde Kant y Hegel, hasta el positivismo, el pragmatismo y el idealismo actualista. Esta influencia filosófica, clara o encubierta, es necesaria. Asúa tiene toda la razón cuando escribe: "uno de los mayores errores que un criminalista puede cometer es secundar el grito de Ferri de ¡Abajo el silogismo! o encararse, como Manzini, con la filosofía para culparla de extraviar a los hombres de leyes". Un Derecho penal sin sistema alumbraría la arbitrariedad, poderosa negación de la justicia. Los códigos del mañana inmediato serán, en tanto, profundamente reformados. Propone la dualidad de Códigos, uno penal y otro preventivo, el primero a base del delito y de la peligrosidad, del arbitrio judicial, de un

juez penal competente, del sistema dualista de sanciones, con penas y medidas de seguridad, y de la sentencia indeterminada. El Código penal preventivo "regulará tan sólo el estado peligroso antes del delito". Sus fórmulas pueden ser éstas:

- a) peligrosidad sin delito, con definición y categorías;
- b) medios de lucha contra el estado peligroso;
- c) jurisdicción, inspirada en una fórmula, que garantice los derechos del hombre.

Trata el título cuarto de la obra de Asúa de las fuentes del Derecho penal y está dividido en tres capítulos, respectivamente consagrados al concepto de las fuentes y sus clases; a la bibliografía (libros y congresos) y a la ley y la norma. Con este capítulo termina la introducción. La parte dedicada a la doctrina científica colectiva; es decir, a los congresos y conferencias, merece un comentario especial. Supone una labor ímproba de búsqueda, de sistematización y de consulta, y es un trabajo informativo de tal mérito que evitará al investigador futuro muchas horas de labor. En el capítulo dedicado a la ley y la norma se examinan escrupulosamente las teorías de Binding y de Mayer.

Se inicia la parte general del Derecho penal con la exposición cuidada y metódica de la ley penal y sus problemas. Esa larga exposición (cerca de mil páginas), completa el tomo. Asúa había publicado ya un magnífico volumen sobre "La ley y el delito", esbozo o bosquejo de muchos problemas, desenvueltos en su *Tratado* con amplitud magistral, y la síntesis de unas conferencias pronunciadas en La Habana, recogida en un volumen sobre "La ley penal y su interpretación", editado el pasado año por Jesús Montero, en aquella ciudad. En un capítulo trata de la ley como única fuente del Derecho penal; de su concepto, especies y forma, de los actos legiferantes; del principio de la legalidad, con el examen de sus fundamentos filosóficos; de su aspecto político y de su evolución histórica. Aborda a continuación los diversos problemas de la interpretación de la ley penal, sometiéndolos a un cuidadoso análisis. Estudia el concepto de interpretación y las siguientes clases de la misma: la auténtica, la doctrinal, la judicial y los medios de llevarla a efecto, lo que implica el examen de la interpretación gramatical y de la teleológica o finalista y sus resultados, es decir: la declaratoria, restrictiva o extensiva y la correctiva y progresiva.

Pasa a desarrollar a continuación la analogía, en uno de los capítulos más importantes de la obra. Se trata de uno de los problemas más delicados de nuestro tiempo. Se forzaron los límites de la analogía, con un afán de destruir las garantías penales, obstáculo insuperable para los caprichos de los tiranos y se la convirtió, como señalara el desaparecido D'Amelio, en el "gusano roedor" de los códigos. Con afanes antropológicos, llenos de generosidad, se pretendió aplicarla, pensando en las variedades del criminal. Se creyó asimismo que al flexibilizarla crecían las posibilidades de una lucha más eficaz contra el delito. Todos estos propósitos, podían servir a la ciencia, pero con menoscabo de la persona humana. El delincuente podía o no ser un ciudadano, pero indudablemente era un hombre, y el hombre perecía en la dura contienda del poder contra el ciudadano. La analogía fué una moda y un síntoma. La moda de los totalitarismos; el síntoma de una descomposición política. Se alzaron contra ella voces justas. En ningún tiempo de la historia se ha des-

conocido al hombre más que en el nuestro. En elevado contraste contra este propósito de aniquilarlo, no se escucharon nunca voces más generosas que clamaban por su salvación. ¿Cómo tratar los problemas de la analogía? Con riguroso análisis científico, pero con sólida argumentación jurídica y ética. Así lo ha hecho Asúa. Testimonio irrecusable de ese elevado propósito son los temas abordados en este capítulo; el concepto, las clases de analogía con el estudio previo de las lagunas de la ley; y la definición de la analogía, con sus diferencias de la interpretación analógica; su repudio; la analogía en la historia y en el Derecho vigente; la analogía en los Estados autoritarios (Derecho soviético, Derecho nacional-socialista); la analogía en las leyes no restrictivas; examen pródigo de la interpretación analógica, y como término la siguiente conclusión, que merece reproducirse literalmente:

“En nombre del Derecho penal liberal ha de afirmarse el principio legalista; debe el juez descubrir la *voluntad de la ley* —que ha sido en toda nuestra doctrina el punto básico de las construcciones— pero no crear Derecho teniendo facultades para interpretar las leyes penales extensivamente; la analogía es inadmisibile, más es forzoso aplicar la interpretación analógica, así lo exige la voluntad expresa de la ley.”

Dedica Asúa el capítulo v a los conflictos de leyes, es decir, a la relación de las figuras penales entre sí, de acuerdo con la calificación de Beling. Los principios para la solución de este aparente conflicto son la alternatividad, la especialidad y la subsidiaridad. El autor examina de un modo especial estos principios y estudia después el delito progresivo, el paso por un agente de un determinado tipo de delito a otro tipo de delito más grave. Considera, además, otro problema, el de los actos anteriores y posteriores, la concurrencia de tipos agravados y privilegiados que proceden de un tipo básico.

El título II de este libro, dedicado todo a la ley penal, trata del ámbito de su validez. La ley penal es un acto de voluntad colectiva, manifestada por los órganos del Estado, mediante el cual se regula jurídicamente un conjunto de relaciones sociales. La ley está limitada al tiempo en que se halla en vigor y se circunscribe a una materia y a un lugar. Por esta razón los problemas de la eficacia de las leyes penales se refieren al *tiempo*, a la *materia*, al *espacio* y a las *personas*, es decir a aquéllas que se encuentran en circunstancias particulares y gozan de ciertos privilegios, por razones derivadas del Derecho público interno, del Derecho internacional público o del Derecho procesal.

El primero de los problemas de la validez de la ley penal, es el referente a la ley penal en el tiempo, a su nacimiento y derogación. La sucesión de leyes penales da lugar a la doctrina de la retroactividad e irretroactividad. Los problemas más graves —como agudamente advierte el profesor español—, surgen en relación con las leyes temporales y excepcionales; es decir, las que tienen fijado *a priori* el término de su vigencia y las que tratan de proveer a necesidades extraordinarias del Estado. Es indudable que deben carecer de efecto retroactivo. También estudia las diversas cuestiones que se derivan de la extractividad de las leyes procesales, y la validez de la ley penal en relación con la cosa juzgada.

La validez material se relaciona con el derecho de la nación y se refiere a la actividad de legislar de los Estados, cantones, países o provincias. El autor examina extensamente el problema dentro del régimen federal de la República Argentina y en las competencias penales de la Constitución de la República española.

La validez de la ley penal en el espacio, es estudiada en primer término en relación con los diversos problemas que se plantean en el Derecho penal internacional. Su título y su contenido son incongruentes, puesto que alude a reglas del Derecho interno. Sigue un examen del principio de territorialidad de la ley penal, en el Derecho histórico y en las legislaciones vigentes.

Las normas del Derecho penal internacional, o mejor dicho, las reglas referentes a la validez de la ley penal en el espacio, por lo mismo que afectan a más de un Estado, debieran ser objeto de convenciones internacionales. Congruente con este principio, examina el autor los *Tratados de Montevideo*, el "*Código Bustamante*" y las propuestas científicas colectivas (la de la IV Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, celebrada en Santiago de Chile en 1945, y la de la Conferencia Internacional de Unificación penal de Varsovia de 1927).

En orden al valor en el espacio de las leyes penales expone los cuatro sistemas siguientes: territorialidad, personalidad y nacionalidad, real o de protección, y universalidad.

El estudio del concepto del territorio incluye el del suelo nacional, las aguas jurisdiccionales, el espacio aéreo, las naves, las colonias y los protectorados, los territorios consulares y el régimen de capitulaciones, los territorios ocupados en tiempo de guerra y el problema de los edificios de embajadas y legaciones.

En dos apartados especiales se exponen los delitos cometidos en el territorio (la paridad de nacionales y extranjeros, los delitos cometidos a distancia, los delitos permanentes, continuados y habituales, la vida del delito, ejecutada en lugares distintos y la autoría, con la estancia de los partícipes en territorios diversos) y los delitos cometidos en el extranjero (extraterritorialidad de la ley penal, autores nacionales, autores nacionales y extranjeros, el principio real y el personal en algunas legislaciones y los delitos de transcendencia cosmopolita, piratería, falsificación de moneda, daños a los cables submarinos, trata de mujeres y de esclavos, estupefacientes, publicaciones obscenas).

Uno de los aspectos más importantes del Derecho penal internacional es el de la ayuda que se prestan los Estados para la ejecución de la justicia represiva. El autor considera diversos problemas de ejecución procesal relacionados con este auxilio, y los relativos a la validez de las sentencias penales extranjeras; a las incapacidades, impuestas en otro país, por sentencia firme, y a las incidencias civiles que surgen de la ejecución de estas sentencias.

Hay, a continuación, dos importantes capítulos dedicados a la extradición y al asilo. La entrega de los delincuentes que se han acogido a otro país o han buscado al asilarse una protección contra la justicia, sus excesos o arbitrariedades, plantean graves problemas, cuyo aspecto jurídico resolvería sólo una cuestión, y no la de más importancia de cuantas plantean tan delicadas situaciones. Luis Jiménez de Asúa en dos monografías completas y magistrales no elude ninguno de los aspectos morales, sociales, políticos de ambas instituciones. Cuando la extradición ha servido para amparar afanes persecutorios, cuando el asilo ha sido violado por los tiranos, restablecer

la naturaleza generosa de dos de las más importantes conquistas de la libertad humana, es tarea llena de nobleza, que el autor cumple, como jurista, como científico y como hombre, de una manera ejemplar.

En la extradición examina los temas siguientes: su definición y naturaleza, su fundamento, sus formas, el concurso de extradiciones; la historia, las leyes, los tratados; sus principios con respecto al delito, a su especialidad, a su forma, a su vida y a sus efectos; con respecto al delincuente; con respecto a la pena y a la medida de seguridad y a los derechos del acusado extraído. Asimismo, las excepciones de la extradición son consideradas con respecto, a los delincuentes nacionales; a los reos de delitos militares y a los desertores. Hay una parte dedicada exclusivamente al refugio de los delincuentes políticos; el asilo de los delincuentes políticos, la historia y el estado legal del problema, la doctrina y los motivos de su refugio; el concepto del delito político, en orden a la extradición, los delitos conexos y complejos; la tendencia restrictiva, el examen de las legislaciones española, argentina y de las ibero-americanas; la excepción de los magnicidas y la cuestión de si debe ser entregado el delincuente social (con el examen del artículo 30 de la Constitución de la República española, que prohíbe la extradición de los delincuentes político-sociales). El Derecho penal de la extradición se refiere a las reglas contenidas en las leyes sobre la materia y a los acuerdos recogidos en los tratados internacionales. Tiene una parte procesal, cuyos ritos hacen doble referencia a la reclamación y a la entrega, es decir, al procedimiento para la extradición activa y a la extradición pasiva.

En el arduo problema de la extradición de los delincuentes sociales, opina Asúa lo que sigue: "Atender al móvil y a las circunstancias del sujeto y del acto, para decidir en cada caso, estimando el ambiente del país de asilo, y el que impera en el lugar de comisión del delito, si debe entregarse o no al que busca refugio."

Dos instituciones opuestas y complementarias son el derecho de asilo y la expulsión de extranjeros. En relación con la primera examina Jiménez de Asúa: su historia, el asilo de los delincuentes políticos en general, el asilo interno en buques y legaciones y sus aplicaciones lícitas o abusivas, que van desde la custodia hasta el encubrimiento, es decir, los límites del asilo, las garantías y su abuso, que tuvo durante la guerra de España episodios lamentables, e incluso delictivos. La expulsión de extranjeros puede considerarse como pena, como un simple procedimiento administrativo o como una medida de seguridad, dictada con las garantías de una ley y de una jurisdicción previas. También puede ser la facultad de un Estado, asumida con las garantías del Derecho internacional, que igualmente rigen para otras naciones, como la del refugiado que se expulsa y el condenado en un país que se interna en otro, burlando la ejecución de la pena.

El título III, que cierra este volumen, estudia el Derecho penal internacional. En él trata Asúa de la unificación del Derecho penal que cuenta con propósitos tan generosos, concretados en diversas conferencias y en abundantes trabajos científicos y con acuerdos, más o menos verbales, primero de la Sociedad de Naciones, más tarde de las Naciones Unidas. Jamás tanta elocuencia contó con tan miserables realidades. Para dar cima a esta tarea existen asimismo nobles y elevadas aspiraciones relativas a un Tribunal penal internacional y a un Código penal internacional. Los crímenes internacionales (el terrorismo y ahora el genocidio y los cometidos contra la humanidad) son tratados con precisión y abundancia de datos.

Un capítulo especial está dedicado a los crímenes de guerra. En él examina el autor los intentos del pasado sobre el enjuiciamiento de los crímenes de la guerra de 1914; los intentos del pasado y del presente sobre la protección de la paz en el Derecho internacional y en el Derecho interno, y el enjuiciamiento nacional e internacional de los crímenes de la guerra de 1939-1945. Se estudian en este apartado los juicios de Pétain y de Laval; las sentencias contra los criminales de guerra japoneses y el juicio de Nuremberg.

Queda por considerar con respecto a la aplicación de la ley penal, la igualdad ante sus preceptos y las excepciones de este principio, que son ampliamente expuestos por el autor, para terminar este volumen segundo de su *Tratado* con largas páginas sobre el Derecho penal militar y el Derecho penal de los estados de excepción; la suspensión de garantías constitucionales; con un cuidado y sereno examen de los estados de prevención, alarma y guerra en España, y del estado de sitio de Argentina.

El volumen segundo del *Tratado* colma las esperanzas que había permitido abrigar el primero. El Derecho positivo que abunda en el que hemos examinado, por la índole de los problemas que en él se abordan, está sistematizado con clara sobriedad. Hasta en los temas apasionantes por su actualidad y por su naturaleza, como el de los crímenes de guerra, hay páginas serenas y objetivas, debidamente alejadas del furor primigenio y de la lenidad tímida que han presidido su enjuiciamiento. A través del tiempo transcurrido parece que Temis ha acabado por quedarse temblando de frío. Es innegable que hay pasión en estas páginas, pero también es cierto que el derecho no puede aspirar a ser más que la mitad de la vida.

Dr. Mariano RUIZ-FUNES,
Catedrático de Criminología en el Doctorado de la Facultad de Derecho.