

Un estudio sobre el profesor Luis Jiménez de Asúa como profesor de la Facultad Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires

EDUARDO BARBAROSCH*

I. Introducción

La obra del profesor Luis Jiménez de Asúa es tan vasta y extensa que sería imposible abarcarla en un trabajo dedicado su meritoria tarea como jurista dedicado al derecho penal. He tenido el honor de conocerlo de manera accidental cuando profesó en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y yo era un alumno más que cursaba la carrera de Derecho. Lo visité en el entonces Instituto de Derecho Penal, del cual era su Director y a raíz de un encargo que me solicitara una persona en la ciudad de Madrid, España en la que me encontraba como turista. Le llevaba una tarjeta de presentación de un profesor de derecho penal, quién de forma accidental se presentó a la mesa de un restaurante donde estábamos cenando varias personas y dos estudiábamos derecho. Concurrí, al volver, al Instituto de Derecho Penal y allí me recibió el profesor español y cortésmente me devolvió la tarjeta, pues me dijo que no lo conocía a dicho profesor. La reunión concluyó luego de breve intercambio y ahí reflexioné que no tenía interés de entablar relaciones con ningún profesor que estuviera enseñando bajo el régimen franquista, siendo él un exiliado y presidente de la República Española en el exilio.

Los avatares de la Universidad de Buenos Aires en las últimas décadas del siglo XX, no fueron nada gratos para esa casa de estudios. Desde el año 1955 hasta 1967, se empezó a descender el velo en cierta medida de un grado de dogmatismo político e ideológico que no era acorde con los principios de la reforma universitaria de 1918. Sólo con el retorno de la democracia en 1983, esta alta casa de estudios recupera el brillo que nunca debió haber perdido.

* Doctor en Derecho (UBA). Profesor Consulto de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador, miembro permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”

El profesor Jiménez de Asúa, eximio penalista, reconocido internacionalmente, ingresa como profesor contratado por cinco años a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales el 7 de junio de 1958. La resolución que consta en su Legajo, proviene de la aprobación del Consejo Superior de la Universidad de Buenos que aprueba el convenio que el distinguido profesor llevara a cabo con la mencionada facultad y que lleva las firmas de éste, y del Decano, Dr. Aquiles H. Guaglianone. La resolución que finalmente lo designa llevaba la firma del Rector de la Universidad el Dr. Risieri Frondizi.

Por el contrato el Dr. Jiménez de Asúa en su calidad de profesor con dedicación exclusiva se comprometía a dar clases, seminarios, cursos de perfeccionamiento o especialización, realización de trabajos de de investigación científica o legislativa que sean encomendados, organización de Institutos, llegando a ser en éste último caso Director del Instituto de Investigaciones Penales, donde formó un gran cantidad de discípulos que alcanzaron una excelente formación académica.

II. Antecedentes del profesor Jiménez de Asúa al inicio de su gestión en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

El profesor Jiménez de Asúa era oriundo de España, nació en Madrid el 19 de junio de 1889 y obtuvo su doctorado en 1913 en la Universidad de Madrid con nota sobresaliente. Exiliado en la Argentina dictó clases en la Universidad Nacional de La Plata en la Facultad de Ciencias Jurídicas desde 1940 hasta 1946 fecha en que renuncia al cargo que ostentaba como lo hicieron muchos profesores al asumir el primer gobierno peronista. En el año 1956 se incorpora por contrato a la Universidad del Litoral y termina su contrato en 1958. Esta fecha coincide con su ingreso a la Universidad de Buenos Aires. Entre sus antecedentes para incorporarse a esta última institución surge de su legajo que contaba con más de 100 libros publicados y cerca de 700 artículos, notas etc.

Con su incorporación por contrato a la Universidad de Buenos Aires, la Institución Académica adquiría un profesor de gran prestigio como se ha sostenido, personalidad destacada en el ámbito internacional y que se haría cargo posteriormente del Instituto de Derecho Penal y Criminología.

Su etapa anterior en España contaba no solo con una actuación académica descolante sino también con una actividad política democrática y republicana que la habría de costar persecución y exilio. Dejaremos estos aspectos que son relevantes, pero que no son parte integrante de la historia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

Jiménez de Asúa, (1955 p. 26, 27) escribió, como hemos señalado, obras

y trabajos de estudio y crónicas y trataremos de reseñar aquellas que tiene referencia a nuestro país. Existe un estudio con el título *Crónica de Derecho Penal Hispanoamericano en los años 1951-1952*, en lo que se refiere a nuestro país los comentarios son diversos y algunos de naturaleza crítica.

En la observación preliminar entre otras cosas resalta:

“El denso contenido de la presente *Crónica de Derecho penal hispano-americano* no se debe tan sólo a que abarca doble período que las anteriores, sino también a una febril actividad legislativa y legiferante, propia de los llamados *Estados fuertes*, en que van cayendo, poco a poco, la mayoría de los pueblos que hablan castellano en América. Es curioso el fenómeno de que los jefes de semejantes regímenes so pretexto de defender la democracia, impongan leyes o decretos claramente liberticidas.”

Deja a salvo la producción científica de la Argentina que conserva en su inmensa mayoría, el acento liberal y democrático, condición de todo progreso. Sin embargo, se formulan algunas críticas que serán expuestas a continuación:

Nos habla el profesor (p. 27) de los proyectos de un nuevo código penal para la Argentina.

“En nuestra primera *Crónica* dimos cuenta de que el Poder Ejecutivo había confiado al Instituto de Derecho Penal, perteneciente a la Dirección Técnico-Jurídica del Ministerio de Justicia, la elaboración de un nuevo Código Penal. Al frente del nombrado instituto estuvo primero Enrique R. Aftalión, profesor en la Universidad de La Plata, (actualmente Eva Perón), y luego Isidoro De Benedetti, Profesor en la Facultad de Derecho de Santa Fe Universidad del Litoral. Nada hizo el primero en cuanto a la reforma del Código. En cambio, el segundo que anunció solemnemente en la Congreso Internacional de Criminología, habido en París en 1950 las bases en dicha reforma se fundaba, dio cima a su tarea asistido por el secretario de juzgado Victorica Soneyra (...) El proyecto, profundamente influido por el vigente Código Penal Italiano de 1930 (el Código fascista), solo contiene leves tintes de positivismo —en el que ya no puede hallar inspiración ley alguna por estar cada una esa tendencia en el campo filosófico y radicalmente superada en la esfera penal—.”

Luego de una serie de consideraciones adversas el distinguido profesor critica la Exposición de motivos que es, advierte, incongruente con el articulado. El texto de sus disposiciones adolece de obscuridad; su estilo dista mucho de correcto y el hipérbaton que aqueja algunos de sus artículos —afirma— no solo deslució la redacción haciéndola muy pesada y la priva de claridad.

Un parte de esta crónica crítica se trasunta en el siguiente párrafo que se transcribe:

“En el aspecto político se nos presente como instrumento de un Estado fuerte: en él se acogen todos los delitos que figuran ahora en un decreto-ley sobre ‘seguridad del Estado’ y contra el régimen económico y del trabajo. Con ello se agravaría el asunto, si lograran disposiciones, de carácter circunstancial, engarce n un texto orgánico y perdurable, cual es un Código”.

Apunta el autor al desacato a distancia y no personalizado que ya se encontraba pre-configurado en la reforma de 1949. La crítica no había sido favorable a este documento de preparación legislativa tanto del director de la Revista de Derecho Penal, dirigida por Eusebio Gómez, como del escrito de Ricardo C. Núñez, calificado por el autor como uno de los mejores penalistas argentinos. Afirmaba Núñez que todavía se está a tiempo para evitar el Proyecto. Sólo tratamos de evitar males. Uno de los rasgos centrales era lamentar que se aumenten las penas para los delitos contra la seguridad del Estado, y disposiciones inconstitucionales, básicamente lo calificaba como un regreso en la evolución del Derecho penal positivo. El profesor destaca que con el segundo período del general Perón, fue reemplazado el ministro de Justicia y cayeron aquellos colaboradores que computieron el proyecto de Código Penal del Poder Ejecutivo.

Un acápite titulado El Reciente Código de Justicia Militar y sus Reformas es parte de la obra que venimos reseñando. Nos dice el profesor Jiménez de Asúa que el 4 de julio de 1951 se sancionó el nuevo Código de Justicia Militar. Junto a las perfecciones técnicas propias de la época en que se dicta. Llama la atención sobre la imposición de la pena de muerte por ese Código aun en tiempos de paz. Los delitos que taxativamente especifica (p.34, 35) son traición, instigación a una potencia extranjera a hacer la guerra contra el país; espionaje; ataques a un superior; motín, etc. En tiempo de guerra, la pena de muerte es extensa para numerosos delitos. Pero nuestro autor señala que una grave reforma se introdujo apenas dictado el Código en su texto. Se hizo como consecuencia del conato de levantamiento militar con el Gobierno, ocurrido en setiembre de 1951. Aunque el delito de rebelión puede decirse que es *político*, señalaba el ilustre profesor, la reforma fue sancionada por la Cámara de Diputados convirtiéndola en ley el 16

de octubre de 1951, e imponía la pena de muerte no sólo a los “promotores y cabecillas con mando superior en la rebelión”, sino también a los que “utilizaran las fuerzas a su mando para rebelarse no comprendidos en la anterior disposición”. En una lúcida disquisición, Jiménez de Asúa que la nueva redacción deroga los arts. 644 y 645 en los que se castigaba tan sólo con pena de muerte a los culpables de “rebelión militar frente al enemigo extranjero.” Esto era un acto de traición y la patria era la ofendida; en el que ahora se castiga el ofendido es el gobierno. Los opositores dijeron en el Parlamento argentino que esa reforma era anticonstitucional, puesto que en el art. 29 de la vigente Constitución de 1949 se dice que queda abolida para siempre la pena de muerte por causas políticas. Comenta el profesor que la abrumadora mayoría gubernamental opinó que la rebelión militar no constituye un delito político, lo que podía aceptarse, tal vez, si no fuese que otros oradores de la propia mayoría habían fundado el proyecto de reforma en que tendía “a salvaguardar las conquistas logradas por las masas trabajadoras” lo que evidentemente, afirma, daba a la ley discutida una base política.

III. Algunas reflexiones del Profesor Jiménez de Asúa en cuanto a la reforma del Código Penal durante el período del Presidente, Arturo Frondizi.

El profesor como se ha dicho se incorpora a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en el carácter de profesor con dedicación exclusiva por un término no mayor de cinco años y además en carácter ad-honorem hasta febrero del año siguiente como Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la facultad.

En ese período habiendo asumido en mayo de 1958 la presidencia el Dr. Arturo Frondizi, señala el profesor que estaba deseoso de modificar el los Códigos penal y de Procedimiento criminal. Ya antes de asumir le había consultado sobre el tema al profesor sobre ese proyecto y el consejo de Jiménez de Asúa en una larga carta fechada el mes de abril de 1958 le expresó su punto de vista adverso, pero le aconsejó que sólo se hicieran modificaciones parciales: las que la praxis judicial y el comentario científico habían venido aconsejando desde quince años atrás. Consideraba el profesor que el código era relativamente reciente; empezó a regir en 1922, y señalaba que había sido estudiado realmente desde hacía veinte años. Las obras que consideraba relevante por su sapiencia eran las de Gómez, Soler, Fontán Balestra, Núñez, etc. A pesar de ello, señala nuestro autor, (1964) el Señor Ministro de Justicia por Decreto de 13 de octubre de 1958 hizo un convenio con el Prof. Sebastián Soler “para la redacción de un Proyecto de Código Penal” y al mismo tiempo creó una Comisión llamada “consultiva y revisora” compuesta por representantes designados por la Corte Suprema de Justicia y de las Universida-

des de Buenos Aires, Córdoba y La Plata, de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y de la Sociedad Argentina de Criminología.

El profesor Soler había solicitado para que lo asistieran en su tarea, el nombramiento de los profesores Eduardo Marquardt y Luis Cabral. Dado que la reforma era completa no pudo cumplir en el plazo estipulado y nos dice nuestro autor que se solicitó una prórroga de algunos meses. Jiménez de Asúa transcribe las palabras del Dr. Soler, vinculadas a la reforma, publicadas en el diario La Prensa, en dónde el jurista encargado de la reforma señalaba: “La reforma que estoy preparando no consiste en una planilla de correcciones al Código actual, sino que se trata de un nuevo Código al que pasarán muchos materiales del anterior. La experiencia de las instituciones encierra un valor inapreciable para la seguridad jurídica y por eso, a pesar de muchas modificaciones y novedades, trato de mantener en la máxima medida posible las disposiciones que han regido sin inconvenientes”. El profesor Jiménez de Asúa consideraba muy parcas las declaraciones de Soler y que en consecuencia no era posible formar juicio sobre lo que sería el proyecto que se estaba redactando. Por ende, considera necesario esperar para hacer elogio o la crítica que merezca.

El profesor Jiménez de Asúa tuvo la oportunidad de expedirse sobre la reforma propuesta bajo un título: Reflexiones sobre la reforma penal Argentina (1964) El texto publicado en su obra El Criminalista, realiza un comentario que reproduce una extensa nota dirigida al Presidente de la Comisión de Legislación Penal de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina el diputado Enrique A. Bulit Goñi.

Luego de agradecer la invitación que se le hiciera para exponer sus opiniones, agradeció también al Decano de la Facultad el Dr. Francisco P. Laplaza la invitación en el mismo sentido.

El profesor Jiménez de Asúa en esta nota señala que ya en 1937, 1941 no era partidario de que se reformara el Código vigente de 1921, en realidad que se reformara totalmente. En alguna medida en polémica con Sebastián Soler señala que el jurista había considerado en los años citados había desaprobado al reemplazo del código penal vigente. Incluso lo mismo había sostenido en un reportaje del diario La Nación de reciente data que el Código Penal tenía excelencias que lo colocaban en una muy buena situación entre los Códigos penales del mundo.

Alegaba nuestro profesor que había un clamor de los no doctos que ante crímenes feroces como el terrorismo, reiteradas sustracciones de vehículos automotores, se levantan voces que reclaman mayor severidad en la penas e incluso señalaba que incluso se levantaban voces solicitando la implantación de la pena de muerte. Así requería más estudios sobre el origen del delito que es hijo de causas y condiciones múltiples, que no solo en consecuencia responde a la

benignidad de las penas. Afirma el profesor que a pesar de haber imperado en la Argentina la llamada *Scuola positiva*, faltaban en el país estudios actuales sobre la delincuencia como hecho social, y sobre los delincuentes argentinos como investigación psicológica. Trabajos de esta índole hubieran sido muy útiles para no emprender a ciegas la reforma de leyes punitivas.

Relata el profesor Jiménez de Asúa que el profesor Soler en una exposición pública, seguida de un debate, que considera superficial e infecundo celebrado en los locales del diario “Crítica” en el mes de diciembre de 1960, se mostró abolicionista, o mejor dicho, contrario a la pena de muerte, pero en cuanto a la pena debía aumentarse el mínimo. Discrepaba en este sentido nuestro profesor aseverando que el Código holandés de 1881 que empezó a regir en 1886, siguió un sistema distinta: el arbitrio del juez es muy grande y puede ir en los delitos en particular, desde el mínimo de un día al máximo especial de cada una de las figuras delictivas¹. Luego de una serie de consideraciones que omitimos en homenaje a la brevedad. *Se ocupa del afán reformista de cierto sector de la ciencia penal argentina*. Así asevera:

“... En cambio, sería negar la evidencia, desconocer que hubo en la Argentina, acaso antes de que se pusiera en vigor el Código Penal de 1921, pero sobre todo desde que éste fue ley, un continuo y vivo deseo de reemplazarlo por otro de muy distinta orientación.

Durante muchos años reinó el positivismo italiano en estas tierras y fueron los positivistas quienes criticaban el Código Penal y postulaban su radical reemplazo. El profesor Peco creyó haber encontrado más de seiscientos errores y defectos en él que, promediados, harían dos por artículo, y conste que estos son breves...”

Para Jiménez de Asúa la reforma del Código respondería no al clamor del vulgo sino de los doctos y lo hacían conforme a las tendencias del positivismo italiano y lo propalaron en los ambientes universitarios, judiciales y forenses en general. Cita en esa tendencia al Proyecto de 1937 de Coll-Gómez y al de Peco de 1941. Estos se dirigían a un simple aumento de las penas reclamado por el sector menos conocedor de las cuestiones jurídicas punitivas. Sin embargo, el profesor admite que esta no es la orientación del proyecto de Soler que merece en ese sentido sus plácemes.

La nueva orientación del proyecto de Soler, según nuestro autor modifica la tendencia del positivismo italiano y encuentra su influjo en el proyecto de código penal alemán de 1958 y ahí encuentra dos tendencias la finalista y la tradicional

.....
 1 Al parecer ninguna época y circunstancias escapan al tema del arbitrio del juez en cuanto a la aplicación de la pena.

que tampoco le parecen congruentes, aunque al parecer le resulta más satisfactoria. Pero los autores, que cita como relevantes, muchos de ellos volvían de haber sido juristas del régimen nazi, como ser a título de ejemplo el penalista Mezger.

No es el caso en este trabajo de naturaleza histórica sobre lo acontecido en esa época donde el profesor Jiménez de Asúa profesaba con su jerarquía académica entrar en disquisiciones jurídicas de carácter penal. Sin embargo es de destacar alguna colisión de Jiménez de Asúa con el profesor Sebastián Soler. Así señala dificultades de lenguaje:

“El profesor Soler es de los más elegantes y claros expositores orales. En cambio, tal vez por su pretensión de ser preciso, no se pueda decir lo mismo respecto de su obra escrita, valiosísima en cuanto al fon, pero vertida en estilo difícil. Acaso la precipitación que aqueja a toda esta etapa de reforma penal, haya conspirado para que la forma de expresión diste mucho de ser clara. No quiero decir, con ello, que se haya hecho abuso, ni siquiera uso frecuente, de términos demasiado técnicos; me refiero al aspecto literario de la obra.

Yo invitaría a los Señores Diputados a que hicieran una decisiva experiencia. Pregunte, cada uno de los que tenga curiosidad en ello, a un abogado amigo, en la intimidad, lo que piensa sobre los términos en que se han redactado las disposiciones del Proyecto. Me atengo a lo que resulte de esta reservada encuesta.

No puedo menos que resaltar las dificultades que ofrece una ley escrita con poca claridad. La mayor parte de las incidencias y controversias que entorpecen la marcha de juzgados y tribunales, viene de ese descuido y dificultad del lenguaje. En este aspecto me atrevo a aconsejar que sean revisados y rehechos cuanto preceptos resulten oscuros...”

Las conclusiones del profesor en estas reflexiones dirigidas a la Comisión de Derecho Penal de la Honorable Cámara de Diputados culminan con las siguientes consideraciones que se transcriben:

“Solo si se reelabora el Proyecto por su propio autor y se lo estudia sin pausa, pero sin prisa, por una amplia y sabia Comisión, podrá vivir *en paz* el Código que ahora se redacte. En una paz que no logró, mereciéndola, el que ahora se quiere tan urgentemente reemplazar.

Tengo para mí que, empeñados todos en llevar a marchas

forzadas la reforma, cuanto se escriba en solicitud de más lenta labor y de más profundo estudio, será estéril. No me consolará de lo inútil de estas páginas que el tiempo – al que Ferri consideraba ‘auténtico caballero’ me dé más tarde la razón. Buenos Aires, a 24 de junio de 1961”.

IV. La influencia de la filosofía en el derecho penal

En su extenso tratado sobre el Derecho Penal el profesor español dedica el II° Tomo a la Filosofía y Derecho Penal. Su obra en este sentido es muy amplia y pueden no compartirse muchas de sus ideas, pero denota un esfuerzo poco común para abarcar la enorme cantidad de desarrollos sobre el pensamiento filosófico penal de la época de los años `60. Concentraré en este trabajo una disputa que en su momento tuvo relevancia en la Facultad, vinculada a lo que el profesor Jiménez de Asúa en el tratado citado denomina “La Egología Penal Argentina” (p.151 y ss.).

Manifiesta que la “escuela de Derecho Puro” o “escuela vienesa”, que capitanea Hans Kelsen ha tenido repercusión y reformadores en la República Argentina. Más se han hecho, por iusfilósofos argentinos que por penalistas —aunque haya algunos conversos a la teoría egológica— aplicaciones de su ideología al Derecho Penal.

La idea del profesor español es tan sólo hacer un breve resumen de ella con especial al derecho punitivo. Así señala que la “nueva teoría” se opone a la “teoría tradicional” y ello reside, nos dice, a concebir a la norma de manera diferente. Los juristas, nos dice el profesor concebida usualmente como la regla aplicable para solucionar conflictos, es pensada en la nueva teoría, para los ególogos, solo representa un medio para conocer lo que es derecho y en el derecho penal para conocer la conducta delictiva.

Como para Cossio el derecho es conducta, decía el profesor Jiménez de Asúa, por eso aludía a una diferencia que le resultaba incomprensible. Pues para los juristas tradicionales, a la corriente que el pertenecía, hablaban de “interpretación de la ley”, los ególogos, dice, que esa expresión debe ser negada porque no es válida, y ello es así porque lo que se interpreta la conducta, por medio de la ley. Cita como ejemplo de este error a algo que sostenía Mezger, la misión creadora del intérprete, pues en vez de buscar en la ley los elementos que ha de estimarse como delictivo, lo investigan en la conducta humana —que es el objeto de interpretación—, que al ser concebida como estructura, presenta notas o elementos que no siempre están admitidos por la ley penal para determinar el tipo de delito. No creo como dice el autor que la egología haya llegado más lejos que Mezger,

pues hoy en día se conoce que fue un fiel intérprete de los fines del Führer² para la aplicación del derecho penal. Le atribuye la egología, el profesor español lo sostiene, una función creadora al juez y no de aplicación a la ley penal positiva. La crítica fuerte se hace sentir en la obra de Don Luis, como lo llamaban con afecto sus discípulos. La propuesta de Cossio era y transcribo:

“Los ególogos niegan que el juez se limite a aplicar la regla positiva para resolver los conflictos que se le someten, sino que afirman que cumple una función de creación del Derecho penal positivo. Esto se deduce de la naturaleza que los ególogos asignan a al objeto de conocimiento jurídico general, y por ende también al delito. ‘Si este es conducta humana valorada jurídicamente’, es preciso que el juez, para conocer para conocerlo, proceda como el conocimiento de cualquier objeto valioso —desvalioso—, es decir, creado por la actividad humana procediendo de acuerdo con valoraciones.”

Para conocer un valor, es preciso, es preciso que éste viva en alguien, esto es, siguiendo a la egología, que viva de tal manera que si es el juez le atribuya el sentido el significado jurídico. Llegándose a sostener como, afirma el autor, “el juez es un elemento indispensable delito.”

En este sentido el profesor Jiménez de Asúa, (p.154 y ss.) con razón discrepaba y afirmaba:

“Se modifica así, por esta función del juez, el concepto del Derecho penal positivo del Estado. Ya no se contempla la norma jurídica objetiva como derecho penal positivo, sino que sólo será el concepto que permite conocer lo que es delito en un caso dado, En suma: el Derecho penal solo existiría como concepto jurídico, como ente lógico... Si nos referimos concretamente al Derecho Penal la consecuencia es que el derecho positivo no debe buscarse ni el Código Penal, ni en las leyes complementarias, etc., sino en los repertorios de jurisprudencia, donde se encuentran recopiladas las particulares valoraciones jurídicas de los tribunales. Pero esto no es enteramente exacto. De serlo el intérprete creería hallarse en un régimen análogo al del derecho anglosajón, en el estatuto se olvida a favor de la privanza de las sentencias y voto de los jueces. En la

2 Edmund Mezger, distingue dos enfoques del Derecho, compatible con el aforismo nulla poena sine lege, y el de un derecho que éste autor llamó vigente, pero que está fuera de la ley. El pueblo, su sentimiento es también fuente del derecho y entonces, el rechazo de la analogía es válido únicamente si se concibe la totalidad del derecho sólo está en la ley.

Gran Bretaña y hasta en Norteamérica, de esas colecciones de Jurisprudencia se extraen las reglas objetivas aplicables al caso. Pero el que creyera que con ello realizaba la teoría egológica, ‘sufriría un chasco’³, ya que la tesis del egologismo también conduce a negar que esto sea legítimo, desde el momento que para él, en realidad, solo es derecho positivo, el creado por el juez en cada y para el caso, y nunca el juez puede aplicar una norma, cualquiera que sea su naturaleza, para resolver el caso.”

Por supuesto que esta controversia con la teoría egológica continúa en la obra con argumentos relevantes, pero desde el punto de vista de la historia de la Facultad de Derecho, resultará de interés lo que pensaba el profesor español sobre la visita de Kelsen a la Facultad y la expulsión que Cossio sufriera luego del derrocamiento del presidente Perón en el año 1955.

Kelsen, como es sabido hizo una visita a la Argentina en 1949, el profesor Jiménez de Asúa dice al respecto:

“Al preparar la segunda edición de este volumen nos hallamos ante acontecimientos sobremanera significativos, que tienen su origen en la época que tienen su origen en la época en que los orígenes del presente Tratado se hallaban en prensa o en la encuadernación. El profesor Kelsen ha visitado Buenos Aires y ha dado aquí una serie de de interesantísimas conferencias. En ellas ha quedado patente lo que ya hemos dicho en las líneas que preceden: la teoría egológica pudo apoyarse en la Kelsen cuando dio sus primeros; pero hoy es cosa enteramente distinta. El propio Kelsen ante las observaciones que le hicieron los ególogos, dijo públicamente y así consta en la versión taquigráfica de sus lecciones: *‘Monsieur, je ne comprend pas. Peut-etre je suis très stupide, mais je ne comprend pas’*. Desde ahora en adelante han de confesar los ególogos que Kelsen es también uno de esos juristas tradicionales u ortodoxos a quien tampoco respeto guardan. Para el iusfilósofo vienés el Derecho es un sistema de normas o reglas de conducta; para ellos es conducta humana viviente.”

Es bien conocida la disputa posterior entre Kelsen y Cossio y que el primero

.....
 3 Jiménez de Asúa en esta larga cita se basa en una síntesis del penalista Ricardo C. Nuñez., considerando que ha sido muy correcto en desentrañar el significado de la teoría egológica por razones que invoca sobre la difícil sintaxis y un lenguaje rebuscado y que no fue atacada por los partidarios de la egología, como ocurriera con las críticas vertidas por Sebastián Soler.

no admitió una publicación del profesor Cossio, titulada *Kelsen Cossio*, y como consecuencia de ello, dicha publicación fue retirada de la circulación por indicación del primero y por la intervención de profesores y abogados de nuestro país.

Otro hecho de trascendencia que nos relata el profesor Jiménez de Asúa es la descomposición de la escuela por motivos políticos y científicos aludiendo a Gioja del campo filosófico y a Ure de Derecho Penal. Aunque el nuestro profesor se lamenta de la expulsión de Cossio de la cátedra, pues considera que era un apasionado de la filosofía del derecho.

Más adelante el profesor no escatima una crítica fuerte al penalista y filósofo del derecho Enrique Aftalión profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales por su concepción totalitaria o de conjunto. Al negar que la tipicidad sea una particularidad del derecho penal, pues existió en el derecho la responsabilidad objetiva. Más adelante señala una semejanza entre el nazi-penalismo y la de los ególogos argentinos. Aunque advierte que Aftalión quiso paliar la rotundidad de los párrafos de su obra, pero insiste en su enfoque autoritario, pues invoca la Alemania, la Italia y la España de tiempos autoritarios; habla como los falangistas de “realismo”, hasta se le escapa del “enfoque autoritario” y cita expresamente a la escuela de Kiel. Finalmente dice: “¿Qué autores aconseja” Aftalión?: Antolisei, Bettiol y Maggiore en Italia y Del Rosal en España. Pues bien basa leerlos, en efecto para comprobar sus devaneos con el autoritarismo.

No menos cierto que numerosos autores del derecho penal se levantaron con la noción del delito como estructura, denunciando la posibilidad de una infiltración totalitaria que, que sin embargo no tuvo andamio en la teoría penal argentina. La egología siguió teniendo seguidores aunque en una filosofía que se llegó a considerar como fenomenológico existencial y los debates han caído prácticamente en desuso.

V. El Código Penal de 1921-1922.

El Profesor Jiménez de Asúa en su obra magistral el *Tratado de Derecho penal* (1956) desarrolla una historia de la legislación penal en la Argentina. En esa extensa descripción y a veces críticas de la legislación histórica, trata el origen, los desarrollos y las críticas a ese código que rige con modificaciones hasta la fecha.

Como ejemplo a simple título ilustrativo tomo lo que escribe sobre la postura de José Peco: Éste autor al que lo caracteriza como joven en época que escribía su tesis doctoral:

“Se mantiene tan enemigo del Código en vigor como en la época que escribía su tesis doctoral. Afirma que el vigente tiene 600

defectos (dos por artículo si se hace el promedio) y para demostrarlo escribió un grueso libro en que esos errores se coleccionan. Es obvio que notoria exageración en este número de pretendidos errores imperfecciones e incongruencias, muchos de los cuales no son más que discrepancias de opinión entre el parecer del crítico y el punto de vista mantenido por la ley, en que no siempre la razón está de parte del censor.”

¿Cuál es el punto de vista de nuestro autor?

“En el trance, nada fácil para un extranjero, de dar nuestro parecer, creemos que es preciso juzgar ante toda la *orientación* seguida en la ley concreta, y después apreciar la parte *técnica*. Lejos de nuestro ánimo lanzar anatema contra éste Código por no haberse afiliado al positivismo. Pero sí creemos que es justo censurarle por haber hecho más que aceptar formas asegurativas para los irresponsables que figuran en los Códigos antiguos”. Por eso decíamos “Llegó al momento de descubrir la filiación del Código sancionado por la República Argentina en nuestras Conferencias de 1923 en la Facultad de Derecho de Buenos Aires. Creo haber esclarecido que el positivismo penal italiano le ha marcado una impronta algo más honda; pero si las medidas asegurativas son las que la tónica del influjo político-criminalista a una ley vigente proyectada, la escasez ha reducido vuelo de estos medios de seguridad en el Código Argentino le muestran como un documento legal mínimamente influido por esta tendencia no tiene nada de atrevida. Además con una confesión de parte, que demuestra claramente la poca audacia del Código Penal vigente. El informe de la Comisión del Senado, que acompaña a la edición oficial, no lo rescata. Esa confesión de los mismos legisladores argentinos autoriza a concluir que el Código de 1922 presenta un tímida y atenuada tendencia político-criminal que su *verdadero carácter es el eclecticismo colindante con la dirección neo-clásica, cuya construcción técnica a pesar de sus muchos defectos, es estimable.*”

Quien piensa lo contrario es el profesor Juan P. Ramos que estima al Código desde el punto de vista técnico deficiente. Pero el profesor Jiménez de Asúa se sitúa en disidencia reiterando lo que sostuviera en esas famosas conferencias. Que ubica por otra parte todavía con asiento en España antes de la era franquista. Pero admitía que Ramos que fue abogado en ejercicio y que luego se sentó en la alta si-

lla del Juzgador, dice que “técnicamente es malo” Reconociendo los méritos del penalista argentino, pero advirtiendo que Ramos se refería a la técnica de concretos artículos, mientras que él se refería a la construcción técnica del Código.

VI. Las Leyes penales e intentos de reforma del Código en la época peronista.

Si bien hemos tratado algunos aspectos vinculados a esta época de gobierno y el intento de reforma del Código Penal, en su Tratado (Tomo I, segunda edición) El profesor Jiménez de Asúa se expresa nada favorablemente a esta época de gobierno en la Argentina y nos dice:

“En un ambiente de intensa agitación se gestó con inusitada rapidez la nueva Constitución argentina de 11 de marzo de 1949, conocida como ‘Constitución Peronista’, a la que el propio presidente llamó ‘Constitución justicialista’ en su Mensaje al Congreso del 1º de mayo dicho año. El nuevo Código político mantenía los preceptos penales de la venerable Constitución de 1853, y añadió otros varios que no figuraban en ella.”

Luego analiza preceptos de carácter general que le interesa destacar, pero más adelante cuando trata la reforma del Código Penal y las leyes especiales señala que antes de la reforma, el gobierno de facto de 1943 y más tarde el gobierno del general Perón, tuvieron desusada actividad legiferante en materia punitiva. Resalta así el problema serio que acarrecaba la noción de estado peligroso sin delito, que afortunadamente no lograron ser aprobados legislativamente. La policía, dice, que cada vez extendía más sus funciones, tomó por cuenta propia algunas medidas de carácter precautorio. El reglamento de la división de investigaciones creó la junta calificadora de malvivientes, con la misión de definir a las personas dedicadas habitualmente de carácter delictuoso, así como la posterior observación y vigilancia de ellas. Hubo un momento, bajo el “imperio peronista” (sic) en que esa junta calificadora volvió a funcionar. Cita en este sentido la alarma colectiva que se recogió públicamente en un diario La Prensa. (11 de diciembre de 1947).

Aludía a la profusión de una actividad punitiva bien característica de los regímenes autoritarios: “leyes y decretos con sanción penal surgieron a destajo”. Achacaba esto a la proliferación de la doctrina positivista, que atribuía a Ferri con la concepción que “Más vale prevenir que reprimir” para instaurar la victoria contra el delito. No solo el positivismo criminal era el responsable de esta doctrina sino también la tendencia político-criminal alemana.

Una especial atención le confiere al Código de “Justicia Policial” que apareció en el Boletín Oficial del 15 de octubre de 1952, que considera extensísimo, pues

consta en total de quinientos sesenta y seis artículos y se repartía en dos tratados el primero de 168 artículos, comprende el Código Penal de policía y el segundo de 398, el Código de Procedimiento de de la Justicia Policial Nacional. Le llama agudamente al profesor que ese Código Penal establece que el Código Penal común vale en cuanto no se oponga a lo legislado ahora para la policía. Hace hincapié como se amplía el uso de armas no solo para repeler la violencia sino también la vencer la resistencia de la autoridad y concluye que es una reproducción del Código penal de Italia de 1930.

Las reformas a los Códigos de la Nación y en particular el Código Penal que preocupa, como se dijo, a nuestro autor. Voces discrepantes se alzaron como el caso del profesor Gómez, aunque tenía una posición positivista, ajenas a las ideas de Jiménez de Asúa, pero de amplias convicciones democráticas y que esperaba que se derogara el sistema de delitos contra la seguridad del Estado.

El Profesor Jiménez de Asúa en su actividad como profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales ha realizado una tarea ímproba ha dado cursos de posgrado, formó una cantidad de discípulos destacados, cabe recordar los nombres de Enrique Bacigalupo, a quien denominaba mi discípulo dilecto, a Norberto Spolansky, Gladis Romero, Juan José Ávila y otros que aunque no sean nombrados se desempeñaron de igual forma, exitosamente la vida académica, judicial y profesional.

Como exiliado de la dictadura de Franco tenía una postura democrática, era de cuño socialista, y liberal en los derechos civiles y políticos. En el derecho penal sostenía las tesis liberales y coherente con su manera de pensar entendía que los juicios por violaciones de crímenes de guerra y contra la humanidad no se había respetado el principio *nullum crimen, nula poena sine lege*. Esta postura del profesor merece una discusión más profunda que no está en el alcance de este trabajo.

VII. Conclusión de la actividad académica en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del profesor Jiménez de Asúa.

Con el golpe militar que derrocó a Arturo Illía y dio comienzo al retiro de numerosos profesores de la Universidad de Buenos, muchos de ellos optaron por renunciar a sus puestos frente a la intervención decretada por el presidente de facto a nivel universitario y lo ocurrido con la denominada “la noche de los bastones largos.”

En la Facultad de Derecho hubo deliberaciones entre numerosos profesores y muchos de ellos se alejaron de sus cargos ante el inicio de un gobierno autoritario y sin ninguna legitimidad. El profesor Jiménez de Asúa, según fuentes orales, me señalaron que tomo la decisión de apartarse de su cargo de profesor titular con dedicación exclusiva que ostentaba en virtud de un contrato vigente. Para ello

firmó un contrato para rescindir ese contrato con fecha 29 de agosto de 1966 con el decano designado por el Poder Ejecutivo el Dr. José F. Bidau.

Este trabajo concluye dejando paso a la posibilidad de continuar en otra oportunidad con la tarea magistral encarada por uno de los más grandes penalistas del Siglo XX, a nivel mundial, que jerarquizó sin dudas el nivel académico de la casa de estudios de la que fue integrante pleno y de una humildad poco común. Su legajo así lo indica por la concurrencia de diversos congresos internacionales y su escrúpulo de pedir licencias al decanato aunque fuera por un solo día para estar ausente por viajar a lugares cercanos siempre por tareas académicas.

Bibliografía

JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *El criminalista*, 2ª serie, Tomo VI, Víctor P. de Zavalía - Editor, Buenos Aires, 1964.

JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *El criminalista*, 2ª serie, Tomo I, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1956.

JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I. La Legislación Penal Vigente en la Argentina, 2ª Edición, Losada, Buenos Aires, 1957.

JIMÉNEZ DE AZÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, Filosofía y Ley Penal, 2ª Edición, Losada, Buenos Aires, 1958.

Documental

Legajo del Dr. Luis Jiménez de Asúa, Museo y Archivo Histórico de la Facultad de Derecho, UBA.