

El Derecho penal de la posguerra

Juan Carlos Ferré Olivé

1) La Universidad española del Siglo XX : Segunda República y Derecho Penal.

El panorama universitario español en los primeros años del Siglo XX no podía ser más desolador. Ya lo eran los estudios previos, calificados por Felipe Jiménez de Asúa como "educación nula, e instrucción insuficiente y la poca que se daba, pésima"¹. Pero como señala el propio Jiménez de Asúa, en la Universidad española se produce una transformación espectacular a la que se pueden asignar dos nombres propios: Francisco Giner de los Ríos y Santiago Ramón y Cajal. El primero, Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional de la Universidad de Madrid, varias veces destituido y repuesto en su Cátedra por los avatares políticos del Siglo XIX, fundó la "Institución libre de Enseñanza", germen del más profundo cambio que pretendía atajar el principal problema de España: la educación. Esta Institución fue duramente atacada por la derecha, por considerarla un "baluarte antirreligioso", aunque realmente se potenciaba el diálogo y la tolerancia religiosa, una simpatía "a todos los cultos y creencias"². Giner proponía algo para muchos intolerable, como la coeducación de los dos sexos o la necesidad de enviar a los estudiantes al extranjero para que conociesen otras culturas.

El despegue de las investigaciones científicas en España se produce cuando en 1907 se crea la Junta de Ampliación de Estudios, presidida por Cajal, siendo secretario el Catedrático de Derecho Romano José Castillejo, hombre profundamente impulsor de las modificaciones educativas a nivel superior. Desde allí se impulsó la formación en el extranjero, el intercambio de conocimientos, la investigación, a través de numerosos institutos universitarios, laboratorios y bibliotecas³.

Los nombres propios que iluminan el Derecho Penal de la época están guiados, de una u otra forma, por las ideas de Giner de los Ríos, del correccionalismo y del krausismo. Así mencionaremos a Pedro Dorado Montero, Quintiliano Saldaña, Bernaldo de Quirós y Luis Jiménez de Asúa. Como luego de la contienda civil se verá, poco tienen que ver con ellos Isaías Sánchez Tejerina, Federico Castejón o Eugenio Cuello Calón.

¹ Jiménez de Asúa, F. "La Universidad española". Ateneo Pi y Margall, Buenos Aires, 1938, p. 11.

² Jiménez de Asúa, F. "La Universidad española", op. cit. p. 14.

³ Jiménez de Asúa, F. "La Universidad española", op. cit. p. 18.

Dorado Montero perseguía un Derecho penal protector de los criminales, es decir, la humanización de las penas y la protección de la sociedad y de los delincuentes⁴. Dorado fue el padre del llamado “positivismo crítico español”, que buscaba comprender y proteger a los delincuentes, postulando su necesaria tutela, educación y reforma. Para conseguir estos objetivos tomó como punto de partida la bondad del sistema. En ese marco, entendía plenamente justificado privar al condenado de sus garantías, a cambio del bien que se le hacía para su reforma. Defendió así las penas indeterminadas que durarían hasta la plena corrección del delincuente, y rechazó el principio de legalidad en materia penal. Este principio resultaba innecesario si lo que se buscaba era educar y corregir. Sus ideas eran utópicas, pues se basaron en un exceso de *buena fe* en el sistema. La falta de garantías que Dorado Montero postulaba, administrada en sentido opuesto, supone la auténtica base de cualquier sistema autoritario.

Asúa era, como Sánchez Tejerina, discípulo de Quintiliano Saldaña y formó parte del tribunal que juzgó la tesis doctoral de Tejerina en 1916, sobre "La Teoría de los delitos de omisión". En el prólogo del libro producto de esa tesis, de 1918, escribe Luis Jiménez de Asúa: “Sánchez Tejerina y yo pertenecemos a la misma generación. La amistad nos une y la comunidad de estudios nos hermana. El hombre a quien el autor rinde el homenaje de la dedicatoria es un eslabón más entre nosotros. Maestro suyo el Profesor Saldaña, lo fue también mío; desde los bancos de su clase hemos seguido el autor del libro y el autor del Prólogo –con escasa discrepancia de época- las explicaciones del maestro, tan desprovistas de imposición como llenas de sugestivo interés y de inquietudes múltiples, que saben sugerir en el ánimo de los oyentes”⁵. Y explica Asúa las ideas de Saldaña, muchas de las cuales hizo suyas según veremos posteriormente: "Saldaña quiere que el estado peligroso pueda decretarse antes de la comisión de un delito, sin necesidad de que el agente esté tarado por anormalidad mental; es decir, que se haga extensivo a los hombres normales “que van derechos hacia el crimen por las vías del hábito y de la pasión” y pide que “lo mismo que se retiene en tutela ejemplar al imbecil, se debe someter a tutela penal al pródigo, al hombre sin profesión, al vicioso, hasta que se capaciten para la ciudadanía”⁶.

⁴ Dorado Montero desarrolló en el Derecho penal una corriente que tuvo su origen en el filósofo alemán Karl Christian Friederich Krause, conocida como *krausismo*, que tuvo enorme éxito en España e Iberoamérica, fundamentalmente en métodos pedagógicos y en general en las ciencias sociales. Esta corriente marcó la actuación del Instituto Libre de Segunda Enseñanza de Madrid, dirigido por Francisco Giner de los Ríos. Las ideas krausistas llegan al Derecho penal en Alemania gracias a la obra del jurista Karl David August Röder considerado el padre de la *teoría correccionalista*, escuela que busca la corrección o enmienda del delincuente. Dorado Montero desarrolla ampliamente estas ideas en sus monografías fundamentales como Bases para un nuevo Derecho penal, Barcelona, 1902, o El Derecho protector de los criminales, Madrid, 1916

⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, L. en prólogo a Sánchez Tejerina, I. Teoría de los delitos de omisión. Madrid, 1918, p. XII.

⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, L. en prólogo, op. cit. p. XXVII.

2) Vencedores y vencidos.

En el contexto educativo de la Segunda República se había considerado como prioridad absoluta la lucha contra el analfabetismo, que a principio de los años '30 seguía arrojando cifras alarmantes. En sentido opuesto, los vencedores de la contienda vieron en la educación y en las influencias extranjeras el origen de todos los males de España. A principios de 1938 fue la Universidad de Salamanca, la institución más afín al alzamiento –considerada como la *Cátedra de la España Nacional*- el espacio elegido para constituir el Instituto de España, que con nuevas perspectivas reemplazó y disolvió a la denostada Junta de Ampliación de Estudios. Como recoge Pérez Delgado, se sostuvo en el acto de juramento y aceptación de Académicos que los intelectuales universitarios “deberían abrir con su trabajo trincheras mentales que impidieran en el futuro el contacto del pueblo con las ideas que habían llevado al país a la decadencia y a la Guerra Civil”⁷.

La depuración fue un duro proceso que se instauró para comprobar el grado de afinidad con el Movimiento Nacional de todos y cada uno de los docentes españoles, afectando a maestros, profesores de instituto y profesores universitarios. Estos últimos, aunque menos numerosos, fueron el blanco de muchas de estas iras, al situarse en la cúspide de una intelectualidad sistemáticamente rechazada. Algunos salvaron sus vidas optando por el exilio, llevando consigo todo su saber y provocando, lógicamente, un gran empobrecimiento científico para España. Como señaló Marino Barbero Santos, “Esta inmensa expatriación la explica, sin duda, el hecho de que “uno de los seres más odiados” en la España nacionalista fue, con expresión de Gibson, el “intelectual rojo”, al que se juzgaba responsable de haber “corrompido” a las masas predicando las torcidas doctrinas del liberalismo y la democracia”⁸.

No quedó posibilidad alguna de mantener en España a la intelectualidad universitaria que no se consideraba afín al "Nuevo Estado". Los vencidos fueron depurados y los que tuvieron mejor suerte pudieron partir hacia un doloroso exilio. Entre los penalistas, consta las torturas y muerte por fusilamiento el 11 de julio de 1937 en La Coruña de Luis Rupilanchas Salcedo, de 27 años de edad, Adjunto de la Cátedra de Derecho Penal, Diputado socialista por Madrid, discípulo y colaborador directo de Luis Jiménez de Asúa⁹.

3) Los penalistas europeos.

El Derecho penal del Siglo XX en España está marcado por la influencia de los grandes penalistas alemanes e italianos, con planteamientos previos o posteriores a la Guerra Civil. Sin

⁷ Cfr. Pérez Delgado, T. El Siglo XX – 2: La Guerra Civil, en AAVV, La Universidad de Salamanca I – Historia y proyecciones. Salamanca, 1989, p. 313 y sig.

⁸ Cfr. Barbero Santos, Política y Derecho Penal en España, Madrid, 1977, p. 67

⁹ L. Jiménez de Asúa le dedica su libro "El Derecho penal soviético", Buenos Aires, 1947, a la memoria de Luis Rupilanchas "fusilado por sus ideas".

duda el debate germano entre causalismo (Mezger), finalismo (Welzel) y las corrientes italianas (Grispigni) sirvieron de referencia para construir el Derecho penal en España y América Latina de todo el Siglo XX.

a) Edmund Mezger.

La obra de Edmund Mezger no ha resultado ajena a la polémica, fundamentalmente a partir de una profunda investigación de Francisco Muñoz Conde, ya que se comprueba su afinidad con la estrategia penal del régimen nacionalsocialista, su punto de vista particularmente cruel respecto a los considerados "extraños a la comunidad", esto es, mendigos, prostitutas y en general asociales que desde su punto de vista debían ser eliminados de la sociedad¹⁰.

No podemos desconocer lo que nos señala Muñoz Conde: "La reforma penal nacionalsocialista fue, por lo menos en sus orígenes, la culminación de la ideología antiliberal y autoritaria que caracterizó a buena parte de los penalistas, jueces y profesores universitarios más importantes en el período de la República de Weimar"¹¹.

b) Hans Welzel y otros penalistas alemanes.

¿Qué podemos decir de Hans Welzel? El padre del finalismo obtuvo su nombramiento como Catedrático de Derecho Penal por la Universidad de Göttingen en 1940, superando interinidades. En ese momento se valoró la enorme obra con la que contaba, pese a su edad. Sin embargo, llama la atención la escasa producción científica que desarrolló en los años siguientes, hasta la aparición en 1947 de su extraordinario libro "*Das Deutsche Strafrecht in seinem Grundzügen*", que fuera traducido a innumerables idiomas. En ese período, al margen de un par de reseñas bibliográficas, destaca un artículo que publicó en 1944 en el Libro Homenaje a Eduard Kohlrausch: "*Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*"¹². En su obra "Los juristas del horror", Ingo Müller, ejemplifica con Welzel uno de los innumerables casos de profesores de derecho que siguieron instruyendo las mismas doctrinas que enseñaban en la época nazi, pero con una terminología "desnazificada". Así, si Welzel en 1944 propugnaba como "valores permanentes" para que el Derecho penal "cumpla su función formadora de moralidad"¹³ la "lealtad al Volk, al Reich y a su liderazgo, obediencia a la

¹⁰ Cfr. Muñoz Conde, F. Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª ed. Valencia, 2003

¹¹ Cfr. Muñoz Conde, F. Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar, DOXA 15-16, 1994 p. 1039

¹² La obra de Welzel se encuentra detallada cronológicamente en Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, 1974, p. 1 y sig.

¹³ Enormemente crítico con la función moralizadora del Derecho penal propugnada por Welzel, considerando estos criterios como "propios de ideologías penales autoritarias", Politoff, S. Fines de la pena y racionalidad de su imposición" Revista Ius et Praxis, Chile, vol. 4, nº 2, 1998, p. 15.

autoridad del Estado y disposición a defenderlo con las armas", en 1947 esos valores se habían transformado en el "respeto por la vida, la salud, la libertad y la propiedad de los demás"¹⁴.

Evidentemente, Mezger y Welzel no fueron los únicos que optaron por un obligado reciclaje democrático. Así, podemos citar entre otros a Georg Dahm, Heinrich Henkel, Friedrich Schaffstein, Erich Schwinge o Walter Sax¹⁵.

c) Filippo Grispigni.

También el debate se cierce en torno a la obra de Filippo Grispigni. El que fuera considerado uno de los penalistas más brillantes de la Italia del Siglo XX, Catedrático de Milán, editó un pequeño volumen recopilatorio de artículos, más concretamente de intercambio de ideas, junto a Edmund Mezger que llevó por título "La reforma penal nacional- socialista". Grispigni procura desentrañar el espíritu de la renovada legislación nazi alemana. El ministro alemán de Justicia Guertner sustentaba sus posiciones afirmando que "Sabemos bien que también entre los jóvenes se encuentran delincuentes natos para los cuales toda obra educativa es esfuerzo inútil", conociendo que "ya en Alemania rige la esterilización de los enfermos degenerados o delincuentes para impedir el nacimiento de personas inferiores o peligrosas"... Sobre estos puntos se desarrolla el debate con Mezger, en el marco de la idea de peligrosidad y de defensa social, manifestando finalmente que existe consonancia entre estas ideas, los escritos del ministro alemán Hans Frank, Mezger y él mismo¹⁶.

4) Los penalistas en el "Nuevo Estado"

El espacio que dejaron los muertos o exiliados fue rápidamente ocupado por los penalistas afines al "Nuevo Estado". En este grupo podemos identificar plenamente a José Arturo Rodríguez Muñoz, Isaías Sánchez Tejerina, Federico Castejón, Eugenio Cuello Calón, Juan del Rosal, José Guallart, José María Rodríguez Devesa, Jaime Masaveu, Antonio Ferrer Sama, Manuel Serrano Rodríguez, Octavio Pérez Vitoria, Valentín Silva Melero y José Ortego Costales¹⁷. Sobre algunos de ellos opinó, no sin desatar polémica, Luis Jiménez de Asúa desde su exilio bonaerense, en 1952. Así, manifestó: "“Durante la época en que se entrevistaban los dictadores y planeaban la defensa de Berlín con no sé cuántas bayonetas de Franco, las gentes que desde las Universidades apoyaban más o menos, el denominado “Glorioso Movimiento”, hablaban también un lenguaje penal parecido al del Tercer Reich y al de la Italia mussoliniana.

¹⁴ Cfr. Müller, I. "Los juristas del horror (*Furchtbare Juristen*)", Bogotá, 2009, p. 340. Welzel, H. "Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes" en AAVV (Paul Bockelmann y otros) Probleme der Strafrechtserneuerung. Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht, Berlín, 1944, p. 109, Welzel, H. "Das Deutsche Strafrecht in seinem Grundzügen", 1947, p. 2.

¹⁵ Cfr. Müller, I. "Los juristas del horror" op. cit. p. 338.

¹⁶ Cfr. Grispigni, F en Grispigni y Mezger, La Reforma penal nacional socialistas, Buenos Aires, 2009, p 51 y sig. con excelentes estudios críticos de Zaffaroni, Muñoz Conde y Codino.

¹⁷ Sobre estos penalistas, cfr. Ferré Olivé, J.C. Universidad y Guerra Civil, Huelva, 2009, p. 25 y sig.

Pero ellos mismos y otros más, hoy en día, han reconocido su error. Y el propio Rosal, desde su obra muy estimable Principios de Derecho Penal español, Quintano Ripollés y sobre todo José Antón Oneca, con sus Comentarios y su Tratado, respectivamente, retornan o perduran también en la senda que hace del Derecho Penal defensa de libertad¹⁸. El comentario es muy curioso, sobre todo tratándose de Juan del Rosal, discípulo que se integró plenamente en el "Glorioso Movimiento" y manejó los destinos del Derecho penal español durante décadas. Tal vez este perdón explique que Del Rosal y Quintano fueran invitados y participaran en el Libro Homenaje a don Luis Jiménez de Asúa por su 75 Aniversario del año 1964, editado en Buenos Aires. En dicho libro no hay artículo ni referencia alguna a José Antón Oneca.

Juan del Rosal fue discípulo directo de Jiménez de Asúa¹⁹, aunque prefirió, junto a Arturo Rodríguez Muñoz no seguir el camino del exilio junto a sus maestros y alinearse con los penalistas del Régimen. Del Rosal luchó en el frente nacional durante la guerra, y posteriormente fue premiado con las Cátedras de Valladolid y Madrid, hasta su jubilación. En la capital de España fue Decano de la Facultad de Derecho y aún hoy una calle le recuerda en plena Ciudad Universitaria, distinción de la que carece por completo Luis Jiménez de Asúa. Del Rosal escribe una monografía titulada "Acerca del pensamiento penal español", en el que sólo existen palabras de agradecimiento para Alfonso García – Valdecasas y José Arturo Rodríguez, olvidando por completo al maestro proscrito Luis Jiménez de Asúa. Este último, aunque reconoce el talante autoritario de Del Rosal, es curiosamente al único a quien respeta, pues considera que destaca por su talento, "del que carecen todos los demás"²⁰. En la mencionada obra Del Rosal critica el Código Penal de la República, porque responde "a los supuestos *demoliberal*es del régimen republicano"²¹. Al tratar la criminología, aunque haciendo referencia a la teoría del delito, se manifiesta a favor de la superación de la lucha de Escuelas entre penalistas que presidió la década de los años '30, contienda científica que según este autor daba una impresión "triste y lamentable". Para él y siguiendo a García – Valdecasas, la ciencia del Derecho penal *auténticamente española* debe incardinarse en el *Nuevo Estado*: "El Estado español no es una institución más de aquel pluralismo político en el que se descomponía la propia conciencia política española, sino que es un instrumento totalitario al servicio de la integridad de la Patria"²².

¹⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, L. "El pensamiento penal y criminológico de la primera mitad del Siglo XX" en El Criminalista, tomo 10º, Buenos Aires, 1952, p. 29

¹⁹ Cfr. Cuerda Riezu, Tabla genealógico- científica, op. cit. p. 110 y sig. Cfr. Cobo del Rosal, J. Presentación, en AAVV, Política criminal y reforma penal, Libro homenaje a Juan del Rosal, Madrid, 1993, p. XVI.

²⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, Tratado, op. cit. p. 899.

²¹ Cfr. Jiménez de Asúa, Tratado, op. cit. p. 808.

²² Cfr. Del Rosal, Acerca del pensamiento, op. cit. p. 269, con continuas referencias a constitucionalistas nazis como Karl Larenz y Carl Schmitt.

Es particularmente especial el papel de Arturo Rodríguez Muñoz. Uno de los discípulos dilectos de Luis Jiménez de Asúa, tomó parte como coautor de su obra *La vida penal en Rusia*²³. Al reescribir esta obra, excluye completamente a su ex- discípulo dedicándole estas palabras: “no sería grato para mí conservar junto al mío un nombre que no estimo. En las pocas páginas que Rodríguez Muñoz ha escrito bajo el “imperio” falangista, ha mostrado una confesada inclinación por ideas prohijadas por el totalitarismo y ha silenciado sistemáticamente los nombres de quienes le ayudamos siempre. Ello es sin duda resultado de sus miedos patológicos, pero esto, que le exime ante la ley y la acción política, no le absuelve ante las deudas de la amistad. Sobre todo cuando otro de los que se formaron junto a nosotros, mantiene con gallarda altivez su filiación científica y su viejo afecto por quienes vivimos en la expatriación”²⁴.

Párrafo aparte merece Isaías Sánchez Tejerina "compañero y amigo" de Luis Jiménez de Asúa. El Catedrático de la Universidad de Salamanca se mostró en todo momento a favor de la pena de muerte, que había sido derogada por el parlamento durante la Segunda República, en el Código Penal de 1932. La consideraba insustituible, intimidante y ejemplar, siempre que no se incurra en el error de los indultos y se ejecute rápidamente, “no dejando transcurrir demasiado tiempo entre el delito y la ejecución de la pena”²⁵. Adviértase que el Catedrático de Salamanca recomienda en el Manual de la asignatura –uno de los poquísimos de la época– fusilamientos inmediatos sin posibilidad de recursos ni de indultos. Una recomendación que *casualmente* se aplicó al pie de la letra a partir de entonces por todos los Consejos de Guerra. Para fundamentar la legitimidad de la pena de muerte, recurre al concepto jurídico penal de legítima defensa, pero no de una persona, sino del propio Estado. Afirma así que “Si un hombre puede dar muerte a otro obrando en propia defensa, ¿cómo vamos a negar al Estado el derecho a defenderse, contra sus enemigos interiores, cuyo peligro actual e inminente está demostrado y sus ataques injustos son ciertos? No habrá más que examinar cuidadosamente este requisito: *Necesidad* racional de la pena de muerte para defenderse el Estado”²⁶. Años más tarde fundamentaría no solo la pena de muerte, sino toda la Guerra Civil en la legítima defensa colectiva, en el marco de una pretendida “Guerra de liberación”²⁷.

²³ Cfr. Jiménez de Asúa, L.. *La vida penal en Rusia. Las leyes penales y reformadoras de la Rusia Soviética*, Madrid 1931.

²⁴ Cfr. Jiménez de Asúa "El Derecho penal soviético..", op. cit. p.10.

²⁵ Cfr. Sánchez Tejerina, I. *Derecho Penal Español*, 1ª ed. Parte General – Parte Especial. Salamanca, 1937, p. 340.

²⁶ Cfr. Sánchez Tejerina, I. *Derecho Penal Español*, 1ª ed. op. cit. p. 340.

²⁷ Cfr. Sánchez Tejerina, I. *Nuevos problemas de Derecho Penal*, Anuario de Derecho penal, 1948, p. 240.

Aprovechando la invitación para pronunciar la lección inaugural del curso académico 1940-1941 de la Universidad de Salamanca (que se llamó entonces *Oración inaugural*), puso por título a su exposición: “El Alzamiento Nacional Español comenzó siendo un caso magnífico de legítima defensa”. En su intervención no hace otra cosa que intentar justificar, con cierta apariencia de científicidad, la actitud de los que se alzaron en armas contra la República, reiterando machaconamente su tesis de la legítima defensa del Estado, según la cual los pretendidos crímenes cometidos por las fuerzas nacionales no podían ser imputados a sus autores sino a las víctimas, quienes habían provocado previamente la situación y por lo tanto, incitado una respuesta que no les había resultado favorable²⁸.

Para Sánchez Tejerina, la cultura también era fuente de delitos. “Ya se ha dicho que la escuela laica es un semillero de delitos. Al hombre culto inmoral se puede aplicar aquella frase de Maudsley: “La cultura sólo conseguirá convertir a los hombres en brutos, y brutos más peligrosos que en el estado salvaje”. En efecto, sin una formación religiosa y moral humanas, esa frase es exacta. ¿Hace falta dar nombre de españoles cultos que han cometido o impulsado a cometer crímenes gravísimos?”²⁹. “¿El hecho de saber leer y escribir favorece o es un obstáculo al delito? El sólo hecho de saber leer y escribir, favorece, en general, la aparición del crimen, en países de régimen liberal en los que se lee más malo que bueno. Depende, por lo tanto, de lo que se lea y de cómo se interpreta lo que se lee. Aquellas famosas universidades obreras, que funcionaron en algún distrito, que reunía a obreros y catedráticos para discutir cuestiones sociales políticas o filosóficas, fue uno de los mayores disparates que se pudo realizar” (...) “ No son elementos de cultura los temas pseudocientíficos o francamente obscenos, sobre materias sexuales; ni la prensa, en régimen de absoluta libertad; ni el teatro, ni el cine no censurados debidamente y sujetos a normas de moralidad: ni los libros o folletos que no respondan verdaderamente a un propósito honrado de enseñar la verdad”³⁰. El tiempo demostró que los pensamientos de Jiménez de Asúa eran completamente opuestos a los de Sánchez Tejerina, quien llegó a ser un represor de primer orden, porque tal como ha analizado en profundidad Portilla Contreras, ha tenido enorme influencia en la génesis de la Ley sobre represión de la Masonería y el Comunismo de 1º de marzo de 1940, llegando a formar parte como Juez del Tribunal Especial de Represión de la Masonería y el Comunismo³¹.

Eugenio Cuello Calón fue otro de los penalistas representativos del Régimen, que fue bautizado por Jiménez de Asúa como un “bienquisto del franquismo” o un sujeto que “prestó

²⁸ Cfr. Sánchez Tejerina, I. Oración Inaugural del curso 1940 a 41 en la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1940.

²⁹ Cfr. Sánchez Tejerina, I. Derecho Penal Español, 4ª ed. op. cit. p. 116 y sig.

³⁰ Cfr. Sánchez Tejerina, I. Derecho Penal Español, 4ª ed. op. cit. p. 117.

³¹ Cfr. Portilla Contreras, G. "La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo", Granada 2009, p. 27 y sig.

al franquismo servicios que le eran gratos”³². Califica Asúa la obra de Cuello Calón como volúmenes asistemáticos, “que carecen de la estructura de un auténtico Tratado, por su inorgánica factura y por su absoluta falta de originalidad”³³. Es bastante comprensible la evidente animadversión de Jiménez de Asúa hacia Cuello Calón, pues justamente Cuello fue quien se apropió de su Cátedra en la Universidad Central de Madrid, que tuvo que dejar imperiosamente vacante al emprender el exilio.

Cuello Calón ejerció largos años como Catedrático en Barcelona y Madrid, y algún tiempo en Salamanca. Había colaborado activamente con la dictadura del General Primo de Rivera, participando en la Comisión redactora del Código Penal de 1928, caracterizado por su excesivo rigor y la previsión de pena de muerte para un generoso número de delitos. Su colaboracionismo con la dictadura no le exoneró de ser investigado por la Comisión depuradora universitaria, ante la que declaró su total adhesión al movimiento nacional, jurando haber impartido todas sus clases en la Universidad de Barcelona en idioma castellano³⁴.

5) El exilio. Semblanza de don Luis Jiménez de Asúa.

Luis Jiménez de Asúa nació en Madrid, el 19 de junio de 1889. Fue discípulo de Quintiliano Saldaña, que se encontraba en el grupo de Francisco Giner de los Ríos aunque no era krausista. Sí lo era Pedro Dorado Montero, quien influyó decididamente en su obra aunque nunca se conocieron personalmente³⁵. Recibió una beca de la Junta de Ampliación de Estudios que le permitió visitar importantes universidades europeas en Alemania, Suiza, Francia y Suecia, estudiando con los catedráticos con más renombre de la época, en particular con Franz von Liszt. También comenzó sus contactos con las escuelas italianas, fundamentalmente con Enrico Ferri. Su tesis doctoral sobre "El sistema de penas indeterminadas *a posteriori* en la ciencia y en la vida" (1913) y en particular su obra sobre "El estado peligroso" (1920) enlazaron plenamente con el positivismo criminológico italiano, y fue el propio Ferri quien prologó su obra en Italia (1923), lo que sirvió para su consagración académica en aquel país, extendiéndose por añadidura a casi todos los países de América Latina, que visitó con muchísima frecuencia³⁶. Siguiendo el planteamiento de von Liszt evoluciona hacia la dogmática

³² Cfr. Jiménez de Asúa, L. Tratado de Derecho Penal, Tomo 1, 5ª ed. Buenos Aires, 1950 p. 813 y 824.

³³ Cfr. Jiménez de Asúa, L. Tratado, op. cit. p. 13.

³⁴ Cfr. Martín, S. Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944). Quaderni Fiorentini, XXXVI, 2007. p. 588.

³⁵ Cfr. Barbero Santos, M. "Alocución" en Estudios de Derecho penal en Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa, Rev. Fac. de Derecho de la Universidad Complutense, Monográfico 11, 1986, p. 15. Marino Barbero relata que Dorado Montero prologase su libro, fruto de la tesis doctoral, pero el catedrático salmantino rehusó. Seguramente fue el motivo por el que nunca llegaron a conocerse personalmente, pues Asúa viajó por primera vez a Salamanca en 1926, cuando Dorado ya había fallecido.

³⁶ Cfr. Barbero Santos, M. "Alocución", op. cit. p. 16.

jurídico penal (1931), y ese impulso tuvo sus frutos en la ciencia española primero y en la latinoamericana posteriormente, en los años del exilio.

En esos años se produjo su paso a la política activa, sin abandonar las tareas docentes³⁷. Fue elegido diputado por Granada en 1931 (Partido Socialista), aunque ya había conocido la cárcel y el destierro por oponerse a la Dictadura de Primo de Rivera. Previamente, en 1927, se había iniciado en la masonería con el nombre simbólico de "Carrara". Fue Presidente de la Comisión Parlamentaria que redactó la Constitución de 1931 y de la Comisión Jurídica que redactó el Código Penal de 1932. También fue autor con Mariano Ruiz Funes de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933. El 12 de marzo de 1936 un comando falangista, bajo la supervisión directa de José Antonio Primo de Rivera intentó asesinarle, matando a su escolta³⁸. Durante la Guerra Civil fue Ministro Plenipotenciario en Praga (1937) y posteriormente Delegado Permanente de España ante la Sociedad de las Naciones. Tras la guerra comenzó su "peregrinaje académico" que le llevó por varios países de América Latina, recalando definitivamente en Buenos Aires hasta su fallecimiento, acaecido en 1970, cuando llevaba varios años como Presidente de la República en el exilio³⁹. Siempre compaginó la política con la Academia, y fue durante muchos años Vicepresidente de la Asociación Internacional de Derecho Penal⁴⁰.

En cuanto a su obra, no cabe duda alguna de su adhesión, en los primeros años de su actividad investigadora, al positivismo italiano. Su primer libro sobre la sentencia indeterminada, y la siguiente obra sobre el tratamiento del estado peligroso no ofrecen mucho margen para la duda.

En "La sentencia indeterminada", título que adoptó la publicación de su tesis doctoral, desarrolla una serie de ideas positivistas y correccionalistas, que no eran ajenas al movimiento intelectual liderado por Francisco Giner de los Ríos⁴¹. Así, partiendo de la base de considerar a los delincuentes como sujetos *enfermos* o *intelectualmente retrasados*, debían ser protegidos por el sistema penal hasta su completo restablecimiento⁴². Sintéticamente, estas eran sus ideas: "Si al delincuente ha de penársele no por lo que hizo sino por lo que es, bien se ve que es absurdo el principio de penas prefijadas, y que no hay mas solución que determinar la pena

³⁷ Sobre la extraordinaria dedicación académica de Luis Jiménez de Asúa, vid. Landrove Díaz, "Jiménez de Asúa, universitario" en Estudios de Derecho penal op. cit. p.423 y sig.

³⁸ Cfr. Ferré Olivé, J. C. "Universidad.." op. cit. p. 25.

³⁹ Cfr. Voz " Jiménez de Asúa", en "Diccionario Biográfico del Socialismo español". Fundación Pablo Iglesias.

⁴⁰ Cfr. Jescheck, H.H. El significado de don Luis Jiménez de Asúa en el desarrollo de la dogmática española en el campo de la teoría jurídica del delito, en "Estudios de Derecho penal ..." op. cit. p 398.

⁴¹ Cfr. Tozzini, A. Luis Jiménez de Asúa: un hombre, sus circunstancias y su trascendencia (A propósito del estado peligroso), en "Estudios de Derecho penal ..." op. cit. p. 679.

⁴² Cfr. Tozzini, A. Luis Jiménez de Asúa: un hombre,.. op. cit. p. 681.

en vista de las circunstancias del delincuente, haciendo depender su duración de la corregibilidad del culpable. Esto es, el *sistema de penas determinadas a posteriori*..⁴³. Dicha pena debería estar “absolutamente indeterminada legalmente (...) El quantum de la misma quedará determinado por la liberación del reo corregido civilmente, que será decretada por el juez sentenciador en vista de los informes que tres Cuerpos inspectores, constitutivos de la Comisión mixta, elevarán al tribunal por separado”⁴⁴. El libro cuenta con prólogo de Bernaldo de Quirós, que ha trascendido por su estilo e imaginación, y que supuso el espaldarazo académico de Jiménez de Asúa, porque las ideas van en su misma línea: Se afirma que es la solución “para tener indefinidamente a aquella contraria clase de reos que no debieran nunca salir de la influencia de la pena”⁴⁵.

En 1928 sigue defendiendo la sentencia indeterminada, recordando que el Congreso penitenciario internacional de Londres de 1925 aprobó el siguiente texto con su voto favorable y el de Enrico Ferri: “La sentencia indeterminada es la consecuencia necesaria de la individualización de la pena y uno de los medios más eficaces para asegurar la defensa social contra la criminalidad. La ley de cada país debe determinar si –y en qué caso- la sentencia indeterminada tendrá una duración máxima, fijada de antemano. Hay necesidad, en cada caso, de garantías y de reglas para la libertad condicional con los medios de ejecución que convengan a las condiciones nacionales”⁴⁶.

En cuanto a su obra sobre el estado peligroso, hace expresamente suya la idea de peligro presente en el concepto de “*temibilitá*” de Rafael Garófalo, que define como la “perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad de mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente”⁴⁷. El Código Penal no describiría delitos, sino estados peligrosos: la probabilidad de que un individuo cometerá o volverá a cometer un delito. Todo el Derecho penal debería basarse en la peligrosidad, *como postula Grispigni* en el positivismo italiano⁴⁸. Añade que “ Debe someterse a tratamiento penal, asegurativo y tutelar, no por que

⁴³ Cfr. Jiménez de Asúa, L. “La sentencia indeterminada”, Madrid, Reus, 1913, p. 8.

⁴⁴ Cfr. Jiménez de Asúa, L. “La sentencia indeterminada”, Madrid, Reus, 1913, p. 188.

⁴⁵ Cfr. Constancio Bernaldo de Quirós, Prólogo a Jiménez de Asúa, L. “La sentencia indeterminada” op. cit. p. XXIX. Sobre la importancia de este prólogo, y Rivacova y Rivacova, M. El Derecho penal en el mundo hispánico..” op. cit. p. 263. Bernaldo de Quirós siempre recordó su implicación en las tesis de Giner de los Ríos, incluso publicó un artículo póstumo en el Libro Homenaje a Jiménez de Asúa por su 75 cumpleaños (1964) titulado “Recuerdos y enseñanzas de don Francisco Giner”.

⁴⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, L. “Nueva juventud de la sentencia indeterminada”, Madrid, 1928, en Boletín de la Biblioteca Nacional de Criminología y Ciencias Afines, Buenos Aires, 1928, p. 384.

⁴⁷ Cfr. Jiménez de Asúa, L. “El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias ante el Derecho Penal moderno”, Madrid, Reus, 1920, p.17.

⁴⁸ Cfr. Jiménez de Asúa, L. “El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo. Madrid, 1922, p. 87.

el hombre que ha cometido una transgresión sea libre en el obrar, no porque sea idéntico a sí mismo y semejante a los demás, no porque sea normal, ni intimidable –como quieren los que hablan de imputabilidad dentro de la doctrina determinista – sino porque constituye un peligro social, porque con sus actos revela su TEMIBILITÁ O ESTADO PELIGROSO”⁴⁹. Continúan sus ideas: “Mas la noción del estado peligroso no debe circunscribirse tan sólo para los que ya han violado la ley... el estado peligroso se manifiesta también antes del crimen, y entonces la sociedad debe defenderse (...) Para que pueda intervenir se precisa... que se trate de seres anormales, defectuosos, degenerados (...) Por tanto, con respecto a los hombres anormales que aún no han delinquido, la sociedad quedaría desarmada. Se precisa, pues, un paso más: cuando se trate de individuos inclinados al delito, cuando por su mala conducta, sus antecedentes, etc. se puede inferir que van a violar la ley y perturbar la paz social, es necesario que el Estado actúe con medidas preventivas y aseguradoras, aunque se trate de hombres normales”⁵⁰. Y finaliza: “El Derecho de los delitos y de las penas, se desgaja, cada día más, del tronco del árbol jurídico, para buscar nueva savia en los campos fecundos de la *Medicina social*”⁵¹.

Esta "nueva fórmula" superaría todos los problemas que presenta el Derecho Penal, reduciendo la valoración a la presencia o ausencia del estado peligroso: la imputabilidad disminuida, el delito culposos, la causa eficiente, la legítima defensa, el estado de necesidad, el homicidio consentido, etc.⁵²

Otros planteamientos polémicos se presentan de cara a la pena. En primer lugar se manifiesta en contra de la pena de muerte, pese a que Garófalo y otros positivistas están a favor. Para Garófalo era “el medio más adecuado para realizar en la sociedad una selección artificial, mediante la eliminación de los individuos inadaptables al medio social”. Jiménez de Asúa considera que la defensa social no necesita la pena de muerte, porque cuenta con otros medios aseguradores como el “internado por toda la vida”. No se manifiesta en contra de la prisión perpetua, porque desde su perspectiva es un tema que “carece de interés”. Con la solución que brinda la sentencia indeterminada “el asunto está resuelto: cuando se trate de un reo incorregible la pena, prologándose indefinidamente, se convertirá en perpetua..”⁵³.

Completando estas ideas, también existiría “peligrosidad criminal que da lugar a la aplicación de una medida de policía. La peligrosidad que afecta al Derecho de policía no requiere “como primer indicio y prueba un delito cometido”. En consonancia con ello, las

⁴⁹ Cfr. Jiménez de Asúa, L. "El estado peligroso. Nueva fórmula.." op. cit. p. 88. En mayúsculas en el original.

⁵⁰ Cfr. Jiménez de Asúa, L. "El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias.." op. cit. p. 25 y 26

⁵¹ Cfr. Jiménez de Asúa, L. "El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias.." op. cit. p. 34

⁵² Cfr. Jiménez de Asúa, L. "El estado peligroso. Nueva fórmula.." op. cit. p. 88 y sig.

⁵³ Cfr. Jiménez de Asúa, L. "Derecho Penal". 2º ed. Madrid, Reus, 1920, p. 163.

medidas de seguridad no serían sanciones, sino “medios de *prevención*”⁵⁴. Reconoce, por último, que este sistema podría pugnar con el principio de legalidad, y poner en peligro las garantías individuales. Para atajar las críticas se suma ni más ni menos que a Grispigni, afirmando que “Las sanciones penales y medidas asegurativas no se establecen en vista del delito posible o probable, que es incierto, sino con referencias al peligro actual, que es cierto”⁵⁵.

Este recurso a criminalizar no solo la peligrosidad criminal, sino también la peligrosidad social o *sine delicto*, se plasmaría en la redacción -junto a su discípulo Mariano Ruiz Funes- de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933⁵⁶. En su defensa se argumenta que esta ley de claro signo peligrosista iba provista de múltiples garantías desconocidas en su época para este género de infracciones, como la intervención judicial, la necesidad de pruebas en el marco de un proceso, con intervención del Ministerio Público, con derecho a la defensa y un sistema de recursos⁵⁷. Sin embargo, no puede ignorarse que estos planteamientos positivistas fueron terribles para la seguridad jurídica y para la libertad de las personas, por lo que fue alejándose de ellos, aunque nunca los abandonó por completo⁵⁸.

Sus reiteradas referencias a la obra de Dorado Montero hacen pensar que Asúa obraba con su misma conciencia de jurista demócrata, liberal y progresista⁵⁹. Otro momento fundamental fue el de la ruptura con su admirado Enrico Ferri. Quien fuera profesor en Turín, Siena y Roma, militante socialista y uno de los padres del positivismo italiano se convirtió en uno de los defensores a ultranza del fascismo y de su líder, Benito Mussolini. En febrero de 1927 escribe desde Madrid a Enrico Ferri: “Lealmente y hasta con dolor quiero expresarle mi desacuerdo con sus últimas evoluciones y con su reciente conducta (....) Con silenciosa amargura, que no por ser callada era menos profunda, he presenciado sus aproximaciones al fascismo. En quien, como usted, fue exponente destacado del socialismo italiano, esa simpatía por un régimen de dictadura nos ha parecido a muchos inexplicable....”⁶⁰. La aparición en

⁵⁴ Cfr. Jiménez de Asúa, L. "El estado peligroso. Nueva fórmula.." op. cit. p. 93.

⁵⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, L. "El estado peligroso. Nueva fórmula.." op. cit. p. 94 y 95.

⁵⁶ Cfr. Polaino Navarrete, M. " Sistema de penas y medidas de seguridad en el pensamiento de Luis Jiménez de Asúa", en "Estudios de Derecho penal ..." op. cit., p 554

⁵⁷ Cfr. Tozzini, A. Luis Jiménez de Asúa: un hombre, sus circunstancias y su trascendencia, op. cit. p. 685.

⁵⁸ Cfr. Rivacova y Rivacova, M. " El Derecho penal en el mundo hispánico antes y después de Jiménez de Asúa, en "Estudios de Derecho penal ..." op. cit. p 267. En la reedición de su libro sobre "La sentencia indeterminada" publicado en Buenos Aires en 1948 sigue proponiendo este modelo, aunque intenta dotarlo de garantías. Reconoce al mismo tiempo que su Ley de Vagos y Maleantes de 1933 no cumplió las finalidades garantistas que se le asignaban y terminó convirtiéndose en un instrumento de opresión. Op. cit. p. 387, 395 y sig.

⁵⁹ Vid. por ejemplo las constantes referencias en "El estado peligroso del delincuente y sus consecuencias. ."op. cit. p. 33.

⁶⁰ Cfr. Boletín de la Biblioteca Nacional de Criminología y Ciencias Afines, Buenos Aires, 1926, p. 430/432. La carta de Jiménez de Asúa apareció publicada en La Prensa de Buenos Aires, el 25 de marzo de 1927.

prensa de dicha carta abrió un polémico debate público, también canalizado a través de la prensa entre remitente y destinatario.

Hemos de destacar, en definitiva, el expreso cambio de tendencia operado por Luis Jiménez de Asúa, quien manifestó mientras se desarrollaba la Segunda Guerra Mundial que "hoy en el mundo .. el positivismo está muerto"⁶¹. Posteriormente apuntó en *El Criminalista* "muchas de las ideas que me ilusionaron en la mocedad no son sostenibles hoy"⁶².

El dogmático hace su aparición con la conferencia pronunciada en el inicio del curso académico 1931-32 de la Universidad de Madrid sobre "La teoría jurídica del delito", un hito recordado por todos sus biógrafos⁶³.

En relación al Código Penal de 1932, el objetivo perseguido por Jiménez de Asúa se centraba fundamentalmente en armonizar el Código Penal con los preceptos constitucionales de la República y "humanizar el Código y hacer más elásticos sus preceptos"⁶⁴. En su extensísima obra aparecen planteamientos originales y curiosos, como su concepto de Derecho penal liberal contrapuesto al Derecho penal soviético: El derecho penal liberal garantizaría el Estado demoliberal, resguardando los tres principios de *libertad, igualdad y fraternidad*, mediante el apotegma *nullum crimen nulla poena sine lege*; el requisito técnico de la *tipicidad* y la tendencia humanista de la *benignidad* de las penas, apreciable en la culpabilidad⁶⁵. Es su intento -que no fructifica- de conciliar la teoría del delito con principios de origen masónico.

Convencidamente progresista, rechaza el modelo de Derecho penal soviético, afirmando "Justo es decir que tampoco el Derecho penal soviético es un Derecho penal socialista. Ni los mas apasionados rusos se atreven a afirmarlo. Es, a lo sumo, el Derecho penal de una dictadura que dice ha de llegar al comunismo"⁶⁶. Y expone su punto de vista afirmando que el Derecho penal es inútil para resocializar al hombre delincuente mientras no se suprima el Estado de hoy y se alcance otro tipo de organización social. El Derecho punitivo ejerce la *defensa de clase*, de la clase dominante, es decir, de la burguesía y el capitalismo⁶⁷.

Su obra para el Derecho penal sería muy importante. Su análisis exhaustivo del delito desde una perspectiva juscomparatista, que plasmó en su monumental Tratado inconcluso, de

⁶¹ Cfr. Jiménez de Asúa, L. "Cuestiones penales de eugenesia, filosofía y política", Cochabamba, 1943, p. 72

⁶² Cfr. Jiménez de Asúa, L. *El Criminalista*, 2ª serie, Tomo IV, Buenos Aires, 1958, p. 142. Sobre esta frase construye el homenaje a don Luis Tozzini, A. Luis Jiménez de Asúa: un hombre, sus circunstancias y su trascendencia, op. cit. p 679.

⁶³ Cfr. Jescheck, H.H. "El significado.." op. cit. , p 399.

⁶⁴ Tomado del Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República por Bustos Ramírez, J. Los bienes jurídicos colectivos, en "Estudios de Derecho penal ..." op. cit. p. 148.

⁶⁵ Cfr. Jiménez de Asúa, L. *El derecho penal soviético*, op. cit. p. 26 y sig.

⁶⁶ Cfr. Jiménez de Asúa, L. *El derecho penal soviético*, op. cit. p. 26.

⁶⁷ Cfr. Jiménez de Asúa, L. *El derecho penal soviético*, op. cit. p. 17.

7 volúmenes, se ha convertido en la auténtica enciclopedia penal de la época⁶⁸. Podría cuestionarse su originalidad, es decir, que superara para la ciencia las tareas compiladoras. Sin embargo, creo que es indiscutible su labor para que en España se construyera un Derecho penal como ciencia, sobre bases dogmáticas. Según sus palabras, en la España de 1915 había un Código Penal excelente, pero no se lo analizaba con bases científicas⁶⁹. El haber dado ese primer impulso, tanto en España como en el mundo hispánico, lo colocan a la vanguardia de la historia del Derecho penal.

⁶⁸ Muy elogiosamente, Jescheck, H.H. "El significado.." op. cit. , p 397 y sig.

⁶⁹ Cfr. Rivacova y Rivacova, M. " El Derecho penal.." op. cit. p. 268.