

Leopoldo H. Schiffrin

## La irradiación de la cultura jurídica del ámbito germánico sobre Latinoamérica: el ejemplo argentino<sup>1</sup>

### 1. Agradecimientos

Agradezco profundamente la invitación a participar, de manera tan honorífica, en este coloquio Humboldt que se realiza en la Ciudad de La Plata, en la cual vivo y trabajo desde hace tantos años. El evento se desenvuelve en el recinto venerable de la universidad que fundó Joaquín V. González y estamos reunidos para plasmar ideas sobre temas que, primordialmente, conciernen a lo que, en buena tradición alemana, llamamos “Ciencias del Espíritu”, no ciencias blandas. Agradezco, asimismo, desde el corazón, los conceptos sobre mi persona que con harta generosidad expresó Dr. Elbert, y la simpática presentación de la profesora Mirta Varela. Párrafo aparte requiere la incansable actividad, paciencia y comprensión que conmigo ha tenido Dra. Gloria Chicote, directora del Centro de Estudios de Teoría y Crítica Literaria. A ella, mi profundo agradecimiento.

### 2. Introducción y evocaciones

Una de las Ciencias del Espíritu es la del Derecho, sobre algunos de sus múltiples aspectos pude adquirir cierto grado de conocimiento en medio de una vida agitada por los cataclismos políticos argentinos. La permanencia, como exiliado, en la Facultad de Derecho de Bonn,

---

<sup>1</sup> El texto que presentamos aquí recoge las ideas expuestas en la conferencia que pronuncié, el 14 de septiembre de 2009, como parte del coloquio Humboldt sobre el tema “Ideas viajeras y sus objetos: El intercambio científico entre Alemania y América Austral”. El evento se desarrolló en la Universidad Nacional de La Plata, los días 14, 15 y 16 de septiembre de 2009. Me mantuve fiel, al redactar este texto, a los lineamientos de la conferencia, pero precisando los conceptos y ampliando la información en muchos puntos. He de expresar mi gratitud a mi esposa, Alicia Bliffeld de Schiffrin, y a mis colaboradores el Dr. Marcelo Fortín y el Sr. Fabián Butinof por la transcripción de mi manuscrito.

permitida por generosas becas Humboldt y también del Gobierno de Renania-Westfalia, y del Norte incluso, de la Conferencia de Rectores de la República Federal, contribuyó en alto grado a mi formación, no sólo jurídica. Creo cumplir con un elemental deber de gratitud recordando a los académicos que auspiciaron mi trabajo en Bonn: Armin Kaufmann, Hilde Kaufmann, Günther Erbel, Christian Tomuschat, Hinrich Rüping, Gerald Grünwald y Wolfgang Schöne.

No puedo omitir a la Comunidad Judía de Bonn, que me acogió y protegió durante los años de mi estadía en la República Federal. Especialmente he de mencionar con afecto entrañable a uno de sus dirigentes, el arquitecto Pedro Wagner, un auténtico judío renano, sobreviviente de Buchenwald, amigo en todos los momentos, que falleció hace aún poco tiempo. También he de recordar al entonces secretario general de la Fundación Alexander von Humboldt, el Dr. Heinrich Pfeiffer, y al colaborador de éste, el Dr. Thomas Berberich.

En aquella época de Bonn estreché lazos, conducido de la mano por Enrique Bacigalupo, con inolvidables colegas españoles, en especial el profesor Elías Díaz, y a su lado debo mencionar a Marino Barbero Santos, Antonio Beristain Ipiña, Jorge de Esteban, Gregorio Peces Barba, Enrique Gimbermet Ordeig y Juan Córdoba Roda. Y asimismo debo un recuerdo grato a los profesores Giulano Vasalli y Alessandro Baratta.

Los estímulos recibidos cristalizaron varios años después, cuando en 1989, ya en el cargo de juez de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, emití voto en el caso de la primera extradición desde la Argentina a Alemania de un criminal de la Shoá, Franz Josef Schwammberger. Allí, espontáneamente, traté de volcar los anhelos que bullían en mi mente y mi corazón en pos de la justicia universal, en seguimiento de los aspectos positivos del gran juicio de Núremberg. Posteriormente, la jurisprudencia española, la argentina, la chilena y la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han contribuido significativamente al desarrollo efectivo de la justicia universal. A la vez, envuelta Alemania en la confrontación ética y jurídica respecto del pasado régimen estalinista de la República Democrática, ha seguido un desarrollo que ofrece paralelismos con el esfuerzo realizado por ONGs de Derechos Humanos, y al trabajo judicial y académico en América Latina, confrontando las terribles masacres de las dictaduras que nos asolaron en décadas pasadas.

En este campo existe un fuerte intercambio, liderado por el profesor Kai Ambos, ahora profesor ordinario en la Universidad de Gotinga. Asimismo, debo destacar la contribución, desde el lado alemán, de los profesores Jean Michel Simon y Jörg Arnold. Y del lado argentino, en estrecho contacto con la doctrina cultivada en el ámbito alemán, se destacan la obra de los profesores Marcelo Sancinetti, Marcelo Ferrante y Pablo Parenti, entre otros.

Veamos ahora cómo ingresar en un ámbito más aproximado al tema propuesto. Partimos, para ello, de un dato real indiscutible: las construcciones doctrinarias del derecho penal en el ámbito latinoamericano son, el día de hoy, trasvasamientos de los sistemas germánicos. Y, en menor grado, se advierte la influencia de la doctrina alemana en el derecho administrativo y en Derecho Civil. Después veremos cómo, históricamente, se produjo esa penetración.

A esta altura, estarán ustedes temerosos de que ofrezca una aburrida presentación técnico-jurídica de estos temas. Empero, no deseo efectuar una exposición dominada por la técnica profesional, sino mostrar cómo las concepciones jurídicas se relacionan con otros fenómenos de la cultura a lo largo del desarrollo histórico. Abordaremos, pues, el derecho como fenómeno cultural, que, a mi parecer, es la mejor manera de acercarse a él. Como tal fenómeno, el derecho es tradición (que en sí misma encierra tanto conservación como cambio, a veces revolucionario). En el citado caso “Schwammberger” intenté describir ese fenómeno diciendo

el derecho es un imponente complejo de sabiduría práctica edificado en un larguísimo proceso, siempre en curso, de cuyas categorías no podemos escapar, aunque sí podamos violentarlas y abusar de ellas, abdicando entonces de la dignidad que se nos otorga de receptores críticos y a la vez posibles forjadores de una tradición racional que condensa la experiencia de innumerables generaciones en procura de la justicia (en la *Revista Jurídica El Derecho*, T. 135, p. 352).

### 3. Origen de la cultura jurídica europea en el Derecho Romano

La larga cadena de tradición a la que se refiere el párrafo anterior es substancialmente producto de la cultura europea. A su vez, en los siglos XVIII, XIX y XX se expandió por el mundo, no solo en las antiguas colonias, sino en los países orientales que, como el Japón o Turquía impulsaron un sostenido proceso de modernización.

El punto de arranque de la cultura jurídica europea es el Derecho Romano. Inicialmente se trató de un derecho primitivo, formulista y cargado de concepciones mágicas, correspondiente al escaso ámbito geográfico de la *civitas* romana. Creció al expandirse ésta, primero como potencia itálica, después mediterránea, para abarcar finalmente todo lo que es hoy Europa occidental y balcánica, junto con la integridad del Oriente Helenístico.

El Derecho Romano es un derecho elaborado, substancialmente, por los jurisperitos laicos, que con enorme creatividad transformaron el jus primitivo en una mole de pensamiento casuístico, capaz de incluir las relaciones de todos los pueblos del vasto ámbito romano mediante la construcción del *ius gentium*. A la vez, la influencia de los grandes juristas estoicos de la edad imperial humanizó algunos de los aspectos más crueles del derecho de una sociedad esclavista y dotada de un sentido remarcado de la propiedad.

El cristianismo, al fin, agregó a la tradición jurídica romana aligeraciones venidas de la inspiración evangélica, o sea, del ámbito espiritual judeo-helénico. A partir de esta tradición, se ha construido el derecho que hoy es aplicado en el ámbito de la cultura europea y sus amplias esferas de influencia.

### 4. El Imperio Occidental y el Derecho Romano en la Edad Media

Un autor alemán romanista, en su admirada obra *Europa y el Derecho Romano*, crítica de varios aspectos del desarrollo jurídico alemán, dice, hablando del gran Savigny y su escuela histórica del siglo XIX, que a esta corriente “debe Alemania el puesto glorioso que ocupa en la ciencia del Derecho de Europa y del mundo” (Koschaker 1955: 365).

Esta riqueza y profundidad del pensamiento jurídico no solo de Alemania, sino de Austria, de Suiza, de los Países Bajos, o sea del ámbito cultural germánico, que, en lo que hace al derecho, llegó a la Rusia zarista, es un acontecimiento del siglo XIX. Antes de la Revolu-

ción Francesa, y sus efectos mundiales, no podíamos hablar sino muy limitadamente de grandes culturas jurídicas nacionales, salvo el caso del *common law* inglés.

El ocaso del Imperio Romano, el descenso cultural pronunciado de su parte occidental, la entrada en la historia de los pueblos germanos y eslavos, no modificaron el patrón cultural incardinado en la Iglesia cristiana, trasformada en el guardián del edificio sacro-político que surgió con la conversión de Constantino: la idea del Imperio y su derecho siempre vivos, en medio de realidades tan lejanas al antiguo orden, caído al verificarse la penetración en todo el orbe romano de los pueblos germanos y eslavos, con formas de derecho de rasgos primitivos.

No olvidemos que los desplazamientos de pueblos solo destruyeron el orden político romano en la parte occidental del Imperio, mientras que Constantinopla, la segunda Roma, no solo se sostuvo, sino que consiguió, en el siglo VI, reconquistar para el Imperio toda Italia, los Balcanes, el Norte de África y las costas mediterráneas españolas.

Justiniano, el gran emperador que consumó esta obra, promulgó el inmenso repertorio de la sabiduría jurídica romana que es el *Corpus Iuris Civilis*. Desde el punto de vista político y cultural, el ensayo de reconstitución imperial de Justiniano no perduró. La inmensa sublevación de los pueblos orientales a la que insufló entusiasmo Mahoma destruyó ese proyecto. A la vez, entre el siglo VIII y el IX, frente a la declinación del Imperio Oriental, se constituyó, con Carlomagno, a partir del Reino Franco-germánico, el Imperio Occidental.

Con todas las vicisitudes imaginables, este Imperio, al menos como concepción política rectora, y anhelo de la unidad europea, subsistirá hasta el año 1806, y como idea cultural, no desaparecerá nunca, corporizándose en la Unión Europea de nuestros días.

Pero a partir del siglo X, desaparecida la dinastía carolingia, fragmentado el Imperio Franco-romano germánico, el nuevo intento de dar encarnación política al Imperio Occidental recayó en estirpes de la Germania oriental, o sea, de la actual Alemania, que lograron, en sus mejores momentos, unificar (relativamente) bajo el Emperador común, a Alemania, Burgundia (que hoy se reparte entre Alemania, Francia, Bélgica –el país de Carlomagno–), los Países Bajos e Italia.

Durante el período que va del siglo VI al X el derecho europeo siguió siendo el de las costumbres de las estirpes germánicas, con ras-

gos de primitivismo, unido a colecciones de leyes romanas y costumbres germánicas. La cultura y el derecho, que es parte de ella, fueron, en ese tiempo, patrimonio de los círculos monásticos, que en su momento dieron lustre a la corte de Carlomagno. Pero también, desde la decadencia de la dinastía carolingia, surgió en Europa occidental el complejo orden socio-agrario, político y militar que llamamos feudalismo.

Precisamente, en grietas que iban apareciendo en el orden feudal se insertó el antiguo Derecho Imperial. Las fisuras primeras, y siempre más grandes se dieron en Italia, donde el Derecho Romano, aunque en forma insuficiente, nunca parece haberse ausentado. Mas los emperadores romano-germánicos se apoyaban en el orden feudal, mientras que las ciudades burguesas, las comunas que surgían en Italia, y después lo harían en las zonas comercialmente más activas del Imperio (Flandes, el Hansa teutónica) se enfrentaban a aquel orden.

Si algún lugar político-cultural-ideológico podía tener el Derecho Romano, éste era el Imperio, y, sin embargo, volvió a florecer en la parte itálica de éste, por medio de un estamento jurídico laico ligado a las necesidades de la nueva vida burguesa de la región. Los renovadores de la tradición del Derecho Romano, los glosadores, estaban al servicio de esas necesidades e intereses. Pero los emperadores romano-germánicos no podían oponerse al Derecho Romano, pues era uno con la idea del Imperio (*unum ius, unum imperium*). Más bien, trataron de fundar su autoridad en el Derecho Romano, que los adversarios también aceptaban.

Hubo una potencia que, aceptando el Derecho Romano y la idea del Imperio, se puso del lado de los movimientos burgueses, y fue el Pontificado Romano. Este pretendió desplazar al rey-sacerdote que era el emperador, por el sacerdote-rey en que se convirtió el obispo de Roma. El conflicto entre las dos potestades llevó siglos, en cuyo transcurrir nacen las instituciones políticas modernas. No la idea del Imperio, pero sí el concreto Imperio Romano-germánico quedó del lado del pasado que intentaba sobrevivir, y del cual no se podía esperar un nuevo comienzo, como se ve en la tragedia que fue la vida de Dante Alighieri.

Al fin, lo nuevo que surgió fue la burguesía y, con ella, las monarquías más o menos nacionales. En ese sacudimiento de siglos, el Derecho Romano se difundió por toda Europa, ya como derecho vigente,

ya como *ratio scripta* con la que se interpretaban los derechos nacionales de raigambre germánica.

La república de las letras y el derecho europeo, desde el siglo XI hasta la Reforma protestante, era una sola, se expresaba en latín y existía una circulación constante de académicos de distintas regiones.

### **5. El Imperio Romano de la Nación Germánica y su derecho**

Ahora señalemos una circunstancia notable: solo en los siglos XV y XVI el mundo germánico, y, en especial, Alemania en sentido amplio, adoptó el Derecho Romano. Pero lo hizo con la mayor amplitud. Era el derecho del Imperio, que, aunque resquebrajado, tenía vitalidad. El Sacro-Imperio era en Europa del este el brazo largo del cristianismo occidental, el antemural frente al avance mogol y turco. Ese imperio era una confederación débil, pero no tanto para dejar de ser necesario. Sus burguesías eran parte del sistema confederal.

El Derecho Romano valió como derecho vigente en la mayor parte de Alemania hasta el año 1900, en que se promulgó el actual Código Civil Alemán. En los primeros siglos de vigencia del Derecho Romano, el Imperio Romano-Germánico se nutrió del saber jurídico que venía principalmente de Italia y de Francia. Con la Reforma protestante y las guerras de religión, recibió la cultura jurídica en tierras germánicas el aporte invaluable de los jurisconsultos calvinistas que debieron exiliarse de Francia.

Las guerras de religión, que habían desgarrado a Francia en el siglo XVI, hicieron presa, en medio de una feroz conflagración continental, a las tierras germánicas en el siglo XVII. Notablemente, fue causa, o concausa de este desastre de la historia germánica, el renacimiento no ya de la idea, sino del proyecto imperial en la casa de Habsburgo, que se encarnó en Carlos V, en Felipe II y varios sucesores, y se constituyó en una potencia formidable, alimentada con los recursos de América, y decidida a aplastar el protestantismo, y toda forma de pensamiento apartada del catolicismo más estrecho.

El crimen de esa guerra fatal, que duró desde 1618 a 1648, en la que Alemania fue teatro bélico de la mayor parte de las potencias europeas, dejó al país destrozado, con pérdida –posiblemente– del tercio de su población, y buena parte de los sobrevivientes en la mayor miseria. Importa mucho, para valorar las grandezas y deficiencias de la

ciencia jurídica alemana que tanto influye en nuestro medio latinoamericano, tener en cuenta que su florecimiento es parte de la reconstrucción de siglos que la vida germánica requirió después de la Guerra de los Treinta Años.

Entonces el Imperio permaneció con una existencia casi fantasmal. De él quedaron definitivamente separadas la Confederación Suiza y los Países Bajos, mientras que los dominios hereditarios de los Habsburgos: Austria, Bohemia, Moravia, Hungría y diversos principados italianos bajo influjo de Austria, formaron un conjunto cultural y políticamente próximo, pero con intereses divididos entre lo dinástico y la responsabilidad por el conjunto imperial. Entretanto, dice Golo Mann, el pueblo quedaba sin el *Reich*, el cual hasta ese momento, había sido fuente de derecho y de protección jurídica.

El sistema político que siguió fue un conglomerado monstruoso, bajo la supremacía nominal del Kaiser vienés, de trescientos príncipes –laicos y eclesiásticos– o repúblicas soberanas y mil quinientos señores más o menos autónomos, con principados que a veces no pasaban de algunas aldeas (nunca olvido, porque me impresionó cuando era pequeño, al leer una biografía escolar de Catalina la Grande, que ésta nació como Sofía Augusta Federica de Anhalt-Herbst, hija del príncipe de ese territorio minúsculo, quien, para mejorar su pasar, se desempeñaba como Coronel del Ejército prusiano).

Cada príncipe soberano o señor autónomo gozaba de un poder absoluto, solo limitado por respeto a la vida interior y creencias de los súbditos. Pero en todo lo “externo” se requería la sumisión más completa. El sistema se fundaba en mandatos y prohibiciones inapelables, y la obediencia se requería no solo en la conducta perceptible, sino en la actitud interna de acatamiento.

Los términos de la lengua alemana para expresar estas concepciones no pueden propiamente traducirse. *Obrigkeit* es mucho más que autoridad y *Untertänigkeit* más que subordinación. En parte, este sistema se debe a la tradición luterana, que abandona todo lo externo a la voluntad del príncipe. Mas sin el derrumbe de 1618-1648 difícilmente se hubiera edificado el Estado policial. Claro que esta rigidez tenía como contrapartida un efectivo celo de muchos príncipes por mejorar las condiciones de vida de los súbditos, mediante un fuerte activismo estatal. Pero esto se daba en el marco de una estructura social opresiva, cuyos rasgos resume, a mi juicio muy bien, un fragmento de la



obra de Hella Mandt: *Tyrannislehre und Widerstandsrecht* (Doctrina de la Tiranía y derecho de resistencia, pp. 105-106). Intentaré traducir ese fragmento:

En la cumbre del orden político-social del antiguo régimen en Alemania se hallaba la nobleza, libre del pago de impuestos, como único estamento dotado de derechos políticos, al que, a la vez, quedaban reservados –sin excepciones– los altos puestos de la administración militar y civil. En el medio de la escala se hallaba la burguesía cuyas chances de crecimiento se encontraban impedidas por la coacción corporativa, los monopolios y la prohibición de adquirir tierras. Al final de la escala social y política se encontraban los campesinos, siervos en propiedad corporal o subordinados hereditarios que aún en la época de Kant eran objeto de compraventa.

## 6. De la época del Despotismo Ilustrado a la Revolución Francesa

Esta situación también permitió el desarrollo, sobre todo en Austria y Prusia, del despotismo ilustrado, o sea, de la reforma desde lo alto, en la que el absolutismo de los monarcas logró poner en pie una organización burocrática eficiente (que faltó a la Francia del Antiguo Régimen). Pero las tareas más profundas de reforma vinieron de los efectos de la Revolución Francesa sobre los países germánicos: la disolución del Sacro Imperio, la secularización de todos los bienes y principados eclesiásticos, la sujeción al dominio francés de la Renania y la introducción del Código Civil Napoleónico, la abolición de la servidumbre, la reducción política a solo treinta y seis estados soberanos, agrupados en su mayor parte en la Confederación del Rin, y después en el *Bund* alemán, la erección del Imperio Austríaco (con más población eslava y húngara que alemana).

Este enorme cambio se debía, sin embargo, a un accionar extranjero, que, incluso devolvió la independencia a una porción de Polonia, quitando a Prusia las provincias polacas relativamente germanizadas.

Por grande que fuera (y fue, por cierto, intensa) la reacción monárquica conservadora después de la caída de Napoleón, no pudo volver atrás con todos los cambios, muchos irreversibles. La misma Prusia tuvo gabinetes algo inclinados al liberalismo, mientras que estados como Baden se dieron constituciones de ese signo. Pero Austria, bajo la mano de hierro del canciller Metternich (que no era austríaco, sino renano) se erigió en la mayor potencia alemana, y todo el conjunto de los estados alemanes quedó bajo una suerte de vigilancia permanente

de la gran potencia en la que se había transformado la Rusia de los zares.

### **7. El intento fracasado de crear un Imperio Pangermánico y democrático**

Fue en el período que va desde fines del siglo XVII hasta la época que acabamos de delinear (demasiado sucintamente), que se desarrollaron la gran literatura, el gran pensamiento filosófico y el gran pensamiento jurídico alemán, y más aún, su gran música. En estos desarrollos se refugió una enorme potencia creativa que no podía tener cabida en la estructura política y el orden social, cuyos cambios venían de arriba o desde afuera. Esto no quiere decir que las sociedades que formaban el conjunto germánico no llevaran fermentos importantes de liberalismo: en el mundo académico, burocrático, literario y en el de una burguesía que comenzaba a tener éxito económico existía el profundo deseo de obtener una constitución liberal y una nación unificada.

Este intento fue llevado a cabo por esos sectores en la revolución que, siguiendo a la francesa, de 1848, se extendió por todos los estados alemanes, inclusive Austria, Hungría e Italia, cuya parte norte pertenecía al dominio de los Habsburgo.

Este gran cambio de abajo para arriba se concretó en la Constitución de 1849, dictada por la asamblea reunida en la Iglesia de San Pablo de Fráncfort, que se erigió en gobierno nacional, de una nación inmensa. Pero la asamblea quería formar un estado constitucional pangermánico (o germánico-eslavo) solo por medios pacíficos y con la colaboración de los príncipes. Y las potencias establecidas: la monarquía, la Iglesia dependiente de ella, la nobleza y el ejército, también dominado por los monarcas y la nobleza, volvieron a avanzar cuando sectores muy radicalizados y reducidos se levantaron en armas. Ni el emperador de Austria ni el rey de Prusia quisieron aceptar una corona de origen popular. Y así fracasó el gran cambio político que previsiblemente hubiera llevado por otros caminos el destino de Europa.

Este fracaso tiene múltiples intentos de explicación, a los que pasa revista Golo Mann en su espléndida obra. Tal derrota tuvo profunda influencia, más bien negativa, en el desarrollo del pensamiento jurídico, pero tal vez su efecto peor fue crear condiciones en las que el ideal

de la unificación de los estados alemanes, que estaba indisolublemente ligado a la creación de un estado constitucional de derecho, se desvinculó de ese marco originario. En cambio, sucedió un proceso de despolitización de muchos de los sectores que habían aportado al cambio de 1848-1849. El poder político quedó en manos de los estamentos tradicionales, con un gobierno ultra-reaccionario en Austria, y otro algo más abierto en Prusia. Un noble prusiano, muy reaccionario en sus orígenes, Otto von Bismark, aprovechando el debilitamiento de Rusia en la Guerra de Crimea, derrotó a Austria primero y al Imperio francés de Napoleón III después, creando, sin afectar en mucho a los sectores tradicionales, el Estado nacional alemán confederal, con el Rey de Prusia como Emperador – presidente del nuevo sistema. La unidad nacional de Alemania se realizó con exclusión de Austria, y con la persistencia no tanto de las instituciones, sino del espíritu del *Obrigkeitsstaat*, con todo el negativo peso que ello significó para la vida política y jurídica.

### **8. El Imperio Guillermino. Repercusiones culturales y jurídicas**

Recalquemos algunas características especiales de la Alemania de Bismark y del *Kaiser* Guillermo II. Por un lado, la unificación –dentro de un sistema fuertemente federal– de la mayor parte de los pueblos germánicos en un solo Estado, tuvo el efecto de acrecentar el desarrollo económico y social de ese nuevo Estado, de tal manera que pronto llegó a ser la mayor potencia económico-financiera y comercial de Europa, y también la mayor potencia militar, y comenzó un gran desarrollo marítimo.

La sociedad alemana de entonces –en los campos de la economía, las finanzas, la organización del trabajo asalariado– era regida por una gran burguesía, cada vez más potente en su esfera, pero débil en cuanto a poder político directo. Este seguía, en buena parte, en manos de la monarquía, la nobleza y del Ejército que se nutría de la última y obedecía solo al Rey-*Kaiser*.

El sistema político, empero, necesitaba para funcionar, de su amplia burocracia, la cual era burguesa, pero integraba también fuertes elementos nobiliarios (la burocracia civil comprendía no solo la administración, sino también la judicatura y el mundo académico), y también de los partidos políticos, inclusive el socialismo.

La estructura política así producida era lamentable; una monarquía casi absoluta acompañada por una Dieta federal (*Reichstag*) con poderes limitados pero elegida por sufragio universal (mientras que en Prusia –que abarcaba buena parte de la Confederación– el parlamento territorial –*Landtag*– era electo por sufragio censitario). En fin, se observa, así, que mientras la Alemania de Bismark ostentaba altos grados de desarrollo económico y social, tenía un acentuado déficit de desarrollo político, era, con atenuaciones, todavía el anticuado *Obrigkeitsstaat*.

Debemos aquí detenernos para señalar que la cultura de la época bismarkiana y guillermina se dividía en un ámbito oficial aurático, empleando el término de Walter Benjamin, y otro de auténticas búsquedas, pero divorciado del interés político. Aún los críticos sociales de la época, como Heinrich Mann, tuvieron una actitud de distanciamiento respecto de la sociedad que criticaban.

Y aquí corresponde insertar lo referente a la cultura jurídica. Esta tuvo su culminación de creatividad en el tiempo previo a la erección del Imperio Guillermino, y después, si bien siguió siendo egregiamente productiva, se refugió en la neutralidad política y valorativa. Precisamente en ese tiempo –bismarkiano y guillermino– comenzó a ejercer su mayor influencia en el ámbito hispánico. Volveremos sobre ello, pero ahora debemos finalizar nuestro vuelo de pájaro sobre el camino apasionante del desarrollo y tribulaciones de los pueblos del ámbito germánico.

## **9. El ámbito cultural germánico hasta la primera posguerra, y la ruina subsiguiente**

El Imperio de los Habsburgos, que finalizó siendo austro-húngaro, con varios pueblos eslavos incluidos, y que, desde 1849 era de nuevo una autocracia, se liberalizó cada vez más de decenio en decenio (siempre bajo el mismo *Kaiser* Franz Joseph, que reinó desde 1848 hasta su deceso en 1916) y fue ámbito del soberbio desarrollo cultural germano-eslavo, cuyo centro fue Viena, acompañada por Praga y Budapest.

De aquello que produjo ese ámbito de cultura en la época mencionada, seguimos hoy viviendo: música, artes plásticas, teatro, literatura, psicología, filosofía y teoría jurídica crítica (hagamos mención solo de algunos nombre mayores: Kafka, Freud, Kelsen, Popper, Wittgenstein,

Gustav Mahler, los Strauss, Hugo von Hofmannsthal, Theodor Herzl, el mayor impulsor del sionismo político). Lástima que también Hitler saliera de allí, pero solo como producto de la destrucción del Imperio Austro-húngaro por la Primera Guerra Mundial, o sea la gran guerra civil europea.

El período que siguió a ella condujo al nuevo florecimiento de la cultura y la ciencia germánica, con centro en Berlín, desenvuelto en las pésimas condiciones económicas y políticas en las que se desarrolló la República de Weimar. Los resultados de este increíble proceso creativo en las ciencias exactas, la filosofía, la literatura, la teología, la teoría política y la ciencia jurídica son imponentes: Albert Einstein, Edmund Husserl, Martin Heidegger, Thomas Mann, Bertolt Brecht, Arnold Schönberg, Alban Berg, Martin Buber, Karl Barth, por mencionar algunos.

Tanta grandeza terminó sumergida en la sucia marejada del nazismo. La mayor cultura europea presa de un (vasto) grupo de criminales llamado a la conquista por un mayor criminal, en un movimiento que produjo la destrucción material de Alemania y la más grande catástrofe mundial.

Aquí debemos detenernos para referir a las causas de tal desastre. Ciertamente, éste no se limita a Alemania, sino a Europa, y por sus efectos, a toda la humanidad, y por eso ha puesto en duda toda la civilización europea-americana desde sus orígenes.

Pero, limitándonos a cómo fue posible el nazismo, existe una enorme literatura, de la que solo tengo contacto con algunas obras básicas. La pregunta es si el régimen nazi fue la consecuencia necesaria de toda la anterior historia germánica. Con el profesor Bracher creo que no. Ciertamente, la cultura alemana y austríaca de los siglos XIX y XX no solo tenía su faz gloriosa, sino una serie importante de corrientes que significaban vergonzosas falencias, como el ultranacionalismo, la tendencia imperialista exacerbada, la creencia en la superioridad histórica germana, el nazismo, especialmente en la forma de un agudo antisemitismo. Mas ha de consignarse que cuando algunas de estas corrientes se presentaron a elecciones, obtuvieron resultados miserables. Y solo fueron potenciados por el resentimiento generado en la primera gran guerra perdida y sus consecuencias. A ello se unieron las deficiencias de la estructuración política y los hábitos de subordinación de los que nos ocupamos antes.

Todo esto, sin embargo, no pudo llevar al éxito al nazismo, que, en su mejor momento electoral llegó al 37% de los votos, y después descendió (Hitler perdió las elecciones presidenciales de 1932). La falta de unidad de la oposición permitió el frío golpe palaciego que, el 30 de enero de 1933, llevó a Hitler al poder, y desató el reino del terror (aún la elección del 5 de marzo de 1933 no permitió al dictador una victoria completa).

Parece que sin la crisis económica-mundial iniciada en 1929, y sin el genio demoníaco de Hitler, su arribo al poder no podría haberse materializado, no hubiera podido catalizar todos los otros factores negativos de la vida alemana para obtener el poder absoluto y establecer el mayor estado totalitario-terrorista de la historia.

Después, Alemania se ha reconstruido y la antigua idea de la Confederación Europea por fin se va realizando, pero toda la civilización enfrenta el peligro de la destrucción atómica, del medio ambiente, del desorden económico y social.

#### **10. La posible utilidad y carácter del pensamiento jurídico germano**

Cuando nos ocupamos de un aspecto de la tradición cultural como el que hemos expuesto en la más prieta de las síntesis, no debemos perder de vista que este volverse a los legados del trabajo material y espiritual de tantas generaciones persigue estimular nuestra búsqueda de creatividad, de respuestas para el inmenso desafío en esta encrucijada de la historia del hombre sobre la tierra. A mi parecer, en tal sentido ha de orientarse la presentación a un público no especializado de la temática jurídica. ¿Puede la tradición jurídica ayudar a la tarea de enfrentar los problemas básicos de supervivencia y desarrollo del entero género humano en la época de la globalización?

Esperemos que pueda, y, para ello, esa tradición tiene que tener conciencia de sí misma, de su riqueza y de sus deficiencias. En el sitio cultural donde con mayor intensidad pueden observarse esos logros y defectos, es en la formidable labor del derecho del ámbito germánico entre los siglos XVII y XX. Y nosotros, del ámbito latino, hemos venido –por adopción– a participar de esa labor.

Aquí, conforme lo prometido, solo nos cabe efectuar grandes trazos, sin aspiración técnica, tratando de señalar lo que nos parece va-

lioso, y lo que nos resulta negativo en ese desarrollo. Ciertamente, no fue el ámbito germano el que produjo la resurrección del Derecho Romano en la Edad Media, sino el centro y norte de Italia, que, igualmente, formaban parte del Imperio. Solo en el siglo XV se introdujo con fuerza el Derecho Romano en tierras germánicas, venciendo o limitando la aplicación de los antiguos derechos consuetudinarios territoriales. En los territorios germanos carentes de cohesión administrativa, en este Imperio sin ciudad capital, se creó, en el siglo XV (entre 1415 y 1495) el *Reichskammergericht* (Tribunal de la Cámara del Imperio) y tribunales similares en los principados, en los que una parte de los jueces eran juristas laicos, profesionales del Derecho Romano. Esta recepción produjo un alto grado de unificación jurídica en los territorios germanos, y dio lugar, a partir del siglo XVII, a desarrollos de significación universal.

Resulta ineludible proporcionar algunas ideas básicas sobre los textos que fueron objeto de la recepción. Cuando esto escribo, tengo delante de mí los seis gruesos tomos del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, a los que hicimos mención más arriba. Pero ellos, en el siglo XV, iban acompañados de los comentarios extensísimos elaborados desde el siglo XI por las escuelas italianas de los glosadores y post-glosadores.

Las ideas básicas que presidían esta labor de exégesis eran, como expresara un prestigioso profesor alemán, las de autoridad y razón. Pero a partir de los inicios del siglo XVII iba a fructificar, en suelo alemán, el derecho estudiado sobre la base de la sola razón autónoma.

Para tener alguna visión de este cambio enorme, atendamos a que, al hablar de autoridad en la Edad Media, y no solo en la esfera de la cultura cristiana, sino también en la judía y la islámica, la actividad racional partía de aceptar sin discusión la inerrancia, infalibilidad y completitud de las Sagradas Escrituras, y esa manera de sentir se trasladaba a las grandes obras de la filosofía y la ciencia helénicas y al *Corpus Iuris* en el campo cristiano.

Tanto la Escritura como el *Corpus* eran heterogéneos, plenos de visibles contradicciones (lo cual era explicable, por tratarse de compilaciones de fragmentos separados por muchos siglos de historia), incompatibles con su autoridad sacra. Había, entonces, que declarar solo aparentes a tales contradicciones.

Para ello, tanto en la teología como en el derecho se echaba mano al acomodamiento del sentido de los textos, tamizándolos por sutiles reglas hermenéuticas, productoras de armonizaciones obtenidas poniendo las palabras de la ley en el lecho de Procusto. En la cúspide del desarrollo de los comentarios italianos se recurrió a la obtención de conceptos generales a partir de fragmentos de los textos, para después deducir de ellos el sentido de todo el resto, dejando fuera lo que resultara inasimilable al sistema.

Como lo expresara el autor al que recién citamos (Wieacker 1957), éste sigue teniendo hasta el día de hoy el canon de la labor jurídica común, aunque, gracias a los desarrollos de los siglos XVII a XX, los textos legales, por más que se los manipule, no sufren tanto como en el Medioevo. Como anticipamos, ante esta situación se dio la revolución racionalista, en la filosofía, en las ciencias exactas y también en el campo del derecho. Este no debía reconocer ninguna autoridad previa, y menos que cualquiera la de las costumbres o las disposiciones del Estado, o de la Iglesia, y está obligada a partir de los axiomas que el hombre descubre en su pensamiento.

Respecto del derecho esto no era nuevo, porque así lo veían muchos pensadores de la Antigüedad, helénica y romana, y lo admitía el propio *Corpus Iuris*. Tampoco la idea del derecho a partir de los datos elementales de la razón era ajena a la tradición cristiana, pero esto buscaba el fundamento de la obligatoriedad de lo razonable en la divina creación del mundo. La negativa a buscar el derecho en textos dogmáticos supuestamente infalibles, y su obtención a partir de la naturaleza humana en su experiencia histórica explorada por la razón humana, tuvo su mayor exponente en la figura inmensa del holandés Hugo Grocio, que edificó sobre la labor de la escolástica tardía española orientada en ese sentido, e influyente en el protestantismo académico alemán.

Tras Grocio se suceden ya no juristas-filósofos como él, sino filósofos que se ocupaban del tema del estado a partir del racionalismo: Hobbes, Spinoza, Locke. En la Alemania de fines del siglo XVII y comienzos del XVIII se levanta la enorme figura de Leibniz que todavía se expresaba en el latín de la antigua república europea de las letras, y en el francés hablado en las cortes de los príncipes alemanes.



### 11. El derecho racional sistemático y sus expresiones legislativas

Leibniz pasó a la inmortalidad como uno de los más grandes matemáticos y metafísicos de la cultura europea, con toda justicia, pero su profesión originaria era la de jurista, e hizo en ese campo contribuciones notables a la filosofía y la teoría del derecho, a cuya práctica lo constriñeron los cargos de Corte que ocupó por gran parte de su vida.

En la filosofía del derecho profundizó la línea de Grocio y de la escolástica tardía española. Ser un jurista en la Alemania de entonces significaba ocuparse del Derecho Romano, y en su contexto Leibniz esbozó el plan de reducirlo a un pequeño número de principios generales de acuerdo con un plan sistemático. Mas la idea de aplicar un plan racional a un conglomerado de derecho histórico-positivo tuvo aplicación mucho después de Leibniz.

Aquello que estaba ocurriendo ya en vida de Leibniz, a partir de Puffendorf, era el nacimiento de la escuela del derecho natural racional, con Christian Thomasius y Christian Wolff. Había diferencias de fundamento entre estos autores, pues Puffendorf sustentó una filosofía política que buscaba conciliar a Grocio con Hobbes, y Thomasius siguió parcialmente la línea de Puffendorf liberalizándola, mientras que Wolff se inspiró en Leibniz, y formuló como espléndido corolario, la doctrina de los derechos del hombre.

Pero aquí nos interesa destacar el espíritu sistemático de la cultura jurídica germánica, que en las postrimerías del siglo XVII, y en el XVIII nos ofrecen las escuelas de derecho natural racional.

La señalada tendencia sistemática consiste, para esas escuelas, en elaborar un derecho de la razón, que a partir de axiomas obtenidos de la naturaleza racional del hombre, deduce, *more* geométrico, todo un ordenamiento jurídico, cuyo último precipitado son los códigos de derecho estatales (positivos), subordinados al sistema racional que los funda. Esta tendencia se concretó en el famoso *Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preußischen Staaten*, sancionado el 1º de junio de 1794, pero cuya preparación había comenzado en 1746. Y más aún en el Código Civil austríaco de 1811 (*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*), ya precedido por codificaciones parciales desde 1776 (la inspiración de tal obra se halla en el influjo de Kant, pero el formalismo conceptual sin materia empírica de éste hubo de ser deformado, para

obtener una legislación unitaria, en el sentido de las escuelas clásicas del derecho natural-racional).

Subrayemos que mientras la Edad Media se había asido a la convicción de la inerrancia, infalibilidad y completitud de las Sagradas Escrituras, y por extensión, del *Corpus Iuris*, el derecho racional aceptaba que a partir de sí misma la razón humana podía edificar un sistema coherente, cierto y completo, que abarcara todas las relaciones humanas en el aspecto jurídico. A la autoridad dogmática, a la que podemos llamar escolástica jurídica medieval, se contrapuso así la autoridad de la razón, que se manifestaba en la coherencia, certidumbre y completitud de un sistema de derecho deducido de axiomas. Aunque esta pretensión nunca pudo realizarse, era, sin embargo, más verosímil que la idea, que ya vimos esbozada por Leibniz, de reducir a un sistema unitario todo el Derecho Romano.

Cuando esta idea de Leibniz se intentó llevar a cabo, el gran jurista Thibaut –contradictor de Savigny– al publicar en 1803 su sistema de las *Pandectas* (este es el nombre en griego de la parte principal del *Corpus Iuris*: el *Digesto*), afirmó que siendo las normas contenidas en los códigos no el desarrollo lógico de un solo principio, sino de principios diversos y a veces opuestos, su reducción a una unidad lógica llevaría a una profunda perturbación del derecho vigente. Esa perturbación no era otra, a mi entender, que la que producía la antigua (y perdurable) escolástica sobre los textos legales, deformándolos, o prescindiendo de ellos.

Pero la reducción unitaria del *Corpus Iuris* a un sistema de las *Pandectas* triunfó en el pensamiento jurídico alemán por obra de la Escuela Histórica, que, con Savigny y Puchta, desestimó el derecho racional, sostuvo que la convicción jurídica popular, o el espíritu del pueblo producía el derecho. El conocimiento jurídico popular difuso se cristalizaba, en la sociedad más compleja, en el derecho sistemático de los juristas científicos, cuyas formulaciones constituían la fuente principal del saber jurisprudencial, por arriba del derecho legislado.

Con el paso del tiempo, la aspiración de reducir el material jurídico a la unidad íntimamente coherente, y hacer del sistema la fuente principal del derecho cedió en buena medida, porque en el año 1900 entró en vigencia el Código Civil alemán, producto de más de un siglo de formulaciones sistemáticas del Derecho Romano, y ya mucho antes se habían promulgado Códigos Penales sistemáticos en los Estados del

Bund alemán; el principal de ellos, el Código Penal del Reino de Baviera, de 1813, que tuvo fuerte influencia en el Derecho Penal argentino del siglo XIX.

Desde el fin de la pandectística fue aceptado el dogma de la superioridad del derecho emanado del Poder Legislativo, pero se le superpusieron sistemas que tratan de unificar su contenido y hacerlo coherente. Y, al fin, entonces, puedo observar en mi experiencia cotidiana de la labor tribunalicia, que el derecho penal legislado (pues de él me ocupé especialmente como juez) es complementado, adicionado y modificado por la ciencia dogmática en su búsqueda para reducirlo a unidad. Esa unidad es imposible fuera del derecho racional, pero sin los aportes de esta ciencia, que a diferencia del primero se dice dogmática (en su caso, del derecho penal) el saber jurídico se alejaría enormemente de las exigencias sociales, de la evolución de los reclamos que plantea la realidad de la convivencia. Y, también, de las demandas que nos impulsan hacia un derecho de la íntegra comunidad humana. Por eso, al comenzar, me referí al derecho como tradición, de la cual forma importante el riquísimo legado de la ciencia jurídica alemana que los hispano-americanos hemos adoptado, y cuya evolución intenté presentar en trazos tan gruesos.

Puedo percibir que, en el campo visual en el que me sitúo, la ciencia “dogmática” alemana introduce algún elemento que merece reparos. Me refiero a la herencia de *Obrigkeitsstaat*, que se traduce en la concepción del delito como quebrantamiento de la voluntad del Estado, y en una rebúsqueda del elemento subjetivo de la insubordinación. Contra esto, no dejan de oírse, en la ciencia penal alemana, voces que se levantan a favor de la tradicional doctrina liberal del delito como violación grave del derecho ajeno.

## **12. La recepción en España y Latinoamérica de la ciencia jurídica germánica**

Y con esto arribamos al tema de la recepción de la ciencia sistemática del derecho germánico en la esfera cultural hispano-americana. Esta orientación del pensamiento jurídico moderno que es la contribución específicamente germánica al mismo, fue conocida ya en España a mediados del siglo XIX. En esa época, el pensamiento español, en lo filosófico, político y jurídico tuvo una impronta esencialmente alema-

na. En la producción germana buscaron las generaciones de intelectuales españoles que quería superar el individualismo inspiración de la filosofía liberal, llamada allí “doctrinarismo”, y esa superación creyeron encontrarla en las teorías espiritualistas y panteístas de Karl Christian Friedrich Krause, figura que no tuvo mayor trascendencia en Alemania, pero que encontró discípulos como Röder, que desarrollaron sus ideas.

Estas encontraron inmenso eco en España, dieron lugar allí a evoluciones propias, e influyeron mucho sobre la filosofía política y jurídica. Pero por este medio no se llegó a conocer la gran sistemática, sino por la Escuela Histórica de Savigny, de particular arraigo en Cataluña, la cual dio lugar a que fuera traducido el Sistema de Derecho Romano Actual, obra cumbre del gran maestro.

Sin embargo, no me parece que se arraigara con profundidad en esa época el conocimiento de los sistemas científico-jurídicos alemanes de la Península. Esto ocurrió más tarde, y por vía del derecho penal, con la obra del catedrático Quintiliano Saldaña (1878-1938) y de Luis Jiménez de Asúa, que estudiaron en Berlín junto a Franz von Liszt, el espíritu ecléctico que armonizó las exigencias sistemáticas con las nuevas concepciones criminológicas positivistas, de carácter naturalista evolutivo.

Conviene aclarar que Liszt (primo del gran músico) era vienés de nacimiento (1851) y en Viena tuvo su formación inicial, junto al gran penalista Adolf Merkel, quien también enseñó en Alemania, donde se instaló Liszt para siempre. La circulación de académicos de derecho entre ambos países (y también Suiza) continúa hasta hoy, pero entonces la unidad cultural era completa. Viena, además, nos ha dado una escuela de Teoría General del Derecho que tiene su máximo exponente en Hans Kelsen, y ha proseguido demostrando gran fecundidad.

Saldaña y Jiménez de Asúa tradujeron, y el primero comentó, el primer *Tratado de Derecho Penal* de Liszt, respondiendo a una tendencia cada vez más arraigada en la cultura jurídica española de fines del siglo XIX y muchos decenios del XX (hasta hoy, en el siglo XXI) a transplantar los hallazgos de la ciencia jurídica alemana, especialmente penal, mediante la traducción comentada de grandes tratados, como hizo José Arturo Rodríguez Muñoz con el Tratado de Edmund Mezger, para dar a conocer, en 1953, al mundo de habla hispana, la nueva concepción del sistema del derecho penal sustentado por Hans Welzel.

Este último trabajo de Rodríguez Muñoz ejerció una fuerte influencia entre los jóvenes penalistas argentinos de las décadas de los 60 y 70.

El profesor Jiménez de Asúa [uno de los grandes emigrados que arrojó a las playas sudamericanas la derrota de la República Española y la instauración del régimen fascista en la península] dio a conocer la ciencia jurídica-penal germana en la esfera hispanoamericana mediante su gran trabajo enciclopédico, en el cual presenta amplias síntesis de la evolución de aquel pensamiento.

Además, este socialista convencido ocupó cargos políticos de gran importancia en la República, se salvó de un atentado siendo Presidente de la Corte. El fin de la Guerra Civil lo sorprendió como Embajador español en Praga, y ocupó, en el ocaso de su vida, la Presidencia del Gobierno de la República Española en el exilio. Se trata, pues, de un prócer español. Su biblioteca y los muebles de su escritorio (ocupaba un departamento en las cercanías de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires) fueron adquiridos por la Universidad Complutense de Madrid. No tuvo la felicidad de asistir al fin del régimen franquista, pues falleció en 1970.

### **13. La penetración del pensamiento jurídico-penal germano en la Argentina**

En la Argentina de los años 20 y 30 del pasado siglo eran frecuentes las visitas de conferenciantes españoles de distintas especialidades. Como Jiménez tenía un costado positivista, encontró buena acogida en el círculo de los positivistas criminológicos de Buenos Aires, y por el lado de la ciencia normativa sistemática que cultivaba, la recepción se dio en Córdoba.

Aclaremos que el positivismo de Spencer y Comte dominaba el pensamiento de las élites de toda América Latina desde las décadas finales del siglo XIX, y, en la Argentina tuvo su precipitado jurídico en el movimiento de criminología positivista. El positivismo *in genere* fue la filosofía oficial del Estado argentino consolidado entre 1852 y 1880 y se buscaba en ella la justificación del predominio del patriciado. A la vez, el movimiento socialista contestatario también buscaba, erradamente, en esa corriente filosófica bases para la crítica de la sociedad existente, hasta contagiarse de racismo, como ocurrió con la figura, en tantos aspectos respetable, de José Ingenieros.

La escuela criminológica, en tanto, se nutría del positivismo criminológico italiano de Cesare Lombroso y Enrico Ferri (éste último ídolo de los inmigrantes socialistas que lo escuchaban en Buenos Aires). Pero esta escuela pretendía barrer con muchos de los postulados del derecho penal liberal, e intentó hacerlo a través de una larga serie de proyectos que, p.ej., enumera el profesor Carlos Alberto Elbert en su *Manual Básico de Criminología*. Esta tendencia de control social de los sectores más desfavorecidos era paralela a la fuerte represión del movimiento obrero que culminó en 1910.

A la posición antiliberal del positivismo criminológico se opuso en los años 20 Sebastián Soler, joven estudioso cordobés (en realidad, había nacido en Cataluña, pero siendo muy pequeña su familia emigró a la Argentina) en una obra capital que se titula *Exposición y Crítica de la Teoría del Estado Peligroso*. Ahora bien, el punto de apoyo para la defensa de los principios liberales del derecho penal lo encontraron Soler, y la restante escuela de Córdoba, en la profundización de la ciencia jurídico-penal germánica.

#### **14. Una vanguardia de la ciencia jurídica-penal alemana en al época de la consolidación del Estado argentino**

Antes de formular una aproximación a cuál fase de la ciencia jurídico-penal germánica fue la que produjo efecto entre los años 20, 30 y 40 del siglo XX en la Argentina, hemos de señalar que existió aquí una penetración de esa ciencia en la Argentina ya al promediar el siglo XIX. En efecto, en 1851, el abogado Charles Vattel tradujo al francés el *Código Penal del Reino de Baviera*, del año 1813, obra del gran penalista Paul Anselm Ritter [Caballero] von Feuerbach (1775-1833). Este es el sistematizador del derecho penal liberal, y su definición de la garantía de la legalidad de las penas adquirió valor universal.

El penalista argentino de los años de la organización nacional argentina (1853-1880) fue Carlos Tejedor, profesor por un lado, alto magistrado y después gobernador de la Provincia de Buenos Aires, que en 1880 enfrentó con las armas al Gobierno Nacional. Pero en 1860 se dedicaba más tranquilamente a la exposición del derecho penal vigente, que era el heredado de la época colonial, y editó sus lecciones, que revelan gran conocimiento de los antiguas corrientes hispanas e italianas, de la exégesis francesa y de la teoría del Derecho

Natural, pero solo por vía de algunos autores: no hay allí influencia germánica.

La obra de Feuerbach debió llegarle a Tejedor cuando en 1864 el Gobierno nacional le encargó redactar un proyecto de Código Penal. En 1865 presentó la parte general y en 1868 la especial. Ambas partes siguen casi a la letra el *Código* de Baviera. Aunque este proyecto, así como fue formulado por Tejedor, no fue sancionado por el Congreso Nacional, lo adoptaron nueve de las catorce provincias argentinas.

Después de diversas tentativas de legislación penal única para el país, en 1886 fue sancionado por el Congreso un proyecto que tenía por base el de Tejedor, pero fuertemente reformado en aspectos importantes. De todos modos, mientras rigió el Código de Tejedor, el texto y los comentarios del autor, inspirados en buena medida por los del *Código* bávaro (que eran oficiales) sirvieron de jurisprudencia penal en la Argentina.

Sin embargo, este primer influjo de la legislación y la doctrina alemana se disipó rápidamente, reemplazado por modelos españoles e italianos, sobre todo. Creo que aquí influyó la barrera idiomática que, en cambio, no se daba en España, la cual contaba desde mediados del siglo XIX con intelectuales compenetrados de la cultura germánica, y esto de manera creciente, hasta que Ortega y Gasset (1883-1955) ocupó una cátedra en la Universidad de Marburgo, y realizó sus magníficas traducciones de textos hegelianos, dando lugar a una generación de traductores de textos de la filosofía alemán que cumplieron sus labores en el exilio (por otra parte, la filosofía y la cultura alemana eran enormemente conocidas en Italia, nombres como Spaventa, Croce Gentile están en las listas del idealismo alemán, y hasta Pirandello estudió en Alemania, y con otros matices, hasta la Primera Guerra Mundial, en Inglaterra, Francia y no digamos Rusia, el influjo de la cultura alemana era muy sentido).

### **15. La época de mayor penetración cultural germánica en la Argentina**

Como vimos, la cultura de las primeras décadas del siglo XX era básicamente positivista en la Argentina en lo social, político y, aún más, jurídico-penal y criminológico. En la literatura, el ambiente era de inspiración anglo-francesa.

Las visitas de Ortega y Gasset introdujeron el interés por la cultura general alemana, y las de Jiménez de Asúa dieron asidero para la absorción de los sistemas jurídicos-penales germánicos ya cimentados en España. Pero Soler tuvo, además, la ventaja de conocer bien la lengua alemana. No obstante estas nuevas inquietudes, la penetración de la cultura jurídico penal germánica tuvo lugar en un medio intelectual que, en substancia y a diferencia de España, era ajeno a las grandes fuentes de inspiración de aquella cultura: el racionalismo, el idealismo, ya el absoluto de Schelling y Hegel, ya el crítico de Kant.

Y, precisamente, el pensamiento jurídico-penal germánico que se introdujo representaba un momento de la vida intelectual de Austria y Alemania distanciado de sus grandes fuentes, y conciliante con el positivismo naturalista, a través sobre todo, de la obra de Liszt y de Ernst Beling (cuya obra principal tradujo el mismo Soler). La obra de Soler, su *Derecho Penal Argentino, Parte General*, fue publicada en 1940, pero su bibliografía no supera, en general, al año 1930 (incluye, por excepción, el *Tratado* de Mezger, en su 2da. edición alemana de 1933). El tipo de sistemática jurídico-penal que introdujo Soler en el medio argentino fue una técnica de inspiración naturalista, la cual pretendía neutralidad valorativa, y respondía, en su ordenación temática, al espíritu que la animaba. Mas cuando Soler dio a conocer su obra, el neokantismo se hacía sentir fuertemente en Alemania y producía transformaciones en la sistemática jurídico-penal, ya evidentes en el *Tratado* de Mezger.

Como sea, el *Derecho Penal Argentino* de Soler se difundió por toda América Latina, y, en la Argentina, fue seguido por otras dos obras sistemáticas, la de Ricardo C. Núñez y la de Carlos Fontán Falstra, que no se apartaron de las líneas generales del primero.

## **16. Las nuevas tendencias jurídico-penales en la Argentina y América Latina**

El trabajo de Soler se había efectuado en el aislamiento acerca de la literatura jurídica alemana impuesta por el nazismo y la Segunda Guerra mundial, pero adquirió su obra, y la de los epígonos, carta de ciudadanía en la Argentina. Sólo en los años sesenta del siglo XX comenzó a tomarse noticia de las nuevas tendencias de la literatura jurídico penal alemana. Dos autores jóvenes (en ese tiempo) Enrique Baciga-



lupo (hoy magistrado del Tribunal Supremo del Reino de España, gracias a las leyes de doble nacionalidad) y Eugenio Raúl Zaffaroni, hoy miembro de la Corte Suprema de Justicia argentina) desarrollaron una amplia obra fundada en la teoría penalista de Hans Welzel. Esta teoría introduce fuertes cambios en la estructura sistemática de la ciencia del derecho penal, y tiene paralelos con la doctrina filosófica de Nicolai Hartmann. En Chile la orientación de Welzel fue difundida por quien llegó a ser un eminente hombre público, Juan Bustos Ramírez, fallecido hace poco tiempo, que tradujo la principal obra de Welzel.

La escuela de éste sigue ejerciendo una fuerte influencia en América Latina, como lo testimonian los simposios con participación de eminentes continuadores de esa escuela que tienen lugar, p.ej., tanto en la Argentina, o México, donde la presencia de un discípulo de Armin Kaufmann, Moisés Moreno Hernández, ha puesto en vigencia del finalismo por mencionar casos en los que me llegan materiales. Participan en esos eventos profesores como Claus Roxin, Eberhard Struensee, Wolfgang Schöne, Hans Joachim Hirsch, Günter Jakobs, Bernd Schünemann, Fritz Loos.

Pero también corresponde destacar la influencia de catedráticos españoles, como Enrique Gimbernat Ordeig, José Muñoz Conde, Santiago Mir Puig, y los argentino-españoles Enrique Bacigalupo y Roberto Bergalli (este último no cultiva la dogmática penal, sino la sociología referente al delito).

Cabe destacar que el predominio de la escuela finalista se reflejó en el nuevo Código Penal alemán. Los seguidores de Welzel tomaron distintos rumbos, distinguiéndose la línea de Armin Kaufmann, refinadísima construcción de los lineamientos del maestro, y la de Jakobs, que se inspira en la sociología funcionalista de Niklas Luhmann.

Marcelo Sancinetti ha proseguido en la Argentina, con especial vigor, las tendencias de Armin Kaufmann, y, a mi juicio, es el más profundo de los estudiosos del derecho penal en nuestro país.

### 17. Influencia del pensamiento jurídico alemán en otras esferas

Por otra parte, el derecho procesal alemán ha influido en casi toda América Latina, a través, sobre todo, de la obra de un magistrado y jurista respetado en el entero continente, el Dr. Julio Maier.

Menor ha sido la influencia del derecho civil alemán, conocido por las traducciones españolas de obras fundamentales. En la Argentina, empero, el Código Civil, con 140 años de vigencia y pocas reformas, tiene un origen primordialmente francés, que está acrecentado por las notas del autor del *Código* (Dalmacio Vélez Sársfield), aunque en la ordenación del cuerpo legislativo se advierte también la influencia de Savigny. La Constitución Federal Argentina deriva, en gran parte, de la norteamericana, lo que da al Derecho Constitucional rasgos del mundo jurídico anglosajón. Se advierte, asimismo, que en la búsqueda de la comprensión de las catástrofes de constitucionales argentinas se recurre a dos grandes juristas críticos de la orientación conservadora predominante en la vida académica alemana: Hermann Heller y Franz Neumann, cuya obra se tradujo al castellano. Debería unirse a estos nombres el de Ernst Frenkel, pero permanece, según lo entiendo, desconocido en las especulaciones político-constitucionales de nuestro medio.

El derecho administrativo ostenta influencias francesas e italianas, unidas a rasgos anglosajones. Y, parte a través de España, parte en forma directa, también se da una irradiación del derecho administrativo alemán. Fuerte ha sido, desde hace muchos años, la influencia de Hans Kelsen en la teoría y la filosofía jurídicas. De todos modos, el mayor peso en todo el pensamiento jurídico latinoamericano lo tiene la ciencia del derecho penal elaborada en la esfera germánica. Dice una estudiosa y docente de la Universidad Autónoma de México (Alicia Azzolini) que

el desarrollo de la teoría del delito hasta llegar a su formulación actual ha sido producto fundamentalmente del pensamiento alemán. Ha sido en ese país donde se gestaron las distintas vertientes metodológicas con que se ha venido interpretando la definición de delito, estableciendo el significado y alcance de los elementos que lo componen (Moreno Hernández et al. 2005: 271).

Quedó constatado, pues, el arraigo en América Latina de los sistemas de ciencia jurídico-penal germánicos, en su situación actual. – Y que, en otros aspectos del derecho, ese influjo es mucho menor.

### **18. El valor de la tradición sistemática de la ciencia jurídica germánica**

Echemos ahora una mirada retrospectiva al pasado que antes narramos. Vimos cómo la sistemática jurídica racional, si bien no comenzó en territorios germánicos, sino con el holandés Grocio (con importantes antecedentes hispánicos) recorrió su camino en la órbita académica del antiguo *Reich*, cuando las múltiples partes de éste se hallaban sujetas a la opresiva forma del *Obrigkeitsstaat*.

Una manera de escapar al duro sistema de opresión externa fueron la profundización de la vida interior, el pietismo, la mística, el arte. Pero la filosofía tomó el rumbo de la construcción de grandes sistemas de pensamiento universal, entre ellos los sistemas de derecho racional-natural, que, a falta de controles institucionales al poder, intentaron erigirse como controles por autoridad científica (esto explica que los académicos gocen en Alemania de rango y estima social que no son comunes en otros lugares).

Este rasgo de autoridad continuó aún cuando los principios del derecho racional tambalearon, ya que, pese a ello, la escuela histórica hizo de la ciencia jurídica la fuente principal del derecho.

Este postulado sobrevive, pese a que la ciencia jurídica pretendió después fundarse en el derecho legislado, pero lo cierto es que lo modifica, lo transforma y lo hace apto para abarcar circunstancias nuevas, mucho mejor que con medios simplemente exegéticos de los textos. También es cierto que manejar estos sistemas es mucho más difícil que la exégesis y sus derivados viciosos (*eissegesis*) que imperan con frecuencia en nuestros foros.

Cabe recordar aquí las palabras de un gran jurista crítico, Herman Kantorowicz, que en 1933, por su condición de judío, partió al exilio a Inglaterra, donde gozó de un gran prestigio.

Murió allí en 1940, y fue un penalista destacado. Y dijo:

[...] la construcción conceptual es indispensable y no solo una exigencia del pensamiento científico, sino de la justicia: solo ella protege, por la abstracción de su procedimiento, de los peligros a que sin remedio está entregada la jurisprudencia de sentimiento ciega a la conceptualización [...].

Aunque señala también que no hay sistema que no contenga inseguridad y subjetividad, siendo necesario el control por los valores prácticos de sus resultados (*Tat und Schuld*, 1933, p. 33 y siguientes, según la obra *Streitbare Juristen*, p. 244).

Si la sistemática jurídico-penal germánica ha tenido la capacidad de dominar el pensamiento penal español y latinoamericano, ello ocurre porque su objeto, más que la legislación de Alemania o de Austria o de Suiza está constituida por elementos que tiendan a formar una teoría generalmente aplicable, más allá de cualquier legislación de un estado en particular.

Y este es un don precioso, porque estos tiempos tan convulsionados y llenos de amenazas de destrucción antes no imaginables, asisten a la vez al intento de constituir jurídicamente a la sociedad humana universal, la cosmópolis, percibida por los estoicos en la Antigüedad y, más cerca de la idea bíblica, a la familia humana de la que habla el inicio de la Declaración Universal de los derechos del hombre.

Para ayudar a esta tarea, la ciencia jurídica de raigambre germánica, cultivada por tantos no alemanes, inclusive hasta en el Lejano Oriente, necesita despojarse de defectos que señalan representantes máximos de ella, como el gran profesor de Múnich, Claus Roxin: exceso de preocupación por los aspectos solo subjetivos de las acciones, que es lo mismo que señalar la subsistencia de residuos del *Obrigkeitsstaat*; residuos que Ernst Fraenkel encontraba aún en la Constitución democrática de Weimar.

Más allá de las deficiencias, hemos de desear que la ciencia jurídica sistemática germana se remonte a sus fuentes en el derecho racional, y que éste se reconstituya a partir de la integridad de las personas en su relación intersubjetiva y no del intelecto monádicamente aislado.

Sin embargo, parece que el autor de la Monodología no dejaba e percibir nuevos horizontes, si es cierto lo expresado por Giole Solari acerca de que no resultaba difícil para Leibniz conciliar la inmutabilidad de los principios éticos y jurídicos con su variabilidad histórica, siendo para él la historia la realización progresiva e imperfecta de esos eternos principios esculpidos en el corazón de todos los hombres y que constituyen la conciencia ética (y jurídica, añadido) de la humanidad (Solari 1946, I: 93).

### Bibliografía

- Ambos, Kai (1999): *Impunidad y Derecho Penal Internacional*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Berman, Harold J. (1991): *Recht und Revolution. Die Bildung der Westlichen Rechts-tradition*. En traducción alemana del original inglés. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Bracher, Karl Dietrich (1969): *Die Deutsche Diktatur*. Köln: Kiepenheuer & Witsch.
- Coing, Helmut (1961): *Fundamentos de filosofía del derecho*. Traducción castellana del original *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Barcelona: Ariel.
- Elbert, Carlos Alberto (2007): *Manual básico de criminología*. Buenos Aires: EUDEBA.
- Eser, Albin/Arnold, Jörg (eds.) (2000): *Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht*. Freiburg i. Breisgau.
- Gil Cremades, Juan José (1969): *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*. Barcelona: Ariel.
- Haffner, Sebastian (1978): *Anmerkungen zu Hitler*. München: Kindler.
- Heer, Friedrich (1978): *Das Heilige Römische Reich von Otto dem Großen bis zur Habsburgischen Monarchie*. München: Heyne.
- Jiménez de Asúa, Luis (1957): *Tratado de derecho penal*. Tomo I: *Concepto del derecho penal y de la criminología, historia y legislación penal comparada*. Buenos Aires: Losada.
- Kleinheyer, Gerd/Schröder, Jan (eds.) (1976): *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*. Karlsruhe/Heidelberg: Müller.
- Koschaker, Paul (1955): *Europa y el derecho romano*. Traducción castellana del original alemán *Europa und das Römische Recht*. Madrid: Revista de Derecho Privado.
- Kritische Justiz (ed.) (1988): *Streitbare Juristen: eine andere Tradition*. Baden-Baden: Nomos.
- Liszt, Franz von (1962): *La teoría dello scopo nel diritto penale*. Traducción italiana del original alemán *Der Zweckgedanke im Strafrecht*. Milano: Giuffrè.
- Mandt, Hella (1974): *Tyrannislehre und Widerstandsrecht. Studien zur deutschen politischen Theorie des 19. Jahrhunderts*. Darmstadt: Luchterhand.
- Mann, Golo (1974): *Deutsche Geschichte des 19. und 20. Jahrhunderts*. Frankfurt am Main: Fisher.
- Moreno Hernández, Moisés (ed.) (2003): *Problemas capitales del derecho penal a principios del S. XXI*. México, D.F.: CEPOLCRIM.
- Moreno Hernández, Moisés et al. (eds.) (2005): *Problemas capitales del moderno derecho penal: "lo permanente y lo transitorio del pensamiento de Hans Welzel en la política criminal y la dogmática penal del siglo XXI"*. México, D.F.: Centro de Estudios de Política Criminal y Ciencias Penales (CEPOLCRIM).
- Müller, Ingo (1989): *Furchtbare Juristen: die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München: Knauer.

- Oertzen, Peter von (1974): *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus: eine wissenssoziologische Studie über die Entstehung des formalistischen Positivismus in der deutschen Staatsrechtswissenschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Rüping, Hinrich (2<sup>a</sup>1991): *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*. München: C. H. Beck.
- Sancinetti, Marcelos A./Ferrante, Marcelo (1999): *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Proyecto del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional – Dirección Programática, Jörg Arnold, Coordinación para América Latina.
- Shirer, William L. (1960): *The Rise and Fall of the Third Reich, a History of Nazi Germany*. New York: Simon and Schuster.
- Solari, Gioele (1946-1950): *Filosofía del derecho privado*. Tomo I y II. Traducción castellana del original italiano *Individualismo e diritto privato* (Tomo I) y *Storicismo e diritto privato*. Buenos Aires: Depalma.
- Soler, Ricaurte (1968): *El positivismo argentino*. Buenos Aires: Paidós.
- Soler, Sebastián (1956): *Derecho penal argentino, Parte General*. 3<sup>o</sup> reimpresión de la ed. de 1940, Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina (T. I y II).
- Tejedor, Carlos — (1866-1867): *Proyecto de Código Penal para la República Argentina*, parte 1<sup>o</sup>. Buenos Aires: Imprenta del Comercio del Plata; parte 2<sup>o</sup> misma imprenta.
- Tejedor, Carlos (2<sup>a</sup>1871): *Curso de derecho criminal*. Buenos Aires: Librería de Cl. M. Joly.
- Vatel, Charles (1852): *Code pénal du royaume de Bavière*. Traducción francesa del Código redactado por Feuerbach, acompañado por explicaciones extraídas del Comentario Oficial y de los Prolegómenos del Tratado de Derecho Penal de dicho jurista. Paris: Auguste Durand.
- Welzel, Hans (1957): *Derecho natural y justicia material; preliminares para una filosofía del derecho*. Traducción castellana del original alemán *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*. Madrid: Aguilar.
- Wieacker, Franz (1957): *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*. Traducción castellana del original alemán *Privatrechts-Geschichte der Neuzeit*. Madrid: Aguilar.