

Vinculación entre el Código Penal Argentino de 1922 y el Código Penal Alemán

P O R

Ricardo C. Núñez

Si se nos pidiera un ejemplo de países en los cuales la influencia legislativa extranjera resulta evidente, no titubiaríamos en indicar a los de Sud América, y, entre ellos, colocaríamos en un puesto de honor a la República Argentina. La razón, perceptible sin mayor esfuerzo, es que la legislación sud-americana no tiene una raíz aborígen en muchos de sus aspectos. Con esto no queremos decir que pensemos que la legislación de los países de la América del Sud, está totalmente invadida por problemas legislativos exóticos, carentes de realidad histórica nacional. Sino que nuestra afirmación sólo tiene en vista, casi en general, el aspecto puramente legislativo del asunto; esto es, la regulación jurídica de los problemas nacionales. Pero, no obstante los límites de la observación que aquí hacemos, el hecho resulta de importancia para la vida jurídica de esos estados, pues, con frecuencia, la técnica legislativa tiene una influencia deformatoria de la substancia histórica que regula.

El examen de las instituciones legislativas de los pueblos, en su génesis y en su estructura, permite notar que los procesos de influencia inter-legislativa se deben a distintas causas. Unas veces su razón de ser es la necesidad de un modelo técnico. Otras veces el proceso tiene una raíz más profunda, como es la penetración cultural. Por último, una razón de primer orden, justificativa de la influencia de una legislación por otra, es el hecho de que en los países

más distintos por su índole, se producen hechos sociales que en el fondo son idénticos. En todos lados se mata al prójimo, o se lo desapodera de sus bienes contra su voluntad; en todos lados existe la traición a la patria, así como el alzamiento armado contra la autoridad constituída o la usurpación del poder público. Sólo que en un lado, más se mata por pasión que por venganza, o más se hurta con destreza que con violencia, o varían las formas y las finalidades de la traición o de la usurpación violenta de la autoridad pública.

El desenvolvimiento legislativo argentino resulta muy interesante en punto a las influencias extranjeras. El propio legislador constitucional ha declarado, en el artículo primero de la Ley fundamental del país, que “la Nación Argentina *adopta* para su gobierno la forma representativa, republicana, federal”. Explicando el sentido de este precepto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: “que el sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra, lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia, y nos lo hemos apropiado” (1). La legislación civil también ha sufrido en forma preponderante la influencia extranjera. Basta leer las notas del Código civil y el siguiente párrafo del doctor Vélez Sársfield para darse cuenta cabal de lo que afirmamos: “Si el doctor Alberdi —le dice Vélez a éste contestándole su afirmación sobre que la guía del codificador habían sido las leyes del Brasil— hubiera recorrido siquiera ligeramente mi proyecto de Código, habría encontrado que la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen. El mayor número de

(1) “La federación será bien entendida, dijo el Presidente del Congreso de Santa Fe, si se comprende como en los Estados Unidos del Norte, única federación modelo que existe en el mundo civilizado”. (*La Constitución en el Congreso General Constituyente*, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1943, pág. 219). Sin embargo, es evidente que entre el modelo y la Constitución Argentina existen diferencias básicas: piénsese sólo en lo referente a los poderes de legislación del Gobierno Federal y de los Estados particulares. Medítese también sobre el distinto espíritu con que, en un punto fundamental de la legislación penal, han sido aplicadas una y otra constitución: la jurisprudencia y la doctrina nacionales han interpretado correcta y estrictamente el principio constitucional *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. En los EE. UU. la aplicación del sistema del common law en materia penal implica la admisión de la analogía en relación a los delitos y a las penas.

los artículos tienen la nota de una ley de partida, o del fuero real, o una ley de las recopiladas. Después, podía haber observado que en los diversos títulos me guían unas veces Savigny, Zacharie, Ortolán, etc., y otras Aubry y Rau, Pothier, Troplong, Duranton y otros grandes jurisconsultos que no escribieron para el Brasil. Podía también haber visto todo lo que me sirvo del Código francés, sin pensar en que mi país tome las costumbres francesas, ni que sea colonia de aquel Imperio” (2).

La legislación criminal argentina no podía constituir una excepción, y no la ha constituido. De ella tampoco se puede decir que en alguna oportunidad haya sido la expresión real del derecho existente en la Nación antes de la época de la codificación. Al comenzar el proceso de ésta, con el Proyecto de Tejedor, se puede notar el fenómeno curioso de la notable influencia de la legislación penal bávara, a pesar de que su doctrina y la realidad social que ella contemplaba eran, en esa época, casi totalmente extrañas a la cultura y a la sociedad argentinas. Todo indicaba que el comienzo de la era de la codificación penal se debiera desarrollar sobre la base fundamental de las leyes penales españolas, aplicadas por los tribunales de la República hasta ese momento, con verdadero conocimiento de su sistema (3). Pero el doctor Tejedor hace

- (2) *El Folleto del Dr. Alberdi*, p. 191, en *Dalmacio Vélez Sársfield, Político y Jurista*, Escritos y Discursos, Editorial América Unida, Bs. As. Véase también el capítulo noveno de la *Historia de Vélez Sársfield*, segunda edición, t. II, Bs. Aires, Bernabé y Cía., 1938, de Abel Cháneton.
- (3) Véanse, en el orden nacional, las resoluciones de la Corte Suprema registradas en sus *Fallos*, t. II, seg. serie, ps. 47, 290 y 353, en las cuales se aplican las Partidas. En el orden provincial, en Córdoba, véase el *Boletín Oficial*, año 1860, resolución de la p. 241, y año 1861, resolución de la p. 29 y sgts., en las cuales se aplican las Partidas, el Fuero Real, la Recopilación Castellana y la Novísima Recopilación; respecto de Buenos Aires, véase *El Judicial*, año 1, n. 5, sábado 9 de junio de 1855, p. 1 y sgt.; año 1, n. 10, miércoles 22 de agosto de 1855, p. 1 y sgts. (es la causa seguida a don Antonino Reyes por complicidad en varios delitos y violencias cometidos en el campamento de los Santos Lugares, durante la tiranía de Rosas, entre los que se citan el fusilamiento efectuado en las personas del presbítero D. Wladislao Gutiérrez y de la joven D^a. Camila O’Gorman); año II, n. 39, viernes 27 de junio de 1856, p. 1 y sgt.; año IV, n. 91, domingo 20 de junio de 1858, p. 2 (se trata de la compensación de injurias mutuas por la prensa: Sentencia del juez correccional en el asunto controvertido entre D. Domingo F. Sarmiento y D. Francisco Bilbao). En estas causas se aplican el Fuero Real, la Ley del Estilo, las Partidas y la Recopilación Castellana.

del Código penal de Baviera del año 1813 (4) su principal guía, por lo menos en la parte general del Proyecto. Véanse, si no, por ej., los títulos relativos a la “voluntad criminal” y a la “consumación del crimen”, a la “tentativa” y a la “culpa o imprudencia”, en los cuales se repiten casi textualmente los artículos del Código bávaro y se los ilustra con el comentario oficial del mismo. No obstante que don J. L. Aguirre ilustra el Código de 1886 con las notas del Proyecto de Tejedor, resulta evidente, a la primera confrontación, que en este código se nota ya una marcada declinación de la influencia de la legislación bávara. La cultura del país se unía a la ignorancia casi general del idioma alemán, para disminuir la eficacia real del antecedente germano en la vida política del Código de 1886. Es suficiente recordar sobre este punto, que ni la jurisprudencia ni la doctrina lo explican recurriendo a fuentes alemanas, sino que ambas se sirven preferentemente de los autores españoles y franceses, aunque ya se insinúa en la doctrina la penetración de la teoría italiana, que ha de informar más tarde, a partir del Proyecto de 1891, la legislación criminal argentina (5). Este proyecto representa la iniciación de un nuevo rumbo en la dirección que fundamen-

(4) Al remitir al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, la primera parte del proyecto del Código penal, el doctor Tejedor dice: “Siguiendo principalmente el Código de Baviera, he creído que debía ser estenso en la exposición de estas disposiciones...” (*Proyecto de Código Penal para la República Argentina, trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Doctor Don Carlos Tejedor*, parte primera, Buenos Aires, Imprenta del Comercio del Plata, calle de la Victoria 87, 1866, p. I). No dice Tejedor que el Código de Baviera sea el del 16 de mayo de 1813, elaborado por Pablo Anselmo von Feuerbach “fundador de la moderna ciencia del Derecho punitivo”, pero de que fué éste y no el del 10 de noviembre de 1861, no queda duda cuando se confrontan los artículos y sus comentarios, que Tejedor cita. Seguramente el doctor Tejedor tuvo en sus manos el *Code Pénal du Royaume de Bavière traduit de L'allemand, avec des explications tirées du Commentaire Officiel (Exposé des motifs) et un appendice, par Ch. Vatet*, Paris, Auguste Durand, Libraire-Editeur, 5, rue des Grès, 1852. Por otra parte, en Alemania se señala concretamente la influencia del Código de Feuerbach sobre el Código argentino de 1886 y sobre el Proyecto de Tejedor, véase v. Hippel, *Deutsches Strafrecht*, I, p. 300, not. 3, y p. 442, not. 5.

(5) Véase *Exposición y Crítica del Código Penal de la República Argentina*, por el doctor Rodolfo Rivarola, Buenos Aires, 1890, obra en tres tomos. El doctor Rivarola es una de los redactores de los proyectos de 1891 y de 1906.

talmente orienta la codificación penal del país. Aunque al pie de los artículos se citan varias legislaciones, no puede pasar inadvertido que la guía fundamental de los redactores del Proyecto del 91 es el Código italiano de 1889. En este aspecto, los proyectos de 1906 y de 1917 y el Código en vigor no representan un cambio de derrotero.

La causa por la que el germanismo del doctor Tejedor se mostró incapaz de seguir rigiendo la vida legislativa argentina, debe encontrarse en la propia razón de su adopción. Esta sólo puede haber sido la necesidad técnica, pues no existían otros puntos de contacto, entre la legislación bávara y las necesidades de la codificación argentina, que justificaran tal preferencia. Frente a esto, el legislador del 91 no pudo sentirse ligado en forma definitiva a un modelo técnico que, en esa época, ya aparecía superado por un monumento legislativo nacido en una sociedad cuyas costumbres legislativas podíamos conocer por la exposición de sus juristas y por las resoluciones de sus jueces, expuestas ambas en una lengua mucho más accesible que la alemana. No podía, en fin, la legislación bávara discutir la dirección fundamental de la codificación de 1891, a un Código, como el Italiano del 89, que aparecía como el fruto de una larga y meditada elaboración, de la que los redactores del Proyecto podían informarse por los trabajos preparatorios del Código (6). Por otra parte, la dirección alemana ya había muerto antes de 1891 en los propios comentarios del Proyecto Tejedor, hasta el punto de que Augusto Elías, que lo estudia "en sus principios", en su calidad de Código de la Provincia de Buenos Aires, lo hace con absoluta prescindencia de los autores y aun de los códigos alemanes (7).

La falta de arraigo de la legislación bávara en la legislación, jurisprudencia y doctrina argentinas del 86, no implica que no exista ninguna vinculación entre el Código penal argentino en vigor

(6) La *Relazione Villa* y la *Relazione ministeriale* (Zanardelli) están citadas en la exposición de motivos del Proyecto (véanse ps. 20 y 227 de la primera edición).

(7) *El Código Penal, estudiado en sus principios*, por Augusto Elías, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, Especial para obras, calle Alsina 60, 1880.

y el Código penal alemán de 1871. Sin duda que no hay vinculación entre ambos bajo el punto de vista de que éste, por representar un código del mismo origen que el que sirvió de fuente de inspiración al primer paso de la codificación criminal argentina, pueda llamarse también fuente del Código del 22. Miradas las cosas desde este punto de vista, es inútil toda pretensión de ligar ambos cuerpos legislativos, ya que el propio Código alemán del 71 no es el resultado del Código bávaro de 1813, sino de la legislación criminal prusiana, especialmente del Código penal de 1851, el cual, a su vez, no sufrió la influencia del Código de Feuerbach, a pesar de ser un código germano y de fecha posterior al Bávaro (8). La vinculación legislativa entre ambos códigos se inicia en el Proyecto de 1891, que, según el pensamiento de sus redactores, concuerda en muchas de sus disposiciones con artículos del Código alemán (9).

No se debe sobrevalorar la influencia del Código alemán sobre el Código argentino. Ella está lejos de ser de primer orden. Casi con seguridad que los redactores del Proyecto de 1891, de los proyectos posteriores y del Código actual, ni siquiera han podido consultar la legislación alemana en su idioma original (10). Poco probable resulta, hasta el punto de que se puede descartar, el supuesto de que algunos de los redactores de los proyectos o del Código, conociesen realmente la doctrina y la jurisprudencia alemanas, de manera que ellas pudieran reflejarse consciente y sistemáticamente en su obra legislativa. Pero ni todo esto es capaz de impedir que entre los códigos de que tratamos exista un vínculo de valor para el estudio del Código argentino. Redúzcase, si se quiere, su vinculación a las relaciones que puedan derivar a través de las concordancias enunciadas por los redactores del Proyecto del 91, pero aun así

- (8) Sobre esto véase *v. Liszt, Traité de Droit Pénal Allemand*, t. I, París, 1911, § 11; *v. Hippel*, Ob. cit., p. 342 (el C. Alem. es una revisión y perfeccionamiento del C. Prusiano); *Code Pénal Prussien du 14 avril 1851*, Introduction et traduit par J. S. G. Nypels, París, A. Durand, Libraire-Editeur, rue des Grès 7, 1862. Ver la Introducción, p. 10 y sgts.
- (9) El Proyecto oficial lleva al pie de cada artículo las concordancias con otras legislaciones.
- (10) El doctor Rodolfo Rivarola, último sobreviviente de los redactores del Proyecto, ya no pudo explicar, casi al final de sus días, al señor Director del Instituto de Derecho Comparado, cuál había sido la edición del Código alemán de que se sirvió la Comisión del 91.

se encontrará que el conocimiento fiel del Código alemán resulta de suma utilidad para la interpretación del argentino.

Las concordancias entre el Proyecto de 1891 y el Código alemán, en lo que respecta a la parte general, son las siguientes según la primera edición oficial del Proyecto:

Artículos 1 (3 y 4), 3 (4 inc.1), 11 (13), 18 (14 y 17), 19 (23), 21 (24), 24 (26), 59 inc. 4 (55), 95 inc. 1 (70 n. 1), 95 inc. 5 (70 n. 5), 100 (67 in fine), 101 (70 in fine), 103 (68 párr. 1 y 72), 104 (68). Los números entre paréntesis indican los concordantes alemanes.

Las soluciones que el Proyecto da en los artículos mencionados, no son siempre las mismas que las alemanas, y, a su vez, las del Código penal difieren muchas veces de las de aquél. Por ej., es notable el caso de la concordancia dada por los redactores respecto del artículo 1 del Proyecto con los párrafos 3 y 4 del C. Alem. Si bien el artículo 1 del Proyecto y el párrafo 3 del C. Alem. rigen la aplicación de la ley penal en el espacio por el principio *territorial*, el párrafo 4 establece los principios *personal*, *real* y *universal* que no están en el concordante argentino.

Para comprender el valor que tiene una traducción fiel del Código alemán, a pesar del resultado negativo a que se llega respecto de su influencia legislativa en el Código argentino del 22, basta pensar que semejante versión pone al alcance de todo penalista argentino la legislación sobre la cual se ha desarrollado la riquísima teoría penal alemana, cuyos métodos constituyen formas técnicas, que si bien presentan modalidades nacionales, son susceptibles de adopción en nuestro país, siempre que no se proceda en forma tan servil que se sacrifiquen las particulares características del derecho penal argentino, a las conclusiones que mediante esos mismos métodos se han logrado en la legislación positiva para la que se elaboraron.