

**JAMES GOLDSCHMIDT Y SUS APORTES
A LA CULTURA JURÍDICA DE AMÉRICA DEL SUR
(TRAYECTOS INTELECTUALES DE UN EXILIO)**

ANDREA A. MEROI ^(*)

Resumen: En el presente artículo procedemos a la reconstrucción de la biografía intelectual de James Goldschmidt y su influencia en la cultura jurídica de Sudamérica. Para esto hemos analizado sus contribuciones en las áreas de Derecho Procesal y Derecho Penal. Hemos considerado especialmente su integración a las elites locales y la formación de un importante número de discípulos quienes han ocupado y ocupan varias Cátedras universitarias.

Abstract: In this paper we carry out a reconstruction of the intellectual biography of James Goldschmidt and his influence on the legal culture of South America. To that end we have analyzed his contributions in the areas of Procedural Law and Criminal Law. We have considered him especially in his integration with local legal elites and the formation of a large number of disciples who have occupied and occupy various University Chairs.

Palabras clave: James Goldschmidt. Derecho Procesal. Derecho Penal. Biografía Influencia.

Key words: James Goldschmidt. Procedural Law. Criminal Law. Biography. Influence.

I. Perfiles biográficos e intelectuales de James Goldschmidt

1. James Goldschmidt nació en Berlín el 17 de diciembre de 1874. Proveniente de una familia judía de una próspera posición económica (su padre era banquero), durante su juventud y adolescencia recibió una

^(*) Profesora titular de Derecho Procesal I de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (e-mail: andreameroi@gmail.com).

ANDREA A. MEROI

esmerada educación, tanto en cultura como en lenguas extranjeras, realizando sus estudios en el Liceo Francés de Berlín. Cursó la carrera de leyes en la Universidad de Heidelberg y, más tarde, en Berlín; en cuyos claustros conoció, fue discípulo y, luego, colega de Frank von Liszt. Realizó su tesis doctoral, bajo el título de *La teoría de la tentativa acabada e inacabada*¹; presentando la misma en 1895 y publicándola dos años más tarde. Al mismo tiempo que preparaba su habilitación para la docencia, Goldschmidt realizó prácticas en la Administración de Justicia; las que le eran requeridas para el segundo examen de Estado. En 1902 obtuvo su habilitación con su investigación intitulada *Derecho penal administrativo*². En 1901 principia su actividad docente en Berlín como *Privatdozent*; esto es como profesor sin sueldo fijo, cuya remuneración provenía de las inscripciones de los estudiantes en sus cursos.

2. El 7 de agosto de 1906 casó con Margarethe Lange (a partir de entonces, Margarethe Goldschmidt); de cuyo matrimonio nacieron cuatro hijos: Robert, Werner, Víctor y Ada.

En 1908 se desempeñó como profesor extraordinario en la Facultad de Derecho de la Universidad de Berlín. A partir de 1919 fue designado catedrático, en esa misma Universidad; laborando en el Instituto de Derecho Penal, que codirigió junto con Eduard Kohlrausch. Fue dos veces decano de la Facultad de Derecho y, desde 1927, miembro de la oficina científica de exámenes.

Como la mayoría de sus compatriotas generacionales, James Goldschmidt participó en la Gran Guerra (1914 / 1918). El dato es significativo porque, como consecuencia de ello y según lo veremos en el próximo acápite, al iniciarse las políticas persecutorias nacionalsocialistas, durante un breve tiempo, se vio amparado por la denominada *excepción Hindenburg*.

¹ Título original: *Die Lehre vom unbeeidigten und beendigten Versuch*, Breslau, 1897. Hay traducción española, de Jacobo López Barja de Quiroga y León García – Comendador Alonso, en *James Goldschmidt*, Derecho, Derecho penal y Proceso, T° I, Problemas Fundamentales del Derecho, Jacobo López Barja de Quiroga (ed.), 2010 (189/240 ff.).

² Título original: *Das Verwaltungsstrafrecht: eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, 1902.

Los horizontes de investigación que frecuentó James Goldschmidt fueron variados. Su bibliografía comprende 94 títulos, entre libros y artículos ³. Pese a la variedad que aquélla refleja, indudablemente sus inquietudes científicas principales se desarrollaron alrededor de cuatro líneas: el Derecho penal, el Derecho penal administrativo, el Derecho procesal (civil y penal) y la Filosofía del Derecho.

En lo que concierne a los ámbitos penal, penal procesal y penal administrativo -que constituyen nuestro objeto de indagación-, sus obras principales fueron, además de las ya mencionadas: *La punibilidad de la coacción ilícita* ⁴ (1897); “Sobre la teoría del hurto” ⁵ (1900); *El estado de necesidad un problema de la culpabilidad* ⁶ (1913); *Sobre la reforma del proceso penal* ⁷; *Contribución a la teoría de la estafa de crédito* ⁸ (1928); “La concepción normativa de la culpabilidad”, artículo incluido en el Libro Homenaje a Frank ⁹, y publicado en 1930; *Metodología jurídico - penal* ¹⁰ (1935) y *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal* ¹¹ (1935).

Uno de los indicadores más relevantes de la gravitación que, por entonces, gozaba el profesor berlinés se ve reflejado en la participación que le cupo en diversas iniciativas legislativas. En este sentido, cabe recordar que hacia inicios del siglo veinte, el Código penal de 1871 había

³ Para una recopilación de su obra, cfr. *Jacobo López Barja de Quiroga*, “James Goldschmidt, un gran jurista judío perseguido por el nazismo”, en *James Goldschmidt, Derecho, Derecho penal y Proceso*, T° I, 37/42 (ff.).

⁴ Título original: *Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Notigung nach dem Reichsstrafgesetzbuch*, Schletter, 1897.

⁵ Título original: “Aus der Lehre vom Diebstahl”. In: *Archiv für Strafrecht und Strafprozeß* Jg. 47, 1900.

⁶ Título original: *Der Notstand ein Schuldproblem: mit Rücksicht auf die Straugesetzentwürfe Deutschlands, Osterreichs und der Schweiz*, Manzsche K.u.k. Hof- Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1913.

⁷ Título original: *Zur Reform des Strafverfahrens*, 1919.

⁸ Título original: “Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug Beiträge zur Lehre vom Kreditbetrug”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, T° 48, 1928.

⁹ Título original: *Normativer Schuldbegriff. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, 1930.

¹⁰ *Metodología jurídico - penal: cursillo hecho en la Universidad de Madrid, en los meses de febrero, marzo y abril de 1934: guía para la solución de casos prácticos de derecho penal*, Volumen 60 de Biblioteca de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1935.

¹¹ *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal: conferencias dadas en la Universidad de Madrid en los meses de diciembre de 1934 y de enero, febrero y marzo de 1935*, 1935.

mostrado la necesidad de ser reformado. A la sazón, la teoría científica germana se encontraba en un punto de tensión entre dos doctrinas: la denominada escuela clásica, que postulaba una teoría retributiva de la pena, y cuyos representantes centrales eran Karl Binding y Karl v. Birkmeyer y la escuela moderna, de orientación sociológico preventivo especial, en donde descollaba, como figura aglutinante, v. Liszt. Para que la reforma pudiese realizarse con éxito, era menester buscar un cierto equilibrio entre estos posicionamientos¹². En ese contexto aparece, en 1909, un primer Anteproyecto de Código penal Alemán, “que intentó reconciliar la escuela clásica y la moderna y que, si bien se aferraba a la teoría de la retribución, hacía importantes concesiones a la escuela moderna”¹³. Frente a este Anteproyecto, los profesores Kahl, v. Liszt, v. Lilienthal y James Goldschmidt, presentaron, en 1911, un Contraproyecto más avanzado¹⁴.

Por otra parte, y en lo que concierne al proceso penal, en 1919, el Ministro de Justicia del Imperio encargó a James Goldschmidt la elaboración de un proyecto de Ordenanza Procesal Penal; la que se conoció por el nombre de su autor. Este proyecto de Goldschmidt buscaba “la superación

¹² Al respecto, Claus Roxin, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. 1997, 114 f. Pese a la disputa teórica entre ambas escuelas, investigaciones modernas sostienen que, las diferencias entre Binding y v. Liszt residieron más en el nombre que en el contenido. En efecto, refiere FRANCISCO MUÑOZ CONDE, “La herencia de Franz von Liszt”, *Revista de Derecho penal y procesal penal*, 2001, 28 ff., que: “Lo que Von Liszt se proponía con su tipología del autor era ‘inocuizar’ a los incorregibles; lo que Binding defendía con su Derecho Penal retributivo era exactamente lo mismo, si bien, en vez de remitir a una medida policial, recurría a la gravedad de la pena, reclamando una reacción penal más intensa (prisión perpetua, o incluso pena de muerte) fundada en la gravedad de la culpabilidad del autor o en ideas abstractas de probidad, exagerando el concepto de pena. El fin, sin embargo, es, en definitiva, el mismo en ambos autores y, por lo demás, muy manifiesto”.

¹³ Roxin, 115 ff. Entre estas concesiones, señala Roxin a las siguientes: introducción de la condena condicional, admisibilidad de la custodia para delincuentes enfermos mentales, internamiento en un centro de deshabitación, creación de una “pena de seguridad” más elevada para delincuentes reincidentes profesionales y habituales, así como un Derecho penal de menores orientado a la idea de educación e incremento del límite de la mayoría de edad penal de 12 a 14 años.

¹⁴ Así lo califica Hans - Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. 1993, 88 ff. El Anteproyecto de 1909 y el Contraproyecto de 1911 fueron tenidos en cuenta por la primera Comisión de Reforma del Derecho Penal que elaboró el Proyecto de 1913; éste, sin embargo, no llegó a tener trámite legislativo, por haberse iniciado la primera guerra mundial.

de todas las cuestiones propias del proceso inquisitivo y el desarrollo de un proceso penal acusatorio”, introduciendo en primera instancia el escabinado; estableciendo la apelación extraordinaria para todos los asuntos; restringiendo y controlando la posibilidad de acordar la prisión provisional, al exigir para su dictado la concurrencia de causales muy estrictas ¹⁵.

2. Las leyes raciales alemanas y James Goldschmidt

El 30 de enero de 1933, Hindenburg nombró canciller a Hitler. La Alemania del Weimar había llegado a su fin. Y si bien las fuerzas de la derecha política, bajo la inspiración de diversos ideólogos (v. gr. Ernst Jünger) se orientaban hacia el diseño de una identidad nacional establecida sobre principios raciales ¹⁶, la primera fase de la política antisemita del nuevo gobierno pudo advertirse con la ley del 7 de abril de 1933, sobre el **restablecimiento del servicio civil profesional** y su reglamentación ¹⁷. En virtud de los artículos 1º y 2º, del citado documento, serían jubilados los funcionarios que no eran de ascendencia aria. Si fuesen funcionarios honorarios serían despedidos. Sin embargo, no serían desafectados aquellos funcionarios civiles que ya estaban en servicio en la fecha del 1º de agosto de 1914 “o que combatieron en el frente a favor del *Reich* Alemán o de sus aliados, durante la guerra mundial, o cuyos padres o hijos cayeron en

¹⁵ López Barja de Quiroga, 23 ff. El proyecto, tuvo una fuerte resistencia en el ámbito político y no prosperó.

¹⁶ Al respecto, Eric D. Weitz, *La Alemania de Weimar*. 2009, 394 ff. Sobre las lecturas de Jünger por parte de Hitler, Timothy W. Ryback, *Los libros del Gran Dictador. Las lecturas que moldearon la vida y la ideología de Adolf Hitler*. 2010, 115 ff.

¹⁷ Así lo reconocen Cristian Buchrucker – Susana Dawbarn – María Carolina Ferraris, *Del mito al genocidio. Una historia documental del antisemitismo en Alemania*. 2012, 144 ff. Desde luego que, con anterioridad al 7 de abril de 1933, puede observarse el dictado de normas que permitían avizorar el surgimiento de formas totalitarias. En tal sentido, como consecuencia del incendio del Reichstag, el 28 de febrero de 1933, se dictó el Decreto Presidencial del Reich para la Protección del Pueblo y del Estado; en virtud del cual quedaron suspendidas la libertad de movimiento, la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones postales. A lo que hay que añadir, también, la pérdida de libertad de expresión, reunión, asociación y económica. Respecto de este decreto, F. Javier Blázquez Ruíz, “Fundamentos biológicos del derecho nacionalsocialista”, en F. Javier Blázquez Ruíz (Coordinador), *Nazismo, Derecho y Estado*. 2014, 107 ff.

ANDREA A. MEROI

la guerra mundial”¹⁸. La parte final de la norma trascrita consagraba la denominada *excepción Hindenburg*. En efecto, el presidente Hindenburg limitó las pretensiones antisemitas de Hitler invocando para ello el carácter de ex combatientes o padres o hijos de quienes, como consecuencia de la guerra, habían caído en combate. La expulsión de “Mis viejos soldados del frente”, de origen judío, dijo Hindenburg, sería “un absoluto anatema para mí”. Y enseguida agregaba: Si “fueron lo bastante buenos para que los llamáramos a las filas y para que derramaran su sangre por Alemania, también deben serlo para seguir en sus profesiones y servir así a la patria”¹⁹. James Goldschmidt, como ya lo expresamos, era un veterano de guerra; con lo cual, por un tiempo, logró ampararse en aquella excepción. Sin embargo, su situación lejos estuvo del sosiego. Por el contrario, más allá de aquella excepción, entre septiembre y noviembre de 1935, con las llamadas *Leyes de Núremberg*, los judíos, despojados de la categoría de ciudadanos, comenzaron a ser privados de sus derechos políticos. A partir de allí desapareció el circunloquio de no arios y no hubo ninguna clase de excepciones como las aceptadas con relación a los ex combatientes hebreos²⁰. Poco antes, sin embargo, y por coacción de los nazis, Goldschmidt tuvo que solicitar, el 23 de junio de 1934, la liberación de sus obligaciones funcionariales y ceder su cátedra berlinesa. Asimismo se dispuso la confiscación de su residencia y del resto de su patrimonio; siéndole obstaculizado su egreso de Alemania, de la que en muy escasa medida podía salir, dejando su familia, en territorio germano, como una suerte de rehenes para asegurar su regreso²¹. Semejante coyuntura determinó la necesidad del exilio de la familia Goldschmidt. Esto, empero, tampoco resultaba sencillo, porque aparte de las dificultades para conseguir los visados necesarios para un egreso transitorio del país, se sumaba la necesidad de encontrar un empleo en el extranjero, aprender un nuevo idioma; sin dejar

¹⁸ Tomamos el texto legal de Buchrucker – Dawbarn – Ferraris, 173 ff. El 11 de abril de 1933 se introdujo una enmienda al Primer Reglamento a la Ley de Servicio Civil Profesional. En su artículo 1º se definía quienes debían ser considerados como no arios en los siguientes términos: “las personas que desciendan de no arios y muy particularmente quienes desciendan de padres o abuelos judíos”.

¹⁹ Hindenburg a Hitler, 4 de abril de 1933. Citado en KOONZ, Claudia, “La conciencia nazi. La formación del fundamentalismo étnico del Tercer Reich”, 2005, 62 ff. LOZANO, Álvaro, “La Alemania nazi. 1933 - 1945”, 2011, 330 ff., señala que, durante la primera guerra mundial, 12.000 judíos dieron la vida por Alemania.

²⁰ Buchrucker – Dawbarn – Ferraris, 148 ff.

²¹ López Barja de Quiroga, 27 ff.

de mencionar que la mayoría de los judíos no querían marcharse de Alemania porque, de hecho, se sentían alemanes²². Sin embargo la situación, finalmente, se tornó insostenible. Por tal motivo, primero fueron los hijos de James los que salieron de Alemania: Robert, se desplazó hacia Italia; Víctor se radicó en Suiza²³ y Werner se exilió, primeramente, en España. Cuando sus hijos hubieron salido, James y su esposa lograron trasladarse a Madrid.

Quizá uno de los factores que determinaron aquel lugar de radicación estuvo determinado por algunos contactos, inmediatamente anteriores al exilio, que había mantenido James Goldschmidt. En efecto, durante los meses de febrero a abril de 1934, el profesor berlinés dictó un cursillo en la Universidad de Madrid, intitulado *Metodología jurídico penal*. Dicha actividad académica fue relevante, entre otros aspectos, porque profundizaba la utilización del método dogmático; manteniendo el dialogo entre los juristas españoles y la ciencia jurídico alemana del momento (Radbruch, Beling, Mezger, etcétera). En el preámbulo del opúsculo, que fue producto de aquel curso, Goldschmidt agradecía la presencia continua de Luis Jiménez de Asúa durante el dictado del mismo. Hacia 1935, el profesor berlinés logró radicarse en España y comenzó a dictar diversas conferencias. Así, en el primer trimestre de aquel año, desarrolló en la Universidad madrileña un nuevo curso, en este caso de Derecho procesal penal; cuyo producto sería el libro, ya citado, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, que publicaría con la editorial Bosch de Barcelona. También dictó otras conferencias en las Universidades de Barcelona, Valencia, Sevilla y Zaragoza; incorporándose, además, como colaborador de la “*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*”²⁴. Para entonces, el profesor berlinés había adquirido un gran dominio de la lengua castellana, escribiendo algunos trabajos, directamente en ese idioma²⁵.

²² Como bien ha descrito Peter Fritzsche, en *Vida y muerte en el Tercer Reich*. 2008, 125 ff.

²³ Luego se desplazaría a Francia.

²⁴ López Barja de Quiroga, 27 ff.

²⁵ Tal el caso *Problemas generales del Derecho*; libro que redactó durante su exilio español y que fue publicado, después de su muerte.

ANDREA A. MEROI

II. James Goldschmidt en Uruguay

Al iniciarse la guerra civil española, James Goldschmidt y su esposa se trasladaron a Cardiff (Inglaterra). Allí se reencontraron con su hijo Robert. En el mes de octubre de 1939, James le escribió una carta al catedrático de Derecho procesal Civil de la Universidad de la República (Uruguay), Eduardo Couture. Con dramatismo, el profesor berlinés expresaba: “conozco sus libros y tengo referencias de Ud. Estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco porque soy alemán; a España menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo”²⁶. Pocas semanas después, y merced a las gestiones de Couture²⁷, James y Robert Goldschmidt, junto a su madre, se encontraban radicados en Montevideo. Allí, Robert dictó, el 24 de septiembre de 1941, una conferencia en la Facultad de Derecho, a instancias de su anfitrión, sobre “Las ideas políticas y la sociedad anónima”; la que apareció publicada en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*²⁸, dirigida por Couture.

El exilio montevidiano de los Goldschmidt, sin embargo, fue breve. Esto se debió al fallecimiento de James Goldschmidt quien, tras dictar en la Universidad huésped dos clases, falleció el 28 de junio de 1940.

III. James Goldschmidt y su influencia en América del Sur

Como buena parte de la ciencia jurídica reconoce, James Goldschmidt fue un notable jurista alemán que realizó aportes ineludibles para

²⁶ COUTURE, Eduardo, “James Goldschmidt, un judío muerto por la libertad de la cultura”, <http://www.fder.edu.uy/archivo/documentos/couture-libertad-de-la.cultura.pdf>, 17/8/2014.

²⁷ Sobre la inestimable solidaridad y ayuda que brindó Couture a juristas europeos, especialmente italianos (V. gr. Renato Treves y Enrico Tullio Liebman) aunque también judíos alemanes (como el caso de los Goldschmidt), LOSANO, Mario G., “Tra Uruguay e Italia: Couture e Calamadrei, due giuristi democratici nell’epoca delle dittature europee”, en PALOTTO, María Rosario y otros (eds.), “Derecho privado y modernización. América Latina y Europa en la primera mitad del siglo XX”, 2015, 275 ff.

²⁸ N° 10, octubre de 1941, págs. 289/297.

el desarrollo del ya maduro derecho penal y para el soporte del incipiente derecho procesal. Su talento y su laboriosidad fueron generosamente transmitidos a sus hijos, Roberto Goldschmidt y Werner Goldschmidt.

El impacto de su obra en América del Sur lo fue, ante todo, por sus investigaciones procesales. Así es como se explica que “los juristas de esta rama sean los que se han ocupado en América, casi exclusivamente, de su obra y de su personalidad”.²⁹

Esta notable influencia en el ámbito procesal no debería opacar su sobresaliente actuación en el campo penal (“Goldschmidt no se hizo penalista ampliando su radio de acción de procesalista; al revés, de consumado penalista pasó a ser un eximio procesalista, pero sin abandonar aquel campo”³⁰) ni su inquietud filosófica. Respecto de esta última, se ha dicho que “[e]sta nueva orientación de su pensamiento tuvo su génesis en los acontecimientos políticos que rodearon su mundo casi al término de su carrera como científico del derecho positivo. Goldschmidt buscó en la tarea filosófica la estabilidad y la Justicia que le negaban las nuevas corrientes que influenciaban al derecho positivo dándole un sentido incapaz de conformar a su delicado espíritu liberal. Sin embargo, Goldschmidt no entra en contacto con la filosofía por primera vez recién en esta etapa de su vida, sino que ya en sus obras anteriores se encuentran aportaciones a la filosofía jurídica: desde 1924, en su ‘Gesetzesdämmerung’, inserto en *Juristische Wochenschrift*, combate el positivismo jurídico y se inclina hacia el ius-naturalismo...”³¹

1. El hombre en América del Sur

Como ya hemos dicho, los crueles designios de la historia y de sus protagonistas hicieron que James Goldschmidt pusiera rumbo a un pequeño y lejano país sudamericano: la República Oriental del Uruguay.

Allí lo cobijó un entonces jovencísimo y ya destacado procesalista, el Profesor Eduardo J. Couture. Toda vez que afortunadamente la Fundación Eduardo J. Couture y la Facultad de Derecho de la Universidad de

²⁹ NÚÑEZ, Ricardo C., Prefacio a la obra *La concepción normativa de la culpabilidad*, Goldschmidt, James, trad. Margarethe de Goldschmidt y Ricardo C. Núñez, 2ª ed., Montevideo - Buenos Aires, B de F., 2002, pág. 53.

³⁰ Íd. íd., pág. 54.

³¹ Íd. íd., pág. 57.

ANDREA A. MEROI

la República (Montevideo, Uruguay) han conservado el texto de una conferencia ³² dada por el eximio procesalista uruguayo a poco tiempo del fallecimiento en ese país de James Goldschmidt, nadie ni nada mejor a los fines de ponderar la percepción que en Sudamérica se tenía de nuestro homenajado:

«He elegido el tema siguiente: “James Goldschmidt, un judío muerto por la libertad de la cultura”.

Este tema es, en pocos trazos, la historia del fin de una vida ilustre. A este fragmento de historia he querido agregar algunas consideraciones para señalar dónde está el drama de esa vida, es decir, dónde puede estar el drama de la vida de todos nosotros que no estamos libres de su destino.

Por último, en sentido constructivo, he querido conjeturar, en forma de conclusiones, qué enseñanzas sacamos de esta filosofía de una vida.

Pido se me consienta esa pequeña digresión, esa palabra final de comprensión e interpretación de los hechos de nuestro tiempo.

I

En el mes de octubre de 1939 recibí una carta del Profesor Goldschmidt, que fue Decano de la Facultad de Derecho de Berlín, escrita desde Cardiff, en Inglaterra. Ya comenzada la guerra, en ella me decía lo siguiente: “Conozco sus libros y tengo referencias de Usted. Estoy en Inglaterra y mi permiso de residencia vence el 31 de diciembre de 1939. A Alemania no puedo volver por ser judío; a Francia tampoco porque soy alemán; a España menos aún. Debo salir de Inglaterra y no tengo visa consular para ir a ninguna parte del mundo”.

A un hombre ilustre, porque en el campo del pensamiento procesal, la rama del derecho en que yo trabajo, la figura de Goldschmidt era algo así como una de las cumbres de nuestro tiempo, a un hombre de esta insólita jerarquía, en cierto instante de su vida y de la vida de la humanidad, como una acusación para esa humanidad, le faltaba en el inmenso planeta, un pedazo de tierra para posar su planta fatigada. Le faltaba a Goldschmidt el mínimo de derecho a tener un sitio en este mundo donde soñar y morir. En ese instante de su vida a él le faltaba el

³² <http://www.fder.edu.uy/archivo/documentos/couture-libertad-de-la-cultura.pdf>, 3/7/2015.

derecho a estar en un lugar del espacio. No podía quedar donde estaba y no tenía otro lado donde poder ir.

Pocas semanas después, Goldschmidt llegaba a Montevideo. Yo nunca olvidaré aquel viaje hecho ya en pleno reinado devastador de los submarinos. Vino en un barco inglés, el Highland Princess, en un viaje de pesadilla donde a cada instante un submarino podía traer la muerte, con chaleco salvavidas siempre puesto, viajando a oscuras. Angustiado, lo vi llegar una tarde de otoño lleno de luz, serenidad y calma a Montevideo.

Recuerdo de ese instante una anécdota conmovedora. Me dijo Goldschmidt que él no deseaba un apartamento junto al mar. Prefería algún lugar cerca del campo. Cuando vio el mar desde Pocitos adonde le habíamos llevado, no quiso saber nada de él. Me respondió entonces: “Yo ya sé adónde conduce”. Eran un hombre y una civilización que se repelían, se odiaban recíprocamente. Él venía a ver en el mar el símbolo del odio; a un Continente que lo había expulsado de su seno.

Recuerdo también que esa misma tarde, pocos minutos después de llegar, me dijo lo siguiente: “¿Usted tendrá la bondad de acompañarme a la Policía?” “¿Y que tiene Usted que hacer con la Policía?”, le contesté. “Tengo que inscribirme como llegado al país; dar cuenta a la Policía de que vivo aquí”, fue su réplica. “Pero Usted no tiene obligación de hacerlo”, le dije. “¿De manera que la Policía no sabe que yo estoy aquí, ni sabe dónde yo vivo?”. Se le llenaron los ojos de lágrimas y dijo: “Esto es la libertad”.

Era necesario que comenzara a actuar en la Facultad de Montevideo. París estaba por caer de un momento a otro y era indispensable que un alemán actuara en nuestra Facultad de Derecho, tan francesa. Goldschmidt tenía cuatro hijos, uno de los cuales estaba enrolado en el ejército francés. Lo había hecho para defender los principios humanos inherentes a la condición del hombre; superiores a la nacionalidad. La circunstancia de que este hijo de Goldschmidt combatiera en el ejército aliado bastó para que nuestro país comprendiera el sacrificio que eso significaba para la condición de alemanes del padre y del hijo.

La primera clase fue una apoteosis. El profesor de profesores, el hombre que nos había enseñado a todos nosotros ayudándonos en nuestra diaria comunicación con nuestros alumnos, tuvo, como digo, una digna recepción.

ANDREA A. MEROI

Yo me limité entonces a decir: “Tendrían que suceder en el mundo desgracias tan grandes como las que están sucediendo para que en este momento un hombre que representa la cumbre del pensamiento jurídico, esté dando clase en la Universidad de Montevideo. Como uruguayos, debemos sentirnos felices; como hombres, profundamente desgraciados”.

Pocos días después, Goldschmidt dio su segunda clase con igual éxito. Pocos días más tarde preparaba su tercera clase. Eran como las nueve de la mañana. Goldschmidt tuvo la sensación de una ligera molestia, quiso reponerse y dejó de escribir. Se acercó a su esposa, recitó unos poemas de Schiller para distraer la mente, volvió a su mesa y como fulminado por un rayo, quedó muerto sobre sus papeles.

Así murió el más eminente de los profesores de Derecho Procesal Civil alemán, en una casa de pensión en Montevideo. Caído sobre sus papeles escritos en español, que luego recogimos, retirando de sobre ellos su cabeza que empezaba a enfriarse, para transmitir al mundo el mensaje de quien había sufrido como pocos y murió de dolor, de puro dolor de vivir. No olvidaré nunca que en esos papeles, que están publicados hoy con el título de “Los problemas generales del Derecho”, se dice que el derecho, en último término, en su definitiva revelación, es la más alta y especificada manifestación de la moral sobre la tierra. Un sabio que, mediante oscuros instrumentos de derecho había sido perseguido por sus enemigos, concluía su vida escribiendo páginas que tenían más de muerte que de vida, en un acto de esperanza en el propio derecho que lo había condenado.

Hoy el Profesor Goldschmidt descansa en el Cementerio Inglés, donde sus discípulos hemos hecho colocar un hermoso block de granito negro. Un artista amigo dibujó en él, en bajo relieve, un perfil que tiene el Cerro de Montevideo y sobre él un ave errante con las alas abiertas. Junto a la lámpara de la sabiduría, el nombre del ilustre caído. Y nada más. Que lo entienda el que pueda.

Ésta es, en muy breves palabras, la última etapa de la vida de Goldschmidt, una etapa vivida en Montevideo en medio del dolor y de la angustia. Un hombre que se murió de muerte, por su Alemania perdida, por la civilización perdida y por la esperanza perdida.

II

¿Qué pensamientos profundos se esconden debajo de la superficie de este triste fin de una vida?

Goldschmidt fue una víctima del nacional socialismo. ¿Qué fue el nacional socialismo con relación al espíritu de nuestro tiempo? ¿Qué quedará de esta triste hora de la historia que mañana puede acaecernos a nosotros? ¿Cuál es su filosofía, que ha venido a traer tanto dolor entre los hombres?

Recuerdo que el año pasado, en un viaje que tuve que hacer a la Universidad de Viena, tuve ocasión de recorrer desde la primera hora de la mañana hasta la última del día la campiña alemana. Me había acostado en el tren de París; me desperté en Stuttgart y recorrí todo el sur de Alemania, llegando a la noche a Viena. El espectáculo de la campiña alemana fue para mí conmovedor. Nunca he visto en el campo de Europa o de América tal cúmulo de perfección, de esfuerzo insuperado, de trabajo humilde, de convivencia humana más admirablemente organizada que la campiña alemana. Tenía aquel día la armonía de la francesa, la frescura de la italiana, el orden de la suiza, los colores de la inglesa. Todo esto visto en un luminoso día de domingo, permitiendo observar las aldeas separadas por tres o cuatro kilómetros una de otra, con sus casas, sus plazuelas, sus pequeños campanarios, sus puentes, su cálido acento humano; un verdadero himno al trabajo. Y sin embargo, ese pueblo le ha dado a Europa, en el último siglo, más dolores que todos los otros reunidos.

Ese día, sin saber por qué, vino a mi mente algo que escribió Stefan Zweig en sus páginas póstumas: “Como europeo, como escritor, como judío y como liberal siempre he estado en el sitio donde se desencadenaban las tempestades; tres veces he visto destruir mi casa y tres veces intenté reconstruirla, pero la adversidad ha sido siempre más fuerte que yo”.

Pensé por curiosa coincidencia, en todos estos hombres que sufrieron como europeos haber nacido en la cima de la civilización occidental; como intelectuales, por su propia inteligencia; como judíos, por su propia raza y como liberales por amor a la libertad.

Un europeo, se dice en un escrito relativamente reciente, es un hombre que nació en un país que algún día tuvo su Julio César, su Federico el Grande, su Carlos V o su Napoleón; y en el fondo de su alma todo

ANDREA A. MEROI

europeo sueña con el regreso del día en que tenga otro Julio César, otro Carlos V, otro Federico el Grande u otro Napoleón que le restituya el Imperio donde no se pone nunca el sol. Hay algo de perverso en ese espíritu de grandeza. Esa fiebre mesiánica desató en Alemania, con el nacional socialismo, una guerra que fue la catástrofe de toda una civilización.

Las primeras víctimas de manía de grandeza fueron los intelectuales, los hombres que tuvieron sobre sí la responsabilidad de la inteligencia y el manejo de la razón pura.

Son los intelectuales que no se rinden al régimen imperialista, las primeras víctimas del terror; por su valor sufrieron la confiscación de sus bienes y campos de concentración; todo ello por la sola razón de su inteligencia, por creer que el pensamiento significa algo fundamental en la vida de los hombres. Frente a la emoción desatada y las pasiones enardecidas, corresponde sin embargo a la inteligencia la responsabilidad del entendimiento entre los hombres.

Fue además, en el caso de Zweig y Goldschmidt, una causa de desdicha, su condición de judíos. Debo confesar con angustia lo que he visto en los ghettos. Recuerdo el último que vi en Lisboa, en el barrio moro-judío que visité casi a la madrugada en medio de un silencio, de una humedad, de una sombra, de un aire sepulcral que me dio tanta pena, como pocas veces he tenido. Pensé que los dolores que habían sufrido las criaturas que allí habían vivido eran tantos a lo largo de los siglos, que si se volcaran sobre un solo hombre, en un solo instante, bastarían para dejarlo fulminado instantáneamente. Son cientos los lugares del mundo que han significado la cárcel en la ciudad para millares de individuos que no han tenido culpa alguna y que a lo largo de los siglos han sido perseguidos por la sola razón de su raza.

Si la humanidad de nuestro tiempo no se cura de ese mal que azotó a la especie a lo largo de los siglos, es porque la humanidad no tiene redención. Si no comprendemos que los hombres son todos iguales, que la sustancia humana es siempre la misma, sea cual sea el color de su piel y la sangre que corre en sus venas; si no entendemos que no puede ni debe haber distinción alguna entre los hombres, todo el sacrificio sufrido parecería ser en vano.

Nuestra enseñanza debe ser, hoy como ayer, que no hay hombres inferiores o superiores y que frente a la comunidad, los hombres no

tienen más superioridad que la de sus talentos o de sus virtudes, como dice la Constitución.

Y queda todavía el último aspecto, el sacrificio y los holocaustos de los hombres que han amado la libertad. ¿Por qué los dictadores persiguen a los hombres amantes de la libertad? Porque el orden de la convivencia humana está regido por leyes. El derecho es, sin duda, con todas sus imperfecciones, el mejor instrumento que se ha descubierto para regular la convivencia humana. La justicia es el destino normal del derecho; el derecho apunta hacia la justicia. Junto al derecho existe el amor a la paz que es un sustituto bondadoso de la justicia. Pero envolviendo todo eso que rige la convivencia, existe la libertad sin la cual no hay justicia, ni derecho ni paz.

El día en que en una tiranía el gobierno abriera la puerta a un solo hombre amante de la libertad, si le reconociera la libertad de conciencia y de palabra, en pocas semanas ese solo hombre habría volteado a la más poderosa de las dictaduras. No hay dictadura que pueda subsistir ante los embates de una voz que clama por la libertad. Las dictaduras necesitan ampararse en un fundamento psicológico que es el inverso de la libertad: el miedo. Las dictaduras que preparan la guerra o la agresión actúan sobre la base del miedo. El miedo de las madres a perder a sus hijos, de los capitalistas a perder sus capitales, de los hombres a perder su vida, de los pueblos a perder su paz. Pero cuando un gobierno ha cercenado todas sus libertades y entronizado el miedo, todo está perdido. Si quiere la guerra hará todo lo posible para llegar a ella y lo logrará bajo el signo del mismo miedo. Entonces las madres perderán a sus hijos, los capitalistas perderán sus capitales, los hombres perderán su vida, y los pueblos perderán su paz.

III

Para terminar, ¿qué conclusión extraemos de estos dos capítulos, el del período de vida que he examinado y el del drama filosófico que está escondido dentro de él?

La más clara conclusión que pude extraerse en nombre de los principios superiores, comunes a todos los hombres, a todos los pueblos, a todas las razas, a todos los tiempos, es la de que el hombre, en cuanto tal, se debe gobernar sin que haya preferencias en razón de ideas, religiones o razas. Basta la más pequeña distinción en este orden de cosas para herir de muerte todo el equilibrio de la convivencia humana.

ANDREA A. MEROI

La propia desigualdad en la riqueza es un principio de inequidad: no ya en nombre de la justicia, sino también en nombre de la condición humana.

Hay un libro de un escritor mejicano que se titula: "La existencia como economía, como desinterés y como caridad". Dice Antonio Caso, su autor, que en la vida todos los hombres estamos impulsados por un incontenido deseo de economía. Nos alimentamos para economizar energías y sobrevivir; descansamos para economizar esfuerzos; trabajamos para conservar para nosotros o nuestros hijos el fruto de nuestro trabajo. El hombre, como el animal, es instintivamente económico; trata de cumplir la ley del máximo rendimiento con el mínimo de esfuerzo. Pero junto a los hombres que tienen este instinto económico, andan sin embargo otros que no perciben las cosas así: el artista, por ejemplo, tiene un sentido de lo económico normalmente menos desenvuelto que el banquero. El artista crea su arte porque un impulso interior lo lleva hacia él, sin interés y sin desinterés. Él se siente llamado a transmitir un mensaje, algo que tiene que expresar como escritor, como músico, como pintor y necesita independientemente de toda idea de economía, por desinterés natural, volcar hacia el exterior su mensaje de belleza o sabiduría. Pero junto a ellos hay un tercer grupo de hombres que han puesto como ideal de su vida el sacrificio; el héroe, el mártir, el santo, simbolizan el reverso de la economía. La ley de la caridad es opuesta a la de la economía. En tanto la economía requiere obtener el máximo rendimiento con el mínimo de esfuerzo, la caridad exige el máximo de sacrificio con el mínimo de rendimiento. Muchos hombres han hecho del sacrificio la razón de ser de su existencia. De muchos de ellos la historia ha guardado sus nombres. ¡Pero cuántos mártires desconocidos, cuántos héroes ignorados, cuántos hombres que vivieron para el bien y nada sabemos de ellos! Esos hombres son la flor de la especie humana en todas las razas, en todos los tiempos.

Y entonces nos preguntamos: si se necesita una ley que haya de gobernar a todos esos hombres, tan diversos entre sí, ¿cuál es la ley que sirve al mismo tiempo para el banquero, para el artista y para el mártir? ¿Cuál es el principio de convivencia humana que sirve para los tres, que ven la vida de tan opuesta manera? Éste es el secreto de todo el arte de gobernar. Si pudiéramos tener tres leyes, una para cada uno de esos distintos hombres, acaso la vida fuera menos difícil. Pero necesitamos algo que los comprenda a todos.

Durante años me he pedido a mí mismo una respuesta; y sólo en los últimos años mi conciencia me ha dicho que la única ley capaz de unificar a todos los hombres de la especie humana es la ley de la tolerancia.

La ley de la tolerancia significa, ante todo, comprender a nuestro semejante. Nunca tendremos en la mano toda la verdad; ésta debe ser nuestra única certeza. Debemos ser conscientes de que siempre caerá de entre nuestras manos, como si las tuviéramos llenas de arena, una cantidad de granos que se escurrirán de entre los dedos y que irán a parar a manos de nuestros adversarios. Debemos saber que no es ningún mérito respetar las ideas que compartimos sino que el mérito consiste en respetar las ideas que aborrecemos. Por eso, la más profunda filosofía de la convivencia humana está en el pensamiento que dice así: “La plena libertad de nuestra conciencia sólo la habremos de conquistar el día en que lleguemos a sentir intenso amor por aquel que no piensa como nosotros”.

Es este un tema que cada uno de vosotros interpretará a su manera. Perdido entre las miles de páginas de Unamuno está escrito esto: “El que manda compadézcase a sí mismo, porque tiene que mandar; y el que obedece compadézcase a sí mismo, y a su jefe. Compadezcamos a todo el que se distingue, por aquella su distinción de que es esclavo, y al que no se distingue, por su esclavitud de no distinguirse; y así todos nos amaremos en la común miseria”.

James Goldschmidt murió de dolor, porque su mundo se había olvidado de tan sencillas verdades. Murió por la crueldad de una cultura que no sólo se olvidó de la libertad, sino también de la misericordia, que es una de las más finas y sutiles formas de la libertad».

James Goldschmidt había llegado a Montevideo en los primeros meses de 1940. Allí mismo lo sorprendió la muerte, el 28 de junio de 1940.

2. La obra en América del Sur

De entre las varias e invaluables influencias que James Goldschmidt ejerciera entre los juristas sudamericanos, elegimos el área de *derecho procesal*, en particular desde las visiones de la *teoría general del proceso* y del *derecho procesal civil*.

ANDREA A. MEROI

a) Elementalmente, su aporte más original y profundo en esta área fue la teoría del proceso como *situación jurídica*. Goldschmidt puso de relieve el aspecto dinámico del proceso y construyó categorías propias que hoy nadie ignora: *expectativas, posibilidades y cargas*. Expuso esta perspectiva por primera vez en su libro *Prozeß als Rechtslage* (Springer, 1925) y concretada posteriormente en *Teoría general del proceso* (Labor, 1936).

También cabe destacar la noción de *derecho judicial material*, sobre la que giró buena parte de su construcción científica. Para tomar una real dimensión de su importancia en estas latitudes, recordemos que *Materielles Justizrecht* fue publicado íntegramente en castellano (con traducción de la Dra. Catalina Grossmann y autorización de los familiares de James Goldschmidt) bajo el título *Derecho judicial material (pretensión de tutela jurídica y derecho penal)* por la “Revista de Derecho Procesal” (Argentina), Año 1946, N° 4, pp. 1-68.

En ese mismo número de la Revista se publicó un trabajo del profesor de la Universidad Nacional de Tucumán (Argentina) y ex profesor de la Universidad de Urbino, Renato Treves, bajo el nombre *El testamento filosófico de un procesalista: James Goldschmidt*³³. En nota al pie, la dirección de la Revista aclaraba que “[a]unque este trabajo se refiere a las ideas filosóficas de Goldschmidt, y no a las específicamente procesales, lo consideramos del mayor interés para los estudiosos del proceso, porque sólo en aquellas ideas encuentra su verdadero fundamento la construcción procesal del profesor de Berlín”.

Esa obra “filosófica” de James Goldschmidt predomina en las páginas en las que trabajaba en el invierno de 1940 cuando lo sorprendió la muerte, recogidas y ordenadas por Roberto Goldschmidt y Ricardo Núñez en la obra póstuma *Problemas generales del derecho* (Buenos Aires, 1944). Para Treves, “estos principios básicos e ideas directrices que constituyen... el aporte más personal y constructivo de Goldschmidt a los estudios filosóficos del derecho, consisten en la concepción del derecho como producto de la cultura, en la distinción del derecho del Estado y en la afirmación del fundamento del derecho en la justicia personalista”.³⁴

Precisamente en otro número de esa prestigiosa “Revista de Derecho Procesal”, se habrían de editar tres trabajos que -a diez años

³³ Íd. íd., págs. 187-205.

³⁴ Íd. íd., pág. 194.

entonces del fallecimiento de Goldschmidt- denotan la profunda huella del autor.

En efecto: el gran procesalista español Niceto Alcalá Zamora y Castillo, profesor de las Universidades de Valencia y México, aportó su trabajo *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt*.³⁵ Analiza allí, con meticulosidad, la clasificación goldschmidtiana y abunda sobre consideraciones laudatorias y críticas.

Por su parte, Ernst Heinitz, profesor de la Universidad de Erlangen (Alemania), es el autor del trabajo *El impulso que James Goldschmidt dio a la teoría del “elemento normativo de la culpabilidad”*, traducido Margarita Goldschmidt y Luis F. Martínez Gavier.³⁶

Finalmente, Luis Juárez Echegaray, profesor de la Universidad de Córdoba, publicó un trabajo bajo el título *Algunas teorías sobre la cosa juzgada y la opinión del profesor James Goldschmidt sobre su naturaleza*.³⁷

A poco que se recorran las páginas de los máximos procesalistas de la región, se advierten el respeto intelectual que inspiraba y la influencia que ejercía el maestro berlinés.

A modo de ejemplos paradigmáticos, habremos de recorrer las miradas de algunos de ellos.

b) Precisamente uno de los procesalistas mexicanos más destacados, Humberto Briseño Sierra, afirma sin ambages que “[d]espués de la guerra de 1914 la literatura procesal alemana se vio privada de muchos estudiosos y no pudo volver al primer plano, de modo que Alcalá Zamora califica a los Fundamentos de Derecho Procesal de Sauer como más ambiciosos que consistentes, y coloca en primer lugar la obra de James Goldschmidt, con su teoría del proceso como situación jurídica”.³⁸

Este autor dedica nada menos que veintiuna páginas a describir y valorar la teoría goldschmidtiana sobre *Der Prozeß als Rechtslage*.³⁹ De entre las numerosas consideraciones del profesor mexicano destacamos:

³⁵ “Revista de Derecho Procesal” (Argentina), Año 1951, N° 12, págs. 49-76.

³⁶ Idem, págs. 393-403.

³⁷ Id., págs. 405-415.

³⁸ BRISEÑO SIERRA, Humberto, “Derecho Procesal”, México D.F., Cárdenas, vol. I, pág. 429.

³⁹ Tal, además, el título de la obra de James Goldschmidt (Berlín, 1925).

ANDREA A. MEROI

- 1) Para Goldschmidt el concepto de *situación jurídica* es específicamente procesal: “nace así una concepción dinámica del proceso, al considerarse que convierte las relaciones jurídicas en situaciones que, sin negar a las anteriores, las transforma en el transplante al campo procesal”,⁴⁰
- 2) Como premisas de su tesis, Goldschmidt afirma que la obligación del juez de conocer la demanda no se funda en una relación procesal sino “en el derecho público que impone al estado el deber de administrar justicia. Tampoco incumben obligaciones al demandante sino cargas, especialmente la de afirmar hechos y aportar pruebas”;⁴¹
- 3) Briseño destaca muy particularmente un concepto: *derecho justicial material*, al que pertenecería la exigencia de protección jurídica y que “al invariarlo con los preceptos del derecho privado, logra ver detrás de cada título subjetivo la acción correspondiente, o sea el precepto de derecho justicial material que obliga al Estado a exigir el cumplimiento de las prestaciones particulares”.⁴² Este concepto, además, abarca “los preceptos que, estando fuera de la ley procesal, se refieren a situaciones trascendentales para la valoración de la prueba”.⁴³ Para Briseño, “lo que viene a ser interesante en la tesis del derecho justicial material es que explica la trascendencia de lo sustantivo”,⁴⁴
- 4) Goldschmidt manejó las categorías de *expectativas, posibilidades, chances y cargas*. Se trata de categorías procesales que no caen bajo el concepto de la relación jurídica: “representan, más bien, situaciones jurídicas, o sea el estado de una persona desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera, con arreglo a las normas jurídicas. Esta concepción se aplica a todo derecho que surge en un proceso, puesto que los ligámenes no son abstractos, sino que tienen un contenido que se determina por la aplicación del derecho procesal material que forma el objeto del proceso. En esta aplicación al derecho subjetivo privado, hay una doble metamorfosis, la transposición en una exigencia de protección jurídica y la reducción de la exigencia a una mera expectativa o posibilidad procesales. La situación jurídica

⁴⁰ BRISEÑO SIERRA, vol. II, pág. 37.

⁴¹ Íd. íd., pág. 38.

⁴² Ibídem.

⁴³ Íd. íd., pág. 39.

⁴⁴ Íd. íd., pág. 40.

forma la síntesis de las consideraciones abstractas, supuesto procesal, y de la concreta, supuesto material del derecho justicial; reduce a común denominador la exigencia abstracta de que el Estado administre justicia y la concreta de que el Estado otorgue protección mediante sentencia favorable. La primera es la posibilidad de constituir, con la presentación de la demanda, la expectativa cercana y cierta, de menor valor, de que el juez proceda, a consecuencia de la demanda, con arreglo a la ley procesal; pero abriéndose al mismo tiempo la expectativa leja e incierta de que el juez dicte una sentencia favorable al demandante;⁴⁵

- 5) A modo de balance, Briseño Sierra considera que cabe reconocer en Goldschmidt el perenne esfuerzo para introducir un *sistema*, un conjunto de conexiones de conceptos congruentes. La terminología entronizada por el jurista berlinés fue ampliamente aceptada por legisladores y gran parte de la doctrina.⁴⁶

c) El procesalista uruguayo Eduardo J. Couture -quien no en vano dedicó su más importante obra al jurista alemán-⁴⁷ también realizó una extensa reseña de la doctrina del proceso *als Rechtslage* de James Goldschmidt.

El proceso no es relación sino *situación*: el estado de una persona que desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las normas jurídicas.

Resulta interesante la vinculación que Couture realiza con Spengler y su dístico que insta a sustituir la justicia estática de los romanos por una justicia dinámica. Bajo ese amparo, Goldschmidt “advierde que el espectáculo de la guerra le deparó el convencimiento de que el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha. En tiempo de paz el derecho es estático y constituye algo así como un reinado intocable: esta situación del derecho político se proyecta en forma idéntica al orden del derecho privado. Pero estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, de cargas y de expec-

⁴⁵ Íd. íd., págs. 47/48.

⁴⁶ Íd. íd., pág. 56.

⁴⁷ COUTURE, Eduardo J., “Fundamentos del derecho procesal civil”, reimp. de la 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1976.

ANDREA A. MEROI

tativas. De la misma manera, también en el proceso, el derecho queda reducido a posibilidades, cargas y expectativas, ya que no otra cosa constituye ese estado de incertidumbre que sigue a la demanda y que hace que, en razón del ejercicio o de la negligencia o abandono de la actividad, pueda ocurrir que, como en la guerra, se reconozcan derechos que no existen”.⁴⁸

Según Couture, esta verdadera “metáfora” de la guerra permite a Goldschmidt distinguir dos grandes ramas de imperativos jurídicos: por un lado, las normas que representan imperativos a los individuos, señalándoles determinada conducta en su actividad social (función extrajudicial, estática); por otro, los imperativos que constituyen medidas para el juicio del juez (función judicial, dinámica).

Cuando el derecho asume la condición dinámica del proceso, cambia la estructura de derechos por posibilidades (*Möglichkeiten*) de que el derecho sea reconocido en la sentencia; por expectativas (*Aussichten*) de obtener ese reconocimiento; y de cargas (*Lasten*) o imperativos del propio interés para cumplir los actos procesales.

De ahí que no pueda hablarse de relación entre partes y juez ni entre ellas mismas: el juez dicta sentencia porque para él es un deber funcional; las partes no están coligadas entre sí sino sujetas al orden jurídico en su conjunto de posibilidades, expectativas y cargas.

Luego de esta descripción, Couture pasa revista a las críticas que se han formulado a la doctrina para concluir, no obstante, en sus fecundos resultados científicos: “En efecto, dentro de la concepción general de la situación jurídica existen dos partes distintas que es necesario diferenciar. Por un lado, la que entronca con la teoría general y con la filosofía del derecho; por otro, la que es precisamente técnica y tiende a configurar categorías de derechos procesales en particular. La crítica se ha dirigido más bien hacia esa parte, dándose el curioso contraste que mientras por un lado se refutan ciertos aspectos de detalle y de terminología, por otro se van admitiendo cada día con mayor acentuación, especialmente en nuestros países, las ideas de esta doctrina. Tal es lo que ocurre con la adopción unánime en el léxico procesal moderno del concepto de cargas procesales, de su distinción entre actos procesales y negocios jurídicos, de su precisa clasificación de los actos procesales, etc.”.⁴⁹

⁴⁸ COUTURE, op. cit., págs. 136/137.

⁴⁹ Íd. íd., págs. 138/139.

Finalmente, el gran profesor uruguayo concluye que “la base misma de la doctrina, los puntos de partida que sirven al autor para fundar su tesis, han quedado por el momento sin refutación. No otra cosa puede decirse de la circunstancia de que esta doctrina sustenta, según sus propias palabras, una posición empírica y no finalista del derecho procesal: esto es, una búsqueda de sus inmediatos fines prácticos de obtener la cosa juzgada, cualquiera que sea su contenido, y no una determinación de sus fines remotos, en el sentido de la permanencia o ausencia del primitivo derecho sustancial luego del proceso”.⁵⁰

d) En la Argentina su impacto fue decisivo. Puede afirmarse que J. Ramiro Podetti fue un real “discípulo”, de cuya autoría es *La ciencia del proceso y las doctrinas de Goldschmidt*, publicada en Buenos Aires, ya en 1938.

Con posterioridad, uno de los primeros grandes tratadistas de derecho procesal argentinos, Hugo Alsina, reseñó de manera exhaustiva la teoría goldschmidtiana del “proceso como situación jurídica”.⁵¹

Alsina comienza exponiendo prolijamente la teoría de la situación jurídica, enunciando y explicando sus postulados básicos, así: su negación de la existencia de una relación procesal, la vinculación de los llamados presupuestos procesales con la sentencia de fondo válida (y no como condición de existencia de una relación jurídica), la caracterización del deber del juez de decidir la controversia como de naturaleza constitucional (y no procesal), el carácter dinámico del proceso a partir del estado de incertidumbre que implica el planteamiento de un litigio, la situación jurídica como expectativa de una sentencia favorable y la consecuente dependencia de la previsión y actuación de las partes en el proceso, la pertinencia de hablar de “cargas y posibilidades” de las partes, etcétera.

Alsina critica la teoría de la situación jurídica para concluir que “destruye sin construir”. No obstante, la medida justa de la importancia e incidencia de las enseñanzas de Goldschmidt pueden ponderarse en una larga nota del autor: “En realidad, la teoría de la situación jurídica no debe ser considerada como opuesta sino complementaria de la de la relación jurídica. Así lo hizo notar Calamandrei (*Un maestro del liberalismo procesal*, *Rev. Der. Proc. A*, 1951, pág. 162), quien después de manifestar

⁵⁰ Íd. íd., pág. 139.

⁵¹ ALSINA, Hugo, “Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial”, 2ª ed., Bs. As., Ediar, 1956, t. I, págs. 420 y ss.

ANDREA A. MEROI

que no se atrevería a ratificar en todos sus términos lo que había dicho en la *Riv. di Dir. Proc. Civ.* en 1927, expresa: ‘Creo que se puede permanecer fieles a la teoría tradicional de la relación procesal, que se refiere a la constitución externa del proceso, sin desconocer la validez fundamental de la teoría de Goldschmidt sobre la situación jurídica, la cual es importante sobre todo para aclarar las situaciones internas entre proceso y derecho sustancial y para demostrar de qué modo el delicado mecanismo de la dialéctica procesal, que es el trámite necesario a través del cual la ley abstracta se concreta en el fallo judicial, opera de manera determinante sobre el contenido de la sentencia’. Esta concepción fue desenvuelta por nosotros en nuestro trabajo presentado al Congreso de Juristas de Lima en 1952 titulado: *La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien integra el concepto de la relación jurídica* (*Rev. Der. Proc. A.*, 1952, I, pág. 1), en el que, luego de recordar que no puede haber situación jurídica sin una relación jurídica (el concepto de acreedor supone el de deudor, el de demandado supone el de actor, etc.), se llega a la conclusión de que la situación (jurídica) de los sujetos procesales varía en la relación procesal según que cumplan o no con las cargas (deberes) que la ley les impone. Por su parte, Prieto Castro (*Tratado*, t. 1, pág. 15), con una concepción más amplia, se expresa así: ‘La teoría del contrato (de la que la del cuasicontrato es una derivación), la de la relación procesal y la de la situación jurídica, no se excluyen, sino antes bien se complementan. Son tres modos distintos de contemplar el fenómeno, que responden a diversos grados del conocimiento. La teoría del contrato veía sólo el aspecto externo y respondía a la preocupación de hallar un principio aglutinador de los actos orientados hacia la misión final: la sentencia. La de la relación procesal es un examen de su contextura interna que da un sentido unitario a los actos de procedimiento; la de la situación jurídica es la fundamentación socio-lógica del proceso, visto éste no como unidad jurídica sino como una realidad de la vida social; aquélla explica ‘cómo debe ser’ el proceso cuyo fin es que quien tenga razón triunfe; éste explica ‘cómo es’ el proceso en la realidad y en el cual triunfa quien mejor defiende su derecho mediante el cumplimiento de las cargas procesales’”.⁵²

⁵² Íd. íd., pág. 424, nota al pie # 12/1.

e) Otro insigne procesalista argentino, Clemente A. Díaz,⁵³ abunda en pertinentes y variadas citas a James Goldschmidt; a saber:

- 1) La referencia a la ubicación de la *teoría de la acción*, “equidistantemente del derecho material y del derecho procesal, constituyendo una tercera categoría: el *derecho justicial material*”⁵⁴, expresión típicamente goldschmidtiana que luego retomarían sus hijos Roberto⁵⁵ y Werner;⁵⁶
- 2) Los interrogantes sobre el carácter público del derecho procesal, al recordar la afirmación de Goldschmidt para quien “la clasificación de derecho privado y público no encaja en absoluto en la consideración procesal, que concibe las normas jurídicas como medidas del juez, pues aquella clasificación estriba en el contraste de coordinación por una parte y de super y subordinación por otra, el cual es compatible sólo con el carácter imperativo del derecho”;⁵⁷
- 3) La forma formulación de las concepciones estática y dinámica del proceso y la clara pertenencia del derecho procesal a esta última: “también el derecho puede ser concebido *dinámicamente*, en tanto que se considere a las normas jurídicas como destinadas a actuarse mediante la sustitución de la actividad propia por un poder distinto”⁵⁸, recordando que Goldschmidt definía “la concepción dinámica en torno a la promesa de protección jurídica para el perjudicado y amenaza de represión contra el infractor; anteriormente, en ‘Teoría general del proceso’, p. 43, había caracterizado la misma concepción como la medida para el juicio del juez. En el texto se sigue esta última tendencia”;⁵⁹
- 4) En el marco del debate por la posibilidad de una teoría general del proceso, la caracterización de Goldschmidt como uno de los “juristas

⁵³ Quien, en ocasiones firmaba sus trabajos bajo el seudónimo de *Carlo Carli*.

⁵⁴ Íd. íd., pág. 10.

⁵⁵ GOLDSCHMIDT, Roberto, “Derecho justicial material civil”, en “Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina”, Buenos Aires, 1946, págs. 317 y ss.

⁵⁶ GOLDSCHMIDT, Werner, “Explicación de la teoría de la situación jurídica”, en “Conducta y norma”, Bs. As., Abeledo, 1955, págs. 225 y ss.; “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987, pág. 569.

⁵⁷ ALSINA, cit., p. 13, con cita de GOLDSCHMIDT, James, “Problemas generales del derecho”, Buenos Aires, 1944, pág. 136.

⁵⁸ ALSINA, cit., p. 18.

⁵⁹ *Ibidem*, nota al pie # 35.

ANDREA A. MEROI

que han sentido la inquietante tragedia que desarrolla el proceso penal”;⁶⁰

5) Múltiples referencias y remisiones respecto de los *principios procesales*,⁶¹ en particular, oralidad, moralidad, adquisición, etcétera.

f) Por último, uno de los grandes clásicos del procesalismo colombiano, Hernando Morales Molina, dedica profusos párrafos a describir la teoría de la “situación procesal” circunscribiéndola a los estudios de Goldschmidt, para quien “la llamada relación jurídico - procesal se reduce a la expectativa jurídicamente fundada de la resolución de un órgano jurisdiccional. No siendo el proceso el conjunto de imperativos sino de promesas y amenazas de una conducta judicial determinada, las relaciones entre las partes no implican derechos ni deberes procesales. No procede hablar entonces de relación jurídico - procesal, sino de situaciones jurídicas, de expectativas, posibilidades, cargas y dispensas de cargas”.⁶²

⁶⁰ Íd. íd., p. 33. Más adelante Alsina dirá que “la tesis de Goldschmidt afirma el dualismo y paralelismo del proceso civil y proceso penal, pero no lo ha demostrado; su método procesal, se transforma en metafísico y por su inspiración aristotélica se ha convertido en un ensayo sobre las manifestaciones de lo justo y la justicia, al margen del problema, exclusivamente científico del proceso” (p. 35, nota al pie # 82).

⁶¹ Cfr. ALSINA, cit., págs. 252, 260, 261, 271, 314, 341, 347, 373, 386.

⁶² MORALES MOLINA, Hernando, “Curso de Derecho Procesal Civil”, 7ª ed., Bogotá, ABC, 1978, Parte General, págs. 194.