

M A R I O S A R F A T T I

Antiguo Profesor en la Real Universidad de Torino

INTRODUCCION AL ESTUDIO
DEL
DERECHO
COMPARADO

Traducción del Instituto de Derecho Comparado
de la Escuela Nacional de Jurisprudencia

M E X I C O
IMPRENTA UNIVERSITARIA
1 9 4 5

PUBLICACIONES DE LA ESCUELA NACIONAL
DE JURISPRUDENCIA



SERIE DE MONOGRAFIAS

NÚM. 2

Universidad Nacional Autónoma de México

RECTOR:

LIC. GENARO FERNÁNDEZ MAC GREGOR

Escuela Nacional de Jurisprudencia

DIRECTOR:

LIC. VIRGILIO DOMÍNGUEZ

Instituto de Derecho Comparado

DIRECTOR:

LIC. AGUSTÍN GARCÍA LÓPEZ

SE INICIÓ ESTA OBRA POR ACUERDO
QUE DICTÓ EL SR. LIC. ALFONSO
NORIEGA JR., CUANDO TENÍA A SU
CARGO LA SECRETARÍA GENERAL DE
LA UNIVERSIDAD. SE TERMINÓ EN LA
IMPRESA UNIVERSITARIA, EL DÍA
1º DEL MES DE AGOSTO DE 1945.

PROLOGO A LA EDICION ESPAÑOLA

La bella iniciativa de la Universidad Nacional de México dando entrada entre sus enseñanzas al estudio del derecho comparado, casi parece un anacronismo en estos tiempos de general perturbación contra todo derecho. Pero si se examina atentamente la situación, se puede augurar favorablemente a la joven escuela que así se dispone a colaborar con sus hermanas más antiguas por la restauración de los valores morales en el mundo, poniéndolos como fundamento de toda humana justicia.

El ruinoso ciclón pasa y la claridad del sol ilumina un territorio en el que rápidamente vendrán a levantarse sobre las ruinas nuevos edificios siempre más bellos y grandiosos.

Con la mirada en este resurgimiento ha sido puesto al día este libro: en relación a una Europa constituida por Estados libres e independientes como lo era antes de la reciente y temporal invasión germánica sobre todo el Continente.

Este triste período de la historia ha de ser considerado como un tenebroso tránsito, pasado el cual se logrará una visión luminosa sobre los Estados europeos unidos en una paz perpetua para el bienestar común y el respeto absoluto de los sagrados derechos de todo individuo.

Intensificada así la ya existente unidad de pensamiento, las mentes de los legisladores irán a la concepción unitaria del derecho y con el desenvolvimiento de los estudios comparativos se colocarán en la vía de su gradual unificación.

MARIO SARFATTI

Londres, 3 de septiembre de 1940.

LA OBRA DE MARIO SARFATTI

Por Edouard Lambert.

Una mirada sobre el movimiento y el estudio del derecho comparado sería muy incompleta si no se mencionase la obra científica considerable de Mario Sarfatti que en el Recueil Lambert ha escrito uno de los capítulos de introducción: Le droit comparée dans son essence et son application (tomo I, p. 61 y s.)

Mario Sarfatti es en efecto un comparatista de la primera hora: desde el principio del siglo ha orientado su producción científica hacia el derecho comparado, publicando importantes estudios sobre el derecho inglés: c. f. Resoconti di legislazione, dottrina e giurisprudenza inglese e americana, en la

Rivista di Diritto Commerciale, Milán 1902-1912; La ragione e il contenuto del tort nel diritto inglese, en Memoria para la Academia de Ciencias de Turín, 1903. Mario Sarfatti tiene también el mérito de haber inaugurado la enseñanza universitaria del derecho comparado en la Facultad de Derecho de Turín. Ha profesado en esta Facultad desde 1908 un curso libre de derecho comparado que no tardó demasiado en transformarse en curso oficial (1919).

El Instituto jurídico de la Universidad de Turín le dió bien pronto la posibilidad de doblar este curso con un centro de investigaciones comparativas; una enseñanza magistral de derecho comparado, privado del complemento indispensable de un instituto correspondiente carecería notoriamente de sentido. De aquí que Sarfatti abriese en el Instituto Jurídico de Turín una sección de derecho comparado. En él ha logrado reunir una importante biblioteca para el estudio del derecho extranjero, con vista a servir de base a los ejercicios prácticos de sus alumnos. Las numerosas tesis de derecho extranjero o comparado sostenidas en la Facultad de Derecho de Turín, atestiguan el alto nivel de la

enseñanza dada por Sarfatti en el centro de estudios comparativos así creado.

Consciente de la imposibilidad que existe para todo instituto de derecho comparado de extender su campo de observación al conjunto de derechos extranjeros y preocupado también de evitar el despilfarro de esfuerzos dirigidos simultáneamente por varios centros a las mismas investigaciones, Sarfatti propuso desde 1923 un plan orgánico de colaboración entre los centros de estudios comparativos franceses e italianos especializados cada uno sobre un campo particular del derecho comparado: c. f. Ciò che fa e ciò può ancora fare un Istituto di diritto comparato, en Rivista Internazionale de Filosofia del diritto, 1924, y los Istituti di diritto comparato, en Monitore dei Tribunali, 1923. Sugería Sarfatti que se estableciera un enlace entre los trabajos del Instituto de Pavía de Rotondi y el de Toulouse, dirigido por Maury, para el estudio de los derechos latinos, y entre los de Padua y Strasburg para el estudio de los derechos germánicos. El Instituto de Turín, en razón de la dirección que le había dado Sarfatti con sus investigaciones sobre

el derecho angloamericano, debía ser el colaborador del Instituto de Lyon, cuya actividad había sido enfilada desde el principio hacia ese mismo derecho. Si no fué posible realizar ese plan en 1923, merecería ser intentado de nuevo. Desde esa época había merecido este plan la atención al Instituto de Derecho Comparado de Lyon que más que nunca se preocupa de establecer una colaboración estrecha y racional entre los centros comparativos de derecho y ciencia social de los diversos países.

La atracción ejercida sobre Sarfatti desde hace más de treinta años por la comparación del derecho angloamericano y del derecho latino le llevó hace unos cuantos a continuar sus trabajos y su propaganda en Inglaterra, donde su actividad científica es altamente apreciada como lo prueban los juicios emitidos sobre ella por Sir Frederick Pollock en un prólogo escrito en 1924 sobre una de las obras de Sarfatti; por Vinogradoff en su artículo de la Encyclopaedia Britannica sobre la Jurisprudence comparative; por H. Gutteridge en artículos del Journal of Comparative Legislation de 1930 y 1931 y por R. W. Lee en su discurso presidencial en la

reunión de 1936 de la Society of Public Teachers of Law. Considero como un deber asociarme al homenaje rendido por ellos a uno de los más antiguos y perseverantes trabajadores del derecho comparado.

La siguiente lista de las principales publicaciones permitirá darse cuenta de la extensión y variedad de la producción científica de Mario Sarfatti.

PRINCIPALES PUBLICACIONES DE MARIO
SARFATTI

- Resoconti di legislazione, dottrina e giurisprudenza inglese e americana* (*Rivista Dir. commerciale*, Milano, 1902-12).
- La ragione e il contenuto del tort nel diritto inglese* (*Memorie Acc. scienze*, Torino, 1903).
- La nozione del torto nella dottrina e nella giurisprudenza inglese*, con prefaz. G. P. Chironi, Milano, 1903.
- Rassegna di riviste inglesi* (*Riv. Dir. Comm.*, Milano, 1905).
- Sulla utilità dello studio del diritto inglese en Italia* (*Il Filangieri*, Milano, 1907).
- Utili insegnamenti del diritto inglese in materia di rivendicazione di beni mobili* (*Giurisprudenza italiana*, Torino, 1909).
- Il contratto nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano* (*Riv. italiana scienze giuridiche*, Roma, 1912).
- Il processo civile inglese* (*Giur. Ital.*, Torino, 1914).
- Per una maggior tutela delle obbligazioni di fare e di non fare*

(Scritti in onore di G. P. Chironi, Torino, 1914; nuova edición en *Diritto e Giurisprudenza*, Napoli, 1916).

I quasi-contratti nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano (*Memorie Accademia scienze*, Torino, 1919-20).

Il diritto comparato in Italia con speciale riguardo al diritto inglese (*Onoranze a Marghieri*, Napoli, 1920).

Riassunto critico di giurisprudenza e legislazione inglese (*Annuario Inst. studi legislativi*, Roma, 1920).

Per un soffio di vita nuova nella Facoltà giuridica, a proposito di diritto comparato (*Levana*, Firenze, 1925).

Il diritto privato comparato in rapporto al diritto inglese, con speciale riguardo ai contratti (*Atti Ist. Super. scienze commerciali*, Torino, 1924).

Ciò che fa e ciò che può ancora fare un Istituto di diritto comparato (*Riv. Int. Filos. del diritto*, Roma, 1924).

Le obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano, con nota introduttiva di Sir Frederick Pollock, p. 250, Milano, 1924.

La costituzione dell'Istituto Int. per l'unificazione del diritto privato in Roma (*Riv. Int. Filos. del diritto*, Roma, 1925).

Spontaneo avvicinamento di diritto tra loro (*Riv. Int. Fil. del diritto*, Roma, 1929).

Proprietà rurale e credito agrario in Inghilterra (*Riv. di diritto agrario*, Firenze, 1933).

Introduzione allo studio del diritto comparato, p. 133, Torino, 1933).

- Formation et inexécution des contrats. Rapport au congrès de La Haye (Bull. Soc. Leg. Comp., 1933).*
- Il particolare vizio del consenso dell'assicurato (Rivista Assicurazioni, Roma, 1935).*
- Su la prova scritta delle obbligazioni nel progetto di cod. italo francese e in quello nord americano (Riv. diritto privato, Milano, 1935).*
- L'azione diretta del danneggiato contro l'assicuratore (Rivista Assicurazioni, Roma, 1938).*
- La réparation des accidents d'automobile en droit comparée (Bull. Soc. roumaine de législation comparée, Bucarest, 1936).*
- Comparative law and its relations to international law (Journal of Grotius society, London, 1936).*
- Influence réciproque du droit romain et du droit anglo-saxon. Rapport au congrès de La Haye (Bull. Soc. Leg. Comp., 1937).*
- Legislazione inglese su le assicurazioni (volume de la collection de Istituto nazionale assicurazioni, Roma, 1938).*
- Le droit comparée dans son essence et dans son application (Recueil Lambert, Lyon, 1938).*
- Colaboración en la Enciclopedia Italiana y en el Nuovo Digesto Italiano.*

I

ORIGEN DEL DERECHO COMPARADO

PRIMITIVO INTERES POR EL DERECHO EXTRANJERO

1. El estudio del derecho comparado figura entre los más modernos. Algunos de sus cultivadores actuales lo han visto nacer.¹ Pero esto no excluye que podamos retroceder siglos atrás para encontrar que los pueblos se interesan por leyes de otro lugar que hubieran adquirido una cierta fa-

1. POLLOCK, *Le droit comparé, prolégomènes de son histoire*, en *Procès verbaux, Congrès International de droit comparé* de 1900, Paris, 1905, I, p. 248.

ma. Recuérdese el ejemplo clásico de las XII Tablas, en gran parte inspiradas en principios de origen griego,² así como las precedentes influencias orientales sobre la legislación ateniense.³ Nada tiene que ver, sin embargo, esta absorción de leyes extranjeras, que parecidamente a los tiempos antiguos se repite en los días de hoy,⁴ con las investigaciones comparativas que los estudios modernos han impulsado y establecido como fundamento de una nueva rama del derecho. El mismo *jus gentium*, elaborado por el *Praetor peregrinus*, mediante el uso de normas hasta entonces extrañas al derecho

2. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, 2ª ed., Torino, 1918, I, p. 67.

3. *Id.*

4. Adopción del código civil suizo por parte de Turquía; no se trata de una traducción exacta, por lo mismo que se manifiestan algunas originalidades en las partes referentes al derecho de familia, las sucesiones y los derechos reales, pero constituye siempre la recepción en bloque de los principios de una nueva mentalidad no congruente con la civilización local. Para las obligaciones se atuvo al código de comercio alemán. Véase una clara exposición de las reformas legislativas turcas de 1926: LUOTFI BEY, en *Bulletin Soc. législation comparée*, Paris, 1932, p. 311. El código de comercio es de 1926: véase traducción francesa, MANASSE, Constantinopla, 1926, 9.

romano, es un resultado empírico de la práctica administrativa para adaptar el derecho a los que no eran ciudadanos romanos, sin que ello revele en su origen, huellas de procedimiento científico en esta fusión de elementos diversos.⁵ Y es también dudoso que un desenvolvimiento de tal índole pueda ser reconocido cuando en la época clásica dicho cuerpo de derecho, identificado por algunos con el *jus naturale*⁶ llega a ser ley casi mundial que, por

5. PACCHIONI, *loc. cit.*, p. 190: El dualismo entre *jus civile* y *jus pretorium*... como fundamento del derecho romano, fué causa principal de su grandeza. Conciliaba de modo maravilloso la tradición con el progreso... expresaba la feliz compatibilidad entre el poder ideal de la ley y el poder real del magistrado.

MAROI, *Tendenze antiche e recenti verso l'unificazione internazionale del diritto privato*, en *Riv. Int. di filosofia del diritto*, Roma, 1930, p. 201: El *jus gentium* es la primera actuación de una comunidad de derecho entre los pueblos del Mediterráneo.

6. PACCHIONI, *loc. cit.*, p. 307; cita a VOIGT *Jus naturale bonum et aequum und jus gentium*. POLLOCK, *loc. cit.*, p. 250: "Je doute fort qu'un tel système soit soutenable... il est difficile de supposer aux magistrats de l'époque républicaine des procédés consciemment et savamment éclectiques."

tanto, resiente la influencia de las más variadas nacionalidades.⁷

Fuera de esta primitiva forma unificadora del derecho, no encontramos antiguamente otra cosa que recopilaciones de materiales pertenecientes a diversas unidades jurídicas, reveladoras de recíprocas analogías y diferencias, pero extrañas en absoluto a la compleja finalidad que solamente pueden proponerse y conseguir sistemáticas investigaciones históricas y comparativas.⁸

La nueva situación que se forma en la Edad Media con las invasiones bárbaras del Imperio Ro-

7. POLLOCK, *loc cit.*, p. 251: "Les commerçants des états méditerranéens ne pouvaient guère attendre, pour conduire leurs affaires, l'approbation officielle de toutes les magistratures du monde greco-romain."

8. Sirva de ejemplo la *Collatio legum Romanorum et Mosaicarum*, del 400 A. D., ed. Basileae, 1574, recientemente llamado "unico esempio che l'antichità ci ofra di un lavoro sistematico di comparazione fra due legislazioni diverse". (VOLTERRA, en *Mem. Accademia Lincei*, 1929, p. 5.) Igualmente considerado por WALTER HUG, en *Harvard law review*, 1932, p. 1033. "There is only one comparative attempt dating from that time, namely the *Lex Dei*... also called *Collatio legum*." Considera un poco excesiva esta opinión, MAROI, *Tendenze*... *loc. cit.*, p. 85.

mano y el consiguiente contacto recíproco entre leyes de varios pueblos, de este modo aproximadas entre sí,⁹ creó, aunque sin dar cuerpo a un sistema jurídico unitario, una cierta reacción e interpenetración recíproca de las leyes de todas estas razas diversas, hasta fundirse lentamente entre sí, sobreponiéndose al derecho romano vigente, pero sin desplazarlo del todo. Necesariamente la legislación de cada uno de estos pueblos recibe la influencia extranjera, pero no siendo conducida ésta, ni siquiera en una mínima proporción, por gobernantes iluminados, es frecuente que el desarrollo de los conceptos primitivos sea en daño de otras normas superiores ya alcanzadas por las poblaciones más refinadas.¹⁰

Análogo proceso se advierte, fuera del Imperio Romano en la isla de Britania, de donde, con

9. SOLMI, *Storia del diritto italiano*, 3ª ed., Milano, 1930, p. 96.

10. SAUSER-HALL, *Fonction et methode du droit comparé*, Genève, 1913, p. 23. Introducción al curso de derecho comparado en la Universidad de Neuchâtel; POLLOCK, *loc. cit.*, p. 253; pone en evidencia la esterilidad de la erudición medieval en relación a los estudios comparados.

el andar de los siglos, se difundía por casi todos los pueblos de lengua inglesa un derecho extraño a influencias romanas, que vino a constituir después el sistema jurídico autónomo del *common law*, contrapuesto a las varias legislaciones inspiradas en los principios del derecho romano.¹¹

La conquista romana de la Britania, acaecida en varias veces, entre el año 55 a. C. y el 43 d. C. y prolongada hasta el 407, no dejó trazas espirituales en la isla abandonada por las gloriosas legiones;¹² inmediatamente subintraron las tradiciones de los

11. POLLOCK, *The expansion of Common law*, London, 1904. "The law of our english speaking commonwelth on wich the sun never sets, is one law in many varieties... ", p. 4.

12. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 3ª ed., Milano, 1923, p. 404; HOLMES, *Ancient Britain*, Oxford, 1907, p. 372: "Britons gloried in the name of Romans... but when Romans had gone, when the Saxons the Dane and the Norman had come... their composite influence has ever since been helping to form the british character and to determine the course of british history." KINGSLEY, *The Roman and the Teuton*, London, 1913, p. 266.

La inadaptabilidad del ambiente había hecho vana la obra de PAPINIANO, PAULO y ULPIANO, que sucesivamente habían presidido el Tribunal romano en York. CLARCK, *Jus gentium*, en *Illinois Law Rev.*, 1919, p. 350.

descendientes de los aborígenes neolíticos, de los inmigrados de la edad de bronce y de los antiguos dominadores celtas, como más adaptadas a la mentalidad de aquellas poblaciones que se conservaron bárbaras; ¹³ sobre esta *tábula rasa* halló campo libre el desarrollo sucesivo de las costumbres de los vencedores, los cuales amalgamándose entre sí, no se limitaron a ejercitar recíprocas influencias, como había sucedido en el Imperio Romano, sino que dieron vida, desde el principio, a variadas normas rápidamente unificadas para toda la población local. Fueron las necesidades prácticas y no las investigaciones científicas, imposibles en aquellos tiempos, las que impusieron esta unificación.

La general elaboración así acaecida, aunque sin tendencia a representar el fruto de actividades doctrinales en los dos principales centros de formación del derecho, prestó después notables materiales para el estudio verdaderamente científico. Este solamente surge al aproximar sistemáticamente ideas e instituciones jurídicas, en las variadas formas por ellas representadas en épocas antiguas o

13. HOLMES, *loc. cit.*

recientes, en regiones próximas o remotas a la civilización occidental y también bajo las diversas relaciones de origen, de carácter, de influencias formativas, nacionales o extranjeras, y de fases relativas de su desenvolvimiento.¹⁴

NECESIDAD DE LA INVESTIGACION
COMPARATIVA

2. Así como el historiador mira el derecho tal como era en los siglos pasados, el comparatista se propone examinar el derecho existente a su alrededor, haciendo éste, en la simultaneidad de los tiempos, lo que hace la historia en la sucesión de los mismos.¹⁵ Esto permite ver cómo han surgido y se han desenvuelto relaciones correspondientes a diversos ambientes étnicos en un mismo pe-

14. POLLOCK, en *Atti del congresso int. scienze storiche*, Roma, 1904, p. 53. La relación fué publicada con adiciones en *Journal of comparative legislation*, London, 1904, p. 74.

15. BENZA, *Introduzione alle scienze giuridiche*, Torino, 1897, p. 30. CARNELUTTI, *Scienza del diritto*, en *Rev. Dir. Privato*, 1934, p. 241.

ríodo histórico, con tendencia a compenetrarse recíprocamente a consecuencia de las crecientes relaciones de los pueblos entre sí. Antes que dividir la investigación entre la recogida de material legislativo extranjero, de un lado, y el hábito mental con que el derecho ha sido aplicado y estudiado en las diferentes naciones, del otro, debemos atender conjuntamente al origen y a la estructura general de las particulares instituciones en los diversos derechos, considerados en la ley, en la jurisprudencia y en la doctrina,¹⁵² ya sea extendiendo la investigación con ánimo erudito a los sistemas que han regido sociedades actualmente desaparecidas, ya sea limitándola, con un fin también práctico no sólo de *observación y descubierta*, sino también de *acción*, a encontrar el hilo conductor de los principios comunes a las legislaciones pertenecientes en un determinado período a países de civilización igual-

152. CARNELUTTI, *loc. cit.* La máxima amplitud en el campo visual que corresponde a la mayor altura de la teoría general viene dada por el conocimiento de todas las materias jurídicas de todos los tiempos y de todos los países.

mente adelantada.^{15^a} Estas dos finalidades han sido objeto de minucioso examen por parte de las más grandes autoridades en la materia¹⁶ y puede decirse hoy que ambas han sido pacíficamente acogidas, pero antes de exponerlas en particular se presenta la necesidad de seguir la evolución histórica de estos estudios.

DESENVOLVIMIENTO HISTORICO DEL DERECHO Y DE SU ESTUDIO COMPARATIVO

a) *Escuelas de Pavia y de Bolonia*

3. a) En los albores de la Edad Media se conoció en Italia una primera manifestación de los estudios jurídicos extendidos a diversos cuerpos de

15³. Hemos tenido el honor de ver citada y aprobada esta nuestra teoría por VINOGRADOFF, en *Encyclopaedia Britannica*, voz "Jurisprudence" (comparative).

16. *Congrés int. de droit comparé*, Procés verbaux, *op. cit.*
1. Presentadas por Saleilles, promotor de este primer congreso de derecho comparado, se leyeron notables comunicaciones sobre la materia a las que se refiere LAMBERT, como relator general, en un importante trabajo (p. 26-60). Entre las principales

derecho. La escuela de Pavía, analizando a un mismo tiempo el derecho longobardo, el derecho romano y el derecho canónico, comprendía en sus investigaciones todos estos variados elementos, con preferencia del uno o del otro, según eran emprendidas por *juristi antiqui*, partidarios del derecho longobardo, o por *juristi moderni*, sostenedores del derecho romano. Estos derechos formaban ya parte del derecho común de la Europa continental de occidente¹⁷ y constituían las agrupaciones jurídicas más importantes de su tiempo.¹⁸

figuran las de: RAOUL DE LA GRASSERIE (198-226), KHOLER (227-237), JOSSERAND (237-243), BRIE (243-247), POLLOCK (248-261), SOHM (261-268), MEYNIAL (269-310), LAINE (327-338), CHAUSSE (338-343), LYON CAEN (343-347), WEISS (347-355).

17. SMITH, *A general view of European legal history*, en *Acta Academiae universalis jurisprudentiale comparativae*, Berlín, 1928, 1, p. 198; HAZELTINE, *The Renaissance and the laws of Europe*, in *Cambridge legal essays*, Cambridge, 1926, p. 139.

18. Precedió en el desenvolvimiento al derecho común de los pueblos de lengua inglesa, la *Common law*, que siguió después el mismo método de formación. Véase a este respecto el interesante paralelo expuesto por DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, Roma, 1926, I, p. 21: "*i giuristi inglesi rifuggono dalla costruzione sistematica e come essi tentano sopra-*

En el siglo XI, con el florecimiento de los estudios de Bolonia por obra de los glosadores, desde Irnerio a Accursio (1080-1260), aquella variedad de derechos cedió el campo a la compilación justiniana, la cual vino a sustituir a las antiguas fuentes romanas, como fundamento del derecho de la época, extendiéndose en calidad de *ratio scripta*, a

tutto a scoprire per ciascun caso la soluzione pure conforme la natura delle cose... a questo primo punto de somiglianza fra il diritto romano e l'inglese, ne va aggiunto un secondo: ed è che, se esiste un sistema del diritto inglese, esso ha base soprattutto processuale, ed appare strettamente legato alle sue origine storiche". Este concepto es desenvuelto en un estudio general sobre el derecho inglés en relación al derecho romano: SARFATTI, *Le obbligazione nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, Milano, 1924, véase p. 76: *E caratteristica d'ogni diritto primitivo la assoluta dipendenza del diritto sostanziale dal formale e questa osservazione si adatta in modo speciale al sistema inglese... Il diritto comune inglese, senza derivare dal diritto romano, ne riproduce i fenomeni principali: la stessa via seguita dal diritto processuale romano nel decorso di undici secoli dalla fundazione di Roma, fu percorsa dal diritto processuale inglese in un periodo di poco inferiore aquello, tral'anno 827 é il 1873, cioè dalla formazione della unione dell' eptarchia sassone sino all'origine dell'attuale procedura civile*". HOLMES, *Common law*, op cit. p. 253.

todos los principales centros de Europa;¹⁹ ésta sin embargo, elaborada por los postglosadores o comentaristas (1260-1500), quienes por la preeminencia de Bartolo de Sassoferrato recibieron el nombre de Bartolistas, vino, a su vez, a ser fusionada con elementos medioevales y germánicos extraídos de las leyes longobardas y de los estatutos

19. HAZELTINE, *loc. cit.*, p. 143; VINOGRADOFF, *Il diritto romano nell'Europa medioevale*, Trad. RICCOBONO, Palermo, 1914, p. 38: "Il renascimento più poderoso ed efficiente di Bologna fu un evento determinato dallo spontaneo rifiorimento di ideae e bisogni in luoghi diversi delle più civili regioni d'Europa." El reciente congreso de Bologna y Roma conmemorativo del XIV centenario del Digesto ha enriquecido la literatura romanista con preciosas contribuciones a este respecto, todas coincidentes con el concepto expuesto, en abril de 1933, en el discurso inaugural en Bologna del Ministro de Educación Nacional, S. E. ERCOLE, quien hubo de destacar que si durante los siglos de la alta Edad Media el recuerdo y el estudio del derecho romano no acallaron del todo en Italia, determinando el florecimiento de numerosas escuelas, especialmente en Lombardía, Romagna y Toscana, es lo cierto que la tradición científica que propagó por segunda vez en todo el occidente de Europa el conocimiento y la vigencia del derecho romano, procedía de Bologna y tuvo su punto de partida y el mayor impulso de difusión, siempre victoriosa, en la feliz iniciativa del bolonés Irnerio y sus discípulos, que de la lectura y de la exégesis del Digesto extrajeron las bases esenciales para

italianos y adaptada así a las exigencias de los tiempos fué admitida por los países necesitados de un sistema jurídico más adelantado.

Así como los Bartolistas habían incorporado al derecho romano principios y normas del derecho germánico y del canónico,²⁰ estudiando estos elementos como parte integrante de su derecho, los

el estudio y para la enseñanza teórica y práctica de aquel derecho justiniano, el cual, merced a ellos y por virtud del movimiento por ellos iniciado, debía transformarse, en poco más de dos siglos, en el derecho común a todos los pueblos civilizados. El prof. GENZNER, de la Universidad de Königsberg, desarrollando el tema "*La codificazione giustiniana e i glossatori*", ha sostenido que el *Corpus Juris* no es un sistema, sino una recopilación de materiales jurídicos de seis siglos, en la que confluyeron las corrientes romanas y helénicas, y en la que fué grande la influencia cristiana, para concluir atribuyendo a los glosadores el mérito de la construcción unitaria de la compilación justiniana. Véanse *Atti del Congresso Int. di Dir. romano*, Roma, 1933.

20. HUG, *loc. cit.*, p. 1039.

Se habla indistintamente de postglosadores, comentaristas o Bartolistas para indicar a los cultivadores del derecho romano o, como desde entonces en adelante se empezó a decir, del derecho común, que florecieron entre la segunda mitad del siglo XII hasta fines del siglo XV. SERAFIN, *Instituzioni D. R.*, 9ª ed. Torino, 1914, I, p. 88, y dos escritos conmemorativos de LANDUCCI, *Archivio giuridico*, Modena XXIV, p. 22.

primeros escritores de derecho común en Inglaterra ²¹ se valieron del derecho romano como simple medio de desenvolvimiento para el derecho local.

En aquellos tiempos, tanto en un ambiente como en otro, no se está a la altura de un análisis objetivo de los dos opuestos sistemas jurídicos. Cada uno pretende sostener la superioridad del derecho propio, estudiándolo exclusivamente. Y cuando aquél se estudia junto con el derecho extranjero es para hacerlo prevalecer sobre éste. ²²

21. No sólo en los primeros, sino también en los sucesivos períodos del desenvolvimiento del derecho inglés. el derecho romano valió solamente para afinar la mentalidad del jurista y guiarlo en la construcción formal de las diversas obras del derecho inglés, sin alterar la substancia de sus instituciones peculiares. Contra viejas teorías que exageraban la importancia de la influencia romana, se pronuncian a favor de esta nueva opinión las obras más recientes de STUBBS, FREEMAN, VINOGRADOFF, POLLOCK, MAITLAND, HOLSWORTH, SCRUTTON, WINFIELD. Véase WINFIELD, *The chief sources of english legal history*, Cambridge, 1925, p. 50. SARFATTI, *Influence de droit romain et de droit anglo-saxon* (Informe al Congreso de Derecho Comparado en La Haya, 1937), en *Bull. Soc. Legis. Comp.*, Paris, 1937.

22. HUG, *loc. cit.*, p. 1039.

b) *Los Humanistas*

b) El Renacimiento del siglo XVI restituyó al derecho romano puro toda su autoridad. Los Humanistas al invocar frente a los Bartolistas el estudio crítico-histórico de las fuentes, restauraban el antiguo derecho romano clásico. Su *mos gallicus*, enteramente dedicado al estudio doctrinal, se contrapone al *mos italicus*, cuyos cultivadores, los Bartolistas, continuaron interesándose tan sólo en su aplicación práctica.²³

Esta primera intensificación del estudio del derecho romano clásico, debida principalmente a Alciato en Italia, a Zasio en Alemania, a Cuiacio y Donello en Francia, a Vinnius y Voet en Holanda,

23. DE FRANCISCI, *Storia, op. cit.*, I, p. 25; SOLMI, *Storia, op. cit.* Los unos y los otros merecen siempre ser estudiados. RICOBONNO, en *Commemorazione, SCIALOJA, Rendiconti Acc. Lincei*, 1933, cl. sc. morali, Ser. VI, vol. X, p. 7. V. BRUGI, en *Atti R. Acc., lucchese di Scienze, Lucca*, 1919, p. 6 estr.; ALCIATO, verdadera gloria italiana (DE FRANCISCI, *Storia, op. cit.*, I, p. 29, no. 9) que vivió entre 1492 y 1550; L. ZASIO, entre 1465 y 1530; CUIACIO, entre 1522 y 1590; DONELLO, entre 1527 y 1591; VINNIUS, entre 1588 y 1637, y VOET, entre 1647 y 1714.

dió sucesivamente en toda Europa continental, un golpe grave a la unidad de su derecho medioeval,²⁴ con la contemporánea formación de influencias jurídicas locales, en medio de las cuales y junto a la renovación de los estudios romanistas sobre nuevos fundamentos, se produjo un movimiento extraño a éstos, que tendía a reforzar las leyes y los usos germánicos de la Edad Media. Ambas tendencias con su compleja reacción respectiva, constituyen una parte notable de la moderna historia del derecho.²⁴²

Los jurisconsultos Humanistas no obstante cultivar el derecho romano fueron también los creadores de la escuela de los *juristas nacionales*. Se dedicaron a la investigación científica y a la aplicación práctica de las leyes nacionales. Sus trabajos

24. HAZELTINE, *loc. cit.*, p. 156: "It was the first blow which had ever been struck at the foundations of that elaborate Romanic edifice of law which the middle ages, inspired by the ideas of universality and authority, derived from Roman thimes."

242. PATETTA, *Civiltà latina e civiltà germanica*, desc. inaug. *Annuario R. Un. Torino*, 1916, p. 22: "dualismo, cessato soltanto dopo molti secoli, colla scomparsa dei diritti germanici".

versaron tanto sobre el derecho romano como sobre aquel otro pretendido derecho nacional, ambos considerados como elementos locales y, sólo por esto, estudiados paralelamente.²⁵

c) *Primeras recopilaciones y comparaciones de derechos locales*

c) Varios de aquellos juristas nacionales emprendieron en Francia el estudio del derecho local: Michel de l'Hospital y Charles Demoulin, Guy Coquille, autor de la *Institution au droit français* y Antoine Loysel, autor de las *Institutes coutumières*.

La pasión por la indagación histórica que tanto había dominado a los Humanistas, fué la que les hizo volverse desde las investigaciones sobre el derecho romano y el canónico hacia la de sus derechos nacionales. Y aquello que sucedía en Francia se repitió en España por obra de Espinosa, Villadiego, Lorenzo de Padilla y Juan Luca Cortés. Con los estudios sistemáticos de los Humanistas

25. HAZELTINE, *loc. cit.*, p. 139.

sobre los derechos nacionales surgieron las recopilaciones oficiales de leyes; así en Francia con la redacción oficial de las *coutumes* se llegó a tener una publicación de textos nacionales comparable en importancia al *Corpus juris civilis* y al *Corpus juris canonici*. Los citados juristas franceses pusieron su atención sobre aquéllas y en obras escritas en latín imitaron sobre este nuevo campo la literatura de los romanistas. Lamoignon en el siglo siguiente, el xvii, expone los principios del derecho *coutumier* en forma de código, y en el xviii D'Aguesseau, inspirándose en aquel trabajo, escribe anticipadamente capítulos enteros del futuro código civil.

En Holanda se repite el mismo fenómeno respecto a la unificación del derecho nacional con el resultado de publicar varias colecciones de usos. Durante el siglo xvi se había ido formando aquella escuela de juristas que tanta influencia hubo de tener luego en el pensamiento jurídico de los siglos xvii y xviii. Uno de los principales resultados obtenidos por esta escuela, comenzando por la obra de Grocio (1583-1645), de introducción a

la ciencia jurídica holandesa, fué dar forma y expresión literaria al derecho romano holandés,²⁶ fruto de la fusión del derecho romano con el elemento germánico contenido en el derecho nacional y, con esta fusión, romper la tradición romanista y fundar el derecho natural en la naturaleza humana y en la razón, alejándolo del concepto del derecho divino.^{26²}

En la misma Alemania, después de la recepción del derecho romano, la nueva tendencia fué seguida en una literatura sobre el *usus modernus juris romani in foro germanico*; en 1643 con la

26. GROTIUS, *The jurisprudence of Holland*, Oxford, 1926-1936; ed. comentada por LEE, profundo cultivador de la materia, de la cual tiene la cátedra en Oxford; LEE, *Le droit romain-hollandais de nos jours*, en *Bull. Soc. législation comparée*, 1928, p. 87. PEARCE HIGGINS, *The work of Grotius*, en *Cambridge legal essays*, *op. cit.*

26². Cuando se habla de derecho romano-holandés se entiende el derecho que estuvo en vigor en las provincias de Holanda desde el siglo xv al xix, todavía vigente en Africa del Sur. Este es estudiado todavía como derecho vigente en las universidades inglesas. La jurisprudencia de la unión con la unificación jurisdiccional de 1910, revela en sus decisiones que el derecho romano va debilitándose cada vez más; véase LEE, *loc. cit.*

obra de Hermann Conring, *De origine juris germanici*, se destruyó la fábula de una recepción completa del derecho romano por orden imperial de Lotario y fueron expuestos los elementos del derecho local. Con el siglo xvii comenzó a hacerse sentir en Alemania la oposición a la supremacía del derecho romano y con el siglo xviii aparece francamente el renacimiento del derecho germánico que tuvo su plena manifestación en el siglo siguiente, cuando se redacta el código civil, integrado, en proporciones iguales, de principios romanos y germánicos.

Apenas eran puestos en evidencia estos dos elementos diversos, surgió el deseo de compararlos. El italiano Ferretti, en Ravena, fué el autor del primer libro sobre este asunto, en 1541, haciendo la comparación entre derecho romano y longobardo. En España Juan Martínez de Olano escribe su *Antinomia juris hispanorum et civile*, comparando el elemento jurídico local con el derecho romano y poniendo de relieve la importancia del derecho nacional. Esta obra se puede situar al lado de aquellas de los ingleses Fulbeck y Cowell, cuyo

objeto fué parangonar el derecho romano y el derecho común inglés.²⁷

Al mismo tiempo se profundiza en el estudio del derecho nacional, tanto en el grupo de los Estados cuyas legislaciones estaban basadas en el derecho romano, como en el de los Estados cuyo derecho era extraño a éste, y, en todas partes, las leyes nacionales empiezan a ser objeto de enseñanza universitaria. Llegado a este punto de madurez el pensamiento jurídico en las distintas naciones era natural que en muchas de ellas se abriese camino la codificación, no ya fundada solamente en el derecho romano, sino también tomando en cuenta los usos locales elaborados por la jurisprudencia. Agrégase a esto el elemento político que con el crecimiento de los nacionalismos precipitó la unificación de las leyes nacionales, la cual, contando con el apoyo de la escuela del derecho natural, se vació en los actuales códigos. Al estudiar éstos se debe tener presente que si bien en algunos de ellos pre-

27. Para el desenvolvimiento de cada uno de los derechos nacionales véase la amplia exposición hecha por HAZELTINE, *loc. cit.*, p. 150-66. Para la comparación en España, ALTA-MIRA, *Acta, loc. cit.*

valece todavía el elemento romano, en otros encuéntrase éste a la par con el elemento germánico y con vestigios de normas nacionales y medioevales, así como también, en algunos de ellos, el elemento no romano ocupa el primer puesto. Por esto, si frente al sistema anglo-sajón se puede hablar en términos genéricos de codificaciones inspiradas en el sistema romano, en cambio, cuando se entra a considerar los distintos códigos del Continente europeo deben distinguirse los códigos predominantemente latinos y los códigos germánicos.^{27²}

No faltaron doctos romanistas en Inglaterra, pero los escritores que ejercieron influencia duradera en el desenvolvimiento de su derecho nacional fueron solamente aquellos que cultivaron el elemento local,²⁸ fundado en las antiguas tradiciones

27². V. RIGHETTI, en *Riv. Dir. Com.*, 1921, 1, p. 227.

28. MAITLAND, *English law and the Renaissance*, en *Select essays of anglo-american law*, Boston, 1907, 1, p. 186: el A. considera que la recepción acaecida habría podido sofocar el derecho nacional; niega la existencia de tal peligro en aquella época, HOLDSWORTH, *A history of english law*, London, 5^a ed., 1936-1938, —1— XII, vol. IV, p. 253.

y costumbres, como sistema autónomo y distinto del derecho romano. El fenómeno del renacimiento del siglo XVI valió para acentuar esta separación más todavía en Inglaterra que en el Continente. Y la persistencia en el estudio de las antiguas fuentes nacionales, así como el influjo del derecho natural, valió también para aproximar el derecho inglés, en algún punto, a las legislaciones continentales inspiradas parcialmente en el derecho germánico, sin duda por la comunidad de su origen con este derecho, pero manteniéndose aquél totalmente separado de las demás legislaciones europeas.

En Inglaterra, aunque el derecho romano continuó enseñándose en las Universidades inspiradas en las iniciativas de Oxford y Cambridge²⁹ y vol-

29. El estudio del derecho romano fué restablecido por Enrique VIII, en sustitución del derecho canónico, que fué prohibido en la época de la reforma; THOMAS SMITH, alumno de la Universidad de Padova, fué llamado a la cátedra de Oxford y JOHN STORY a la de Cambridge; para profundizar sus estudios acudieron a Bologna muchos estudiantes a las lecciones de ACCURCIO, BALDO y BARTOLO. Siendo diplomático en Francia, SMITH siguió cultivando su derecho nacional y durante su permanencia en Toulouse escribió en 1535

vió a ejercitar temporalmente sobre el *common law* la misma influencia que tuvo en la época de Bracton,³⁰ no falta, tampoco, algún estudio comparativo: Christopher S. Germain intenta una conciliación entre la potestad civil y temporal y a este fin expone el derecho local, el derecho romano y el derecho canónico, mostrando en su *Doctor and Student* un profundo conocimiento sobre cada uno de ellos.³¹ A principios del siglo siguiente W. Ful-

un pequeño volumen de comparación entre los ordenamientos políticos franceses e ingleses, *De Republica Anglorum*, publicación póstuma, del año 1583; véase ed. Alston, London 1906; HOLDSWORTH, *A history, op. cit.*, IV, p. 230.

30. Véase más adelante n. 158.

31. Esta obra, cuya primera edición conocida es de 1528, se mantuvo como fundamental hasta la mitad del siglo XVIII; escrita en latín, fué traducida y aumentada en inglés. Tiene la forma de diálogo entre dos cultivadores de derechos distintos: el romano y el inglés. Es de notable importancia, sobre todo para la historia de la *equity*, por el conocimiento que de estos principios suministró a los cancilleres jurisconsultos que sustituyeron a los cancilleres eclesiásticos fundadores de aquellos principios. HOLDSWORTH, *Sources of english law*, Oxford, 1925, p. 185; y *A History, op. cit.*, v, p. 263; WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 321.

beck expone también paralelamente derecho romano, derecho canónico y derecho local.³¹²

Estos intentos resultan, sin embargo, meros ensayos de derecho comparado interno,³² por efecto del conocimiento limitado de todo jurista al derecho vigente en su propio país y su consiguiente campo de acción, demasiado modesto frente al desarrollo moderno de los estudios comparados.

Todavía este moderno desarrollo de los estudios comparativos del derecho había de tropezar con la oposición de las escuelas jurídicas que prevalecieron sucesivamente en el mundo civil.

d) *Escuela del derecho natural*

d) El racionalismo triunfante de los *jusnaturalistas*, desdeñoso de toda observación fundada

312. SAUSER HALL, *op. cit.*, p. 26: "Ce qui caractérisé alors le droit comparé, c'est d'être interne, de ne s'exercer qu'à l'intérieur d'un même état; simple annexe de la théorie des *status*, il a pour fonction d'émousser les particularités et bizarreries des coutumes et de faciliter l'unification du droit; il s'en tient délibérément aux seules coutumes nationales."

32. HUG, *loc. cit.*, p. 1044.

sobre los hechos sociales y tendente a crear un derecho ideal inmutable,³³ no admitía estudiar legislaciones, todas ellas más o menos defectuosas. La mayor parte de los jurisconsultos de esta escuela que dominó los siglos XVII y XVIII, elaboraban los principios del derecho natural mediante simples deducciones y sobre ellas fundaban su propia doctrina con independencia de toda otra escuela.

Fueron excepción aquellos pocos grandes pensadores, guías de esta misma doctrina, incluyendo a su fundador el holandés Grocio (1583-1645), los que se valieron de las investigaciones comparativas: Francisco Bacone (1561-1626), el Profeta de la nueva época en Inglaterra, gran cultivador de materias filosóficas, literarias y jurídicas, había unido el conocimiento profundo del derecho nacional con el del derecho romano y valiéndose de ello propugnaba por el desenvolvimiento de un

33. SOLARI, *La scuola del diritto naturale*, Torino, 1904, p. 24: "*questo nuovo jus gentium aveva carattere razionale, in quanto le sue norme si ispiravano ai dettami che una retta e illuminata ragione voleva applicati*".

SOLARI, *Filosofia del diritto privato. I Individualismo*, Torino, 1938.

sistema de justicia universal que penetrando en el derecho de cada país, lo mejorase.³⁴ El pretendía que estos principios universales se fundaran sobre diversos sistemas jurídicos, pero le faltó después acompañar sus razonamientos con la exposición de material jurídico extranjero. Igual aspiración tuvo Leibniz (1646-1716) al proponer una universal investigación histórica y comparativa del derecho,³⁵ que, sin embargo, no tuvo tiempo de emprender personalmente. Los que verdaderamente

34. BACON, *De dignitate et augmentis scientiarum*, 1623, lib. VII, c. 3; *Tractatus de justitia universali sive de fontibus juris*. Trad. francesa en RIAUX, *Oeuvres de Bacon*, Paris, 1852, I, p. 480.

La obra fué debida al gran conocimiento que el A. poseía sobre los dos sistemas de derecho, lo que le permitió dar el mayor desarrollo a la *equity* en su función de canceller. HOLDSWORTH, *Sources*, *op. cit.*, p. 192, y *A History*, *op. cit.*, IV, p. 49. Véase también SOLARI, *op. cit.*, 49.

35. LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, 1667, pars. II, 29, tom. IV, p. 111; preconizaba en esta obra una gran recopilación comparativa de derechos: "*Ex his aliisque omnibus, undedunque collectis, conficiemus aliquando theatrum legale ad in omnibus materiis omnium gentium, locorum, temporum placita parallelis disponemus.*" Véase SAUSER-HALL, *op. cit.*, p. 34; FISCHER, *Geschichte der neurn Philosophie*, 111, Heidelberg, 1920, *Gottfried Wilhelm Leibniz (Lebe, Werke und Lebere)*.

pusieron las bases para un futuro estudio comparativo fueron Selden en Inglaterra (1584-1654), Grocio en Holanda, Montesquieu en Francia (1689-1755)³⁵ y Vico, seguido de otras grandes figuras, en Italia (1668-1743).

Selden, contemporáneo de Bacone, estuvo especialmente interesado en los estudios históricos del derecho³⁶ tanto sobre los países orientales como sobre los occidentales. Sostiene en muchos pasajes de sus escritos la necesidad y la importancia de los estudios comparativos, que aplicó después en sucesivos trabajos,³⁷ uno de los cuales está dedicado a

35². POLLOCK, *Essays in jurisprudence*, London, 1882, pref. IX. "Montesquieu not only collets a great quantity of materials for legal history, but has a notion of historical method and comparative research far in advance of other writers of his time."

36. SELDEN, unía a un tiempo la cualidad del más grande historiador y del más grande jurista de la primera mitad del siglo XVII en Inglaterra y fué el primero que se dedicó a la crítica de las fuentes del derecho inglés, conociendo también las de los otros derechos; después de él la escisión creada entre historia y derecho en su país, fué nuevamente suprimida por MAITLAND, HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 147 y A. History, *op. cit.*, IV, p. 298, V, p. 10-11; WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 319.

37. WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 320.

investigar la influencia del derecho romano sobre el *common law*.³⁸ Mientras él buscaba ante todo la verdad histórica que implica la investigación comparativa,³⁹ Grocio, con su mente enciclopédica usaba el material jurídico de cualquier país y época⁴⁰ para confirmar su propia doctrina del derecho natural, entendiendo que el valor universal de éste podía encontrarse no sólo por vía deductiva, sino también por el hecho de que ciertas normas jurídicas fuesen reconocidas en todos los sistemas.⁴¹ Separado de las ideas de Grocio y más próximo al método de Selden, Montesquieu, también en la observación de los hechos históricos, se valió de los estudios comparativos no tanto para descubrir la verdad

38. *Dissertatio ad Fletam*, 1685.

39. MAITLAND, *Why the history of english law is not written*, en *Collected papers*, Cambridge, 1911, 1, p. 488; este trabajo del A. sirvió de impulso al estudio histórico del derecho inglés y en esa época, aparte numerosas contribuciones sobre la materia, se concluyó el tratado de HOLDSWORTH, en nueve volúmenes, ya citado.

40. NABER, *Hugo Crotius, iuris Romani et jurisprudentiae comparatricis cultor*; en *Acta Academiae universalis jurisprudentiae comparativae*, op. cit., I, p. 51-57.

41. *De jure belli ac pacis*, I, XI, 1^a ed. Molhuysen, 1919.

histórica, como para sostener las reformas legislativas por él propuestas, si bien su doctrina de buen racionalista no le permitía admitir cada ley más que para un determinado ambiente.⁴² La importancia de su método comparativo está en el uso de material jurídico extranjero, no a fin de ilustración, sino como fuente de experiencia legislativa.⁴³

En Italia se cuenta entre los precursores de los estudios comparados, con Vico, Filangieri (1752-88) y Romagnosi (1761-1835): Vico, convencido de que las leyes de todos los pueblos están basadas sobre el buen sentido de la humanidad y que por esto son originariamente idénticas, considera fin principal de su trabajo probar que el derecho na-

42. MONTESQUIEU expone su doctrina sobre este asunto en *De l'esprit des lois*, 1748 y la ratifica en 1750 en un opúsculo que escribió en defensa de este su trabajo. Véase LANSON, *Montesquieu*, Paris, 1932, con la reproducción completa de *De l'esprit des lois*, precedida de minuciosas notas bibliográficas y biográficas (p. 1-24).

43. POLLOCK, en *Atti Congresso Int. scienze storiche*, op. cit., p. 58; califica a Montesquieu como precursor de la investigación histórica y comparativa, pero le niega la cualidad de fundador de estos estudios, porque los materiales y el método utilizados por él eran inadecuados a sus propósitos.

tural surge independientemente de la historia jurídica de cada nación.⁴⁴

Apenas estos colosos del pensamiento internacional habían abierto brecha en la abstracción con que los cultivadores del derecho natural constru-

44. Los trabajos en que VICO prodigó tanta riqueza doctrinal, fueron: *De uno universi iuris principio*, 1720; *De constantia jurisprudentiae*, 1721; *Scienza Nuova*, 1725. Su concepto de un derecho universal (*Dell'Unico principio e fine del Diritto Universale*; primera versión italiana de Nicola Corcia, Napoli, 1839), deducido de la uniformidad de las leyes y de las ideas, remonta de un lado a GROCIO y LEIBNIZ (véase antes n. 35 y 40), del otro se extiende a las teorías de los más grandes comparatistas modernos. En Italia ha dado sólidas bases filosóficas a esta doctrina, DEL VECCHIO, quien en *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, expone la necesidad en que se encuentran los grupos humanos, a medida que se modifican sus condiciones de vida, de salir del aislamiento primitivo para contraer siempre nuevas y más activas relaciones recíprocas y sobre estas circunstancias levantar el fundamento científico de la comparación de pueblos diferentes, o sea la legitimidad científica y concluyente de la comparación de sus respectivos derechos (p. 98 y 100) para llegar a "*recomporre tutte le formazioni giuridiche in una serie determinata, in guisa da interpretarle como momenti di un processo storico universale e sostanzialmente omogeneo* (p. 100) *con la visione de la progressiva unificazione del diritto, la quale si avvera per la tendenza comune ai diversi popoli di coordinar le loro leggi e i loro istituti*" (p. 101). La tesis fué de nuevo sostenida por

ieron sus propias doctrinas, se manifestó en varios Estados de Europa una nueva orientación que sir-

el A. en el congreso filosófico de Heidelberg en 1908, donde presentó un trabajo *sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, que fué reimpresso en segunda edición en Torino en 1909, aumentada con un *saggio sulla comunicabilità del diritto*, seguido en 1911 de un estudio en *La Critica*, sobre *La comunicabilità del diritto e le idee del Vico*. Puesta en evidencia la unilateralidad de las investigaciones realizadas por la escuela del derecho natural y por la escuela histórica, al atribuir al derecho romano preponderancia casi exclusiva (*sull'idea... op. cit.*, p. 9), sustituye a aquélla "*una considerazione obiettiva dei fenomeni giuridici e un coerente raffronto fra essi*", volviendo a un "*principio che domina tutta questa materia; cioè alla reale unità dello spirito umano, del cual el derecho e una necessaria estrinsecazione*"; unidad cuya confirmación se advierte en una "*serie di identità e somiglianze, che si riscontrano nel contenuto del diritto di tutti popoli* (p. 17), *e nella comunicabilità delle norme giuridiche, consistente in quella proprietà delle norme stesse di poter esser ricevute ed assimilate da popoli differenti da quelli presso cui si produssero* (p. 19)", lo que lleva a la "*convergenza degli svolgimenti particolari, per la quale si stabilisce una coordinazione sempre più vasta, e un armonia sempre più profonda, tra diritto delle singoli genti*" (p. 21). La ciencia del derecho universal comparado ordena y puntualiza los momentos de este proceso (p. 22). A estas ideas se adhiere DONATI, *Fondazione della scienza del diritto*, Padova, 1930, p. 111. Polémica notable entre DEL VECCHIO y FOLCHIERI en *La Critica*, v.

vió para aumentar la pugna a los estudios comparativos.

De un lado apareció dondequiera en el siglo XVIII la obra legislativa enclavada sobre la investigación de los Humanistas en las fuentes del derecho local y guiada por la teoría dominante del derecho natural,⁴⁵ así que, con excepción de los juristas ingleses a la sazón nuevamente influídos por el derecho romano,⁴⁶ todos los demás se desinteresaban de las legislaciones extranjeras; por otra parte, la escuela histórica intentaba abrir bre-

45. HUG, *The origin and spirit of European civil codes*, en *China law Review*, 1932, v., p. 9, por él mismo citado en *Harvard law Rev.*, *loc. cit.*, 1053, y LEVY ULLMANN, *Observations générales sur les communications relatives au droit privé* en *Livre cinquantenaire de la Soc. Leg. Comp.*, Paris, 1923; a la influencia de los Humanistas en la codificación se ha referido LANDUCCI en el reciente congreso de derecho romano (*Atti*, citadas).

46. SCRUTTON, *Roman law influence in Chancery, Church courts, Admiralty and Law merchant*, en *Select essays*, *op. cit.*, I, p. 208. HOLDSWORTH, *Sources*, *op. cit.*, p. 54; ORTONA, *L'indagine storica del diritto inglese* en *Riv. Int. Fil. del diritto*, 1932, p. 412, artículo extraído de un completo estudio del mismo autor sobre *Influenze romano-italiane su lo sviluppo storico del diritto inglese*, presentado como disertación del

cha en la excesiva potencia de los legisladores postulada por los racionalistas.⁴⁷

e) *Escuela histórica*

e) La doctrina de esta escuela se oponía a la legislación, ya que, en su concepto, la evolución jurídica se produce fatalmente con independencia de la voluntad humana y por espontánea orientación de las exigencias colectivas del pueblo. La orientación exclusiva asumida por ella hacia el derecho romano, como derecho común a todos los pueblos civilizados,⁴⁸ tampoco favorecía el estudio comparado del derecho.

grado en derecho comparado en la Universidad de Torino en 1931, que fué premiado con el premio Dionisio.

47. HUG, *Harv. law Rev.*, *loc. cit.*, p. 1053.

La escuela histórica ayudó indirectamente al derecho comparado, proclamando el interés sobre toda especie de ordenamientos jurídicos. MESSINEO, *L'indirizzo comparativo negli studi giuridici*, en *Archivio giuridico*, 1931, p. 6.

48. PUCHTA, *Cursus der Institutionem*, Leipzig, 1881, p. 94. SOLARI, *Filosofia del D. privato, II Storicismo*, Torino, 1940.

f) *Primera formulación científica del derecho comparado*

f) No obstante estas opuestas tendencias de escuela, el siglo XIX hubo de presenciar cómo se acentuaba, aquí y allá, un cierto interés por el derecho extranjero y su comparación con el derecho nacional. Al cerrarse esta centuria, después de períodos de abandono y de recuperación, los estudios de esta índole aperecen por fin constituidos como una rama independiente de la cultura jurídica. Dicha rama jurídica encontró, además, su ambiente favorable en la moderna escuela filosófica, cuya nueva idea del derecho natural, como una dirección hacia la unidad del espíritu humano, explica la universalidad de algunas instituciones formales de las que ningún ordenamiento jurídico ha podido prescindir.⁴⁹

49. DEL VECCHIO (*Sull' idea di una scienza, op. cit.*, p. 10) ha puesto en evidencia que la incitación a extender la investigación histórica más allá de los estrechos límites tradicionales hasta comprender posiblemente el derecho de todo pueblo y de todo tiempo, viene de la "*philosophische schule*" y de los teóricos del derecho racional, cuya doctrina había

La primera formulación rigurosa de los estudios de derecho comparado surge en Alemania con la obra póstuma de Pablo Anselmo de Feuerbach (1755-1833) que fué el primero que tuvo una

ya superado, merced a la crítica, muchos de los prejuicios de los antiguos escritores del derecho natural. A esta escuela se adhería POLACCO en la inauguración de su curso de derecho civil en 1918 (La scuola di diritto civile nell'ora presente, en *Rev. di Dir. civile*, 1919, reimpresso en *Pubb. Un. Moderna*, n. 39), reconociendo en el derecho comparado la verdadera esencia íntima del derecho, que a través de un fatigoso y sólido proceso materializado de documentos vivos, cuales son los derechos vigentes bajo distintos cielos, retorna a aquella unidad de que partía, pero como de un principio *a priori* el iusnaturalismo antiguo, y viene a distinguir el derecho natural de este modo establecido, de la antigua doctrina de los iusnaturalistas; y concluye que "*se per tanto digiusnaturalismo ci si voglia, quasi di una colpa, imputare per la nostra irriducibile devozione a certi principii, si dovrà pur riconoscere que noi lo concepriamo come un diritto naturale sociale e progressivo nel suo rivelarsi*" (p. 113). Este concepto ya autorizadamente arraigado en Francia por obra de GENY (*Methodes d'interpretation*, segunda ed., Paris, 1919), que a su vez sigue DEL VECCHIO exponiendo la noción de los principios generales del derecho (en *Archivio giuridico*, 1921) y en cuya defensa se pueden invocar los argumentos mismos de POLACCO, contra recientes críticas a él lanzadas directamente (LABRIOLA, *A propósito del renacimiento*

idea clara, completa y admirablemente exacta de la necesidad y del cometido de las investigaciones comparativas.⁵⁰ No obstante que él concibiese un absoluto principio de justicia deducido racionalmente, consideraba, también, que no estando limitada la ciencia jurídica por el tiempo ni por el espacio, sus observaciones debían ser lo más comprensivas posible e incluir, por tanto, las ideas jurídicas de todos los tiempos y de todos los pueblos. Contemporáneamente, Gans, fuerte opositor de Sa-

giusnaturalismo, en *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1920, p. 128) o indirectamente (MAROI, *Tendenze antiche e recenti...* *loc. cit.*, p. 215). SANTORO PASSARELLI (*Riv. Ital. so Giur.*, 1933, p. 59) admite el derecho natural en el sentido ortodoxo, como uno de los elementos contemplados en el Art. 3º disp. prel. c. c., pero de éste excluye aquel derecho transformado por los modernos; hacia éste se muestra más benévolo PACCHIONI (*Trad. di Dir. civile*, Torino, 1933, I, donde todas las teorías son resumidas), el cual, partiendo de severas premisas, llega a admitirlo entre los elementos del Art. 3º, siempre que haya recibido el bautismo de la jurisprudencia, luego de atender el juez aquel vasto y vivo conjunto de elementos que se agita en todas las escuelas (p. 147).

50. *Idee und Nothwendigkeit einer Universal jurisprudenz*. MAROI, *Tendenze antiche e recenti...* ya citado, en *Riv. Int. Fil. del diritto*, 1930, p. 179.

vigny (1779-1861) y de la escuela histórica, inspirándose en la obra de Thibaut,⁵¹ se declaraba partidario de una interpretación filosófica de la historia del derecho que revelase el desarrollo de las ideas fundamentales en todo el mundo jurídico, con método comparativo y visión universal.⁵²

En contraste con la actitud filosófica de estos escritores, existía en Alemania un núcleo de juristas positivos que por razones prácticas eran llevados a estudiar el derecho extranjero; entre ellos se destaca Zachariae, que acometió el examen del derecho francés como derecho nacional a causa de la adopción del código civil francés en la parte occidental del país;⁵³ mientras otros extendían sus investigaciones a los derechos de diversas naciones, inclusive Inglaterra y América, que cultivó

51. HUG, en *Harvard law Rev.*, *loc. cit.*, p. 1056; THIBAUT, en *Civilistiche Abhandlugen*, 1814, p. 404.

52. HUG, *id. id.*, p. 1055.

53. ZACHARIAE publicó su obra en 1808 en Heidelberg; arreglada por CROME fué traducida y anotada por BARASSI: *Manuale di diritto civile francese*, Milano, 1907-9.

Mittermaier,⁵⁴ fundador con Zachariae, en 1829, de *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Ausländes*, cuya publicación gozó próspera vida durante cerca de treinta años, presentando un panorama casi completo de la legislación y de la ciencia jurídica en el extranjero.

Desgraciadamente los tiempos no estaban maduros para el derecho comparado y cesada la labor de aquellos pocos pioneros, vino a caer en la indiferencia general. Pero la semilla no había sido echada en vano, de Alemania pasó y germinó en Francia, donde parecía que la admiración casi supersticiosa, por su código civil nacional, había de impedir cualquier interés por el derecho extranjero. Fué precisamente en este país donde Lerminier lanzó el grito de alarma en una serie de cursos libres profesados en París, entre 1828 y 1830, de los que extrajo la materia para una introducción general al estudio del

54. Notable es el amplio desenvolvimiento dado por estos juristas a la exposición crítica de los derechos inglés y americano. Véase el índice en HUG, en *Harvard law Rev.*, *loc. cit.*, p. 1058.

derecho que le valió la permanencia en la Cátedra del Colegio de Francia,⁵⁵ sobre Historia General y Filosofía de las legislaciones comparadas. Foelix emprendió por aquel tiempo la dirección de una revista que debía seguir los pasos de aquella otra alemana, pero que tuvo mucha menos fortuna,⁵⁶ no obstante haber puesto los fundamentos del estudio del derecho comparado en Francia.⁵⁷

En Italia, bajo la sombra de Vico y de sus discípulos se fué abriendo camino lentamente un método científico comparado para las investigaciones a que se dedicara el primero de todos, Emerico

55. LERMINIER, *Cours d'histoire des législations comparées*, París, 1836. HAGEM, *L'étude du droit comparé* (lección inaugural en la Universidad de Genève) en *Rev. Trim. de droit civil*, 1909, p. 327 y s.

56. *Revue étrangère de législation*, 1, 1834, que en su tercer año asumió el título de *Revue étrangère et française de législation* y para mudarlo por fin en el de *Revue de droit française et étrangère*, mostrando así el continuo decrecer en la Francia de aquellos tiempos por el derecho extranjero.

57. De donde se deduce que el actual derecho comparado se vincula a la fundación de la *Société de législation comparée*, en 1869 en París.

Amari, con su *Critica delle legislazioni comparate*, (1857), donde, de manera absolutamente independiente del movimiento alemán poco antes iniciado, el autor quiso demostrar que la comparación entre las leyes de diversos pueblos y tiempos, es condición indispensable para la ciencia de la legislación.⁵⁸

En Inglaterra, aunque con menor influencia, persistió en el siglo XVIII y en el siguiente, el interés por el derecho romano cuyo estudio había sido profundizado especialmente por los juristas de la escuela analítica: de él se sirvieron Benthan

58. Así como PABLO FUERBACH ignoraba cuanto se venía haciendo respecto de los estudios comparativos reducidos a sistema por GIAMBATTISTA VICO, independiente de aquél, a su vez, abstracción hecha de los precedentes escritos de FILANGIERI, *introduzione alla scienza delle legislazioni*, 1789, y de ROMAGNOSI, *Scritti ed. cuidada por DE GIORGI*, Milano, 1841-45, fué el siciliano EMERICO AMARI, n. en Palermo en 1810, m. en 1870, quien primero desenvolvió en Italia, con método científico, en 1857, el estudio del derecho comparado. Su libro "*Critica di una scienza delle degislazioni comparate*" publicado en Génova durante años de doloroso exilio, en 1857, constituye el vol. VI *Atti della Accademia di Filosofia italica*, donde el A. había dado lectura de la obra en las sesiones de 11 de febrero de 1855 y sucesivamente del 25 de febrero y 17 de junio

y Austin (1790-1859) ⁵⁹ como fundamento de sus doctrinas y sobre él provocó viva atención en 1856 el gran jurisconsulto Summer-Maine con su obra inmortal. ^{59a} Al interés científico se unió también, a este respecto, el interés práctico: de un lado, la

del mismo año, a 27 de enero de 1856. Críticas recientes han rectificado el juicio excesivamente severo pronunciado contra él por un colega de la Universidad y después del exilio (CASTIGLIA, *De la science des législations comparées, en Revue critique de législation et jurisprudence*, 1858). Véase DEL VECCHIO (Sulla idea . . . *loc. cit.*, apéndice, p. 31) que juzga "*ammirevole il meditato studio col quale eglisseppe svolgere e porre in luce, in una età ancora poco propizia molte idee directive della comparazione giuridica universale*". MAROI, *Tendenze anticbe . . . loc. cit.*, p. 179, lo reputa "*indagatore profondo delle origini, delle vicende, dei caratteri della scienza comparata del diritto*". Y no hace mucho tiempo, el Ministro de Justicia, S. E. DE FRANCISCI, inaugurando el 6 de abril de 1933 en Palermo el Congreso Internacional de Derecho Penal, rindió homenaje al gran pensador y precursor que había puesto las bases de los estudios comparativos, lamentando que todavía no se le hubiera hecho justicia. Fueron estas palabras preludeo de la creación de la primera cátedra de número de Derecho Comparado en Italia, allí en la isla donde AMARI vió la luz o en Génova, donde llevó a cabo su obra inmortal.

Seguidamente de AMARI debe ser recordado el célebre estadista y jurisconsulto PASQUALE STANISLAO MANCINI, véase *Filangieri*, 1876, p. 632.

59. Véase más adelante n. 152.

necesidad, para la Corte Suprema del Imperio, el *Privy-Council*, constreñida a juzgar sobre la base de los varios derechos allí vigentes, así como para los abogados que habían de sostener ante ella los derechos de las partes, de conocer las diversas fuentes, a lo que proveyó Burge exponiéndolas sistemáticamente en una obra bastante apreciada en el Continente europeo y en los Estados Unidos de América; ⁶⁰ de otro, las crecientes relaciones de ne-

59². SUMMER MAINE en su *Ancient law* (ed. POLLOCK, London, 1907, p. 79) hace corresponder las ideas de Bentham respecto al derecho inglés, a las doctrinas jusnaturalistas del sistema jurídico romano. Este su carácter impulsa a B. a favorecer la codificación y a oponerse abiertamente a las doctrinas de Blackstone (véase n. 152), pero encontró poco séquito, análogamente a lo que sucedió a Austin, fundador con él de la escuela utilitaria e iniciador de aquellos especiales tratados que figuran bajo el nombre de *jurisprudence* y cultivan los principios generales del derecho. AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*, London, 1873. Para las relaciones de Austin con la doctrina jurídica contemporánea alemana, A. B. SCHWARZ, en *Política*, London, 1934, p. 178.

60. BURGE, *Commentaries on colonial and foreign laws*, 1837, nueva ed., London, 1907, 28; rec. de MITTERMAYER en *Kritische Zeitschrift*, ya cit., 1839, II, p. 207, y STORY, en *Commentaries on the conflicts of laws*, 2^a ed., 1841.

gocios entre comerciantes ingleses y extranjeros que hicieron necesaria la difusión de las diversas leyes comerciales, ⁶¹ con vista también a una ulterior unificación posible. ⁶²

En los Estados Unidos, antes de que allí penetrase el derecho inglés, sus juristas volvieron la vista a otras tierras y el derecho comparado vino a ser factor importante de aquella legislación; ⁶³ en

61. HUG, en *Harvard law Rev.*, *loc. cit.*, p. 1065, fué el primero que reveló, en base de noticias recibidas, la grandiosa obra del inglés LEONE LEVI que se propone dar a conocer a sus conciudadanos las leyes comerciales del mundo entero: *Commercial law, its principles and administration; or the mercantile law of Great Britain compared with the codes and laws of commerce of the following 59 mercantile countries*, 1850-51. Al final de cada capítulo hace un análisis de la ley, donde expone las analogías y diferencias entre derecho inglés y los códigos continentales.

62. LEVI se proponía la redacción de un código unificado de derecho comercial, entendiéndolo poder hacer a este respecto lo que se había logrado en Alemania con su ley cambiaria que vino a sustituir sesenta leyes diferentes en la materia.

Aunque no pudo hacer llegar a puerto la grandiosa empresa, él quedará como el primer jurista que tuvo la idea de que tras la comparación siguiera la unificación.

63. POUND, *Comparative law in the formation of American common law*, en *Acta Accademiae universalis juris comp. op. cit.*, I, p. 183-191.

la elaboración de ésta, se distinguieron Kent y Story, que tanta parte tuvieron en la formación del nuevo derecho americano por su conocimiento del derecho romano y de las codificaciones modernas de la Europa continental;⁶⁴ mirando ellos a las normas del *Common Law*, las aproximaban a otras análogas de las codificaciones latinas, para demostrar su común identidad con el derecho natural universalmente observado.⁶⁵

Esta elaboración práctica de las leyes ampliaba para los juristas el horizonte de sus estudios, empujándolos a penetrar con el pensamiento en otros países para utilizar el material jurídico en el mejoramiento del derecho interno de cada uno. Faltaba en esta elaboración de los derechos nacionales la amplitud de visión de sus precursores; no se discutía sobre la función de tales estudios ni sobre los métodos a seguir, sino que se trataba sólo de un sis-

64. KENT, *Commentaries on the american law*, 12^a ed., Boston, 1896; STORY, *Commentaries on the conflicts of laws*, *op. cit.*

65. POUND, *Comparative . . .*, *loc. cit.*

tema de observación empírica y de práctica aplicación de los resultados así obtenidos.⁶⁶

Había que llegar hasta el fin del siglo XIX, para que abandonando avaras ideas sobre la importancia exclusiva del derecho nacional recientemente codificado, se diera de nuevo a los estudios comparados una cierta vitalidad y su reconocimiento como rama de la ciencia social.^{66²}

66. HUG, en *Harvard law Rev.*, *loc. cit.*, p. 1069.

66². Han surgido el *Institut International pour la Coopération Intellectuelle*, en París, y el *Institut International pour l'unification du droit privé*, en Roma, ambos organismos emanados de la Sociedad de las Naciones y ambos representados por el autor en el Congreso Internacional de Derecho Comparado en La Haya en 1932 y 1937.

NATURALEZA Y FUNCION DEL DERECHO COMPARADO

CIENCIA Y METODO

1. Grandes han sido, como hemos visto, las hostilidades suscitadas contra el estudio del derecho comparado, el cual sólo recientemente ha llegado a ganar puesto propio en el cuadro de las ciencias jurídicas. Aunque no existe acuerdo entre los estudiosos acerca de la naturaleza de esta nueva disciplina, que para algunos ha alcanzado el alto gra-

do de ciencia,⁶⁷ mientras que para otros es solamente un método de investigación,⁶⁸ cabe

67. Puede hacerse una distinción neta entre aquellos que sostienen una ciencia de derecho comparado y aquellos que atribuyen una función más modesta a esta rama del derecho: para los primeros tenemos en Italia un fundamento filosófico en las doctrinas de DEL VECCHIO (ya citadas en la n. 44), capaces de apoyar una completa teoría del derecho comparado, llevada incluso hasta el extremo de la unificación, que no impide, como ha sido observado (MAROI, *Tendenze...* loc. cit., p. 305), el mantenimiento íntegro de las infiltraciones extranjeras en algunas instituciones de derecho privado en las cuales se refugia la concepción del derecho nacional (V. MAROI, *Le contumanze giurudiche e la riforma del diritto privato in Italia*, en *Riv. di Dir. Civ.*, 1929, p. 361). Esta opinión, con más empuje, es la misma de los más grandes comparatistas en Francia y nuestro perfecto acuerdo con ella ha sido reconocido repetidamente (V. LAMBERT, *Programme de l'Institut de droit comparé de Lyon*, Lyon, 1921, p. 15; *The teaching of comparative jurisprudence*, conferencia dada en la *Society of public teachers of law*, London, 1925, p. 2); del contacto entre el derecho de fondo romano y el derecho común inglés tiene que salir un derecho común a la sociedad actual de los pueblos (*Le droit commun de la Société de Nations*; en *Acta*, cit., p. 25, astr.) A una tal sociedad Lambert quiere asignarla un derecho que bajo el nombre de derecho comparado o jurisprudencia comparativa comprende las instituciones jurídicas adaptadas a la estructura económica de carácter internacional de la nueva sociedad, herencia del derecho romano medioeval que aspira a restablecer entre las

afirmar, desde luego, el carácter complejo de su finalidad y reconocer, además, sin perjuicio de con-

ciencias jurídicas nacionales los elementos de cooperación y comprensión recíprocas, que permitieran a los glosadores y a los postglosadores crear sobre la diversidad de usos un fondo de derecho común (V. *Relazione generale del Congresso internazionale di diritto comparato all'Aia*, 1932, en Actas del Congreso mismo y en *Annales de l'Université de Lyon*, 1934, N. S.)

A estos principios se ha adherido recientemente ROTONDI reclamando para una ciencia universal del derecho comparado, una historia comparada de todos los derechos, que reproduzca para el fenómeno jurídico aquello que por el estudio de la lengua es dado por la lingüística, a fin de llegar después a un conocimiento sistemático del fenómeno jurídico (ROTONDI, *Dogmatica e diritto comparato*. Publicación del Instituto di diritto commerciale comp. de la R. Univ. de Pavia, Padova, 1930, p. 17-19, reproducido en *Zeitschrift für vergleichende* cit., 1933, con nota de Adam). Contemporáneamente, MAROI llegaba a resultados análogos en el docto escrito sobre *Tendenze antiche et recenti*, loc. cit. (a. p. 219), donde observa que "es ahora cuando se ha comprendido que procede no detenerse en la fenomenología del mal, sino acudir a las causas; se ha comprendido, en suma, que la única vía a seguir es aquella que elimina la razón de los conflictos, unificando hasta donde sea posible el contenido de las leyes... no sustituyéndolas para toda materia con ordenamientos uniformes, sino creando en el campo de la contratación internacional una especie de *jus gentium* que con el tiempo, como ha sucedido en Roma, ejercitaría una indudable y decisiva influencia sobre las leyes nacionales, sobre el *jus civile* interno de cada Estado".

fiar a la pura doctrina filosófica la investigación de las constantes psicológicas y de la unidad del fenómeno jurídico, que el estudio histórico-empí-

Incitación para estos estudios, en Italia, hizo BONFANTE, desde el año 1906, Trad. POST, *Giurisprudenza etnologica*, Milano, 1906, al revelar que "todo el movimiento que existe en nuestros días es en el sentido de salir del estudio restringido y unilateral del propio derecho positivo vigente y abrazar la comparación de los derechos de los pueblos que se encuentran a la cabeza de la civilización", p. VII. Sigue FEDOZZI, en *Archivio Giur.*, 1902, p. 225. A distancia de años, CARUSI y CAMMEO con intenciones muy diversas entre sí y de las cuales la de CAMMEO es más conforme a la moderna dirección (CARUSI en *Atti delle soc. per il progresso delle scienze*, 1917; CAMMEO en *American Bar Association journal*, 1918, y con adiciones en *Riv. di Dir. Comm.*, Milano, 1919, 1). En 1915, GALGANO había hablado sobre la función jurídica del derecho privado comparado, en la introducción a su curso de derecho privado comparado en la Universidad de Nápoles; limitándose, sin embargo, a considerar apta dicha función para determinar e interpretar el derecho nacional, *Rivista giuridica d'Italia*, Napoli, 1915, col. 44, como "aquella que directamente interesa no sólo a los estudiosos del derecho interno en general, sino también a los juristas, los abogados, los hombres de negocios, que de él hacen cotidiana aplicación" (col. 44).

Resulta, sin embargo, de su lectura, que GALGANO, no tanto por reconocer esta sola función, sino por darla mayor relieve entre otras, se ha planteado substancialmente el problema de si el juez italiano puede apoyarse en un principio de derecho comparado o en un precepto de legislación extranjera al decidir una controversia entre italianos y aplicando el de-

rico no puede disociarse enteramente de las premisas y supuestos filosóficos, en los que encuentra

recho italiano (col. 57). El rechaza una tal posibilidad en virtud del artículo 3, disp. prel. C. C., pero reconoce como uno de los modos de aprovechar para la interpretación del derecho nacional las legislaciones extranjeras, en caso de trasplante de leyes de un país a otro, la elaboración hecha en el interior y en el exterior de principios jurídicos acogidos por ambos; en este caso el derecho comparado o extranjero al que se haga apelación, siempre dejando a salvo conceptualmente la libertad del juez para acoger o no tales principios, obra solamente como órgano complementario de revelación del derecho interno.

De ulteriores trabajos en el campo comparativo y de la dirección del apreciable anuario de derecho comparado y de estudios legislativos, órganos del *Instituti di studi legislativi a Roma*, aparece mejor la vasta concepción que GALGANO tiene de estos estudios. (La publicación se inicia con el volumen del año 1927.)

68. Netamente partidarios de la concepción del derecho comparado como método de estudio, son DE FRANCISCI y MESSINEO, el uno escribiendo a propósito de los trabajos de CARUSI (*La scienza del diritto comparato secondo recenti dottrini*, en *Riv. di Fil. del Dir.*, 1921, p. 23 y s.), el otro en la introducción de su curso en la Universidad Católica de Milano (*L'indagine comparativa negli studi giuridici*, en *Archivio giuridico*, 1931, p. 3 y s. ya citada).

Dice DE FRANCISCI, *loc. cit.*, p. 246: "Existe sin duda un método comparativo, método subsidiario que debe ser usado con la debida cautela. Pero una ciencia particular del derecho comparado ni existe ni puede existir."

sus principios y su conclusión.⁶⁹ Así es que la nueva disciplina se nutre de historia jurídica y de teoría general de la evolución jurídica y procede fraternalmente con la filosofía del derecho, aunque sin confundirse con ella.⁷⁰ Para aquellos que en la teoría general de la evolución jurídica ven en parte una indagación filosófica,⁷¹ los dos componentes del derecho comparado hacen de éste una ciencia; pero para aquellos otros que de la mencio-

A esto añade MESSINEO, p. 15 "... es legítimo ver en el derecho comparado, en lugar de una autónoma disciplina, un método; es, en efecto, usual hablar de método comparativo en el estudio de derecho, antes que de derecho comparado", para poner en evidencia una función esencialmente práctica, mientras que al mismo tiempo muestra una invencible resistencia hacia aspiraciones de orden teórico, que, sin embargo, no carecen de fundamento.

69. DEL VECCHIO, *loc. cit.*, p. 23.

70. DE FRANCISI. *loc. cit.*, p. 247 y 249.

71. DEL VECCHIO, *loc. cit.*, p. 23. "Si la ciencia del derecho universal comparado vierte en la esfera de la experiencia nutriéndose de los datos de la fenomenología jurídica como tal, no deja de contar también con una serie de premisas y supuestos filosóficos sin los cuales necesariamente vendría a caer".

nada teoría excluyen esta indagación,⁷² el derecho comparado se limita a ser un método. De la finalidad que los estudiosos se proponen al examinar comparativamente varios derechos, depende, en cada caso, que dicha investigación sea admitida o rechazada, dando lugar, respectivamente, a la existencia de un *estudio científico del derecho comparado* o sólo a un *estudio de derecho interno con método comparativo*.⁷³

Esta segunda forma es adoptada ya por todos los juristas en las investigaciones de derecho interno, y de ella es maestra insuperable la doctrina italiana.^{73a} A la primera forma se atienden, con

72. DE FRANCISCI, *loc. cit.*, p. 247: "En correspondencia a la distinción entre conocimiento histórico y conocimiento teórico yo afirmo no ser asimilables en este campo de estudio más que dos disciplinas: la historia del derecho de un lado, la teoría general de la evolución jurídica del otro . . .", p. 248; "pero sobre todo es necesario tener presente que cuando en estos estudios se habla de conocimiento teórico no se entiende aludir de ningún modo al conocimiento filosófico".

73. Véase luego la clasificación de las finalidades de estos estudios.

73^a. Esto era reconocido por el gran comparatista SALEILLES en el Congreso Internacional de Ciencias Históricas (*Atti, cit.*) donde dice (p. 20): "Italia es ciertamente el país

algunas diferencias, los puros cultivadores del verdadero y propio derecho comparado,⁷³³ atribuyéndole alguno la elaboración del derecho positivo, dirigida sobre una vía unitaria; en cambio, otros, permanecen exclusivamente en el campo abstracto de la investigación de los principios comunes a toda la humanidad civil, sobre los cuales, trabajando luego cada legislador, se llegaría indirectamente a la unificación progresiva.

EXPOSICION DE DERECHOS EXTRANJEROS

2. La sola exposición de derechos extranjeros, aunque sea hecha paralelamente, pero limitada al simple conocimiento de estos derechos, no puede

en el cual el derecho comparado debería lograr el mayor desenvolvimiento. A juzgar por el carácter de los grandes trabajos jurídicos publicados por los profesores de su Universidad, es obligado reconocer que pocas literaturas hay en las cuales se haya sabido utilizar tan bien y con un método más seguro la comparación de las legislaciones extranjeras.”

733. SARFATTI, *Le droit comparé dans son essence et dans application*, en *Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, Lyon, 1938.

aspirar a la categoría de ciencia, que exige en todo caso una cierta síntesis; ⁷⁴ es un estudio ciertamente

74. En el Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1900, SALEILLES puso las bases de su doctrina que se propone la búsqueda, a través de las grandes corrientes legislativas, del "*type d'ideal tout relative qui se degage de la comparaison des legislations, de leur fonctionnement et des leurs resultats, pour une institution déterminée, en tenant compte de l'état économique et social auquel il doit correspondre*". (Bull. Soc. Comp., op. cit., 1900, p. 389.)

El habla de *ideal* para responder a la escuela histórica, y atribuye al ideal buscado el carácter de *relatividad* para no recaer en el viejo derecho natural y para admitir en cambio un *contenido variable* como lo explica en *Rev. Tri. de droit civil*, 1902, p. 94-98.

LAMBERT, con su carácter combativo (así lo juzga SAUSER HALL, loc. cit., p. 65), quiere aproximar la idea abstracta de un derecho común de la humanidad civil de SALEILLES, a una aplicación inmediata de un derecho de tendencias universales. En escrito del mismo año que la primera comunicación de SALEILLES se expresa así: "*Une réforme nécessaire des études de droit civil en Reu int de l'enseignement, 1900... la doctrine a une plus importante mission sociale: provoquer la pénétration réciproque des droits positifs; diminuer le nombre des territoires distincts d'application du droit, des diversités entre les jurisprudences internes... Nous devons désormais diriger nos efforts vers un rapprochement entre notre législation et les législations parentes, c'est à dire celle qui sont arrivés e peu près a un même degré d'elaboration scientifique que la notre et regissent des peuples parvenus au même stade de développement social et économique que nous.*"

útil, pero sólo como abstracto para el derecho comparado y simple complemento de cultura ju-

La oposición encontrada de parte de autorizados juristas lo llevó a profundizar sus ideas que expuso en un gran volumen, hoy de gran notoriedad: *Etude de droit commun législatif ou de droit civil comparé*, Paris, 1903. Allí asigna al *droit commun législatif* el fin (p. 895), "de sélectionner parmi les productions de chacune des jurisprudences nationales, celles qui tendent à satisfaire des besoins communs, soit à toutes les civilisations englobées dans le même champ de comparaison, soit à l'un ou à quelques uns des groupes naturels entre lesquels elles se répartissent, sont susceptibles d'internationalisation totale ou partielle. . ."

LAMBERT dudaba si comprender en el amplio campo comparativo aquel sistema plenamente original, en oposición al sistema romano, o sea el *common law* (*op. cit.*, p. 922) e igual duda había formulado en el Congreso de 1900 (*procès verbaux, op. cit.*, I, p. 49), pero en la sucesiva elaboración de sus ideas, llegaba a hacer objeto principal de comparación los dos grandes sistemas, sustituyendo al nombre de *droit commun législatif* aquel otro de *droit europeo-américain* (véase prefacio a Woo, *Le problème constitutionnel de la Chine*, tomo II, *Bibl. de l'Institut de droit Comp.*, Lyon, 1925), y a este propósito entrevió ya la necesidad (*Le droit commun de la Société de Nations*, en *Acta Accademiae universalis, op. cit.*, p. 8 cstr.) de darle un significado más amplio, para extenderse a los Estados asiáticos civilizados. Igual concepto es propugnado también en Inglaterra, donde GUTTERIDGE, valioso comparatista, ve en las investigaciones sobre los códigos continentales una fuente de progreso para el derecho de su país. GUTTERIDGE, *L'atteggiamento dei paesi anglo-sassoni verso il*

rídica sin la preocupación suficiente para penetrar las causas principales de la diversidad jurídica y estudiar sus consecuencias sociales.⁷⁵

Dicha exposición prepara la elaboración del derecho comparado pero no constituye su esencia. Hecha escrupulosamente provee al conocimiento de las leyes,⁷⁶ pero no a su comparación. Esta requiere algo más que la exposición de textos legisla-

diritto comparato, en *Riv. di Dir. Priv.*, 1932, p. 100. R. W. LEE, *Comparative Law and comparative Lawyers*, en *Journal of Soc. of Pub. teachers of law*, London, 1937. A la extensión a un mayor número de derechos, corresponde una mayor limitación en el número de las instituciones a unificar: mientras la obra de 1903 de LAMBERT había versado a este respecto sobre el derecho sucesorio, después ha declarado reconocer la oportunidad de cambiar la orientación, volviendo preferentemente a las investigaciones sobre el derecho de las obligaciones, al mundo de los negocios (*Acta, loc. cit.*)

75. SAUSER HALL, *loc. cit.*, p. 40: "*Les connaissances positives sont vaines, qui ne servent de base à quelque hardie synthèse*". WALTON, *The study of foreign laws*, en *Juridical Rev.*, Edimburgh, 1934.

76. SCIALOIA, que recurre al derecho comparado, con ocasión de hacer al Congreso Internacional de Ciencias Históricas de Berlín en 1908 la relación sobre la historia de la venta consensual, lamenta aquellos muchos casos en que se exponen malamente nociones de derecho extranjero. (Véase en *Riv. di Dir. Comm.*, Milano, 1911, I, p. 946.)

tivos, la de su funcionamiento práctico a través de la jurisprudencia respectiva, en relación a los diversos ambientes jurídicos.⁷⁷

RELACIONES CON EL DERECHO INTERNACIONAL

3. Así como hemos visto que un antiguo conflicto entre derecho comparado y filosofía del derecho⁷⁸ quedó zanjado con una rápida solución, la de su perfecto acuerdo,^{78a} así también a todos aquellos que contraponen como incompatibles el

77. RABEL, en *Zeitschrift*, 1927, 1, p. 5. (V. además p. 112.)

78. POST, en varios escritos, entre los cuales prevalece la obra iniciada en Leipzig en 1891, *Ueber die Auflagen einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, que contiene todo un programa, sostiene que al surgir el derecho comparado se hizo inútil la especulación filosófica del derecho (V. DEL VECCHIO, *loc. cit.*, p. 23; MESSINEO, *loc. cit.*, p. 6).

78^a. DEL VECCHIO, *loc. cit.*: "La ciencia del derecho universal comparado . . . es por otra parte el límite de aproximación de la ciencia a la filosofía del derecho, así como la filosofía del derecho, a su vez, puede y debe obtener provecho, mediante la aplicación y confrontación de sus criterios, con aquello que ha sido puesto en claro por aquella ciencia."

derecho comparado y el derecho internacional privado, podemos hacerles notar toda la utilidad que el derecho comparado puede prestar a este último.⁷⁹

Sin detenerse sobre la necesidad evidente que tiene el internacionalista de conocer las leyes cuya aplicación discute, debemos hacer presente el auxilio que la comparación presta a la regulación de los conflictos: antes que examinar superficialmente en sí mismas las singulares disposiciones de las diversas leyes en conflicto, la investigación comparativa penetra en la institución jurídica de que se trate, llegando a los correspondientes sistemas jurídicos desde la fuente de la norma respectiva en los varios derechos; solamente de este modo se provee a un serio proceso de calificación, del cual puede resultar una cierta armonía entre leyes aparente-

79. LEVY ULLMANN, actualmente trasladado desde la cátedra parisina de derecho comparado a la de derecho internacional privado en la misma Facultad. Sigue un método histórico jurisprudencial comparativo, que le lleva a indagar las relaciones entre estas dos ciencias. SARFATTI, *Comparative law and its relations with international law*, en *Journal of Grotius Society*, 1937.

mente opuestas entre sí, con la consiguiente aplicabilidad de un principio que, si no encuentra directa correspondencia en la ley invocada por una parte, allí existe, sin embargo, fundamentalmente.

De este modo el juez puede llegar a una solución que no se limite a consideraciones exactas en cuanto a la letra, pero que esté en pugna con la verdadera naturaleza del caso. Erraría por ejemplo la sentencia que respecto de una acción de lesión considerada en el derecho italiano y en el derecho alemán, dijese, sin más, que ésta no existe en dicha última ley extranjera, que es la aplicable al caso, y que, por eso, la parte lesionada en sus derechos nada puede reclamar.

Falta en efecto en el código alemán un texto que se corresponda literalmente con el art. 1529 C. c. italiano, pero de un examen más esmerado de aquella ley extranjera, resulta que en la parte general sobre los actos jurídicos, entre las normas sobre la declaración de voluntad, art. 138, n. 2, existe una disposición admitiendo la lesión en términos generales, para proteger a aquellos que hayan sido explotados por debilidad, ligereza o inexperiencia.

A conclusión análoga se debería llegar si el conflicto surgiera entre la legislación italiana y el derecho inglés a este respecto: en el que no es tanto lo que se considera el estado de ánimo del perjudicado, sino el de aquel que ha causado la lesión.⁷⁹²

Al auxilio que el derecho comparado puede prestar al derecho internacional cabe agregar una atenuación de trabajo por la sensible disminución del número de conflictos de leyes: si en el empeño de unificación del derecho de los negocios, el derecho comparado resultase victorioso mediante acuerdos o convenios entre los pueblos, los conflictos más graves, aquellos que impiden la circulación de la riqueza entre países diversos, vendrían a desaparecer. El derecho internacional privado restringiría así su propio campo, pero concentrando sus esfuerzos sobre conflictos de otra materia, afirmaría su propia autoridad. Los conflictos se limitarían a los derechos reales, a los derechos de familia y a las sucesiones.⁸⁰

⁷⁹². LEVY ULLMANN, *loc. cit.*, véase *Bulletin Soc. Leg. Comp.*, 1933, p. 210.

⁸⁰. LEVY ULLMANN, *loc. cit.*, p. 210, véase también GUTTERIDGE, en *Riv. di Dir. privato*, 1932, p. 97.

El derecho comparado, por otra parte, al suministrar al internacionalista documentos que éste ignoraría si no hubiese traspasado las fronteras, le muestra la existencia en el conjunto de los países civilizados de un esfuerzo idéntico entre ellos; que existen junto a él otros que trabajan en la misma dirección; y que algunos de éstos han encontrado soluciones preferibles a las que él podría creer que le acreditaban un éxito personal.

Estos fines accesorios del derecho comparado, juntamente con otros fundamentales, cuyo examen emprenderemos ahora, demuestran toda su utilidad; variará ésta en intensidad, según que se recu-

LEVY ULLMANN toma como ejemplo la sentencia de la corte de apelación de París, de 9 de febrero de 1931 (inserta en *Dalloz H.*, 1931, 212, y *Sirey*, 1931, 2, 145), sobre la lesión en materia de venta inmobiliaria: comienza la sentencia con el considerando de que el derecho germánico no admite la acción rescisoria por lesión como hace el código francés. Tomado a la letra, el principio es justo, no existiendo en el código alemán un texto análogo al 1647 del C. C., francés, pero profundizando en el análisis de aquél se advierte cómo en su parte general existe un principio que se aplica también a los inmuebles, en el artículo 138, 2. Para poner en evidencia la necesidad del conocimiento comparativo antes de decidir en materia de derecho internacional, dice L. U., p.

rra al uno o al otro de estos fines. Siguiendo la doctrina comparatista en toda su evolución, vemos manifestarse, una por una, estas finalidades, y sin llegar a visiones que todavía actualmente son utópicas,⁸¹ deberíamos reconocer la amplitud del camino recorrido y entrever los resultados extremos que se vislumbran en su horizonte.

213: "*venir dire que le droit allemand ne connaît pas l'institution de la lesion à propos de la vente d'immeubles, c'est aussi inexacte que si l'on disait que le droit français ne connaît pas en matière de vente d'immeubles, d'annulation possible pour violence ou par erreur, parceque au titre de la vente, dans le code civil, il n'est parlé ni de la violence ni de l'erreur, alors qu'il existe sur le points des textes fondamentaux généraux au titre des contrats et obligation conventionnelle en general, art. 1110 et suiv*".

81. DEMOGUE, en *Unification internationale du droit privé*, Paris, 1927, llega a las últimas consecuencias tratando de asegurar al derecho una vida internacional uniforme y después de hablar de una colección internacional de jurisprudencia, que por otra parte ya existe sobre materias especiales por obra de la Sociedad de las Naciones (*Recueil internationale de jurisprudence du travail*, Genève, 1925 y s.), habla de doctrina internacional, p. 181. De un cuerpo internacional de abogados se habló en relación a la creación del Tribunal permanente internacional de La Haya. V. Sir. CECIL HURST, en *Law journal newspaper*, London, 27 de junio de 1931.

LAMBERT mantiene la posibilidad de aproximar entre sí los trabajos de los jueces y de los escritores de varios países y

COMPARACION

a) Histórico-etnológica. b) Netamente jurídica.

4. La investigación comparativa presentó en seguida dos funciones distintas, ya desde hace tiempo puestas de relieve por los estudiosos: ⁸² una, puramente doctrinal, y la otra, de un notorio sentido práctico:

a) Con relación a la primera el derecho comparado se propone mostrar al jurista las leyes naturales a las que obedecen aquellas manifestaciones de la vida social cuyo conjunto integra el derecho, hacerle captar el fundamento de las transfor-

confía en la formación remota de una facultad jurídica internacional que prepare un grupo de juristas más abiertos al movimiento internacional de la vida del derecho (*Acta Academiae, loc. cit.*, p. 24), y entre tanto propone una más íntima unión entre los varios centros de estudios comparativos del derecho. V. *Riv. Int. Fil. del Dir.*, 1933, p. 120.

82. La distinción la establece BERNHOFT en su artículo programa de 1895 en el primer volumen del *Jahrbuch der internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft*, de conformidad a cuanto había expresado en 1878, en el primer volumen del *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*.

maciones de la vida jurídica, permitirle descubrir cuáles son para cada institución las formas correspondientes a las diversas fases del desenvolvimiento social y a los diversos regímenes económicos.⁸³

Así entendida esta ciencia del derecho comparado no puede limitar su campo de acción a los sistemas jurídicos actualmente en vigor; debe extenderse necesariamente a los sistemas que han regido sociedades hoy desaparecidas, no pudiendo escindir la comparación de las distintas legislaciones y la historia jurídica de los diversos pueblos.

Esta concepción del derecho comparado ha dado y cuenta con dar todavía pruebas de vitalidad bajo el nombre de Etnología jurídica o Jurisprudencia etnológica,⁸⁴ haciendo disipar tantas obscuridades de los períodos primitivos de los diversos derechos; viene a ser considerada por los más como

83. Comunicación de LAMBERT al Congreso Int. de 1900, en *Procès verbaux*, *loc. cit.*

84. MAZZARELLA, *la Nuova fase della etnologia giuridica*, en *Annali Univ. Camerino*, Roma, 1926, I. 167. L. ADAM, *Modern ethnological Jurisprudence*, en *Journal of Comp. Legislation*, 1934. A. S. DIAMOND, *Primitive law*, London, 1935.

una prehistoria,⁸⁵ que también es llamada arqueología jurídica⁸⁶ y es puesta a la cabeza de los estudios comparativos, no obstante las vivas oposiciones de aquellos que proclaman la mayor utilidad del mismo estudio con respecto a las modernas sociedades.

Sin excluir la utilidad de este estudio, las primeras figuras entre los etnólogos del derecho siguen aferrados al concepto de la concatenación uniforme de la evolución jurídica, en sus grandes líneas, por la cual, pueblos que nunca han tenido relaciones entre sí y cuya respectiva evolución fué autónoma, han llegado, sin embargo, en las diversas fases de su desenvolvimiento a idénticos resultados.⁸⁷

b) Derecho comparado propiamente dicho, consideramos aquel de la segunda especie, que no

85. J. KOHN, de Zurich, en un cambio de cartas con SALEILLES a propósito de la organización del Congreso, distingue los polos de la ciencia del derecho comparado: el *Wattrecht*, derecho mundial existente y el *Urrecht*, la prehistoria, *Procès verbaux*, citados, 1, p. 34.

86. *Procès verbaux*, citados, *loc. cit.*

87. KOHLER, en *Procès verbaux*, citados, 1, p. 227.

es simplemente una rama de las ciencias sociales, sino más directamente de la ciencia jurídica y que como decimos tiene un fin, no sólo de *observación* y *descubierta*, si que también de *acción*.

A) Para algunos este fin consiste preferentemente en el subsidio que el legislador de cualquier país puede encontrar en la comparación de las leyes extranjeras, de las cuales puede deducir el camino para orientar sus propias reformas.⁸⁸ Ciertamente que esta comparación del derecho nacional con las legislaciones extranjeras será en todas partes de gran utilidad para la evolución del derecho interno, no sólo en su contenido substancial, sino también en el aspecto formal de las leyes, con el consiguiente progreso de la técnica legislativa. Y aunque no constituye en sí el derecho comparado, es, al menos, una de sus manifestaciones.

B) A esta influencia en la formación de la ley, cabe añadir otra, no menos importante, por lo que se refiere a su interpretación a través de la doctrina y la jurisprudencia; si una institución se rige en diversos países bajo las mismas normas, el estu-

88. JOSSE RAND, *id.*, *id.*, p. 237.

dio de las correspondientes legislaciones revelará a los juristas de cada país nuevas consecuencias de los principios admitidos en la propia legislación y les sugerirá nuevas fórmulas o definiciones más exactas.⁸⁹

C) Pero ni uno ni otro de estos fines da en conjunto la esencia del derecho comparado, como disciplina autónoma; como tal, debe considerarse aquella ciencia que provoca un continuo acercamiento entre las legislaciones sujetas a comparación y extrae de su aparente diversidad el fondo común de las instituciones y de los conceptos que en ellas existe latente, recogiendo así un conjunto de principios comunes que permita como

89. Véase, por ejemplo, la sentencia Cass, sez. 2-24 agosto, 1925, la cual para reforzar los propios argumentos contrarios a la validez de la obligación de quien se empeña en pagar compensación a la proxeneta por la conclusión de un matrimonio, pone en evidencia que "la repugnancia a atribuir compensación a la proxeneta matrimonial es universalmente sentida por la doctrina y por la jurisprudencia, incluso por la jurisprudencia de naciones que, como la inglesa y la alemana, no se las puede ciertamente achacar que no tomen bastante en cuenta los intereses materiales y las exigencias de la vida moderna".

una lejana perspectiva la consiguiente unificación del derecho.⁹⁰

En una primera fase, mediante el derecho comparado se aspira a cancelar progresivamente las divergencias accidentales entre las legislaciones que rigen pueblos de igual civilización y que se aplican a ambientes económicos análogos entre sí, reduciendo el número de divergencias legislativas que no tengan su íntima razón de ser en la constitución política, moral o social de los pueblos,⁹¹ para llegar ulteriormente a la unificación antes aludida como un derecho común legislativo o derecho común de la humanidad.⁹²

90. DE LA GRASSERIE, en *Procès verbaux*, citados, I, p. 198 y s., ve en el derecho comparado el final intento de sustituir con un código internacional a aquellos nacionales, análogamente a lo que sucede con la fusión de los derechos provinciales en un código nacional.

91. LAMBERT, en *Procès verbaux*, citados, I, p. 38.

92. Véanse las doctrinas de LAMBERT y SALEILLES ya expuestas en n. 74.

LEVY ULLMANN, que con aquellos dos forma la trinidad de los grandes comparatistas modernos franceses, tiende también a la aproximación sistemática de las instituciones de los países civilizados, con una mentalidad que si bien se adapta

No faltan en el pasado, en un campo netamente nacional, ejemplos de realizaciones de este género; basta pensar en la función desempeñada por el derecho común consuetudinario francés y el germánico en la compilación de las dos legislaciones respectivas,⁹³ como sucedió también posteriormente en un campo más amplio con la de Suiza.⁹⁴ Todo hace suponer que un análogo proceso operando sobre varios derechos nacionales puede con el tiempo producir, dentro de los límites de analogía de ambiente, un derecho común supernacional: esto compete a la autoridad del legislador, pero lo que se propone la ciencia del derecho comparado es extraer del conjunto de derechos diversos un filón de ideas comunes que eventualmente sirvan para la futura formación de leyes iguales entre Estado y Estado.

a la de SALEILLES, excluye, sin embargo, al derecho comparado de entre los medios de *elaboración directa* del derecho positivo y lo considera como una rama de la ciencia jurídica que coopera a la formación del derecho positivo. *Bull. Soc. legislation comparée*, 1933, p. 207.

93. Véase además el cap. III.

94. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, 2ª ed., al cuidado de MUTZNER, BASEL, 1932.

c) Hemos visto como, en sus grandes líneas, las diversas concepciones que hasta ahora existen del derecho comparado se reducen a tres fundamentales.⁹⁵ Algunos consideran que esta rama de las ciencias jurídicas, puesta en estricta relación con la sociología, tiene por cometido parangonar los usos de los diversos pueblos para descubrir los vínculos que los unen en los varios estadios de civilización, concluyendo que en un cierto grado de cultura de cualquier pueblo y en cualquier época, se comprueba una analogía de usos.⁹⁶

Otros, con una concepción netamente jurídica, tienen preferentemente una idea nacional del derecho comparado, que ellos estudian, sobre todo, en relación al derecho interno y con el fin último de hacer penetrar los principios ideales en el de-

95. De las diversas concepciones, la una comprende la etnología jurídica, las otras dos contemplan indagaciones atinentes a los sistemas jurídicos vigentes.

96. ESMEIN pone en evidencia en las discusiones del Congreso de 1900, la distinción entre derecho comparado como ciencia histórica de la evolución de los institutos jurídicos y derecho comparado como elemento del derecho positivo, *Procès verbaux*, cit., 1, p. 95.

recho nacional.⁹⁷ Admiten que el derecho comparado trata de definir el tipo relativamente ideal deducido del estudio de las legislaciones en sus resultados sobre una determinada institución, en relación al estado económico y social a que debe corresponder aquél; pero se preocupan, sobre todo, de la inmediata aplicación práctica y por ello evitan recorrer, como lo hace la doctrina puramente objetiva, todo el ciclo de las legislaciones extranjeras para estudiarlas en grupos homogéneos, limitándose, en cambio, a considerar tan sólo las legislaciones que parecen responder más directamente a las concepciones en estudio, para extraer de ellas la esencia de las instituciones que han de tomarse como modelo. Actuando así conciben el derecho comparado como el factor racionalizado y científico de la elaboración del derecho nacional.

Otros en fin, siempre con la misma concepción netamente jurídica, pero mirando sobre todo al

97. La tendencia de SALEILLES de alcanzar con el derecho comparado la formación de un derecho común de la humanidad civil (*Procès verbaux*, cit., 1, p. 181), puede decirse que es la seguida por la actual escuela francesa.

porvenir, deducen que la igualdad de civilización lleva consigo identidad de concepciones jurídicas y entienden que el derecho comparado debe describir objetivamente los respectivos derechos de las diversas naciones de una misma civilización para reagruparlos en categorías homogéneas y tratar de determinar, entre los varios tipos así descritos, aquel que mejor responde al vigente estado de cultura, hacia el cual deberán orientarse las diversas legislaciones.⁹⁸

En el actual período de constitución orgánica de los estudios comparativos del derecho es de pre-

98. LAMBERT, extendiendo el campo de sus investigaciones, no contempla ya la obra exclusiva del legislador que da la misma ley a países de un mismo ambiente jurídico, sino que quiere, análogamente a LEVY ULLMANN, encontrar las grandes líneas comunes que valen para aproximar los diversos derechos de igual grado de cultura, a través también de la jurisprudencia y la doctrina.

No distinta es la finalidad del derecho comparado para quien parte del concepto de "una convergencia de los ordenamientos particulares, por la cual se establece una coordinación siempre más vasta y una armonía siempre más profunda entre los derechos particulares... y se llega de grado en grado al acogimiento de criterios jurídicos universales aptos para comprender a toda la humanidad" (DEL VECCHIO, *loc. cit.*, p. 91).

ver que cada una de estas escuelas seguirán siendo cultivadas para dar los frutos de que son capaces atendido el mérito notable de las varias concepciones antes examinadas: así como el estudio histórico-etnológico ayuda en efecto a conocer las consecuencias de un cierto grado de cultura aunque sea primordial, así también es atrayente para el jurista-comparatista estudiar las varias instituciones jurídicas positivas en las diversas legislaciones, sea para promover el progreso del derecho nacional, mediante la divulgación de nociones que elaboradas y adaptadas ayudan a la obra del juez y del legislador, sea para conseguir un fin más complejo, cual es la creación directa o indirecta de un derecho común a todas las gentes civilizadas. Siguiendo estas nuevas enseñanzas también el juez encontrará, en materia de derecho interno, un precioso material en la jurisprudencia extranjera sobre el punto de derecho concordante con aquel que está llamado a resolver y que no esté explícitamente contemplado en la ley nacional, de la cual, sin embargo, aplica los principios generales. El legislador a su vez, encontrará dispuesto el material

para los proyectos de ley que podría así presentar ya ensayados en el crisol de la vida práctica.⁹⁹

99. Si común es este fenómeno de recíproca absorción entre legislaciones informadas por un mismo sistema, no poca utilidad saca el legislador de las incursiones contemporáneas a un sistema diverso; llegados a la decisión, en Francia y en Italia, de unir en un código de las obligaciones el derecho italiano y el derecho francés (*Progetto di codice delle obbligazione e dei contratti comune a l'Italia y alla Francia*, texto definitivo aprobado en París, octubre, 1927, Roma, 1928), las mismas comisiones legislativas sintieron la necesidad de introducir nuevas normas que si bien respondieran a las exigencias modernas, eran, sin embargo, extrañas a las dos leyes hermanas y que, en cambio, encontraban en una secular jurisprudencia de derecho inglés, un modelo completo de regulación. (El principio se encuentra para Italia, en el C. C. para la colonia de Eritrea, que sin embargo no ha tenido aplicación práctica, y por lo que respecta a Francia existe un proyecto de ley en cuya discusión ha participado autorizadamente el profesor LEVY ULLMANN, exponiendo en su calidad de eximio cultivador del derecho inglés los principios de la "undue influence".) (Véase prog. GUIBAL, en *Bull. Soc. etudes legislatives*, 21 de enero, 1920, en *Bull.*, etc., 1921, p. 216, y 1922, p. 25.)

Basta citar a este propósito el art. 22 del proyecto, introducido por la preocupación manifestada por el legislador italiano y por el francés acerca de la eventual falta de libertad de consentimiento en una de las partes contratantes, sin la consiguiente posibilidad de anulación del negocio; donde se crea una acción general de lesión, abstracción hecha de la naturaleza del objeto de la contratación, en la cual si bien se tiene en cuenta también la desproporción entre las presta-

Pero bastante superior será el resultado de una completa comparación enderezada al fin último de la unificación internacional.⁹⁹²

ciones, es como simple índice de *tal falta de consentimiento*, fundada sobre el abuso ejercitado de una parte sobre la otra. Precioso auxilio en la aplicación de la norma, en relación a circunstancias las más variadas, podría ser para el juez latino la masa de precedentes jurisprudenciales que han dado a esta materia una regulación completa y definitiva en el derecho inglés con la creación y la evolución del principio de la "*undue influence*".

Rica es la jurisprudencia y la doctrina inglesa sobre este vicio especial del consentimiento: es fundamental al respecto la máxima establecida por *Lord Kingsdown* en la causa *Smith c. Kay*, en 1859, según la cual existe "*undue influence*" siempre que alguno tenga especial autoridad y abuse de ella y otro ponga confianza y sea traicionado. Siempre que exista, ya sea una especial relación de parentesco o de negocios o de trabajo entre las partes la influencia se presume; si en cambio, faltan tales relaciones, la carga de la prueba de la influencia incumbe a quien invoca la nulidad (LEAKE, *Principles of the law of contracts.*, 8^a ed., London, 1931, 282; POLLOCK, *Principles of contracts*, 10^a ed., London, 1936, y en *Bull. Soc. Leg. comparée*, Paris, 1922, p. 133, donde el autor observa que con este medio son tutelados los menores a tal punto que viene a ser peligroso en Inglaterra hacerles préstamos).

Al lado del código civil, también el de comercio no está exento de la introducción de instituciones nuevas en las legislaciones latinas que ya habían encontrado asiento en el grupo germánico o directamente en el sistema inglés; aludimos a la

CAMPO DE ACCION DE LAS DOS FORMAS
COMPARATIVAS

5. La comparación histórico-etnológica del derecho y el derecho comparado propiamente dicho siguen caminos completamente distintos y, por

nueva figura de la sociedad de responsabilidad limitada, que apenas nacida en Francia tiene toda una historia en Alemania, Austria e Inglaterra. Proy. Cod. de comercio, arts. 147-158, ley francesa de 7 de marzo de 1925; disc. del proy., en *Bull. Soc. d'études législatives*, 1922, p. 105 (*Soc. a Resp. limitée*). Ley alemana, 29 de abril, 1892 (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung*) mod. de la ley introductiva del código de comercio, 10 de mayo, 1897 (COSAK, *Lehrbuch des Handelrechts*, 10-11 ed., Stuttgart, 1923, p. 538). Ley austriaca, 15 de marzo, 1906 (GRUNHUT, *Die Gesellschaft mit b. Haftung, nach Oesterreichischem Recht*, Wien, 1906). Ley inglesa (*Private company*) en *Companies act*, 1900, confirmada en la *Consolidated act*, 1908, sec. 121 y sucesivamente en sec. 1, comp. act, 1913, y sec. 27-27, comp. act, 1929 (SMITH, by GUTTERIDGE, en *Compendium of mercantile law*, cit.) V. además n. 177.

Reclamamos especial atención sobre la *empresa de gestión y de administración* impuestas por necesidad de los negocios, con el fin de proveer de un ente administrador por cuenta de terceros; el concepto, en la expansión ulterior que asumirá con la reforma del código civil, teniendo su fundamento en el derecho romano, solamente encuentra hoy en el derecho inglés su práctica y aplicación creciente; el conocimiento de

consiguiente, están acotados dentro de límites diversos entre sí; la primera abraza todas las legis-

ésta vendría no sólo a guiar el criterio de nuestros tribunales en esta complicada materia, sino también a proveer de material a nuestro legislador cuando él se disponga a construir, como se propone hacerlo, la figura de la propiedad fiduciaria en el código civil. (Véase al respecto R. D. L., 16 de diciembre, 1926, n. 2214, e Proy. Cod. de Com., art. 291.)

La institución toma el nombre de *trust* y tiene una aplicación vastísima en el mundo anglosajón: véanse los comentarios a la nueva ley: *The trust act, 1925*; UNDERHILL, *Practical and concise manual on trust*, 8ª ed., London, 1926.

Relac. sobre el proyecto id., p. 118., ed. Prov. Gen. del Estado, 1928. "La subcomisión ha querido dar un primer paso para la valorización de las sociedades que tienen por objeto cumplir operaciones de gestión y de administración por cuenta de terceros, sociedades ya hace tiempo florecientes en el extranjero y recientemente experimentadas en Italia... La experiencia demuestra que una sociedad aderezada a este fin puede cumplir estos oficios como los profesionales privados o mejor... Queda sin prejuzgar el problema de la *sociedad fiduciaria*, propiamente dicha, esto es, de aquella que tiene por objeto la administración fiduciaria de los bienes... pero este problema está en relación con otro más general, el de la transferencia de la propiedad fiduciaria sobre las cosas que no puede ser resuelto por el código de comercio independientemente del código civil."

Volviendo ahora la vista al otro lado, nótese cómo en Inglaterra se va orientando el derecho en muchos casos hacia los conceptos latinos en los más variados campos del derecho privado; entra en la familia por primera vez el hijo legitima-

consiguiente, están acotados dentro de límites diversos entre sí; la primera abraza todas las legis-

ésta vendría no sólo a guiar el criterio de nuestros tribunales en esta complicada materia, sino también a proveer de material a nuestro legislador cuando él se disponga a construir, como se propone hacerlo, la figura de la propiedad fiduciaria en el código civil. (Véase al respecto R. D. L., 16 de diciembre, 1926, n. 2214, e Proy. Cod. de Com., art. 291.)

La institución toma el nombre de *trust* y tiene una aplicación vastísima en el mundo anglosajón: véanse los comentarios a la nueva ley: *The trust act*, 1925; UNDERHILL, *Practical and concise manual on trust*, 8^a ed., London, 1926.

Relac. sobre el proyecto id., p. 118., ed. Prov. Gen. del Estado, 1928. "La subcomisión ha querido dar un primer paso para la valorización de las sociedades que tienen por objeto cumplir operaciones de gestión y de administración por cuenta de terceros, sociedades ya hace tiempo florecientes en el extranjero y recientemente experimentadas en Italia... La experiencia demuestra que una sociedad aderezada a este fin puede cumplir estos oficios como los profesionales privados o mejor... Queda sin prejuzgar el problema de la *sociedad fiduciaria*, propiamente dicha, esto es, de aquella que tiene por objeto la administración fiduciaria de los bienes... pero este problema está en relación con otro más general, el de la transferencia de la propiedad fiduciaria sobre las cosas que no puede ser resuelto por el código de comercio independientemente del código civil."

Volviendo ahora la vista al otro lado, nótese cómo en Inglaterra se va orientando el derecho en muchos casos hacia los conceptos latinos en los más variados campos del derecho privado; entra en la familia por primera vez el hijo legitima-

laciones muertas o vivas, ya se refieran a tipos inferiores de cultura, ya se refieran a tipos superio-

do por subsiguiente matrimonio en oposición al principio constantemente sostenido en Inglaterra de ser siempre ilegítimo el *filius nullius*.

En 1235 los obispos convocados en el Parlamento de *Merton* propusieron sancionar las legitimaciones por subsiguiente matrimonio, conforme al derecho canónico, pero la mayoría laica allí reunida, exclamó a una sola voz: "*nolumus leges Angliae mutare quae bucusque usitatae sunt et approbatae*", y sobre esta línea se mantuvo el legislador hasta estos últimos tiempos: *Legitimacy act*, 1926, "*an act to amend the law relating the children born out of wedlock*" (POLLOCK and MAITLAND, *History of english law*, 2ª ed., Cambridge, 1892, 1, p. 122).

Recientes leyes van atenuando grandemente el régimen feudal de la propiedad inmobiliaria, con la abolición del derecho de primogenitura. Es de estos días un proyecto de ley que invierte las ideas tradicionales en materia de sucesión, sustituyendo al concepto de la necesidad de defender entre las libertades del individuo, también la de disponer de los propios bienes a su arbitrio, por aquel otro que ya en la teoría había tenido el apoyo autorizado de la doctrina de LOCKE, pero que en la práctica había sido siempre rechazado, respecto al derecho de los hijos y del cónyuge a una cuota parte de los bienes del difunto; a este propósito se habla de la institución de la cuota legitimaria en las sucesiones y se proyectan las modalidades de conformidad a cuanto disponen los códigos informados en el derecho romano; el proyecto ha sido redactado por un especialista del derecho de sucesiones, Sir BENJAMIN CHERRY; no se ha llegado a establecer la "cuota

res; el derecho comparado, elemento de derecho positivo, debe, para ser útil, limitar la propia ac-

legítima”, pero se da facultad al juez para asignar la cuota equitativa: *Inheritance (Family provision) act*, 1938, 1-2, *Geo.* vi, c. 45.

Las principales leyes innovadoras sobre la propiedad en Inglaterra son: *Law of property (amendment) act*, 1924; *Law of property act*, 1925; *Trustee act*, 1925; *Administration of estates act*, 1925; *Land charges act*, 1925; *Land registration act*, 1925, entrada en vigor el primero de enero de 1926.

LOCKE, *Two treatises of Government*, London, 1924 (n. 751 of *Every man's library*), especie 1, paragr. 88, p. 62. Véase la bella exposición crítica: SOLARI, *Il fondamento naturale del diritto sucesorio in Giovanni Locke*, en *Atti R. act. Scienze*. Torino, 1923-4, vol. 59, p. 351-80, especie a, p. 366.

La obra legislativa sigue por regla general en Inglaterra a la jurisprudencia y el texto legislativo no es más que el fruto de la elaboración jurisprudencial sobre la materia. Los escritores se especializan sobre diversas instituciones y cuando el nombre de uno se ha acreditado en esta materia, este mismo escritor es invitado a redactar el proyecto. Este consiste, por lo general, en el resumen del libro que así de material preparatorio de la ley se convierte después, en sucesivas ediciones, en el comentario más autorizado. Esto explica por qué el proyecto ASTOR sea notoriamente obra de CHERRY.

99². Véase, para la historia, MAROI, *Tendenze antiche . . .*, *loc. cit.*, y para el actual desenvolvimiento, DEMOGUE, *L'unification internationale du droit privé*, *loc. cit.*

ción a un cierto número de derechos vigentes en los diversos sistemas dominantes.¹⁰⁰

100. La distinción de los dos sistemas fundamentales es marcada por los escritores ingleses: JENKS, *A Digest of english civil law*, 3ª ed., London, 1938. HOLDSWORTH, *A history of english law, op. cit.*, vol IX, p. 411. Ni aquellos que se ocupan de los dos sobre el continente europeo dejan de ponerlo en evidencia: LEVY ULLMANN, *Le système jur. de l'Angleterre*, Paris, 1926, p. 45: "Cette synthese mondiale sera l'oeuvre commune des lawyers et des civilians. Elle resultera d'une combinaison heureuse instinctive ou consciente du système anglosaxon et du système continental." De esto nos hemos ocupado en el volumen sobre las obligaciones, obra citada, donde en la introducción decíamos (p. 6): "Diritto romano e diritto inglese nelle varie fasi del loro sviluppo hanno con alternativa prevalenza, guidato il mondo civile; se sotto a superficiali diversità che rendono ciascuna delle due legislazioni quasi inintelligibile ai cultori dell'altra, esiste, almeno per quei rami che si connettono col commercio mondiale, una essenziale unità, occorre sollevare il velo che copre la base comune del diritto dei popoli inglesi e di quelli dei popoli latini e contribuire così all'auspicato ravvicinamento di due civiltà apparentemente lontane tra loro e pur tendenti sempre più ad un reciproco affiatamento." Véase la confrontación de la historia jurídica y de la expansión de los dos sistemas en el mundo: BRYCE, *A comparison of the history of legal development at Rome and in England e Extension of Roman an English law throughout the world*, en *Essays of anglo american law, op. cit.*, I, p. 332 e seg. e 754 e seg. Trad. PACCHIONI en *Imperialismo romano e britanico*, Torino, 1907.

Mientras en el ámbito de la primera entran tanto el derecho público como el derecho privado, en el círculo del derecho comparado propiamente dicho, como instrumento de acercamiento y de unificación, entra predominantemente el derecho privado;¹⁰¹ del derecho público, especialmente el derecho penal, y éste todavía limitado a los principios generales y a la doctrina penitenciaria, en lo que se manifiesta una internacional concordia,¹⁰² variando en cambio los delitos en particular según el clima político de cada nación. Los posibles acercamientos en materia de derecho público se han producido en el siglo pasado por rápida imitación de Estado a Estado, pero actualmente las diversas corrientes políticas, acentuadas en la post-guerra, tienden más bien a escindir las instituciones de origen netamente nacional de aquellas otras que no representan más que una superposición arti-

101. LAMBERT, en *Procès verbaux*, citados, 1, p. 47.

102. Tenemos la prueba en la existencia de la Asociación Internacional de Derecho Penal que periódicamente indica reuniones entre los varios Estados. *Revue Int. de droit penal*, Berne.

ficiosa, no adaptada a las exigencias locales, acentuándose por esto una divergencia recíproca entre las legislaciones; el derecho privado, en cambio, si incluso por circunstancias fortuitas, vino ya a extenderse uniformemente sobre territorios diversos, con esto no perturbó la ordinaria marcha social, así que las legislaciones no se encuentran en la necesidad de liberarse de elementos extraños, sino que tienden, por el contrario, a encontrar de nuevo la unidad perdida, apuntando juntas hacia un mejoramiento común.

En el campo del derecho privado cualquiera institución se presta a ser objeto de estos estudios; naturalmente con mayor facilidad las atinentes al mundo de los negocios y con una cierta limitación, en cambio, las que resienten más la influencia étnica local. Objeto común por tanto será el derecho comercial y el derecho de las obligaciones, pero no es de excluir tampoco la comparación en el campo de los derechos reales, de la familia y de las sucesiones.¹⁰³

103. Ejemplos se encuentran en la obra indicada por LAMBERT en 1903, cuando quería comenzar en las materias

Mientras el comparatista etnológico debe tomar como objeto de estudio todas las legislaciones, aunque sean las más disímiles, el jurisconsulto comparatista realizará mejor su cometido, empezando por aquellas más parecidas entre sí; el historiador etnólogo que se ocupa de todas las legislaciones muertas o vivas, a fin de integrar cada sistema en uno de los estadios de la evolución general de la humanidad o para fijar su respectiva posición natural en la clasificación de los derechos, se contenta con encontrar las líneas directivas, la estructura general, el esqueleto de todo derecho. El jurista hace en un centro más restringido el estudio analítico de las diversas legislaciones; no le basta el conocimiento de las leyes; éstas envejecen pronto y sólo la interpretación dada por la jurisprudencia las transforma poco a poco y las adapta al ambiente.

menos unificadas, como las sucesiones (*Procès verbaux*, citados, I, p. 39), si bien ahora se ha persuadido de una mayor utilidad en el estudio de las obligaciones (*Acta Accademiae*, citadas, p. 28), "*Le droit de successions, le mariage, les régimes matrimoniaux que constituent le domain propre du droit de la intimité national et resteront toujours les plus surs asiles du particularisme juridique*". Sobre éste véase ROGUIN, *Traité*, Paris, 1904-5; 1908-14.

Ateniéndose exclusivamente a la ley el estudioso no obtendría más que la revelación de un derecho envejecido, cuando es la fisonomía adquirida con el tiempo lo que debe interesarle en los diversos ambientes, para extraer el elemento de *unidad* o de analogía de este derecho común en formación o si todavía no se puede hablar de tales características, comprobará la común *tendencia* desenvuelta por reciente interpretación de los códigos, basados sobre principios originariamente opuestos a ella.¹⁰⁴

104. Se tiene un ejemplo en el Congreso Internacional de Derecho Comparado de 1932, donde en este sentido pudimos personalmente orientar la conclusión relativa a la formación de los contratos, presentando el siguiente texto apto a señalar el punto de partida para ulteriores estudios comparativos sobre la materia y eficaces discusiones en un posterior Congreso: "*Per la fatale convergenza dei principali sistemi in materia di obbligazioni, l'unificazione del diritto diventerá una conseguenza naturale della loro comparazione; attualmente però differenza fondamentali esistono ancora ed é perciò che convicne adottare una via di mezzo a proposito della teoria sulla formazione dei contratti fra assenti.*"

"*Tutto fa suporre che la teoria della recezione sia destinata ad esser accettata dalle diverse legislazioni; lo si vede dal fatto che il sistema anglo americano, pur seguendo la teoria della spedizioni, ammette la revocabilità della proposta fino al momento della sua recezione, e la maggior parte delle legislazioni di sistema latino, pur seguendo quello della cognizioni, limi-*

Y, en fin, si por el contrario ocurre que de estos elementos surge irreductiblemente, al menos por el momento, la diferencia entre las legislaciones sobre ciertos puntos particulares, investigará la naturaleza de esta recíproca incompatibilidad para iluminar así la razón de ser que hace imposible una próxima unificación e intentará solamente una progresiva disminución de los casos de divergencia.

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS OBJETO DE ESTOS ESTUDIOS

6. Lo que importa para proceder del mejor modo a un estudio comparativo entre las legislaciones modernas es que se haga éste recaer sobre cuerpos de derecho que representen sistemas originales, pertenezcan al mismo estadio de cultura y tengan entre sí analogía de ambiente.^{104²}

tano, nei nuovi progetti, la revocabilità al momento della ricezione della risposta." (Véase en *Riv. Int. Fil. del Dir.*, 1933, p. 105.)

104² LAMBERT, *Ann. Univ.*, Lyon, 1934.

Se excluyen por tanto de esta específica forma de estudio comparativo con fines prácticos algunos sistemas de legislación todavía comprendidos en el cuadro que es objeto de los estudios histórico-etnológicos y que, no obstante su importancia, son extraños al desarrollo del pensamiento jurídico de los pueblos más adelantados: entre éstos es notable el derecho musulmán, que se aproxima más bien al derecho hebreo, hasta ahora en absoluta oposición con nuestras legislaciones modernas,¹⁰⁵ a las cuales sin embargo, en su marcada plasticidad, tiende al presente a amalgamarse.

Lo mismo podría decirse a propósito de otros numerosos casos de exclusión, entre los cuales cuenta el derecho eslavo, surgido y desenvuelto en medio de una civilización completamente distinta

105. Del derecho musulmán deben hacerse estudios independientes de aquellos relativos a los derechos modernos: véase CARUSI, *Sui rapporti fra diritto romano e diritto musulmano*, en *Atti, Soc. progresso scienze*, Roma, 1903; *Il problema scientifico del diritto musulmano*, Roma, 1919; BLASI, *Instituzioni di diritto musulmano*, Città de Castello, 1914; YUINBOLL, trad. Naviera y Nallino, *Manuale di diritto musulmano*, 1916; RABBI I. HERZOG, *Institutes of Jewish law*, London, 1936-39.

de la nuestra,¹⁰⁶ así como de los derechos de los pueblos que no obstante formar parte de la sociedad más culta, permanecieron, sin embargo, encerrados en el propio elemento nacional como sucedió con los viejos códigos de los Estados escandinavos.¹⁰⁷ Pero al presente el derecho eslavo y el derecho escandinavo han sentido también el soplo de la vida internacional moderna y se han avenido a constituir interesantes nuevos grupos legislativos que toman sus conceptos de uno u otro de los dos modernos sistemas de derecho.

106. Exclusiones propuestas por LAMBERT en el examen de la clasificación de ESMEIN, en *Procès verbaux*, cit., 1, p. 48.

107. Suecia y Finlandia han tenido un código civil común de 1733 (*Le code Suédois de 1734*, intr. DE LA GRASSERIE, Paris, 1895); Dinamarca y Noruega, viejos códigos de 1683 y 1687, promulgados por el rey Cristian V. Recientemente los Estados escandinavos están reelaborando toda su legislación con conceptos modernos: Véase a este respecto DEMOGUE, *L'unification*, *op. cit.*, p. 49; M. MUND PETERSON, en *Bull. Leg. Comp.*, 1928; STRAHAL, en *Ann. Dir. Comp.*, 1931.

Salvo la ley cambiaria de 1879, la unificación aparece sólo en tiempos recientes con la ley sobre la venta, entre 1905-7; entre 1914-17 se obtuvo la unificación del derecho de las obligaciones; después se pasó a cuestiones más delicadas en materia de unificación, tales como las atinentes al derecho

La exclusión antedicha debe mantenerse para las legislaciones improvisadamente desenvueltas por ímpetu revolucionario que hacen completa abstracción de todas las tradiciones de los pueblos a que pertenecen y que se inspiran en una teoría social de tendencia internacional. Esta no puede compararse útilmente con leyes inspiradas en su respectivo pensamiento jurídico local, como sucede en general con las legislaciones de los Estados totalitarios y especialmente con los códigos de la Rusia soviética, a los cuales se pueden oponer solamente como un todo las legislaciones llamadas "burguesas" fundadas sobre concepciones económicas diametralmente opuestas.¹⁰⁸ Aunque parece que también esta opo-

de familia, entre 1915-22. Observa a este propósito DEMOGUE, *loc. cit.*, p. 61, que la unificación escandinava aparece merecedora de atención, sea por su método, sea por sus resultados. La unificación ha venido sin tratados, y los parlamentos, adoptando los textos propuestos, se han abstenido de modificarlos y han aceptado la unificación en las relaciones internacionales como en las internas. BENTZEN, *La recente Unione Scandinava*, en *Rev. Crit. de Droit International*, 1934.

108. El código civil de la Unión de Repúblicas bolcheviques debería haber sido el resultado puro de la aplicación de las ideas marxistas, pero tuvo que sufrir sucesivas modificaciones para que Rusia pudiera seguir en relación comercial

sición se va esfumando gradualmente y que llegará un día en que también esta exclusión ha de desaparecer.^{108²}

Eliminadas algunas legislaciones anticuadas del ámbito de las investigaciones de comparación netamente jurídica, quedan dentro de ésta los derechos que siguen las dos grandes corrientes en las cuales están comprendidos todos los del mundo civil.^{108³}

Esto por lo que respecta a los estudios comparativos sistemáticos, ya que en cuanto se refiere a eventuales investigaciones sobre institutos particulares, se prestan bien, a veces, incluso los derechos que por lo general se adaptarían poco a aquellos estudios;¹⁰⁹ todo depende, más que de la extensión de la investigación, de la naturaleza misma de ésta.

con el extranjero. V. *Le Code de la Russie soviétique*, en *Bibliothèque de l'Institut de Droit Comparée* de Lyon, tomos 9-14-24, con amplia introducción de LAMBERT. Edición reformada del código civil, Moscú, 1932 (ed. oficial, en ruso).

108². IDELSON, rec. a TARACOUZIO, *The Soviet Union*, en *Law Quart. Rev.* 1936.

108³. Véase capítulo siguiente.

109. Puede interesar ver algunas analogías o diversidades de una legislación extranjera con otra nacional.

III

OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

LOS DOS GRANDES SISTEMAS DE DERECHO COMUN

1. Surgido ya en los albores de la Edad Media el lento proceso de romanización a través de Europa, se acentúa después con la nueva luz dada por la escuela de Bologna a la compilación justiniana, la cual, adaptada a la sociedad política occidental, se transformó en cuerpo de derecho romano-italiano y fué absorbida, juntamente con el derecho ca-

nónico, por las leyes de casi toda la Europa medioeval.¹¹⁰

Hemos visto ya que hasta que vinieron los Humanistas a oponerse con sus *mos gallicus* al método de estudio de las fuentes seguido por los Bartolistas, el derecho común reinó imperturbado en el vasto territorio del Continente europeo y que sólo en el siglo xvii sobrevino, por todas partes, el florecimiento del elemento jurídico local, que condujo rápidamente a las varias codificaciones hechas a partir del siglo xviii. Sin embargo, para vastísimos territorios, fueron comunes el derecho marítimo y el derecho comercial: a este respecto, se recuerda en cuanto al primero el Consulado del Mar, adoptado entre los siglos xv y xvii casi como texto del derecho marítimo en el Mediterráneo,¹¹¹ así como los juicios de Oleron en los puertos

110. MAROI, *Tendenze ... op. cit.*, p. 208.

111. Documento compuesto en el siglo xiv en Barcelona, traducido en italiano varias veces: en 1519, 1539, 1549 (SOLMI, *Storia*, cit., p. 492), vino a ser el derecho común marítimo mediterráneo, en época determinada diferentemente por cada uno de los varios escritores; en el siglo xv (BESTA, *Storia*, Milano, 1925, 1, p. 674), del siglo xvi (SALVIO-

del Atlántico y del Mar del Norte y las compilaciones legislativas de Lubeck y de Wisby en el Báltico; y en cuanto al segundo, el derecho común a la mayor parte del mundo mercantil basado en la recepción de normas consuetudinarias fundadas en el derecho romano comercial y en la práctica de los *negotiatores* italianos del oriente helénico y en la fecunda actividad comercial de las ciudades italianas en los países mediterráneos.¹¹²

Frente al derecho común europeo continental se mantuvo un derecho autónomo en el mundo británico y mientras las codificaciones de tipo latino se bifurcaban en dos corrientes, la una netamente latina y la otra germánica, conservando además cada una características propias, el derecho de Inglaterra y sucesivamente el de sus dominios, el de sus colonias y el de los Estados Unidos norteamericanos mantenía su propia unidad, aunque aquí y allá se manifestase en normas diversas.

LI, *Storia*, 8ª ed., Torino, 1921, p. 98), al siglo XVII (CIC-CAGLIONE, *Storia*, Milano, 1911, 11, p. 89).

112. MAROI, *Tendenze*... cit. *id.*

A esta orientación natural del derecho privado entre pueblos de alta cultura debe adaptarse la ciencia del derecho comparado con respecto a los diversos Estados, y, por tanto, distinguir de un lado el derecho de sistema romano en oposición al derecho de sistema inglés.¹¹³

113. LAMBERT, erróneamente invocado por alguno (MES-SINEO, *loc. cit.*, p. 13), como sostenedor de la limitación de las investigaciones a países afines entre sí, dudaba originariamente en dar un campo tan extenso a la investigación comparativa (*Procès verbaux*, citados), pero es de los primeros que ha entrado en el nuevo orden de ideas (*Annales Université de Lyon*, N. S. *Droit lettres*, fasc. 32, 1918, y *Revue Université de Lyon*, t. 11, 1919). Durante muchos años el Instituto por él dirigido se ha especializado en la comparación de los derechos de tipo latino con aquellos angloamericanos basados sobre el *common law* y en *Atti. de la Academia Int. de Der. Comp.* (*loc. cit.*); de nuevo confirma la confianza repetidamente expresada por él sobre el contacto prolongado entre estos dos sistemas de derecho (*Annales* citados, fasc., 45, 1934, *Le Congrès International de droit comparé*, 1932. La misma mentalidad de los jurisconsultos continentales difiere de la de los ingleses: Lord MACMILLAN, *Two ways of thinking*, Cambridge, 1934). Análogamente LEVY ULLMANN, en París, donde desenvuelve en un curso la comparación en estos mismos términos, sin perjuicio de mantener en el Instituto secciones para ejercitarla sobre los derechos germánicos y los derechos latinos, con especial atención de Italia y España.

Este derecho común a los pueblos de lengua inglesa, no obstante haber dado lugar aquí y allá

A estos dos grupos respectivamente se dedican los Institutos de Derecho Comparado de Strasburg y de Toulouse.

Con el Instituto de Lyon y con aquel de París ha estado siempre en contacto, siguiendo la misma dirección, durante muchos años, la Universidad de Torino; en otras Universidades italianas hay cursos sobre la materia, pero sin especialización, por cuanto se sepa, salvo en Padova, donde es estudiado de modo especial el derecho austriaco, y en Milano, donde se quiere hacer el estudio profundizado de la jurisprudencia inglesa (V. el periódico *La Stampa*, 1º de mayo, 1931), por iniciativa de PACCHIONI, de conformidad con las ideas por él expresadas en sus *Elementi* (*op. cit.*, p. 33), y confirmadas en el *Corso di D. Civ.*, *op. cit.*, p. 49. Mucho falta todavía por hacer. Véase a este propósito nuestros escritos en *Levana*, Pisa, 1923, p. 146; en *Riv. Int. del Dir.*, 1924, p. 70, y varios otros en la misma revista y en *Monitore dei Tribunali* de estos últimos años, ROCCO, *Rev. Pol. et Parlam.*, Paris, 1928, o. 173.

En la Ciudad del Vaticano, el *Instituto dell' Ateneo Pontificio*, donde Monseñor SILVIO ROMANI ha dado gran impulso a estos estudios, iniciando una obra grande sobre la materia *Jus privatum comparatum*, de la cual van ya publicados dos volúmenes de los diez anunciados y en la que es tomado en consideración todo sistema de derecho.

En Alemania trabaja activamente el reciente pero ya famoso Instituto *Für Ausländisches Privatrechts*, creado y dirigido en Berlín por RABEL, riquísimo en libros de derecho extranjero. Con particular interés se mira allí al derecho angloamericano, y a este respecto dice un competentísimo profesor de la Universidad de Cambridge, GUTTERIDGE (V. *Riv. di Dir.*

a diversas elaboraciones,¹¹⁴ ha conservado su unidad a través de nueve siglos de vida ininterrumpida;

Privato, ya citada, p. 90): "un jurista inglés que se fije hoy en Alemania no puede dejar de ser impresionado por el profundo conocimiento que allí se tiene de la historia, de los principios y de los métodos del derecho inglés".

En Inglaterra es reciente la investigación sobre los códigos de base romana, pero una gran escuela ha sido allí para los comparatistas, además del estudio del derecho romano en las Universidades, la comparación entre los derechos fundados sobre la *common law*, que ha ofrecido vasto campo de ocupación al *Journal of comparative legislation*, que publica la sociedad del mismo nombre en Londres, por algunos años, bajo la dirección del profesor WALTON, a quien sucedió COADBY (véase WALTON, *The study foreign laws*, en *Juridical Review*, 1934). A una extensión del mundo latino y germánico proveen las Universidades de Londres y de Cambridge, con las respectivas bibliotecas Schuster y Equire. GUTTERIDGE hace sus investigaciones en Cambridge, a donde ha pasado desde Londres, sucediéndole aquí otro notable jurista conocedor de los dos sistemas de derecho, Sir MAURICE SHELDON AMOS. V. también a este respecto: GARDNER, en *Journal of Comp. Leg.*, 1932.

En los Estados Unidos de Norteamérica algunas de las más importantes Universidades son centros activos de estudios comparativos: en Louisiana la de Tulane con la *Tulane law review*, y la de Harvard, con su buena y conocida revista y recientemente la de Columbia. Por encima de todas es de notar la *Northwestern* de Chicago por la actividad científica sabiamente dirigida, en el sentido de las investigaciones com-

mientras que el derecho común continental europeo ha sufrido las primeras sacudidas, apenas los

parativas, por WIGMORE, quien puede considerarse el pionero de estos estudios al otro lado del océano. Notable, entre otras, en su obra: *A panorama of the world's legal systems*, Saint Paul, 1929, 3 vols.

No menos quiere ser la América latina, donde además de la reciente iniciativa mexicana, creando en la Escuela Nacional de Jurisprudencia la cátedra de derecho comparado y seguidamente el Instituto de Derecho Comparado, aquélla y éste puestos bajo la guía cuidadosa del profesor español FELIPE SÁNCHEZ ROMÁN, de la Universidad de Madrid, es de notar en la Argentina la obra del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Córdoba, bajo la dirección del profesor ENRIQUE MARTÍNEZ PAZ.

Volviendo a Europa, autorizados jurisconsultos enseñan esta materia en España y en Suiza; entre otros alcanzó gran nombre el profesor AZCÁRATE en la cátedra de la Universidad de Madrid, después explicada por el profesor JERÓNIMO GONZÁLEZ, autor de muy valiosos estudios hipotecarios, y más tarde por el citado profesor F. SÁNCHEZ ROMÁN, que dió a conocer en dicha cátedra de estudios superiores de derecho privado los trabajos de unificación internacional de derecho privado realizados por el Instituto de Roma, del cual formó parte como miembro del Consejo de Dirección; en Suiza, el profesor SAURER HALL en Genève y el profesor ARMINJON en Lausanne.

Humanistas en el siglo XVI, oponiendo su método crítico-histórico al analítico-exegético de los Bartolistas, quisieron elevarse a las fuentes del derecho romano e indagar, paralelamente, los diversos elementos nacionales que sucesivamente les iban apareciendo y ha recibido el golpe final en el siglo XVIII con la decadencia del influjo del derecho romano y del derecho canónico, así como con el reconocimiento de usos y leyes locales que sobrevino paralelamente con la constitución de los Estados nacionales, todos deseosos de formarse un derecho propio.

Así tuvieron vida en el sistema romano, en oposición al sistema inglés del *common law*, las dos tendencias, la latina, individualizada en el código francés, y la germánica cuya última y pode-

En Portugal hay que citar las enseñanzas de FEVZAS-VITAL en Coimbra, y JOAQUÍN PEDRO MARTINS en Lisboa (véase *Revue Univ. Lyon*, tomo II, 1929; véase también VAN ZERLAN, en *Journal of comparative legislation*, 1929, y numerosos artículos en *Journal of public teachers of law*, editado en Londres).

114. POLLOCK, *The expansion of common law*, *op. cit.*, p. 4.

rosa manifestación fué el código civil de Alemania, puesto en vigor en el año 1900; correspondiendo a cada una de ellas un grupo de códigos.

La analogía existente, a causa de su común origen romanista, entre todos los códigos europeos continentales y aquellos que van formándose o ya existían en tierras más lejanas, permitirá en muchos casos considerar conjuntamente los derechos del sistema romano, ya sean éstos del grupo netamente latino o ya sean del grupo germánico, como si todavía constituyeran el antiguo derecho común romano, y tomar uno, el nacional del país, como exponente para compararlo con el derecho común del sistema inglés.

Alguna vez se observará, en cambio, que el derecho originariamente común a varios pueblos sobre un punto determinado se ha ido descomponiendo en normas diversas; entonces se estudiará el precepto legislativo en la diversidad que distingue unas de otras normas, sobre determinado argumento, antes de pasar al sistema opuesto a aquel de donde derivan todas ellas.

A) LAS CODIFICACIONES DE TIPO ROMANO

a) CODIGOS NETAMENTE LATINOS

A) Para tener idea del derecho actual en el Continente europeo y en América latina, y también en los Estados orientales de nueva cultura, debemos hacer capítulo de las distintas codificaciones.

§ 1. Código Civil Francés

a) § 1. Francia. Es el código civil francés hacia el que volvemos en primer término nuestra atención por la originalidad de su desenvolvimiento y por su gran difusión.¹¹⁵

115. Véanse a este respecto los muchos y notables artículos de escritores de todos los países sobre el origen y la influencia de este código: en *Livre du centenaire du code civil*, Paris; ESMEIN, *L'originalité du C. C.*; SALEILLES, *Le code civil et la méthode historique*; CROME, *Les similitudes du C. C. Allemand et du C. C. Français*; KHOLER, *Le C. C. fr. dans la théorie et la pratique allemande*; MÜLLER, *Le C. C. en Belgique*; MIGNAULT, *Le C. C. au Canada*; CHIRONI, *Le C. C. et*

Esta moderna codificación encontró un substracto de legislación en el derecho escrito de la zona meridional y en la colección de las costumbres del norte del país que, decretada en nombre del rey Carlos VII en 1453, iniciada bajo Carlos VIII y acogida por el Parlamento, había asumido a su vez carácter de ley escrita.

Fundamentalmente existía la distinción entre *pays de droit écrit* y *pays de coutume*, los unos regidos por el derecho romano traído desde Italia, los otros dominados por el derecho consuetudinario, originariamente introducido por los francos.

A estos elementos por los cuales se diferenciaban entre sí las normas jurídicas locales del norte y del sur de Francia, venían a juntarse otros que eran comunes a todos los países; el *derecho canónico* alcanzando su apogeo en el siglo XIII, ya que a pretexto de que ciertas controversias suscitaban cuestiones de sacramento o de conciencia, llegó a

son influence en Italie; GARAI, *Influence du C. C. sur le Japon*; ASSER, *Le C. C. dans les Pays Bas*; DINESCOU, *L'Influence du C. C. en Roumanie*. Para la historia: GLASSON, *Histoire du droit française*, 1-VII, Paris, 1887, 903; VIOLLET, *Histoire, id.*, 3^a ed., Paris, 1905.

regular una infinidad de relaciones, tales como las de familia vinculadas al sacramento del matrimonio y las sucesorias y contractuales por el juramento puesto como base de su ejecución; y en la misma época, la legislación regia, difundiéndose mediante las ordenanzas que se suceden durante los tres últimos siglos de la monarquía.

No menos importante fué otro elemento que cooperó a la unidad del derecho nacional: la *doctrina*. Pasando en silencio los escritores de derecho provincial, debemos recordar aquellos que tuvieron una visión más amplia sobre el derecho del país: Charles Dumoulin (Molineus), nacido en 1505 en París, que combatió vigorosamente en obras escritas en latín, el feudalismo y el poder de la Iglesia; se había propuesto alcanzar la unificación de las costumbres, pero si no logró tanto, por lo menos obtuvo su reforma. Bertrand d'Argentré, nacido en 1519, prosiguió la obra de Dumoulin para la reforma de las costumbres, si bien lo hacía invocando argumentos diametralmente opuestos, sin duda, por ser un aristócrata. Antoine Loysel, nacido en 1536, realizó obra notable desde otro punto de vis-

ta: redactando las normas de derecho consuetudinario en otras tantas reglas. Jean Domat, nacido en 1625, publicó en 1694 *les loix civiles*, obra que lo hizo célebre, colocándolo entre los más influyentes sobre la redacción del código. Bourjon publicó en 1747 un libro, *le droit commun de la France* en el cual se da casi el sistema adoptado por el código.

Suma importancia debe atribuirse a Pothier, profesor de Orleans, donde había nacido en 1699, y autor de un tratado completo de derecho civil al cual atiende el código de un modo notable.¹¹⁶

La codificación penetró en las mentes de los políticos franceses desde el siglo XVI, habiendo sido reclamada por los Estados generales en 1560, en 1576 y por último en 1614, aunque siempre en vano. Una nueva tentativa fué hecha bajo Luis XIV, pero las pocas ordenanzas decretadas no se refieren a cuestiones de derecho civil y hay que llegar hasta las preparadas por D'Aguessau (1731-1747) para encontrar una legislación regia en la

116. POTHIER (1699-1772). V. DUPIN, *Diss. sur la vie et les ouvrages de Pothier*, Paris, 1825.

materia. Por lo demás, poco se cuidaron de legislar los soberanos franceses, más tarde obstaculizados enérgicamente por los parlamentos de las provincias. Vino después la legislación de la Revolución que toma el nombre de *derecho intermedio*, que entre 1789 y 1804 acaba con todos los principios jurídicos feudales. Siguiéron varios proyectos para un código civil, pero éste no fué logrado hasta el advenimiento de Napoleón.

El primer cónsul nombró una comisión de cuatro miembros (Tronchet, Bigot de Preameneau, Portalis y Malleville), los cuales, convocados por primera vez el 13 de agosto de 1800, concluían su trabajo a los cuatro meses, comenzando seguidamente en el mismo año las discusiones ante los cuerpos legislativos. La oposición encontrada en el tribunado indujo a Napoleón a suspender la discusión retirando el proyecto, hasta que fuese reformada aquella asamblea; la cual, reducida en el número de sus componentes, votó el proyecto. El código se compone de 36 leyes votadas y promulgadas sucesivamente entre marzo de 1803 y marzo de 1804.

Se hicieron tres ediciones oficiales sucesivas: *Code civil des français*, 1804; *Code de Napoleon*, 1807, en el Imperio, y nuevamente *Code civil* en 1816 con la Monarquía; en las cuales las diferencias principales consisten en las expresiones “cónsul” y “república” sustituidas por aquellas otras de “emperador” e “imperio”, a la vez sustituidas por las de “rey” y “reino”. El código, que en 1852 vuelve a tomar el nombre de Código Napoleón por disposición de Luis Napoleón, comprende un título preliminar y tres libros: de las personas, de las cosas y de los diversos modos de adquirir la propiedad. Su fundamento está en las costumbres, en el derecho romano, en las ordenanzas reales y en las leyes revolucionarias, prevaleciendo las costumbres a su vez atenuadas por el derecho romano y por las ideas revolucionarias. Se puede decir que es obra personal de Tronchet y Portalís, influida en ocasiones por el mismo primer cónsul, especialmente en la dirección de las discusiones y excepcionalmente en la solución de las cuestiones, como en la adopción y en el divorcio por mutuo disenso, a las

cuales no fué extraño el propio interés de asegurarse de un modo o de otro la sucesión.¹¹⁷

Notable es el espíritu de moderación que inspira a todo el código no obstante haber sido elaborado después de la revolución y antes de la reacción; tiene el carácter de una transacción entre las ideas de los dos períodos, conservando el espíritu de igualdad del primero, pero abandonando las ideas utópicas;¹¹⁸ y tanto quiso mantenerse alejado de las ideas de la revolución, que olvidó algún principio que señalaba ya un notable progreso, como en materia de transferencia inmobiliaria la institución de la transcripción que debió ser acogida posteriormente por la ley especial de 1855. A sus

117. SAUSER-HALL, *op. cit.*, p. 78, en nota "*Lors des travaux préparatoires du code civil français, le tribunal adopta le principe de la recherche en paternité, contre l'opinion de Napoleon, premier consul; celui-ci sous prétexte d'anarchie, retira le projet déjà voté et exclu les tribuns adversaires de ses idées (notamment Benjamin Constant); puis il remit le projet en discussion; le tribunal se jugea, et l'interdiction de la recherche en paternité passa dans le code*".

118. SOLMI, *Storia, op. cit.*, p. 874: lo llama "*frutto di un sapiente compromesso tra le idee nuove e il diritto tradizionale*".

lagunas inevitables, sobre todo frente a las ideas desenvueltas durante más de un siglo desde su redacción, vinieron a suplir, además de algunas leyes especiales, la jurisprudencia y la doctrina. Y tanto más hubieron de desarrollarse estos tres factores del progreso jurídico cuanto más inconvenientes presentaba el texto originario de la ley, así que a un primer período de relativa inacción, que se quiso cerrar hacia 1867, sigue otro, todavía abierto, del mayor progreso.

En los primeros tiempos el código es considerado como expresión definitiva del derecho nacional y en la primera mitad del siglo XIX sustituye el culto de la ley al culto del derecho. En aquel período el jurista analiza la letra de la ley para encontrar la intención del legislador, estudiándola en abstracto sin tener en cuenta la jurisprudencia y a su vez ésta resuelve, caso por caso, sin cuidarse de las opiniones expresadas por los autores. Notable contraste entre este método y el posterior: los fenómenos económicos modifican los conceptos morales y éstos penetran en el derecho a través del legislador inspirado por la doctrina y por la juris-

prudencia. El campo de aplicación de la jurisprudencia se extiende y la doctrina sustituye con nuevos métodos de investigación a los antiguos.

El método sintético inaugurado por Aubry y Rau permite la vista de conjunto y aproxima la teoría y la práctica con el examen metódico de la jurisprudencia; iniciador de estos nuevos estudios puede considerarse a Labbé, secretario de Trolong, colaborando mediante notas periódicas de 1859 a 1894 y seguido en esto por una serie de valiosos juristas. Su obra indujo a la jurisprudencia a valorizar más a su vez los principios doctrinales con ventaja de un desarrollo siempre creciente del derecho nacional.

Este código extendió rápidamente sus dominios; por la expansión del imperio francés en aquella época, aquél se encontró aplicable de pleno derecho en los territorios que forman ahora Bélgica y el Luxemburgo, donde todavía está en vigor. Y alcanzó también vigencia en las provincias renanas de Prusia, después en Ginebra, Saboya, Piamonte, en el ducado de Parma y Placencia, extendiéndose a todo el reino de Italia el 30 de marzo

de 1806; fué después promulgado en Holanda, en 6 de enero de 1811; en los Departamentos Anseáticos, el 13 de diciembre de 1810; en el Gran Ducado de Berg, el 17 de diciembre de 1811. Otros numerosos países lo adoptaron espontáneamente: Westfalia, Hannover, el Gran Ducado de Baden, Francfort, Danzig, el Gran Ducado de Varsovia, las Provincias Ilíricas y el Reino de Nápoles.¹¹⁹

§ 2. *Algunos códigos imitadores suyos*

§ 2. En Bélgica fué adoptado el código civil francés en su forma de 1807 cuando con el establecimiento del imperio asume el nombre de Código de Napoleón.¹²⁰

119. DEMOGUE, *L'unification, op. cit.*, p. 27.

120. Sobre la extensión a Bélgica del Código de Napoleón: HAUSENS, *Le C. C. en Belgique*, en *Livre du centenaire, op. cit.*, p. 681.

LAURENT, *Avant-Projet de revision du code civil*, Bruxelles, 1882. Existe una fuerte tendencia a la unificación en Bélgica, Holanda y Luxemburgo, estando basadas las tres legislaciones en el mismo código; véase su comparación en *Rivista Diritto Civile*, Roma, 1934, EGGEN, *L'unificazione del diritto privato del Belgio, dell'Olanda e del Lussemburgo*.

En Portugal la codificación no había tenido en su contra ninguna variedad de usos, porque desde largo tiempo toda la materia civil estaba regida por las ordenanzas regias, de las cuales desde 1446 existía una recopilación mandada hacer por Alfonso V. A ésta siguieron otras hasta aquella de 1603 bajo Felipe II, todas ellas inspiradas en los principios del derecho romano y del canónico. Posteriormente, ordenanzas y edictos se fueron acumulando hasta hacer difícil una ulterior recopilación.

Después de algunas tentativas de codificación se logró en 1859 que el proyecto del vigente código, redactado bajo la guía de Antonio Luis de Seabra, profesor en Coimbra, fuera promulgado el 1º de julio de 1868, integrado de 2538 artículos y regulando también materias extrañas al código civil francés.¹²¹ Es de lamentar la falta de textos que nos informen sobre los trabajos preparatorios de un código que no carece de mérito. Está construído tomando como base la persona y sus actividades:

121. Sobre el código portugués véase: LAURI y DUBOIS. *Code civil portugais du 1 juillet 1867*, Paris, 1896.

regula en la primera parte la capacidad, en la segunda la adquisición de derechos, en la tercera la propiedad y en la cuarta la responsabilidad y las pruebas.

En Egipto, al lado del código civil de 1883 para los tribunales indígenas, que regula los bienes, los derechos reales y los derechos de obligaciones, existe el código civil de 1900 para los tribunales mixtos, que suple al de 1875, en el cual se regulan las mismas materias, dejando a la competencia del juez del estatuto personal las cuestiones relativas al estado y a la capacidad de las personas, al estatuto matrimonial, a los derechos de sucesión, a la tutela y a la curatela.¹²²

En Holanda está en vigor el código civil de 1838 que después de sucesivos proyectos iniciados en 1814, fué promulgado para los Países Bajos.¹²³

122. Sobre la codificación en Egipto: G. BLANCHARD, *Une législation uniquement internationale*, en *Acta Accademiae*, loc. cit., *Code des tribunaux mixtes d'Egypte*, Alexandrie, 1896; *Codes des tribunaux indigènes*, Le Caire, 1907.

123. El código de los Países Bajos es de 1848; TRIPELS, *Les codes neerlandais*, Maestricht, 1896; véase ASSER: *Le C. C. dans les Pays Bas*, en *Livre du Centenaire*, op. cit.

En cuatro libros regula personas, bienes y sucesiones, obligaciones, pruebas y procedimiento. Había sido aprobado por el rey Luis Napoleón el 24 de febrero de 1809 y promulgado el 1º de mayo del mismo año el Código de Napoleón revisado para el reino de Holanda. Anexionado éste el 1º de julio de 1810

El código rumano no es más que una traducción del código civil francés; a este respecto refiere el profesor STOICESCO al Congreso de derecho romano (*Actas citadas*), que en la obra de ANDROMACO DONICI son evidentes las influencias lejanas del derecho romano, que, sin embargo, se advierten en el civil vigente; como, por ejemplo, en los artículos relativos al matrimonio, al derecho de habitación, a la ocupación, etc. Sobre el nuevo proyecto: ANGELESCO, en *Bull. Soc. Leg. comp.*, 1933, p. 141. Análoga observación sobre la codificación checoeslovaca, hace el profesor VAZHY (*Actas...*).

Sobre la evolución del derecho privado en Holanda: J. JITA, en *Livre du cinquantenaire, op. cit.*, 1, p. 173. En el Congreso de derecho romano ya recordado, VAN OVEN ha observado cómo los primeros síntomas de la influencia del derecho de Roma en Holanda se manifiestan en época antiquísima, haciéndose especialmente evidente en el siglo xv, cuando los príncipes de Austria introdujeron una organización judicial unitaria que no podía ser no romana. Se nota la influencia en el siglo xviii junto al derecho local y hasta la conquista francesa, la cual influyó la legislación holandesa, no obstante no pocos retornos al derecho romano local (*Actas del Congreso*, Roma, 1933).

al imperio francés, fué promulgado, mediante decreto de 6 de enero de 1811, el código civil francés, que entró en vigor el 1º de mayo de 1811. Con la restauración en 18 de abril de 1814 el rey Guillermo hubiera querido sustituirlo por una legislación de carácter nacional, seguido en ello por el Prof. Kemper que en tal sentido se aplicó a redactar un proyecto concluído el 5 de mayo de 1816, pero a causa de la unión de las provincias belgas a los Países Bajos, en cumplimiento del Tratado de Viena de 1815, el proyecto hubo de ser sometido a una comisión especial de juristas belgas en la que prevaleció tendencia favorable a la adopción del código francés. El mismo Prof. Kemper redactó un nuevo proyecto con tal orientación, que terminado el 22 de noviembre de 1822 fué aprobado con algunas modificaciones en 1826, pero la revolución belga impidió que entrase a regir. Por decreto dictado en el año 1831 se ordenó la revisión del proyecto con vista a las tendencias de las antiguas provincias neerlandesas y así revisado se publicaba en el año 1833 y era puesto en vigor el 1º de octubre de 1838.

§ 3. *Código Civil Italiano*

§ 3. Italia. Impuesto por las armas victoriosas de Napoleón, el código de su nombre penetró en todos los Estados por él conquistados y por tanto también en los Estados italianos y en su completa integridad, también impuesta por el emperador.

Fué breve su presencia en Italia (1804-14), pero de notable influencia: en Piamonte el 20 de marzo de 1804, en Génova el 4 de julio de 1805, en Lombardía el 1º de abril de 1806, en Parma, Piacenza y Guastalla el 23 de septiembre de 1806, en Venecia el 30 de marzo de 1806, en Luca y Piombino el 21 de abril de 1806, en Toscana el 1º de mayo de 1808, en los Estados pontificios el 14 de enero de 1814 y en Nápoles el 1º de junio de 1809, quedando solamente excluidas la Sicilia bajo los Borbones y la Cerdeña bajo la casa de Saboya.

Con la restauración de los antiguos gobiernos el beneficio causado por el Código de Napoleón dejó vivo el deseo de una codificación, ya que los

gobiernos no querían valerse de aquella de quien les había despojado.

Así en Piamonte, Vittorio Em. I restablece las constituciones de 1770, Carlo Felice publica el código para la Cerdeña el 16 de enero de 1827, Carlo Alberto tomando como modelo el código francés, sin perjuicio de modificar algunas de sus disposiciones, publica un código de aquel tipo el 20 de junio de 1837, que toma su nombre "albertino"; en Liguria el gobierno de la república mantuvo el Código de Napoleón, pero después de su agregación a Piamonte, Vittorio Em. I, el 13 de mayo de 1815, publicaba el Código de Napoleón; en Cerdeña el príncipe Eugenio Savoia Carignano extendía a la isla el código albertino; y en el Lombardo-Veneto permaneció el código austriaco de 1811, hasta 1866 en Lombardía y hasta 1871 en el Veneto.

En Parma, Piacenza y Guastalla, María Luisa de Austria hace redactar un proyecto bastante lejano del código francés y lo sanciona el 4 de enero de 1820; en Modena, derogado el Código de Napoleón, bajo Francisco IV, fué Francisco V quien la dió nuevo código el 25 de octubre de 1851; el reino de

las dos Sicilias tuvo su código de Fernando de Borbón el 26 de mayo de 1819; solamente Toscana y Umbria no llegaron a tener una codificación; y en los Estados pontificios Gregorio XVI el 10 de noviembre de 1834 dictó un reglamento civil.¹²⁴

Constituído el reino de Italia ni siquiera se presentó la controversia sobre la oportunidad de una codificación, puesto que casi todas las provincias estaban ya dotadas de un código civil;¹²⁵ existía solamente la duda de si atenerse al código albertino o al código napoleónico. Primeramente prevaleció el segundo partido, pero advertido el error político trató de ser reparado y en Emilia, Toscana y Piemonte, se nombraron al mismo tiempo comisiones que estudiasen el albertino, con vista a adoptarlo como nuevo código; las comisiones de acuerdo con los varios dictadores que las habían nombrado se fusionaron y en mayo de 1860 la nueva comisión

124. *Collezione completa dei moderni codici civile degli stati d'Italia*, Torino, 1845.

125. SOLMI, *Storia*, op. cit., 1, p. 876, "da noi forse più che altrove vivo il bisogno di precisare in pochi e brevi testi organici, la leggi fondamentali della vita giuridica".

presentaba un proyecto de código que diversas vicisitudes parlamentarias obligaron al Ministro Casinis a retirar; éste, teniendo en cuenta las dificultades para este código inspirado en el albertino, decidió presentar el de Napoleón con las innovaciones introducidas por los códigos de los particulares Estados italianos; pero también esta vez el trabajo se frustró con la muerte de Cavour, al cual sucedió Ricasoli, y la consiguiente sustitución de Casinis por Miglietti.

Este, que había intervenido en el estudio del código albertino, abandonó la idea de dar al pueblo el código napoleónico y volvió al antiguo proyecto, fundado sobre el albertino, al que dió también impulso más decisivo Pisanelli, elevado al Ministerio, en 1862. El traslado de la capital a Florencia acentuó la necesidad de realizar la unificación legislativa para no dejar las múltiples relaciones jurídicas del Estado bajo una legislación incierta. El proyecto fué aprobado el 12 de enero de 1865 y publicado el 2 de abril del mismo año. Introducidas algunas modificaciones por una Comisión nombrada por el nuevo Ministro Vacca el código italiano entró en vi-

gor el 1º de enero de 1866; fué extendido a Roma en 1870 y a las provincias venetas en 1871 y poco después alcanzó, de modo completo, a las redimidas del alto Adige y de la Venezia Giulia.¹²⁵²

Necesariamente el código civil italiano calcado sobre el albertino se inspira principalmente en el francés que es su padre directo, pero no ha dejado de tener en cuenta los códigos de los diversos Estados italianos y de armonizarlos entre sí.

En los primeros tiempos sucedió en Italia el mismo fenómeno que se presentó en Francia y en forma agravada: no sólo el código era considerado como la última expresión del derecho, sino que todo el material francés era consultado como autoridad indiscutible.

De aquí la imitación a los primeros comentarios franceses, artículo por artículo, sin que los escritores italianos advirtieran que la dirección había sido mejorada ni, por tanto, su tardía aproximación a la doctrina transformada en Francia. Entre tanto, iniciado un nuevo período en la vida

¹²⁵². El código de comercio vigente es de 1883; está en preparación un nuevo proyecto.

política italiana con la aproximación a Austria y Alemania, vino la aspiración de elevarse a la altura ideal de ésta y en 1882 se inició la alianza intelectual que hizo seguir el derecho alemán absorbiéndolo servilmente en los escritos. La penetración del pensamiento alemán había transformado completamente la doctrina italiana, con el inconveniente de sustituir un derecho *afrancesado* por otro *germanizado* del todo. Por mérito de un grupo de grandes maestros se consiguió elaborar un derecho netamente italiano, aunque ajustado a las investigaciones del derecho alemán, pero sólo la independencia concedida a los estudios italianos por la guerra victoriosa de 1915-1918 puso a éstos en condiciones de seguir, prontamente, también en el campo de las ciencias jurídicas, los esfuerzos intelectuales de todas las naciones civilizadas, no ya para absorber una legislación más que otra, sino para tener un conocimiento completo del derecho extranjero en general y alcanzar así el desenvolvimiento del derecho nacional, a través de las investigaciones para la búsqueda de la dirección común que responda mejor a las

exigencias económicas y morales del mundo moderno.

El nuevo régimen político instaurado en 1922 se dispuso a la obra de crear una legislación propia, pero los estudiosos encargados de los trabajos relativos no pudieron alejarse de aquella que ya era la aspiración común de los Estados civilizados en cuanto a la utilización de la actividad intelectual internacional. El nuevo código, del que se han publicado los dos primeros libros, responde a las exigencias de la ciencia jurídica moderna, solamente contaminado aquí y allá por algunas conclusiones asumidas únicamente por razón política, la primera, entre todas, aquella absolutamente absurda de la teoría racista. Limpiado de estas pocas tendencias de partido el código alcanzará digno puesto al lado de las recientes codificaciones. ^{125³}

125³. El primer libro (De las personas y las disposiciones sobre la aplicación de las leyes) tuvo ejecución el 1^o de julio de 1939; el segundo (De las sucesiones por causa de muerte y de las donaciones), el 21 de abril de 1940. Seguirán pronto los otros libros. (Véase edición redactada por los secretarios de la Comisión ministerial, Milano, 1939.)

§ 4. Código Civil Español

§ 4. España. Aunque quede en el grupo latino, por el predominio de normas romano-francesas, merece un puesto propio esta legislación por las características de su compilación y por la variedad de sus elementos componentes.¹²⁶

No obstante la existencia en España de antiguos precedentes de la idea codificadora, la realización de esta idea tuvo su comienzo en 1811 con una proposición formal del diputado Espiga y Gadea y la formación de la comisión correspondiente. El conflicto entre los elementos romanos y germánicos es antiguo y se mantiene por siglos; comenzado con la invasión de los godos, en el 585, cuando el Código de Eurico se opone al de Alarico, éste de base romana, sobrevive a la invasión de los

126. HAZELTINE, *loc. cit.*, p. 145; S. María de Rojas, *Bref aperçu de l'évolution du droit privé en Espagne*, en *Livre du cinquantenaire*, *op. cit.*, 11., p. 159. En el Congreso de derecho romano el profesor LARRAO ha tratado de la influencia del derecho justiniano en la Península Ibérica y el profesor ALTAMIRA de esto mismo en la España bizantina del sur.

árabes y con los intentos de codificación inspirados por la "reconquista" queda en duda si dar predominio al elemento germánico, al romano o a los usos locales. Alfonso X toma a todos en consideración y redacta dos textos distintos, el Fuero Real (1251-1255) de derecho germánico y el Código de las Siete Partidas (1256) netamente romano. Alfonso XI viene a una transacción entre los dos elementos, en 1348.

Sigue un período de inactividad hasta la unión española bajo Fernando V e Isabel I en el siglo xv, a partir de la cual se hacen diversas publicaciones con el propósito de recoger el elemento legislativo existente (Ordenanzas reales de Castilla u Ordenanzas de Montalvo, 1484, las leyes de Toro, 1505, la Nueva Recopilación de Felipe II, 1567 y la Novísima Recopilación, 1805). Estas compilaciones pusieron en evidencia toda la contradicción que existía entre las varias legislaciones vigentes e hicieron sentir todavía más la necesidad de un código: después de varias vicisitudes que hicieron sucederse comisión tras comisión, fué ultimado un proyecto en el año 1851. El deseo del

gobierno hubiera sido imitar la obra de Francia y alcanzar la unificación que hubiese acabado con la diversidad legislativa preexistente; pero opusieron gran resistencia los derechos locales, entre los que sobresalía el de Castilla predominantemente de índole germánica, y por decreto de 1880 se decidió dejar subsistentes las legislaciones forales. De dos modos estos derechos locales fueron mantenidos subsistentes, sea introduciendo alguna de sus reglas en el código mismo, sea manteniendo en algunas provincias una propia legislación. Después de sucesivos proyectos el del Ministro Francisco Silvela, en 1888, logró discusión parlamentaria.

El código entró en vigor en julio de 1899, en su forma definitiva. Representa un gran progreso en la legislación española, pero es evidente el defecto de un texto de ley que limita su propia autoridad a una parte del territorio nacional, a 39 provincias de las 49, y además deja a leyes especiales varias materias importantes: entre otras, la relativa al registro de la propiedad de tipo germánico, de 1861. Se compone aquel código de un título preliminar y cuatro libros, sobre las personas,

los bienes, la propiedad y sus modificaciones y los modos de adquirir la propiedad y las obligaciones y contratos.

El artículo 6 del código enumera las *fuentes subsidiarias* a las cuales recurre el juez a falta de disposición expresa e indica la costumbre del lugar y después los principios generales del derecho. La ley de la cual dichas fuentes son subsidiarias, comprende el código civil, las leyes especiales y en materia matrimonial el derecho canónico. La diversidad legislativa que reina en las provincias forales obliga después a numerosas normas acerca de la aplicación de la ley y a la resolución de conflictos, análogamente, a lo que sucede entre diversos estados.

A los inconvenientes que más se lamentan se habría probablemente puesto remedio si el gobierno hubiera recurrido a aquellas revisiones periódicas previstas por el mismo legislador, de diez en diez años. Más de medio siglo ha transcurrido y de revisión sólo se ha hablado, mientras el código conserva la forma que tenía desde su promulgación. El legislador ha preferido recurrir a las leyes es-

peciales, y conllevar las muchas cuestiones que suscita su discusión. Es mérito de la moderna jurisprudencia, que sólo desde 1838 motiva sus sentencias, y de la doctrina, que el derecho español consiga desenvolverse sin la reforma fundamental de la ley. ^{126^a}

b) CODIGOS GERMANICOS

§ 1. *Código Civil Austriaco*

b) § 1. Austria. Fruto de otro medio siglo de estudios fué el código civil austriaco, llevado a término en 1811 por el deseo de Francisco I de consolidar la unidad del Estado, además de las consideraciones jurídicas del tiempo. Dicho código ha surgido de la escuela del derecho natural. Algunos nacionalistas alemanes quisieron ver en ello un derecho alemán sustituido al derecho romano. Sin llegar a tanto, podemos decir que las fuentes romanas están mezcladas con elementos germáni-

^{126^a}. El código de comercio es de 1885.

cos locales y por eso este código es considerado como legislación germánica, aunque formando parte del sistema romano.

En 1753 fué nombrada una comisión para hacer esta compilación; a ella no fué extraña la obra de los italianos; fué su miembro activo Azzoni, profesor de Praga, y después de su muerte apareció el proyecto de *codex thesianus*, el cual, sin embargo, no recibió la sanción soberana. Se decidió hacer obra más sencilla y José II sancionó la primera parte rehecha, llamada código josefino que entró en vigor el 1º de enero de 1787. Un ilustre tridentino, Carlo Antonio Martini, nombrado presidente de la comisión por Leopoldo II, dió nuevo impulso a los trabajos y presentó en tres años sucesivos (1794-1796) las tres partes del código que fueron acogidas sólo para la Galizia, con el nombre de Código Galiziano de 1797. Un joven discípulo suyo, profundamente romanista, Zeiller, logró conducir a puerto la obra completa y el 1º de enero de 1812 entró en vigor el código civil general austriaco. El territorio sobre el cual se extendió el código en los largos años de su vida, fué objeto de no pocos cam-

bios y su dominio de aplicación se presenta ligado a la fortuna política de Austria.

Una primera expansión territorial tuvo lugar con la caída de Napoleón. En Goritzia, Istria, Fiume y en el Trentino, el código entró en vigor el 1º de octubre de 1815 y tres meses después en el reino Lombardo-Veneto. Se extiende a Hungría, Croacia y Eslovenia en 1853 y en este momento alcanza su mayor dominio. Quedó retirado de Lombardía en 1866 y del Veneto en 1871. La victoria italiana en la gran guerra sancionó su gradual expulsión de todo el territorio de Italia.

Por un decenio, desde 1857, la autoridad civil abandonó a la eclesiástica toda la materia relativa al matrimonio. En 1862 el código de comercio quitó de en medio las escasísimas normas que el código civil contenía sobre las sociedades comerciales; el capítulo del arrendamiento de obra cedió el campo a unas cuantas leyes especiales. Y muchas otras se introdujeron para sustituir las que hacían falta para los nuevos conceptos relativos a negocios y trabajo; la ley 1881 admite la nulidad de un pacto mediante el cual se adquiere un crédito o se prolon-

ga su vencimiento, aprovechándose de la ligereza o de la inexperiencia ajena. Así se afirma también en el campo civil aquella tendencia que los autores del código no habían conocido y que se distingue de la legislación austríaca de otros tiempos. La misma tendencia social inspira nuevas leyes *ad vitandas lites* con una mayor publicidad de los derechos reales sobre inmuebles y una cierta solemnidad de forma en la conclusión de los contratos. Es de 1871 la ley relativa a los libros territoriales.

Se ve por tanto cómo en la segunda mitad de su vida secular el código viene felizmente retocado por una notable actividad legislativa; la doctrina a su vez enlazada al código en los primeros decenios, muestra todo el frescor de la edad que lo supo crear y lleva en sus comentarios el recuerdo de las grandes cuestiones agitadas en los trabajos preparatorios, como se observa en aquel del mismo Zeiller, a quien sigue Schuster. Después un período de reposo que comenzó en 1850 para continuar durante treinta años más, hasta que Unger, en 1885, sacude a los estudiosos, los cuales, aplicándose al análisis histórico de las instituciones en particular, levantaron de

nuevo la condición de los estudios jurídicos de su país.

La jurisprudencia, en fin, contribuye en la segunda mitad del siglo pasado, a la uniformidad de la aplicación judicial, en cuanto puede ser garantizada por la existencia de un solo Tribunal Supremo. Mientras permaneció en Verona el senado para los asuntos italianos no se pudo evitar una doble corriente. Dado el acceso fácil a la última instancia, son las decisiones del Supremo Consejo a las que conviene atenerse, si bien aquella jurisprudencia no había enseñado nada a la doctrina ni inspirado innovaciones a los legisladores.

El mayor mérito de este código es la concisión, debida a la exclusión de toda casuística, acompañada de la exposición de conceptos fundamentales, a vuelta de definiciones. Se aproxima al estilo ágil del código civil francés.

Con aquel código el legislador recurre al método radical de abatir toda norma de derecho constituído, afirmando su supremacía y admitiendo una sola fuente subsidiaria, el derecho natural, al cual la jurisprudencia, sin embargo, no tiene ocasión de acu-

dir. Está dividido en tres partes: de las personas, de las cosas y de las normas comunes a los derechos de las personas y a los derechos de cosas.

Puede parangonarse con el código francés y como éste tuvo no pocos imitadores; da su propia estructura al proyecto bávaro de Leonrod, al proyecto sajón de 1853, a algunos códigos de los cantones suizos, y al código servio de 1844. En 1811 el código austriaco quedó enclavado entre los territorios de validez de otros dos que le fijaban el límite a septentrión y occidente; después de cien años el código austriaco se encuentra, a septentrión y occidente, con dos nuevas leyes que codifican el derecho privado de conformidad al desenvolvimiento científico moderno. Son el código alemán de 1896, entrado en vigor en 1900, y el código suizo de 1907, vigente desde 1912. En medio de este fermento legislativo también en Austria resurge el deseo de rejuvenecer el derecho privado, lo que realiza el gobierno mediante algunas *Novelle* que entraron en vigor en 1917.¹²⁷⁻¹²⁸

127-128. *Das Oesterreichische allgemeine burgerliche Gesetzbuch*: sobre este código véase UNGER, *System des oeste-*

A este modelo se había atendido el código civil de Servia de 1844; posteriormente recibió no pocas influencias del código francés con la ley de 1864; hasta que en 1908 el Gobierno decidió innovar totalmente su legislación, sin tomar de modelo una más que otra, pero inspirándose en los mejores principios modernos: un proyecto estaba preparado en 1914, cuando la guerra privó a Servia de su autonomía.¹²⁹

En Grecia un proyecto de 1874, basado sobre el código civil francés, pero teniendo en cuenta las innovaciones introducidas en el código italiano, fué puesto en vigor en Samos el año 1900, en Creta

reichischen allgemeinen privatrecht y sobre el centenario del código; MENESTRINA, en *Riv. di Dir. civile*, Roma, 1911, p. 818. Sobre la obra científica de UNGER, *Secré, Scritti giuridici*, Cortona, 1930. Sobre la reforma del código: PACCHIONI, *Sul progetto di revisione*, en *Riv. di Dir. Civ.*, 1909, p. 149, y GULLAIX, *La reforme du code civil autrichien*, Paris, 1925.

El entusiasmo nacional por el código se resume en las palabras de UNGER a la Cámara el 1º de junio de 1891: "*Danken wir Gott das wir dieses Gesetzbuch haben.*"

129. J. PERITCH, *Principaux traits caracteristiques de la constitution du royaume des serbes, ctoates et slovenes du 2 Janvier*, 1921, en *Bull. Soc.*, 1928-29.

el 1913 y todavía sigue en estado de elaboración para la Grecia propiamente dicha.

Polonia estando regida por diversos derechos (germánico, austriaco, húngaro, ruso y francés) había elaborado un proyecto de código civil uniforme de 1924-30.

Venía elaborándose también una legislación uniforme yugoeslava con tendencia hacia la unificación con los otros Estados eslavos, Polonia, Checoslovaquia y Bulgaria.¹²⁹²

La futura sistematización de estos Estados es demasiado incierta para detenerse más sobre sus legislaciones.

§ 2. Código Civil Alemán

§ 2. Alemania. A principios del siglo XIX se dibuja un movimiento progresivo de la codifica-

¹²⁹². Sobre Polonia: BABINSKING, en *Bull. Soc., Comp.*, Paris, 1925, y CAPITANT, *id., id.*, 1928; sobre el código de obligaciones LONGCHAMP DE BERIER, *id., id.*, 1935.

Sobre el derecho eslavo: GIVANOVITCH, *id., id.*, 1925.

ción para obviar el gran inconveniente de la infinita diversidad de los derechos vigentes en los particulares Estados, donde el derecho romano común no tenía más que un valor subsidiario, a falta de usos o leyes locales. ¹³⁰

De estos dos elementos, poco desarrollo se había dado al legislativo, que en los tiempos anteriores a la revolución francesa se limitaba al código prusiano, *Allgemeine Landrecht* de 1794, el cual, a su vez, asumía carácter subsidiario frente a los usos locales. Posteriormente a las guerras de Napoleón el código civil francés fué promulgado en las tierras renanas, redactado en Baden, en 1809, como

Sobre las fuentes del derecho privado en Bulgaria: VENE-LIN GANEFF, en *Annuario diritto comparato*, Roma, 1928-1929.

Para Checoslovaquia, SVOBODA, en *Annuario, id.*, 1932.

130. *Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich*; véase la edición crítica editada por el Ministerio de Justicia de Francia, *Le code civil allemand*, Paris, 1904; sobre la parte general del código: SEGRE, en *Scritti giuridici, loc. cit.*, p. 1. En cuanto a la relación del derecho romano con el código alemán: POLACCO, en *Scritti minori, Pubbl. Un. Modena*, n. 33. HOELSCHER, *Durch die Pandekten zum B. G. B.*, Lausanne Leipzig, 1928.

Badiches Landrecht. Es de aquella época el conflicto suscitado por Thibaut, más por sentimiento patriótico que puramente científico, hacia una unificación legislativa para todos los Estados alemanes, a la cual replicó Savigny sosteniendo la superioridad de la formación histórica del derecho, dando así origen a la escuela histórica que hubo de ejercer una cierta influencia en el retraso de la codificación, sobre todo en Alemania.

No obstante la gran superioridad adquirida por esta escuela, cada Estado particular se sintió impulsado hacia la codificación, produciéndose el código bávaro aparecido entre 1861 y 1864 y aquel otro, después convertido en ley, de 1863 para Sajonia, mientras se hacían ya las primeras tentativas de una legislación federal. La Confederación de la Alemania del Norte, dando origen al nuevo Estado, creaba un órgano legislativo, el *Bundesrath*, originado en la antigua dieta de la confederación germánica, compuesta de representantes de los Estados confederados, y el *Reichstag*, parlamento federal representante de Alemania unificada, pero ambos cuerpos políticos pudieron poco hasta la

fundación del nuevo imperio alemán en 1871, que dió lugar a la ley de 12 de diciembre de 1873 declarando el derecho civil de la competencia de la legislación imperial. En 1874 el *Bundesrath* nombraba la primera comisión encargada de redactar el plan del futuro código; a ésta siguió en el mismo año otra comisión de redacción del código, de la cual vino a formar parte, junto a otros autorizados juristas, el insigne romanista Windscheid, quien no dejó de hacer prevalecer sus propias ideas. Este primer proyecto terminado en 1888 fué publicado en cinco volúmenes con el nombre de "primer proyecto". Su carácter abstracto, sobre todo por haber prescindido de las antiguas costumbres germánicas, le suscitó infinitas críticas y hubo de ser sometido a una segunda comisión en la que participaron los jefes de la gran industria, los grandes comerciantes, los propietarios rústicos; de ella salió con sentido más práctico, el "segundo proyecto", en 1895; éste a su vez todavía fué modificado por la misma comisión en vista de las críticas hechas y con el nombre de "tercer proyecto" fué presentado al *Bundesrath* y de éste al *Reichstag* en 1896 con el

nombre de "cuarto proyecto". El 24 de agosto de este año obtuvo la sanción imperial y en 1900 entraba en vigor.^{130²} Su plan está inspirado en las Pandectas; contiene una parte general y cuatro libros sobre obligaciones, derechos reales, familia y sucesiones.

La misma constitución del imperio excluye toda autoridad a los usos locales, suprimiendo así toda traza de particularismo jurídico y evitando al legislador que vuelva sobre este asunto en el código. Y así como había excluído esta materia ya contemplada en el primer proyecto, así tampoco volvió sobre la aplicación de la analogía en caso de silencio de la ley. El nuevo derecho germánico presenta sobre todas las cuestiones de carácter patrimonial un ensayo de la adaptación más completa del derecho a las necesidades económicas modernas y constituye por esto un objeto de gran interés para el estudioso. El libro cuarto forma la parte nacional del código sobre el derecho de familia y en parte tiene el mismo carácter el libro quinto, por lo que respecta al lado personal en las sucesiones.

^{130²}. De la misma fecha es el código de comercio.

Presenta el código una técnica especial con gran riqueza de terminología. Para evitar equívocos de interpretación, las palabras que se prestan a más dudas van acompañadas de su respectiva definición auténtica, análogamente a cuanto hace la ley en Inglaterra, con la diferencia que la explicación es dada inmediatamente de la palabra, la primera vez que es usada en el código, en lugar de ir al final del capítulo relativo.¹³¹

§ 3. Código Civil Suizo

§ 3. Suiza. Durante el siglo XIX todos los cantones habían producido un cierto número de leyes

131. Sobre el carácter de la técnica legislativa de este código en relación al C. C. italiano, véase RAYA, en *Osservazioni sul progetto del primo libro del C. C. italiano*, *Facoltà Giur. di Padova*, 1933, p. 7.

Sobre las vicisitudes del código alemán, véase RABEL, en *Annuario diritto comparato*, Roma, 1927 y 1928. El nuevo régimen político instaurado en Alemania pone en peligro este monumento de sabiduría jurídica. Véase J. W. JONES, *The nazi conception of law*, Oxford, 1939, n. 21 del *Oxford Pamphlets on world affairs*.

en materia civil, llegando algunos a una completa codificación, inspirada en una u otra de las existentes: un grupo de cantones se inspiró en el código francés; otro en el austriaco; y uno se atuvo al derecho italiano.

Al primer grupo pertenecían el Jura bernés, Ginebra, Friburgo, el Cantón Tesino, Neuchatel y Basilea; al segundo Berna, Lucerna, Soleure y Argovia; al tercero Zurich, Schaffhouse, Grisones, Zug, Glaris, Nidvald y Turgovia.

La idea de unificar este derecho cantonal tuvo su primera expresión en el artículo 48 de la Constitución suiza de 1798, en cuyo cumplimiento se formularon varios proyectos, ninguno de los cuales tuvo fortuna. El proyecto de revisión constitucional de 1872 consideró el derecho civil como de la competencia legislativa de la Confederación, y entre otros varios ordenamientos parciales que llegaron a puerto, figura el código de las obligaciones de 1881. Jamás se quiso un código de comercio, por el principio de igualdad entre los ciudadanos, pero no pocas disposiciones fueron dadas exclusivamen-

te para los comerciantes. La sociedad de los juristas suizos comprendió que no se llegaría a una completa unificación sin una comparación previa entre las legislaciones civiles cantonales; deliberó en 1883 sobre la necesidad de una publicación sobre la materia y se confió su ejecución al Prof. Huber, el cual, cumplida rápidamente esta tarea, hubo de recibir del departamento federal de justicia el encargo oficial de preparar un proyecto de código civil, de cuya necesidad todos los cantones estaban persuadidos.

Redactado un programa de trabajos, éste fué presentado a todos los gobiernos cantonales por el departamento federal de justicia, al cual llegaron a su vez numerosas "observaciones" y "memorias" durante los años 1894 y 1895. Con la ayuda de estos documentos el proyecto fué elaborado por diversas comisiones, cada una especializada en varias instituciones. Por fin, los proyectos respectivos fueron reunidos en un volumen publicado en 1900 por el departamento federal de justicia. Este sometió el trabajo a una comisión de hombres de ciencia y de hombres de negocios y Huber redactó una exposi-

ción de motivos.¹³² La Asamblea federal fué convocada en 1904 para discutir el proyecto y terminó su obra en 1907. Finalmente un comité cuidó de su redacción en las tres lenguas nacionales, alemana, francesa e italiana. Aprobado por el Consejo de Estado en 1907 entró en vigor en 1912.

El código comprende un título preliminar y cuatro libros (personas, familia, sucesiones y derechos reales) y un título final, que regula la enajenación inmobiliaria y la donación. Para las obligaciones ha quedado el código de las obligaciones, revisado en relación al código civil.^{132a}

Sobre muchas materias en las que la unificación habría tenido más inconvenientes que ventajas, fué dejada la más amplia libertad legislativa a los particulares cantones y se reconocieron, además, los usos locales. La misma exposición de 1904 decía que procedía atenerse a la vieja legislación cantonal inspirada en el espíritu del pueblo, sin renun-

132. Véanse los motivos del código: *Avant projet et motifs*, Lausanne, 1900; *Méssage du conseil federal*, 1904.

132^a. El 1º de julio de 1937 ha entrado en vigor el nuevo código de comercio redactado por HUBER y aprobado por el Parlamento el 18 de diciembre de 1936.

ciar, sin embargo, a aprovecharse de los textos legislativos extranjeros. Entre éstos prevalecen el código francés y aquellos otros inspirados en el derecho germánico, este último por lo que respecta al registro de los regímenes matrimoniales y a las teorías de la propiedad común y de la posesión.

El código huye de detalles superfluos y tiene una expresión sobria y clara. El material ha sido elaborado de manera que prevalezca su carácter nacional, cuya evolución es confiada al juez, a quien la ley suiza, siguiendo la tendencia de modernas legislaciones, le concede los más vastos poderes, autorizándole a juzgar, en los casos de silencio de la ley, según equidad y conforme a lo que él haría si fuese legislador.

Este código está comprendido entre las legislaciones germánicas en cuanto adopta el método científico del legislador alemán, pero se puede también considerar como la primera tentativa de codificación del derecho privado de la Europa central por haberse propuesto su autor conciliar las divergencias existentes entre los conceptos jurídicos de la Suiza germánica con aquellos otros de la Sui-

za romana y hacer la síntesis de las leyes existentes en un pueblo dividido por raza, lengua y religión.¹³³

c) CODIGOS INSPIRADOS EN AMBOS GRUPOS

c) La América latina, cuyos Estados se habían inspirado originariamente en el código francés, sobre todo la Argentina, Uruguay, Venezuela,¹³⁴ ha tomado actualmente una actitud legislativa independiente y ha dado pruebas, en 1917 con el código civil del Brasil y más recientemente con el proyecto de Chile,¹³⁵ de una especial dirección de nuestra época, que representa un momento en la evolución jurídica mundial, sin renunciar, sin embargo, a los propios principios nacionales.¹³⁶

133. Véanse *Motivos*, citados.

134. Véase la colección de *Legislation étrangère della Société de Leg. Comp.*, de Paris.

135. El actual código civil es de 1857.

136. *Le code civil des Etats Unis du Bresil*, de 1916, Paris, 1928; BEVILACQUA, *L'evolution du droit civil du Bresil*, en *Livre du cinquantenaire*, op. cit., p. 121; DUSI, *Il C. C. del Brasile*, en *Arch. Giurid.*, 1921, p. 157.

En 1822, con la promulgación de la independencia nacional brasileña se intentó elaborar una nueva legislación que respondiese a sus instituciones constitucionales. Habían quedado en vigor las leyes portuguesas, confirmadas en 1823, pero con la intención de renovarlas completamente.

En aquella época se compiló un texto que reunía todas las leyes civiles, destinado a ser el material de elaboración de las sucesivas: el autor de esta obra fué encargado el 1º de junio de 1859 de redactar un proyecto oficial de código civil y entre 1860 y 1865 muchas partes del nuevo código vieron la luz.

En este trabajo Texeira de Fretas había seguido un método científico que favoreció a toda la obra legislativa brasileña; la materia fué dividida en una parte general sobre las personas, las cosas y los hechos jurídicos y una especial que comprendía los derechos de las personas y los derechos reales, además de las disposiciones comunes a ambos. En 1872 otro fué encargado de emprender de nuevo la obra interrumpida y sucesivamente en 1878 el trabajo continuó por obra de Félix dos Santos, quien ela-

boró un nuevo proyecto aparecido en 1881, seguido después por otros, de los cuales sólo llegó a puerto el proyecto de Brevilacqua, publicado en 1916, y el cual responde verdaderamente a las necesidades del pueblo. El Código brasileño comprende una introducción, una parte general que como el primer proyecto trata de las personas, de las cosas y de los hechos jurídicos y una parte especial dividida en cuatro libros: derechos de familia, derechos de cosas, derechos de obligaciones y derechos de sucesiones. La parte general, sobre todo, está influida por la técnica jurídica alemana del código de 1900, conservando, sin embargo, los trazos característicos de la legislación y de la doctrina brasileñas. La influencia extranjera se observa en la distribución de la materia y en ciertos puntos particulares; las diferencias, a su vez, son importantes; la parte general contiene menos que la parte correspondiente del código alemán, pero su clasificación de las cosas es más extensa. Es característica la parte relativa a los derechos de familia, porque lleva el sello del derecho nacional. El libro segundo sobre los derechos de

cosas empieza con la posesión, inspirada en la doctrina de Ihering, sin seguirlo ciegamente. En lo que respecta a la propiedad se ha evitado un excesivo individualismo, sin caer en la audacia del sistema socialista y el código se atiene al principio romano de la transmisión de la propiedad con la tradición para los muebles y la inscripción para los inmuebles. El libro tercero sobre las obligaciones sigue el sistema usual romano y el libro cuarto sobre las sucesiones se atiene a las principales legislaciones de los países latinos.

De todos los códigos civiles es el menos extenso, contando sólo 1807 artículos frente a 2281 el francés, 2147 el italiano, 2538 el portugués, 1976 el español, 2385 el alemán y 1857 el suizo, comprendido también el de obligaciones.

El código tiene carácter sintético con expresiones claras, sin excesiva terminología técnica.

Trata de fundir las diversas corrientes jurídicas que han contribuido a formarlo, la tradición basada sobre el derecho romano, el derecho portugués, el código francés y la doctrina relativa, el

código español, el italiano, el argentino, el de Zurich y las modernas legislaciones alemana y suiza.

d) CODIGOS DE ESTADOS ORIENTALES
DE MODERNA CIVILIZACION

d) Un trabajo comparativo de este género no sólo entre los códigos occidentales, sino también entre éstos y la civilización oriental ha sido hecho con motivo de la redacción del código del Japón, fundamentalmente basado en el derecho romano.¹³⁷

§ 1. *Código Civil Japonés*

§ 1. Japón. Con la restauración del poder imperial en 1867, fué emprendida inmediatamente la nueva codificación; interesaba ante todo al país, que se asomaba a la vida política internacional, emanciparse de los privilegios jurisdiccionales concedidos a las potencias occidentales. La mayor ela-

137. BECHER, *Annotated civil code of Japon*, London, 1909.

boración fué dedicada al código civil que debía sustituir a la masa de usos locales y adaptar el lenguaje jurídico a concepciones que hasta entonces habían permanecido extrañas a él.¹³⁸

Fracasado el primer intento de llegar a un proyecto, se formó en 1880 una nueva comisión presidida por el francés Boissonade, de la Facultad de París, la cual logró llegar hasta la promulgación de su proyecto en 1889. Pero después por el voto de la Cámara, confirmado por el emperador, fué suspendida. Reemprendidas de nuevo las labores en 1893 fué confiado este cometido a una subcomisión presidida por un eminente jurista nacional, el Prof. Hozumi de la Universidad de Tokio, y de la que formaban parte sus colegas de Universidad Oumé y Tomiti.

Boissonade había dejado la parte relativa a las personas y a las sucesiones a juristas nacionales, para que ellos elaborasen la materia que necesariamente había de ser influenciada por las características étnicas locales. El se había atendido principalmente a su codificación nacional, la francesa. Con la nueva

138. El código de comercio de 1899 fué revisado en 1911.

comisión se reunieron todas las tendencias ya que siendo miembros nacionales, unos estaban embebi-dos, como el presidente, de cultura inglesa, los otros de cultura francesa. Fueron examinados los docu-mentos legislativos del Japón y de varios países occidentales, de tal modo que no obstante haber tomado como modelo el código civil alemán, afloran en el código japonés principios nacionales y extranjeros, acumulándose entre éstos normas de los dos diversos sistemas occidentales; por esto mismo todavía en el ambiente jurídico del Japón es sentida la necesidad de cultivar una y otra fuente del código y ambas son objeto de estudio obligatorio en la Universidad.

Tiene cinco libros, atinentes, el primero a las disposiciones generales, el segundo a los derechos reales, el tercero a las obligaciones, el cuarto a los derechos de familia y el quinto a las sucesiones. Los tres primeros fueron promulgados en 1896 y los dos últimos en 1898.¹³⁹

139. HOZUMI, *The new japanese civil code as material for the study of comparative jurisprudence*, Tokio, 1904, 2ª ed. francesa del C. C. de Motono y Tomiti. El código de comercio es de 1899, revisado en 1911.

§ 2. *Código Civil Chino*

§ 2. China. A unos treinta años de distancia se manifiesta en este país la misma tendencia que había aparecido en el Japón, o sea la de conseguir una legislación que responda a las exigencias creadas por la penetración en el país de actividades económicas extranjeras y de instituciones fundadas sobre los principios de derecho occidental.

Fué en 1902 cuando un grupo de funcionarios, persuadidos de la excesiva vejez del originario monumento legislativo que hasta entonces había recogido todas las normas de derecho nacional en un concepto particular de derecho natural, pidió al emperador una fundamental transformación de las leyes.

Nombrada la correspondiente comisión, ésta hubo de buscar en el derecho extranjero la nueva orientación más adecuada a las nuevas condiciones sociales: el modelo pudo encontrarse en un ambiente bastante conforme por tradición y lenguaje, en el Japón, que hacía poco tiempo había proveí-

do a su propia reforma, inspirándose preferentemente en los principios del código alemán. Entre 1911 y 1916 fué redactado un proyecto completo de código civil.

Después de la proclamación de la República a fines de 1911, el proyecto fué de nuevo sometido al estudio de una comisión presidida por el jurisconsulto chino Dr. Wang, representante de China en el Tribunal Permanente de La Haya y después de muchos años fué presentado un segundo proyecto. Los nuevos acontecimientos políticos que abattieron al gobierno de Pekín y crearon el gobierno nacional de Nankín hicieron desaparecer la comisión encargada y encomendaron la reforma al adecuado órgano legislativo del gobierno.

Por medio de especiales comisiones, pudo éste concluir muy rápidamente un nuevo proyecto sobre principios generales que entró en vigor el 23 de mayo de 1929, seguido de otro sobre las obligaciones y los derechos reales, de 5 de mayo de 1930, y otro sobre la familia y las sucesiones, el 5 de mayo de 1931.

La estructura general del proyecto de 1925 fué conservada, pero con notables modificaciones en su contenido. De un lado, se quiso dejar campo mayor a la tradición respetando los usos locales de varia extensión territorial y fueron abolidas las disposiciones llamadas interpretativas, generalmente adoptadas para suplir el silencio de las partes; de otro lado, se realizó una adaptación a las necesidades de la China en vía de renovación de cuanto se haya producido mejor por la ciencia jurídica occidental. Siguiendo el ejemplo del código japonés y del alemán se ha recogido de las más recientes codificaciones mundiales, de acuerdo con la concepción moderna, el principio de la sumisión de los intereses del individuo a aquellos superiores de la nación.

El código aspira de este modo, en materia de obligaciones, a proteger enérgicamente al deudor desgraciado, dando facultades al juez, en caso de daños producidos por culpa leve, para reducir la cifra a liquidar, cuando la reparación íntegra hubiese de afectar gravemente al demandado en sus medios de subsistencia y para anular los contratos en

que una parte aprovechándose de la inexperiencia, de la necesidad o de la situación difícil de la otra, se procure ventajas desproporcionadas a la prestación propia.

A diferencia del proyecto primitivo el actual código se inspira acentuadamente en las legislaciones extranjeras también en la parte en que, por lo general, se guardan más celosamente las normas de derecho nacional, como son las de familia y sucesión; respecto de las cuales, sin embargo, el partido en el poder ha querido innovar sus fundamentos.¹⁴⁰

B) EL DERECHO COMUN INGLES (COMMON LAW)

B) *Derecho común inglés* (common law). El derecho privado del mundo anglosajón actual es el resultado de una serie ininterrumpida de usos y tradiciones que remontan a muchos siglos atrás.

140. *Code civil de la republique de Chine*, trad. Tchong-Chan, Paris, 1930-31. J. ESCARRA, *Droit chinois comparée*, en *Acta Accademiae*, op. cit., y *Codification contemporaine du droit chinois*, en *Bull. Soc. Leg. Comp.*, Paris, 1930.

Y si no se puede retroceder propiamente hasta los primeros pobladores de la isla británica, se puede, en cambio, afirmar que la gran variedad de preceptos jurídicos observados en aquellos tiempos, no han impedido que exista una cierta continuidad de tradición. De tal suerte que si un verdadero derecho inglés no se presenta hasta la conquista normanda en 1066, las raíces de éste se adentran en aquel período oscuro que sigue a la primera rudimentaria civilización anglo-sajona en la isla, de la cual, por cierto, no puede hacerse abstracción en nuestro estudio.¹⁴¹

Se trata de numerosas invasiones que sucediéndose las unas a las otras con breves intervalos, substituyen de cada vez un conjunto jurídico por otro, quitándose así recíprocamente toda influencia directa sobre el sucesivo desenvolvimiento de las normas, pero sin impedir, sin embargo, que algunas de las precedentes sobrevivieran para fundirse con las demás.

141. Nuestro artículo en *Enciclopedia italiana: Gran Bretagna e Inghilterra*.

La conquista normanda señala el momento de la recepción por Inglaterra, de parte del conquistador, de las normas extraídas de la época anterior a él y de la fusión de éstas con algunos principios importados por el pueblo invasor.¹⁴² Solamente entonces la vida jurídica nacional en Inglaterra adquiere el mérito que de siempre le es reconocido y envidiado, el de la continuidad, que se manifiesta en la supervivencia vital del propio elemento medioeval, a tal punto, que en Inglaterra todavía los cuerpos juzgadores han debido continuar teniéndolo en cuenta para hacer justicia, así como los escritores tienen aún que referirse a aquellos tiempos, tan pasados, para exponer de modo claro el derecho moderno. En Inglaterra al hacer investigación sobre el primitivo derecho sajón o sobre el derecho posterior a la conquista normanda, de los siglos XII o XIII, no se hace sólo historia, sino también derecho actual.

Obras de historia del derecho que terminan apenas con el reinado de Eduardo I (1272-1307)

142. BRUNNER, *The sources of english law*, en *Select essays in anglo-american legal history*, Cambridge, 1908, 11, p. 8.

como aquella ahora clásica, de Pollock y Maitland,¹⁴³ no están privadas de fines prácticos: basta reconocer el ejemplo adoptado por aquel que demandado en juicio de resarcimiento de daños por homicidio, pudo desarmar al adversario invocando el arcaico medio de prueba del duelo judicial; el demandante impresionado de tener que batirse con quien parecía práctico en el manejo de las armas, renunció a comparecer y de ello derivó la absolución del demandado. Se necesitó una ley para abolir la norma en cuestión. Esto sucedía en 1819: la cultura histórico-jurídica del defensor había salvado al cliente.^{143a}

De los tiempos más antiguos hasta hoy no se ha realizado en Inglaterra ningún cambio fundamen-

143. A esta obra meritoria sigue la importante de HOLDSWORTH, *A history of english law*, 9 vol., London, 4^a ed., 1936-1938; breve exposición, pero sin embargo de valor, la de JENKS, *A short history of english law*, *op. cit.* Notables contribuciones en *Select essays*, *cit.*, y las dos obras sobre las fuentes de HOLDSWORTH, *The chief sources of english legal history*, *op. cit.*, y de WINFIELD, *Sources and literature of english law*, *op. cit.*

143^a. BAR. G. E. LEVI, *Il duello giurizionario*, 1932, *Bibliografía inglesa*, p. 302.

tal en su sistema de derecho, no obstante haberse sucedido, en distintos períodos, varios pueblos en la isla, que introdujeron sus correspondientes usos, incorporándolos a otros precedentemente establecidos, dando vida así a un conjunto de normas que era el resultado de aquellas comprobadas como las mejores durante las sucesivas dominaciones.

Siguiendo rápidamente las invasiones desde la primera aparición de los celtas y el predominio de los sajones hasta fines del año 400, se observa que sobre el territorio abandonado por las legiones romanas,¹⁴⁴ arraigaron los usos que recogidos sucesivamente por el rey Aethelbert, hacia el año 680 en las leyes kentinas, por Hlothar y Eadric en 680 y por Withred recogidas definitivamente a fines del 800 en las capitulares del rey Alfredo, constituyeron las bases del derecho común inglés, que no sufrió ninguna innovación en todo el siglo x y parte del siglo xi con las pocas leyes de los varios reyes que se sucedieron.

La invasión danesa hizo caer en desuso, temporalmente, entre 1017 y 1042, aquellas primeras co-

144. HOLMES, *Ancient Britain*, *op. cit.*

lecciones legislativas en algunas provincias, donde fueron puestas en vigor las leyes del rey Cnut. Pero esto no llegó a anular el derecho sajón ya existente, el cual, desenvolviéndose junto al derecho danés y constituyendo con éste y con antiguos principios drúidicos tres ramas diversas, según el predominio de uno u otro de estos elementos en las diversas regiones de la isla, fué de nuevo unificado por Eduardo el confesor (1042-1066) y extendido a todo el reino en una colección análoga a aquella primitiva de Alfredo que hizo atribuir a dicho soberano el título de *Legum anglicanarum restitutor*, análogamente al título de *Legum anglicanarum conditor*, atribuído a Alfredo. Durante siglos estas leyes, *dooms*, permanecieron en forma manuscrita, hasta que en el siglo xvi se inició su publicación, la primera por obra de William Lambard con la *Archainomia* de 1568, seguida de algunas otras, todas ellas superadas por la edición de Liebermann.¹⁴⁵

No existe ningún libro doctrinal de la época. Estas leyes sajonas que corren con el nombre de

145. *Die Gesetze der Angelsachsen*, Halle, 1903-16.

Eduardo el confesor, se impusieron a todos los soberanos sucesivos, quienes se sintieron en el deber de confirmarlas en el acto de subir al trono. Entre ellos, el mismo conquistador en 1066 y después sus sucesores Guillermo Rufus y Enrique I (1100-33) no sólo conservaron las colecciones hechas, sino que ordenaron las de leyes de los reyes sajones, siendo de notar el *Quadripartitus*, las *Leges Henrici*, las *Leges Wilhelmi*. La primera,¹⁴⁶ entre estas colecciones, contiene en el primer libro la versión latina de las antiguas leyes, en el segundo la copia de documentos de tiempos de Enrique I, inclusive la carta de coronación del rey en 1110. La obra titulada *Leges Henrici*¹⁴⁷ escrita en latín, atribuída al 1118, comienza con la carta de coronación que cie-

146. Redactada entre 1113 y 1118, autor desconocido; editada por Liebermann en 1892 y después incorporada en *Gesetze der Angelsachsen*, *op. cit.*, I, p. 529-46; véase POLLOCK and MAITLAND, *History*, *op. cit.*, I, p. 98; BRUNNER, *loc. cit.*, II, p. 15.

147. *Leges Henrici Primi*, editadas en *Gesetze*, *op. cit.*, I, 547-611. La mayor parte de la obra nada tiene que ver con Enrique I, salvo su carta de coronación. Parece ser del mismo autor de *Quadripartitus*. POLLOCK and MAITLAND, *History*, *op. cit.*, I, p. 98; BRUNNER, *loc. cit.*, II, p. 15.

rra la obra precedente; trata en 94 capítulos no sólo de dar a conocer el derecho tal cual era en tiempos de Eduardo I, sino que quiere adaptarlo a los principios vigentes bajo el conquistador y sus sucesores. Para el derecho anglosajón el autor se vale preferentemente del código de Cnut. No olvidó el breviario alariciano, la *Lex Salica* y la ripuaria. La obra es importante para el estudio del período histórico del derecho inglés vigente en la época de la conquista normanda. Constituye el primer intento de escribir un tratado jurídico que no fuese de derecho romano ni canónico. Las *Leges Wilhelmi*¹⁴⁸ es una colección de leyes antiguas, debida a la iniciativa privada, con preferencia las de Cnut, escrita en francés y latín por lo que mereció el título de código bilingüe. Análoga a ésta es otra obra que lleva el título de *Leges Eduardi confesso-*

148. *Leis Williame*, editada por Liebermann, en *Gesetze*, *op. cit.*, I, p. 492-520. Compilada probablemente entre el 1100 y 1120, de autor desconocido; contiene normas del tiempo del rey normando, fragmentos del Digesto y la traducción del Código de Cnut. POLLOCK and MAITLAND, *op. cit.*, I, p. 101.

ris, que contiene las reglas jurídicas vigentes en el tiempo del confesor.¹⁴⁹

Y es de notar a propósito de este largo período de seis siglos que marca los albores del derecho inglés, la completa independencia de los habitantes de la Britania con respecto a la magistral elaboración jurídica ya cumplida por los romanos; lo que tuvo por consecuencia la persistencia del carácter bárbaro en las leyes anglosajonas, cuya independencia, a través de su gradual formación autónoma,

149. Todas estas fuentes están editadas por Liebermann y reportadas fragmentariamente en Stubbs, *Select Charters*, al cuidado de DAVIS, 9ª ed., Oxford, 1913.

Todas estas fuentes se conservaron manuscritas hasta el siglo XVI en que fueron editadas, por primera vez, por W. Lambart en la *Archainomia*, en 1568; vueltas a publicar con la ayuda de A. Whelock en Cambridge en 1644, por Wilkins en 1721, reimpresas por Canciani, *Leges Barbarorum*, en Venetiis, 1784-92. Ed. con trad. inglesa R. Price y B. Thorpe en 1840, seguida por REINHOLD, *Die Gesetze der Angelsachsen*, Leipzig, 1858, y últimamente por Liebermann, Halle, 1903-16.

Le Leges Eduardi confessoris, editadas por Liebermann, *loc. cit.*, p. 62-72, escritas en latín entre 1130 y 1135; autor probablemente de origen francés, trae noticias de las disposiciones de los jurados anglosajones. La obra fué apreciada más de lo debido. POLLOCK and MAITLAND, *op. cit.*, I, p. 101-2.

siguió manifestándose en los varios estadios de la civilización inglesa.¹⁵⁰

Antes de que fuese escrito el primer código anglosajón ya Justiniano había llevado a término su obra monumental, el *Corpus iuris*, y los mismos germanos en el continente habían compilado la *Lex Salica*.

Al instaurarse un derecho nacional más adelantado en Inglaterra bajo los normandos, se produjo en la isla una modesta actividad legislativa que para nada resintió el florecimiento y la expansión del derecho romano en occidente, que se manifiesta en el siglo XII con la adopción de la colección justiniana, del *Corpus iuris*, en las escuelas jurídicas italianas, de donde pasó a los más famosos centros de estudio de Francia y aun de la misma Inglaterra.¹⁵¹ Mientras que la nueva doctrina era enteramente adoptada en los varios Estados del nuevo

150. Las temporales influencias romanas e italianas no alteraron las relaciones originarias entre los dos sistemas de derecho. Véase ORTONA, *loc. cit.*

151. RASHDALL, *The universities of Europe in the middle age*, Oxford, 1895, II, p. 338.

imperio romano de occidente, ella no penetraba, en cambio, entre las reglas del derecho inglés, limitando su influencia al elemento formal de la distribución de materias y al de la terminología. A ulteriores recepciones del derecho romano siempre se opusieron en Inglaterra los soberanos y el pueblo, ambos custodios celosos del propio derecho nacional. En el período correspondiente a los fulgores del Renacimiento italiano, desde principios del siglo XII hasta fines del siglo XV, se desenvuelve y se afirma del modo más solemne el derecho inglés; adquiere éste su pleno reconocimiento con el mismo primer conquistador y estabilidad total bajo el reinado de Enrique I, en 1100, durante el cual se destaca el *Concilium* de la Curia Regis, transformada después en la actual corte de justicia. Con Enrique II, entre 1154 y 1189, fueron en gran parte definidos los confines entre la materia de los tribunales eclesiásticos y la de los tribunales regios; éstos, situados en grandioso edificio de Londres, en contacto con las principales corrientes intelectuales de Europa, dan continuo desarrollo al derecho común para toda Inglaterra, por medio de sus jue-

ces, investidos a un tiempo de función jurisdiccional y de aquella cuasi legislativa, al determinar en cada caso la norma aplicable y al establecer, consiguientemente, la misma norma que ha de regular los casos idénticos en el porvenir.¹⁵²

152. Vivo conflicto existe entre los sostenedores y opositores del derecho revelado encabezados respectivamente por BLACKSTONE y BENTHAM. El primero expone en *Commentaries on english law*, íntegramente publicados en 1797 (18 ed., London, 1829), el derecho inglés extraído como tal de los principios preexistentes revelados por el juez en cada caso.

BENTHAM, no persuadido de la enseñanza que había recibido en los bancos de la escuela, escribió una dura crítica, terminada diez años después, en 1771, *A comment on the commentaries*, que quedó manuscrita hasta estos tiempos (Oxford, 1928), dando origen a otro escrito más conocido, entresacado de la obra mayor *A fragment on Governement*, Oxford, 1891, DILLON, *The influence of Bentham*, en *Select essays, op. cit.*, I, p. 492.

Para BENTHAM el derecho es la expresa voluntad de quien tiene el poder de castigar al que no se conforma, y si un uso es obligatorio lo es porque un juez ha expresado la intención de castigar a quien no lo cumpla. En este anuncio no existe la declaración de una ley ya existente, sino un nuevo cuerpo de leyes emanado del juez en función de legislador, en oposición del concepto de BLACKSTONE, según el cual, el juez da efecto a la voluntad divina contenida en la ley revelada y admitida por la razón en el derecho natural o simplemente a la voluntad del pueblo contenida en el uso inmemorial. Este desacuerdo

A poca cosa se reduce la legislación de los primeros reyes normandos, que esencialmente se cuidaron de procurar la pacificación entre eclesiásticos y laicos y entre elementos ingleses y normandos, así como en dar precisas reglas procesales para la aplicación de las pocas normas importadas del reino franco de Normandía, fundidas éstas con el conjunto del derecho inglés, de modo casi perfecto, para no revelar en ninguna institución norma alguna que no fuese de carácter nacional, lo que se conseguía también por la analogía que en aquellos tiempos presentaban las capitulaciones francas con las viejas leyes sajonas, *dooms*. El mérito de esta fusión corresponde en su mayor parte a Lan-

entre los dos pensadores formaba parte de aquel ya existente entre las dos escuelas, respectivamente conocidas con el nombre de *histórica*, la de BLACKSTONE, y de *analítica*, la de BENTHAM (véase *Comment, op. cit.*, p. 15).

Las dos corrientes perduran en la serie de obras de "jurisprudence" sobre principios generales de derecho: secuaces de la escuela de BENTHAM, con AUSTIN, son SHELDON, AMOS, HOLLAND, y de la escuela histórica: SUMMER, MAINE, POLLOCK; contemporizan las dos tendencias: LIGHTWOOD y CLARCK; de carácter comparativo: MARBY, RATTIGAN, SALMOND, GOADBY.

franco de Pavia, quien nombrado obispo de Canterbury fué cerca del conquistador su autorizado consultor jurídico.¹⁵³

No faltó en Inglaterra la adopción del derecho canónico, extendido a toda Europa desde 1138 e importado allí por los eclesiásticos para regular algunas relaciones fundamentales como el matrimonio y las sucesiones, pero sin hacer más presa sobre el derecho inglés y limitando su aplicación, al par que el derecho romano, entre los clérigos.

La carta fundamental del reino, la *Magna Charta* que data en su primera forma de 1215 y es considerada en su edición de 1225, en el orden cronológico, como el primer texto entre las leyes inglesas vigentes, sanciona las normas afirmadas por el primer rey, y, después de haber confirmado la esta-

153. LANFRANCO, ya docto en derecho longobardo y en derecho romano, se hizo erudito en el derecho normando por su estancia en Normandía, y por último, también, en derecho inglés, una vez establecido en su nueva sede el séquito del soberano. En relación con la escuela de PAVIA, V. CICCAGLIONE, *Man. di storia del D.*, I, p. 191; SOLMI, en *Contributi alla storia dell'Un. di Pavia*, Pavia, 1925. HAZELTINE, en *Cambridge legal essays, op. cit.*, p. 142; HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 23, y *A History, op. cit.*, II, 113-122.

bilidad del cuerpo judicial, manda que cada cual sea juzgado *per iudicium parium aut per legem terrae*, afirmando así la competencia general de la Corte Suprema de Londres para juzgar según el derecho nacional.¹⁵⁴ El rey Stephen, sucesor de Enrique I, llegó a dictar una proclama para prohibir la aplicación del derecho de nueva importación italiana; por retorsión el pontífice Inocencio IV prohibió a los clérigos la lectura del derecho local con pretexto de que estaba fundado no sobre constituciones imperiales, sino sobre usos seculares; provocándose así un dualismo entre los cultivadores del derecho en Inglaterra, sin que por ello viniera a sufrir nada el desenvolvimiento del derecho; ro-

154. La *Magna Carta* es el máximo documento legal de Inglaterra que sin crear nuevo derecho, pero garantizando la observancia por parte de todos del que ya existía, asegura la libertad, instaurando el reino de la ley. Formulado por los barones el 15 de junio de 1214, fué aceptado por el rey Juan sin tierra y 25 barones garantizaron su observancia. La fórmula de aceptación fué: *ista sunt capitula quae barones petunt et dominus rex-concedit*. BLACKSTONE, *Magna Carta*, London, 1759, y modernamente, MAC KECHNIE, *Magna Carta*, Glasgow, 1905. Véase la noticia dada por nosotros en *Enciclopedia italiana*, en la voz *Magna Carta*.

manistas y canonistas en las Universidades de Oxford y de Cambridge, instituídas ya con las actuales ordenanzas y regidas hasta la reforma bajo la influencia del pasado, lanzaron al ostracismo al derecho común inglés en aquellos dos severos centros de estudios donde después había de encontrar su más bella elaboración; y los especialistas cultivadores del derecho nacional que lo venían invocando ordinariamente ante los tribunales de justicia, fundaron en Londres, en las proximidades del Tribunal mismo, una especial escuela atinente a la práctica y por consiguiente al derecho inglés, para proveer de los conocimientos necesarios a los jóvenes llamados a la profesión legal. Merced a su iniciativa y a la obra sapiente de los jueces en su cotidiana tarea de aplicación, el derecho inglés se fué elaborando al punto de marcar en los tiempos de Ricardo I, Corazón de León (1189-99), la edad de oro de la jurisprudencia, que se prolonga a todo el reinado de Enrique III (1216-72) y adquiere pleno desenvolvimiento a fines del mismo siglo bajo los auspicios del rey Eduardo I, llamado mercedamente el Justiniano inglés por su obra de

legislador llevada a cabo con la cooperación del Parlamento, que de asamblea de varones feudales habíase convertido en reuniones de las tres clases: clero, nobleza y ciudadanos comunes, hasta dividirse, netamente, en cámara de lores y cámara de comunes.

No sin razón hemos aludido a la obra de los jueces; este cuerpo, cuidadosamente escogido desde sus orígenes y rodeado de todos los cuidados por parte de los gobiernos que se han sucedido a lo largo del tiempo en Inglaterra, tuvo el difícil cometido de revelar en cada caso la existencia de determinados usos nacionales, con la consecuencia de imponer el subsiguiente reconocimiento de los mismos para todo caso análogo, creando así, con los precedentes, el cuerpo robusto del derecho inglés. Sus principales decisiones, en los más variados campos jurídicos, fueron recogidas en numerosas colecciones que datan de 1292, bajo Eduardo I, y no sólo valieron para coordinar la obra de las varias generaciones entre sí, sino que constituyeron la substancia vital de todos los tratados jurídicos

de su país, en reglas escritas por los mismos miembros del Tribunal.¹⁵⁵

Sin detenernos en el famoso *Dialogus de scaccario*, en el cual Richard Fitz Niel describía minuciosamente, en 1177, el modo de funcionar la administración del tesoro, en la que tuvo origen la *Curia regis*,¹⁵⁶ debemos tomar en consideración dos obras fundamentales, las cuales, junto a otras de secundaria importancia, y con la jurisprudencia contenida en los "yearbooks" y el material legislativo, valen para dar toda noticia sobre derecho común inglés en el período que va desde la conquista de 1066 a todo el reinado de Eduardo I cerrado en 1307, cuyo período es considerado como la primera edad de oro del derecho inglés.

155. DE FRANCISCI, *Storia, op. cit.*, p. 22, "studiando il diritto inglese si vedrà ancora come la materia del diritto ha potuto esser elaborata e approfondita e ordinata, prescindendo, come ne prescindevano i romani, dalla astrazioni di quel l'Allgemeinen Theile così caro ai pandettiste e ai moderni".

156. El *Dialogus de scaccario* contempla la administración de la justicia desde el punto de vista financiero, y para esto penetra en muchas instituciones jurídicas. Véase la edición Hughes, Oxford, 1902. Véase, HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 25; WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. i, 116.

Ranulf de Glanvill,¹⁵⁷ nombrado jefe de justicia (*justiciar*) en 1180 por Enrique II, ya se había distinguido notablemente como gran jurista en el ejercicio de su actividad jurisdiccional, cuando se decidió a escribir, con la probable colaboración de su sobrino Hubert Walter, el *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae*, como guía de la curia en la Administración de justicia, exponiendo los casos que comúnmente podrían presentarse a su juicio. Si en una primera ojeada el libro puede aparecer informado por la compilación justiniana, un examen más atento revela toda su independencia a cualquier influjo extraño al derecho nacional. Solamente el prefacio y la introducción imitan al prefacio a las instituciones de Justiniano, y si algunos capítulos examinan ciertas instituciones de derecho romano, es únicamente para rechazarlas. La primera publicación del manuscrito es de 1554; fué seguida de otras y en tiem-

157. GLANVILL, *De legibus et consuetudinibus regni Angliae*, ed. Woodbine, Yale Univ. press, New Haven, 1932; HOLDSWORTH, *Sources*, op. cit., p. 25; WINFIELD, *The chief sources*, op. cit., p. 256; HOLDSWORTH, op. cit., II, p. 188-92.

pos bastante más recientes de una traducción inglesa.

También de un autorizado miembro de la Corte es el segundo trabajo considerado clásico por la doctrina inglesa; es otro *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae*, de Henry of Bratton, comúnmente llamado Bracton,¹⁵⁸ consejero del rey hasta 1248, profundo conocedor del derecho inglés, tal como éste había venido desarrollándose en sabias discusiones ante la Corte en tiempos próximos a los suyos, así como del derecho romano estudiado según las enseñanzas de Azon, con cuya obra tiene analogía la de aquél. En su tratado, Bracton se propone estudiar, sobre la base de un gran número de sentencias de los jueces más cultos, entre sus predecesores, *qualita et quo ordine lites et placita*

158. BRACON, *Tractatus de legibus et consuetudinibus Angliae*, se propone enseñar *qualita et quo ordine et placita decidantur secundum leges et consuetudines anglicanas*. Fué publicado en 1569, pero la buena edición es la de Woodbine, *Yale Univ. press*, New Haven, 1915-22. Un examen comparativo con la obra de AZON fué hecho por MAITLAND, en *Selden Soc.*, London, VIII, 1895.

HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 25; WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 258.

decidantur secundum leges e consuetudines anglicanas. Ha sido discutido en relación a él si ejerció influencia y cuánta el conocimiento del derecho romano, pero la crítica reciente excluye que él hubiera intentado romanizar el derecho. Su tratado es un derecho inglés encuadrado en el sistema romano, provisto de muchos términos romanos y completado, en las lagunas que entonces presentaba el derecho inglés, con las disposiciones del derecho romano que no estuvieran en contradicción con aquél. Toda duda sobre las fuentes de este trabajo desaparece con la moderna descubierta del manuscrito conocido con el nombre de *Bracton's Note book*, que contiene la exposición de numerosas controversias por él examinadas en la jurisprudencia local. Fué su intención redactar un tratado entero, pero no pudo llevar la obra a término; estudia las personas, las cosas, las donaciones, las acciones y obligaciones y termina con un análisis minucioso de las reglas de procedimiento, que en aquel tiempo valían tanto para el desarrollo del derecho substancial. Este tratado vino a ser inmediatamente libro de texto y así quedó por más de un siglo,

ejerciendo después grandísima influencia sobre los sucesivos escritores y siendo reconocido hasta los tiempos modernos como el más grande trabajo jurídico medioeval inglés. Después del apogeo alcanzado con esta obra por la doctrina inglesa, sucede en Inglaterra el mismo fenómeno que aconteció en Italia después de la obra de Azon: con el declinar de los glosadores de la segunda mitad del siglo XIII corresponde la modesta obra de los escritores inmediatamente posteriores a Bracton entre los cuales apenas si se recuerdan dos que en 1290 no se elevan más allá de una mala imitación del tratado clásico. Con el nombre de Fleta¹⁵⁹ existe una desgraciada reelaboración de aquél, igualmente escrita en latín, conteniendo extractos de algunos tratadillos populares de la época, atribuído a un detenido en la prisión de Fleet; muy poco superior es el libro que aparece con el nombre de Britton, de John el Bretón,¹⁶⁰ juez y obispo de He-

159. FLETA, *Seu commentarius juris anglicani*, editada en 1647. HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 32; WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 262.

160. BRITTON, fué publicado en 1630.

reford, que tiene el solo mérito de haber ayudado a la práctica exponiendo las ideas de Bracton en lengua francesa. Los dos volúmenes fueron impresos por primera vez en el siglo XVII.

A la decadencia de la doctrina correspondió una menor producción del cuerpo judicial que ya tenía creado con sus precedentes un sistema rígido de derecho en el cual, a menudo, las cuestiones no encontraban solución. Eduardo I no fué sordo a las numerosas peticiones que recibía para la concesión de algún medio extraordinario de protección para tantas demandas que no encontraban apoyo en los tribunales de derecho común. Gradualmente fué confiando al propio canciller la delicada función de juzgar estos casos no resueltos en los tribunales comunes: a los albores y a la madurez del derecho privado inglés seguía también el período de su expansión, por obra de la Chancery, la corte del canciller. Del cuerpo de derecho adoptado por el canciller pocas noticias tenemos por la falta de actas de audiencia semejantes a aquellas redactadas en las cortes comunes del tiempo de Eduardo I, pero esta misma circunstancia demuestra que los

cancilleres no estaban obligados a seguir los precedentes, cada uno seguía su propio concepto de lo justo y de lo injusto, con una *equity* análoga a la *aequitas* del *Praetor* romano, con el fin específico de hacer de manera que en todo caso fuese dictada justicia: diversa era, sin embargo, la autoridad de estos dos jueces.¹⁶¹ El *Praetor* administraba justicia según su propio edicto o según el derecho civil, podía introducir directamente las innovaciones que le pareciese, mientras que el canciller inglés quedaba sujeto a los tribunales comunes, los cuales estaban investidos de poder para anular las acciones concedidas por la jurisdicción concurrente, cuando las estimaran en pugna con el derecho por ellos administrado. Con el tiempo las normas de equidad se hicieron más constantes y vinieron a su vez a obligar al canciller a estar a los precedentes, de

161. DE FRANCISCI, *Storia*, *op. cit.*, I, 21; PACCHIONI, *Elementi di Dir. civile*, 3ª ed.; para una comparación hecha por un jurista inglés: BUCKLAND, *Equity in roman law*, London, 1911; F. CLARCK, *Practical jurisprudence*, Cambridge, 1883; G. HANBURY, *La position actuelle de l'équité dans le système juridique de l'Angleterre*, en *Bull. Soc. Leg. Comp.*, Paris, 1929, p. 435. PACCHIONI, *Trattato*, *op. cit.*, I, p. 58.

manera análoga a como sucedía con la jurisprudencia de los tribunales de derecho común, dando vida así a un conjunto de principios que vino a completar el derecho común ya existente y alguna vez a contrastar con él, siendo recogidos después en volúmenes "books of entries" que se correspondían en forma más ágil y sencilla a las colecciones de los "yearbooks" del derecho común.¹⁶² Estos dos cuerpos de derecho, con vicisitudes diversas, continuaron durante siglos luchando entre sí por la respectiva superioridad y solamente con la moderna ley sobre el ordenamiento judicial, la *judicature act*, 1873-5, encontraron la paz, fundada en su fusión en un cuerpo de derecho que se aplica indiferentemente por las varias secciones de la Corte Suprema.

La misma fusión acaecida entre derecho común y equidad, se manifestó entre derecho común y derecho comercial, entre derecho común y derecho canónico. La absorción por parte de los tribunales de derecho común de estas jurisdicciones

162. De notable importancia son estas recopilaciones; se encuentran gradualmente reproducidas en las colecciones de la *Selden Soc.* de Londres, con notables introducciones. BOLLAND, *The yearbooks*, Cambridge, 21.

extraordinarias, les infundió todo vigor convirtiéndolas en ordinarias y aquellas pocas que quisieron reaccionar vinieron a caer para no levantarse.

El derecho comercial había hecho su aparición como un derecho particular para la clase de comerciantes nacionales o extranjeros, extraído de sus usos profesionales de carácter internacional. El cuerpo de leyes de derecho marítimo acogido en Inglaterra y fundido en seguida, a principios del siglo xv, en el *Black book of the admiralty* (el libro negro), estaba constituido por los juicios de Oleron observados en los puertos del Atlántico y del Mar del Norte, mientras que en los puertos del Mediterráneo regía el *Consulado del mar*, de origen catalán, después traducido en italiano y francés, y en el Báltico eran observadas dos compilaciones legislativas, la de Lubek y la de Wisby.¹⁶³

Análogamente sucedía para el derecho mercantil terrestre con la formación de varias compilaciones de leyes entre las cuales prevalecieron aquellas

163. Sobre el derecho comercial marítimo: PARDESSUS, *Collection de lois maritimes au XVIII siècle* (Droit maritime de l'Angleterre), iv, p. 189-220, Paris, 1837.

de la misma localidad donde existían colecciones de derecho marítimo, el *White book* de Londres y el *Red book* de Bristol.¹⁶⁴

El derecho marítimo y el comercial terrestre se desarrollaron casi siempre en un ambiente homogéneo con el carácter de *jus gentium*, para aplicarse a una clase especial, ligada por vínculos comunes de intereses, en tribunales extraños a aquellos del derecho común nacional.

Fué el almirantazgo el que por querer juzgar sobre las circunstancias sobrevenidas en la navegación, asume así en sus *Admiral's Court* la jurisdicción sobre el derecho mercantil marítimo; en las ciudades autorizadas para comerciar con extranjeros y para tener mercado, llamadas *Staple towns*, tribunales especiales llamados "of the Staple", juzgaban las controversias comerciales terrestres. Estos tribunales adquirieron su apogeo en el siglo xv y hubo de correr el tiempo para que este derecho de la *lex mercatoria* se transfor-

164. Sobre el derecho comercial terrestre, HOLSWORTH, *History*, cit., p. 209. *Select cases on the law merchant*, en *Selden Soc.*, *op. cit.*

mase en una especie de *jus gentium*, en una rama importante del derecho común nacional. Con la riqueza de escritores mercantiles que existían en Italia hacía contraste en Inglaterra la absoluta falta de cultivadores de esta rama de la ciencia jurídica y hay que llegar al siglo xvii para encontrar una obra notable en la materia, la *Lex mercatoria* de Malynes (1622), y exactamente al siglo xviii para consultar una jurisprudencia que haya dejado trazas notables para los tiempos futuros. Esta fué obra personal de William Murray, Lord Mansfield,¹⁶⁵ *chief justice*, presidente del tribunal de justicia en Inglaterra desde 1756 a 1788, apasionado cultivador de los mercantilistas italianos del siglo xvii y de los primeros del xviii, Mantica, De Luca, Scaccia, Ansaldo y Casaregis. En sus tiempos, de materia especial y admi-

165. A principios del siglo xvii los juristas ingleses trabajaron por la absorción del derecho comercial en el derecho común nacional; se valieron de las pruebas producidas en juicio sobre los usos mercantiles aplicables a cada caso particular: a éstos se ajustaron sobre todo los jueces, distinguiéndose tres de ellos que pueden ser considerados los fundadores del derecho mercantil inglés: COKE, HOLT, MANSFIELD, con preferencia este último. HOLDSWORTH, *Sources, op cit.*, p. 216.

nistrada por tribunales especiales, el derecho comercial, absorbido por el derecho común, pasó a ser administrado por los tribunales ordinarios, de los cuales el *Admiralty* vino a formar parte como sección competente para el derecho marítimo.

El derecho canónico, difundido para toda la cristiandad por Gregorio VII (1073-80) y por Inocencio III (1198-1216), se estableció como regulador de numerosas relaciones jurídicas, en su calidad de derecho común de la Iglesia. En Inglaterra, como en otras partes, la autoridad pontificia se había hecho sentir como centro de emanación de leyes y de su aplicación en el campo espiritual, pero al intento de ésta, de penetrar en el campo temporal, el soberano confirió a las propias cortes de justicia la potentísima arma de prohibir a los eclesiásticos pronunciarse en determinados casos, extendiendo así siempre el campo de la jurisdicción laica, defendida después mucho más por Eduardo VII al castigar a quien injustamente sustrajera controversias a la corte regia para pasarlas a otra autoridad, esto sin prohibir que algunas materias quedasen en el tribunal eclesiástico.

La misma suerte que tuvo el derecho comercial¹⁶⁶ sufrió gradualmente aquel derecho, bajo Enrique VIII a principios de 1500; el choque entre la autoridad real y la pontificia impidió el mantenimiento de la pacífica convivencia de los tribunales eclesiásticos junto a los tribunales laicos: con Eduardo VI el contraste se acentuó y el rey transformó sin más el derecho canónico de la Iglesia de Occidente en el regio derecho eclesiástico de la Iglesia de Inglaterra, de la cual el Parlamento lo reconoce supremo y único jefe. Así las controversias de orden espiritual fueron confiadas a la Iglesia anglicana; fuera de éstas, todas las demás pasaban a los tribunales de derecho común, donde siempre derecho comercial y derecho eclesiástico eran aplicados como ramas del derecho nacional. La cuestión tuvo su repercusión en la Universidad, donde la enseñanza canónica fué sustituida por la del derecho romano, vuelto a la gracia en lugar de aquél, enseñado en Oxford por John Story y en Cam-

166. MAITLAND, *Roman canon law in the Church of England*, London, 1898. Véase también GALANTE, en volumen en honor de CICCAGLIONE, Catania, 1909.

bridge por Thomas Smith,¹⁶⁷ siempre sin embargo a puros fines doctrinales y sin intención de cultivar su recepción en Inglaterra. La enseñanza del derecho nacional procedía brillantemente con fin doctrinal y práctico, de las órdenes forenses, las famosas *Inns of Courts*, que siempre desarrollaron ésta su preciosa actividad, junto a la enseñanza del derecho mismo, practicada también en las Universidades. El salvamento así logrado del derecho nacional, hizo encontrar un material bien elaborado en los escritores que en el siglo XV volvieron a emprender el estudio del derecho: notables entre estos son Fortescue¹⁶⁸ y Littleton,¹⁶⁹ el primero,

167. Sobre STORY y SMITH, véase atrás n. 29. Ambos fueron poco seguidos y sólo al fin del siglo XVI resurgió el estudio del derecho romano. HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 205.

168. FORTESCUE se distingue a fines de la Edad Media, cuya obra se compara con aquellas de GLANVILL, BRACTON, BRITTON, FLETA. Fué *chief justice* desde 1442 a 1460. Jurista y político al mismo tiempo, pudo sugerir útilmente reformas para el futuro. El *De Laudibus legum Angliae*, está escrito en forma de diálogo entre el príncipe Eduardo, hijo de Enrique VI, y el autor; para la instrucción del príncipe pone en comparación el ordenamiento político jurídico de Francia y de Inglaterra con elogio de ésta. Tiene analogía con este trabajo, la *Monarchia*, con predominio jurídico aquél y político en

por su *De Laudibus legum angliae*, junto con otros trabajos escritos entre 1442 y 1446 y el segundo, autor de un verdadero tratado de derecho inglés aparecido al fin de su vida, 1481, bajo el nombre de *New tenures* porque en él prevalece el estudio sobre el régimen de la propiedad inmueble. Está escrito en francés y traducido en inglés, impreso en texto bilingüe, en 1516. Famosa es la edición con el comentario de Coke,¹⁷⁰ escritor de mérito,

ésta. HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 134; WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 314.

169. LITTLETON fué juez desde 1466 a 1481; fué el primero en escribir un libro no en latín y sí en francés y sin influencia extranjera; se funda también en los precedentes, pero trata de extraer de ellos principios generales para construir una doctrina. Escribió su obra para instruir a su hijo y tuvo tanto éxito que acabó siendo texto escolar durante muchos años. Impreso en 1481, figura como el primer tratado de derecho inglés; en 1628 fué reeditado con comentarios de COKE, que lo presenta con expresiones de gran elogio. En estas *Institutes* resume todo el derecho inmobiliario de la época. HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 137. WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 314.

170. COKE llevó a cabo una obra de adaptación del derecho medioeval a su época. Fué *solicitor general* en 1592 y quedó en el orden judicial hasta 1614. Después se dió a la vida política y en ella logró la aprobación del *Petition of right* que refuerza la *Magna Charta*, en defensa de la libertad.

que añade notoriedad a la obra que él califica como "ornamento del derecho común, la más perfecta que haya existido en ciencia alguna".

El siglo XVII se hace notar por algún otro escritor valioso: basta recordar que Francisco Bacon,¹⁷¹ Presidente de la *Chancery* desde 1605 hasta 1625, dió a este tribunal el mayor desenvolvimiento, parando los golpes violentos que le venían de los tribunales de derecho común, apoyados por su presidente Lord Coke. Por influencia de Bacon se elaboró el derecho natural que sólo más tarde encontró reconocimiento en su propia patria. Sus obras filosóficas, literarias y jurídicas fueron recogidas en parte en 1630 con el título de *Elements of common law*.

Recoge su doctrina en el libro de *Institutes*, donde comenta a LITTLETON, HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 140. WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 333.

171. F. BACON, a principios del siglo XVII trazó la dirección que había de darse a las compilaciones de jurisprudencia: *De Augmentis*, lib. VIII, c. 3, pág. 74. Desempeñó la corte de cancillería al mismo tiempo que la de derecho común. HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 179. Para su posición en la historia del pensamiento, véase SOLARI, *La scuola del diritto naturale, op. cit.*, p. 49.

Contemporáneos a él, aunque bastante inferiores, son William Fulbeck y Cowel,¹⁷² los cuales con sus obras, una de 1602 y la otra de 1605, hicieron los primeros ensayos de estudios comparativos entre los dos sistemas de derecho, una comparación de derecho inglés con el derecho romano. Superior a estos dos es Coke de quien hemos recordado su comentario a Littleton; sus *Institutes* de 1628, quitan importancia a escritos anteriores y continúan inspirando por más de un siglo la jurisprudencia.

Si bien las vicisitudes políticas no lograron desviar al derecho nacional del camino por él recorrido, no dejaron sin embargo de influir, de vez en cuando, sobre su mayor o menor desenvolvimiento: poco se cuidaron los soberanos que vinieron sucediéndose después de la guerra dinástica

172. DE FULBECK, es famoso el paralelo entre el derecho romano-canónico y común inglés y su trabajo es análogo a aquel de COWELL de las *Institutes*, dispuestas en el mismo orden de las instituciones de Justiniano; los dos estudios se fundan en la utilidad del estudio del derecho comparado. HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 232. WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 332.

de los cien años, acaecida entre el final del siglo XIV y el del siglo XV; y hubo de ocurrir la instalación del nuevo soberano Carlos II en 1685, después de la revolución terminada con la dictadura de Cronwell, para iniciar un período glorioso de desenvolvimiento del derecho privado, que desde entonces marchó en continuo progreso. En el siglo XVIII la obra de Mansfield, que desenvuelve el derecho común en el campo especial del derecho mercantil, entre 1756-88, se acompañó por la de Blackstone,¹⁷³ quien con su tratado de 1765, conteniendo el curso de derecho inglés por él desarrollado en la Universidad de Oxford, ofrece una

173. El valor de la obra es debido también a las características del período en que aparece y a las del nuevo que sigue a la muerte de BLACKSTONE. Los siglos XVI y XVII habían asistido a la transformación del derecho medioeval en derecho moderno y el XVIII asistió a su elaboración. A cinco siglos de distancia se repetía la obra compuesta por BRACON para su tiempo, y sólo a distancia de casi dos siglos se repite, en forma más modesta, con el libro de JENKS, *The book of english law*, London, 1928, donde él mismo dice que desde los tiempos de BLACKSTONE no se había intentado un trabajo de este género, p. VIII.

HOLDSWORTH, *Sources, op. cit.*, p. 155; WINFIELD, *The chief sources, op. cit.*, p. 337.

exposición genuina del derecho de su época. Este su comentario, *Commentaries of the laws of England*, abraza todo el derecho inglés y ejerce para el porvenir la influencia que tuvo Poitiers sobre el código francés y sobre el italiano. Se compone de cuatro volúmenes, sobre los derechos personales, sobre los derechos reales, sobre lo ilícito civil y sobre lo ilícito penal; existen numerosas ediciones, de ellas, ocho durante la vida del autor y todavía la adaptación de su tratado por Stephan¹⁷⁴ es seguida por los juristas ingleses en la enseñanza y en la práctica, donde sin embargo reina soberana la jurisprudencia, por la importancia que le da el carácter obligatorio de sus precedentes, reforzada a su vez por la producción legislativa que anualmente viene recopilada en edición oficial.

La poca simpatía de los juristas ingleses por los conceptos abstractos¹⁷⁵ ha impedido que se adop-

174. STEPHEN tiene el mérito de haber puesto al día la obra de BLACKSTONE adaptándola al derecho moderno de manera que haya podido ser adoptada sucesivamente por varios escritores hasta el punto de ser hoy todavía libro de texto universitario en Inglaterra.

175. DE FRANCISCI, *Storia, op. cit.*, véase antes n. 161.

tara un determinado sistema en el tratamiento del derecho privado y que éste haya sido objeto de disputas científicas, como lo es todavía entre nosotros. El más grande de los juristas vivientes, Sir Frederick Pollock, ha trazado una que responde al carácter de aquel derecho, pero los diversos tratados generales siguen cada uno su propia dirección.

Existen algunos no exentos de interés, entre los cuales son los antípodas entre sí, Jenks y Odgers.¹⁷⁶ Pero el estudioso de derecho inglés debe valerse más que de éstos de las obras monográficas, de las cuales muchas gozan de un valor de fuentes legislativas, sobre todo cuando han sido escritos por juristas ya encargados de redactar el proyecto de ley sobre la institución objeto de sus tratados respectivos: éstos en sus primeras ediciones valen como trabajos preparatorios, siendo por lo general un resumen de la que vino a ser ley en la materia, y las ediciones posteriores a la ley valen como comentarios expresivos de una cierta especie de interpretación auténtica; esto puede decirse en relación a la ley cam-

176. JENKS, *A Digest, op. cit.*; ODGERS, *The common law of England*, London, 3^a ed., 1927, 2 vols.

biaria de Chalmers, a la ley sobre la venta mobiliaria del mismo autor y a la ley de sociedades de Pollock. Por lo que se refiere a materias todavía no legisladas existen obras dignas de obtener la misma consideración: aquella de Jarman sobre testamentos, la de Chitty sobre contratos especiales, la de Smith¹⁷⁷ para todo el derecho comercial, y no

177. C. W. SMITH, *A compendium of mercantile law*, 13 ed., por H. C. GUTTERIDGE, London, 1931.

Podía maravillarse la existencia de tratados de derecho comercial inglés cuando todavía se afirma teóricamente que en Inglaterra no existe distinción entre el derecho civil y comercial; pero la explicación sobre la aparición de esta nueva obra notable de GUTTERIDGE, ha sido dada por el autor mismo en su interesante contribución a los estudios en honor de VIVANTE, (Roma, 1931, 1, p. 633-43), donde afirma que en la práctica se ha venido recientemente desenvolviendo un cuerpo especial de leyes relativas a las materias de comercio, y todavía más recientemente ha sido decidida por el consejo de jueces de la Suprema Corte, investida del poder de regular los juicios, que las causas comerciales sean diferidas a los jueces especialmente competentes en litigios de carácter comercial, por lo que una orden del juez encargado de la lista comercial sanciona, en cada caso, la comercialidad de la causa, a la que en consecuencia se le asigna un juez especial y un especial procedimiento.

De aquí la necesidad evidente para magistrados y abogados de una exhaustiva exposición de principios aplicables a la materia.

sería de extrañar que pronto se vieran aparecer una ley tras otra. Es cierto que la escuela histórica ha ejercido suficiente influencia en Inglaterra para obstaculizar una verdadera codificación, pero cada vez se acentúa más el deseo de tener normas legislativas sobre las principales instituciones a las cuales se re-conduce sobre todo el mundo de los negocios: a las disposiciones particulares sobre algunas cuestiones especiales siguen otras más amplias hasta que una

Habíamos hablado de GUTTERIDGE como el autor de un libro, y tal en efecto se le puede considerar, no obstante el carácter modesto que él ha querido dar a su obra de revisión del clásico libro de SMITH, que se editó por primera vez en 1834, y que ya está próximo a cumplir un siglo de vida. De éste sigue, en efecto, gran parte del sistema, pero de un lado la transformación sufrida por el derecho comercial en el período de la post-guerra vino a hacer superfluas muchas materias contenidas en las ediciones precedentes; de otro lado, fueron necesarias no pocas adiciones para poner el libro al corriente de los tiempos; y por confesión del mismo GUTTERIDGE, fué necesario rehacer completa o parcialmente capítulos enteros como aquellos sobre sociedades, constituido por un comentario original del mismo GUTTERIDGE, a la nueva ley de 1929 sobre las anónimas, sobre títulos de crédito y sobre el transporte marítimo, ampliados el uno sobre todo por la adición relativa al cheque, y el otro con el comentario de la ley de 1924.

consolidation act, un verdadero texto único, las recoge sistemáticamente y completa su regulación.

§ 1. *Derecho de Gran Bretaña*

1. Gran Bretaña. El derecho de la Gran Bretaña es actualmente, en su totalidad, el derecho inglés, que, limitado hasta 1707 a Inglaterra y al Principado de Gales, se extendió en aquella época a Escocia, respetando, sin embargo, los elementos jurídicos romanos supervivientes, cuando las dos naciones se fundieron políticamente asumiendo juntas esta nueva denominación. Difiere este derecho del Reino Unido, en otro tiempo la Gran Bretaña e Irlanda, formado en 1800, y ahora de la Grán Bretaña e Irlanda septentrional, fundado sobre la ley de 1922, que reconoce la parte meridional de esta isla como Estado libre de Irlanda. A todos estos territorios entienden referirse las leyes votadas por el Parlamento de Westminster cuando nada se prueba en contrario.

Este derecho, excepción hecha de pocos territorios, ha impregnado plenamente al de las colonias y los dominios, además de los Estados Unidos Norteamericanos, de tal manera que se puede decir que el conocimiento de aquél es necesario y suficiente para penetrar en los particulares derechos del Imperio Británico y de la Unión Americana, entrando todos en el concepto del derecho común a los pueblos de lengua inglesa, denominado, como tal, anglosajón o angloamericano, según que se le considere en sus orígenes o en su expansión.

El derecho de la Gran Bretaña que se identifica con el derecho inglés por la casi exclusividad de éste sobre todo el territorio nacional, está todavía sin codificar, en cuanto ninguna parte substancial suya ha sido todavía publicada en forma de texto de ley, y continúa experimentando una lenta y sucesiva elaboración histórica, aunque no falta tampoco una regular producción legislativa.

Desde 1925 el Parlamento de Westminster ha cooperado con el soberano en la emanación de leyes que si, desde un punto de vista, pueden ser consideradas, también en Gran Bretaña, como fuente prin-

cial de derecho, en cuanto el juez no puede prescindir de ellas en materia explícitamente así regulada, de hecho son menos importantes que la jurisprudencia, por la fuerza que ésta tiene en sus propios precedentes.

La legislación actuada en una sesión parlamentaria constituye un todo (*Public general acts*), de la cual cada ley forma un capítulo (*Chapter*) que solamente desde 1793 tiene una fecha propia de entrada en vigor, no siendo ya el volumen que la contiene considerado como única ley. Así cada ley se cita con la fecha del año del reino del soberano, correspondiente a la respectiva sesión parlamentaria, seguida del número del capítulo; a esta cita se suele ahora añadir y hasta sustituir alguna vez, con el título de la ley, seguido del año de su entrada en vigor.¹⁷⁸

178. JENKS, *The British empire sources and judicial organisation of english law*, en *Opera Academiae universalis jurisprudentiae comparativae*. Halle, Leipzig, Berlín, 1931 (por vía de apéndice encuéntrase el elenco de textos legislativos y jurisprudenciales de las varias partes del Imperio). Interesante de modo especial en el respecto de la legislación italiana es la ordenanza n. 1 de 1873, que con el VII de 1868

§ 2. *Derecho Norteamericano*

2. Norteamérica. Base de este derecho, salvo contadas excepciones, es el *common law* inglés,¹⁷⁸² sucesivamente reelaborado en las instituciones en particular por leyes especiales fundadas en la Constitución de 1778. La jurisprudencia de los tribunales ingleses es normalmente tomada en consideración en las controversias judiciales americanas, donde sobre todo los jueces de los Estados particulares pretenden llegar a la fuente primera de las normas aplicables. Nótese sin embargo, que si bien el conocimiento del sistema general del derecho inglés es la manera de entender útilmente la legislación americana, no se debe prescindir de ésta para resolver cuestiones de derecho americano; y si grande es el desenvolvimiento de la jurisprudencia recogida en numerosas colecciones, muchos

se refiere en gran parte al código civil italiano, en lengua italiana para la isla de Malta.

1782. Sir JOHN SIMON. *Coment and Criticism*, London, 1930.

son también los códigos de los Estados particulares y muchas las leyes federales.¹⁷⁹

§ 3. *Derecho de las Colonias y de los Dominios*

3. Colonias y Dominios. A este respecto se puede observar con las palabras de un gran jurista inglés que dentro de la zona del *common law* existe un amplio campo abierto a las investigaciones comparativas entre los gérmenes trasplantados a las tierras más diversas entre sí y donde ahora son robustos y fuertes. El derecho inglés no ha sido jamás adoptado enteramente en la India británica, pero los materiales legislativos índicos son substancialmente ingleses y estos mismos códigos han sido adoptados o estrictamente seguidos en los

179. Excluyen la *common law*, solamente México, la provincia de Quebec en Canadá y el Estado de Louisiana. Véase para los Estados particulares: MARTINDALE-HUBELL, *Law directory*, New York, publicación anual; para las leyes federales: BARNES, *Federal code*, TERRY, *Leading principles of anglo-american law*, 1884; POLLOCK, *Law quart rev.*, 1932, p. 41.

estados de la Malasia; sobre el Pacífico, Australia y Nueva Zelanda están sujetas al mismo derecho común.¹⁸⁰

180. POLLOCK, *loc. cit.* Territorios ocupados pacíficamente: Norteamérica (excluido el bajo Canadá), Australia, Nueva Zelanda, Fiji, isla Flakland, todavía unida a la corona de Inglaterra, excluida Norteamérica; territorios conquistados: Gales, Irlanda, Gibraltar, Ontario y N. Escocia en Canadá, islas indianas del West (derecho inglés para todos); Malta, Cipro, Singapoore, India (derecho inglés para los ingleses y derecho nacional para los indígenas). Para mayores detalles véase LEE, *Lezioni su l'Imperio Britannico*.

IV

METODO DE ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

Para un jurista anglosajón es fácil observar el derecho europeo continental en su conjunto originario, considerándolo directamente en sus líneas generales. Nosotros, que nos encontramos en el corazón del territorio que fué sede del derecho común de tipo romano, resentimos más las subdivisiones por éste sufridas. Y por ello debemos tener en cuenta las diversas legislaciones que de él han brotado, tomando, sin embargo, como exponente del mismo, nuestro derecho nacional.

Como primera manifestación se encuentra el estudio de los derechos particulares extranjeros,

la cual, si se limita a simples exposiciones objetivas, no excederá de una mera preparación para un ulterior estudio científico comparativo, incluso cuando el examen del derecho extranjero se hiciera paralelamente al estudio del derecho nacional: en tal caso una institución estudiada críticamente en un derecho extranjero será objeto de un trabajo igual a aquel que exige un estudio análogo de derecho interno, pero faltará la comparación.

Viniendo después a considerar la específica investigación comparativa, se presenta la duda de si caracterizarla como un simple método de estudio, o como una verdadera ciencia: a este respecto parecen divididos los escritores, pero la escisión es más aparente que real, porque ella depende sobre todo, de la finalidad que cada uno de ellos tome en consideración: si la investigación se limita a una aproximación del derecho interno con cualquiera legislación extranjera para una eventual reforma o para una más exacta interpretación de la ley, es evidente que aquélla queda en el campo del derecho interno, aunque cultivado con visión más amplia que responde a la siempre creciente

aproximación de los pueblos entre sí; cuando el estudioso se lanza a un examen crítico comparativo, preferiblemente entre los diversos sistemas de derecho, pero también entre grupo y grupo de legislaciones o entre particulares legislaciones de grupos diversos o incluso del mismo grupo, entonces él se vale de una verdadera y propia ciencia, nueva rama de los estudios jurídicos. Se trata con ésta, aunque sea en un campo limitado de normas, de penetrar el origen histórico de la institución que se examina en las diversas legislaciones, de estudiar la evolución y de extraer de ésta la línea directiva, teniendo siempre en cuenta las analogías y las diversidades recíprocas.¹⁸¹

Para hacer esto se necesita conocer el ambiente jurídico en el que especialmente se quiere indagar el estado de derecho en un determinado momento sobre un problema especial, y, como decimos, no bastará el conocimiento de los particulares textos de las leyes, sino que se necesitará haber seguido la evolución de las normas en la jurisprudencia,

181. Ejemplo de esto es el proyecto actual italo-francés sobre las obligaciones.

las ideas formuladas al respecto por la doctrina y adentrarse, en suma, en el clima moral donde el derecho que se examine tuvo vida y desenvolvimiento.^{181²}

Quien se ciñe a un estudio de derecho interno y quiere solamente extender su mirada a las correspondientes leyes extranjeras e incluso alguna vez a ciertas sentencias del género, es siempre un cultivador del propio derecho nacional, al que se reconocerá el mérito de no ser sordo a las voces de fuera;¹⁸² pero es distinto el hábito científico de quien escoge ordinariamente un determinado conjunto jurídico para penetrar en él y darse cuenta exacta del mismo con la finalidad última, ya indicada, de extraer las respectivas analogías y diferencias. El resultado de los estudios así conducidos, podrá también contraponerlo exclusivamente al propio derecho nacional, pero habrá hecho ya un estudio científico comparativo, con sólo poner

181². SEGRE, en *Relazione al progetto di riforma al I libro del Codice civile italiano*, Roma, 1931.

182. Ya hemos visto como SALEILLES había puesto en evidencia este mérito de la doctrina italiana.

en evidencia especial las relaciones de la ley nacional con las conclusiones obtenidas, porque esta indagación comparativa será ya el fruto de una investigación verdaderamente científica. ✓

No es fruto de un error que venga manifestándose ya la especialización también en este campo: superado todo inicial titubeo, los pioneros del estudio comparativo moderno han vuelto su atención a la comparación entre el sistema inglés del *common law* y las legislaciones basadas sobre el sistema romano, con especial atención a la propia legislación nacional,¹⁸³ sin que por esto hayan de

183. Las más florecientes escuelas de derecho comparado en Francia han entrado por este camino, a propósito de lo cual nos remitimos a las palabras finales del discurso pronunciado por el nuevo Presidente de la Sociedad de Derecho Comparado, GRUNEBaum BALLIN, en el acto de su nombramiento (*Bull. Soc., op. cit., 1933, p. 115*): "*Si attrayante, si instructive que soit, à certains égards, l'étude des lois de l'antiquité, du monde hellénique et romain, du monde médiéval de la France de l'ancien régime, il faut bien dire que de telles disciplines doivent aujourd'hui, par un effort de résignation indispensable, céder quelque peu la place à l'étude du droit anglo-saxon, du droit germanique, des droits des pays latins, des pays slaves, des pays d'Orient. C'est à travers l'espace, non plus à travers les temps, que la jeunesse de nos écoles entend acquérir ces connaissances multiples, dont la*

desestimarse análogos estudios limitados a grupos diversos, integrantes de un único sistema o francamente de legislaciones de un mismo grupo.

confrontation sera en quelque sorte le ferment de sa formation intellectuelle."

También recientemente fué puesta en evidencia por nuestros juristas la importancia del estudio del derecho común inglés: a las observaciones de BRUGI, en *Atti acc. Iucchese delle scienze*, Lucca, 1919, p. 19 estr.; de BARASSI, en recensión a nuestro libro sobre las obligaciones . . . *op. cit.*, en *Riv. Int. Fil. del Dir.*, 1925, p. 290, y de PACCHIONI, *Elementi, op. cit.*, p. 33, añádase el *Annuario di Dir. comparato dell'Ist. di studio legislativo*, vol. VI, 1931, p. 342; VALERI (*forse la conoscenza del diritto inglese rappresenta oggido, anche più che in passato, lo strumento veramente indispensabile per la formazione mentale di un comparatista*) y *id., id.*, p. 423; ASCARELLI (*lo studio del diritto anglo-americano costituisce il problema più difficile e più interessante per tutti gli studiosi continentali di diritto comparato*).

A su vez eminentes juristas ingleses y americanos elevan un canto al estudio comparativo de los dos sistemas de derecho: ya en 1916 LEE proponía las bases de sus actuales consideraciones (*Annuario Dir. comparato*, Roma, *loc. cit.*) en un discurso pronunciado en América (*Legal education Uniformity of law in the British empire*, Toronto, 1916), donde hace notar que también resumiendo todas las legislaciones del Imperio Británico, se sale hacia dos sistemas, romano o inglés, e invita al estudio comparativo entre éstos para llegar a una unificación (p. 26-27). Véase igual: *Comparative law and Comparative lawyers*, en *Journal of the Society of*

Didácticamente también se distinguen los estudios comparativos entre el derecho inglés y legislaciones de tipo romano, ya sean éstas netamente latinas o germánicas; entre legislaciones netamente latinas y legislaciones germánicas;¹⁸⁴ entre las particulares legislaciones netamente latinas o entre particulares legislaciones germánicas; o en fin, pre-

Public Teachers of Law, London, 1936. En 1920 BEDWELL, en *Yale law journal*, pide intensa cooperación entre los juristas de las dos partes de La Mancha y entre aquellas las dos partes del Atlántico. Y actualmente GUTTERIDGE, (*Riv. di Dir. privato*, 1932, *loc. cit.*) rompe una lanza en favor de una intensificación de los estudios comparativos sobre los códigos continentales por los juristas ingleses, como previo al estudio comparativo entre los dos sistemas fundamentales, que es donde está el fundamento del derecho comparado. "Il diritto comparato" lo dice en la pág. 96, "é un ramo della scienza del diritto in generale. E' quella parte che consiste nello studiare con metodi comparativi i concetti o le norme di diritto di que o più sistemi in relazione a un dato argomento".

Pasando al jefe de escuela americano, WIGMORE, en *Jottings on comparative legal ideas and institutions*, *Tulane law Rev.*, 1931-32, insiste en el estudio comparativo de sistemas diversos con el conocimiento directo de su aplicación y evolución. Véase su reciente escrito *Comparativo juristic corporeology*, en estudios dedicados a G. DEL VECCHIO, Modena, 1931, p. 727-35.

184. Véase antes para las agrupaciones de estas legislaciones.

ferentemente en el ambiente anglosajón, entre derecho netamente inglés, derecho norteamericano y derecho inglés adaptado a las colonias y a los dominios;¹⁸⁵ se entiende siempre, orientados hacia el propio derecho nacional aunque no fuese más que para dar a la mentalidad de los estudiosos una dirección que facilite el examen de las instituciones regidas por normas nuevas para ellos, recorriendo el camino de lo conocido hacia lo ignorado. No es de secundaria importancia, según nosotros, exponer a tal fin los resultados de la comparación siguiendo la sistemática del propio derecho nacional, y así iluminar el camino a quien está todavía en la oscuridad acerca de la extranjera. Así ha debido pensarlo la dirección de la Sociedad germánica de Derecho Comparado al proveer a la exposición del derecho inglés, prescribiendo que los compiladores siguieran el orden del código alemán,¹⁸⁶ lo mismo que se hizo en otros estudios emprendidos por nosotros en el

185. POLLOCK, *The expansion of common law, op. cit.*, y en *Law Quart. Rev.*, 1933, p. 41.

186. JENKS, A. *Digest, op. cit.*

campo más restringido de las obligaciones¹⁸⁷ y también en monografías especiales que estudian la adaptación de una institución extranjera al cuadro del derecho nacional.¹⁸⁸

A la escuela de derecho comparado deben agregarse especiales institutos o sociedades que preferentemente se proponen la finalidad de suministrar de manera periódica el material sobre el que se elabora la comparación; por lo general agrupan sus relaciones con arreglo al criterio lingüístico, correspondiente en general a las subdivisiones substanciales universalmente acogidas.¹⁸⁹

187. SARFATTI, *Le Obbligazioni nel diritto inglese in rapporto al diritto italiano*, Milano, 1924.

188. LEPAULLE, *Traité theorique et pratique des trust*, Paris, 1932.

189. A la sociedad francesa fundada en 1869 y reconocida de utilidad pública en el 73, se agregó poco después la *Société d'études législatives*, a las que siguen, en Inglaterra, la *Society of comparative legislation*, de Londres, en 1896; en Alemania, la *Gesellschaft für vergleichende Rechts und Staatswissenschaft*, que publicaba su *Zeitschrift* en 1878, y en 1894 la *Internationale vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre*, publicaba su *Jahrbuch*; en 1926 se ha fundado el *Institut und internationales privatrecht*, y desde 1927 publica en Berlín bajo la dirección de RABEL el

Desde los primeros llamamientos que hubimos de lanzar a favor de una organización didáctica

Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht; en Bélgica, *L'Institut de droit comparé*, fundado en 1908, publica la revista que, con una interrupción durante la guerra, prosigue desde aquel año. En Italia instituciones de este género, cuya falta hemos lamentado más de una vez (*Il diritto comparato in Italia*, en *Scritti in onore a Marghieri, op. cit.*), han surgido y realizan una labor preciosa: al *Istituto internazionale per l'unificazione*, se ha añadido en Roma el *Istituto di studi legislativi*, que desde 1927 publica bajo la diligente dirección de GALGANO un *Bolletino di diritto comparato e studi legislativi*.

MASSINEO (en *Arch. Giur.*, 1931, *loc. cit.*), mencionándonos como uno de aquellos que reprochaban a Italia su escasa participación en el movimiento comparatista, no ha tenido en cuenta la fecha de nuestros escritos (1924-25) por él citados, anterior a aquella de creación y consiguiente actividad de los dos Institutos antes recordados. La reprobación de todos modos se refería a la falta de tales órganos, necesarios para estos estudios, respecto de los cuales siempre hemos reconocido los esfuerzos doctrinales hechos en Italia por los particulares (*Le Obbl.*, *op. cit.*, p. 1), a los que modestamente estamos unidos desde hace tiempo, coincidiendo de pleno con las aspiraciones precisamente de otros por él igualmente acusados (GALGANO y ROTONDI), a quienes GUTTERIDGE (en *Journal of Comp. Leg.*, *op. cit.*, 1931, p. 157) ha señalado junto con nosotros, como beneméritos del desenvolvimiento progresivo de los estudios comparados en Italia, por entusiasmo y constancia de esfuerzos.

que colocase a Italia, también en este asunto, en el grado elevado que ella ha adquirido en el conjunto de los estudios jurídicos,¹⁹⁰ pusimos de relieve la utilidad de estudiar el derecho privado inglés, lo que no nos hemos cansado de repetir;¹⁹¹ junto a estas indagaciones de gran aliento, mucho provecho pueden llevar también los estudios de esta naturaleza a otros campos más restringidos y ahora recordados; sobre todo desde que su utilidad puede ser puesta en su pleno valor mediante la oportuna concentración internacional, de un lado, por obra del Instituto Internacional para la unificación del derecho privado, creado en Roma en 1924 y ofrecido

Los particulares esfuerzos nacionales han sido después concentrados en la Academia Internacional de Derecho Comparado, con sede en La Haya, habiendo iniciado la publicación de sus actas en 1928, y otras varias publicaciones de interés internacional sobre la materia.

190. *Sulla utilità dello studio del diritto privato inglese in Italia* (introducción al curso libre de la Universidad de Torino), en *Filangieri*, 1907.

191. *Il diritto comparato in Italia*, en *Scritti in onore di Margbieri*, Napoli, 1921; el capítulo introductivo, en *Le obbligazioni, op. cit., Il diritto privato comparato in rapporto al diritto inglese*. (Conferencia dada en el R. Ist. Sup. de scienze Econ., e Comm., de Torino, 1931.)

por el Gobierno italiano a la Sociedad de las Naciones, cuando aquél se apresta a estudiar cualquiera institución de importancia universal;¹⁹² de otro lado, por obra de la Academia Internacional de Derecho Comparado, surgida contemporáneamente en Ginebra y trasladada a La Haya, en las solemnes reuniones que ella se propuso tener periódicamente para obtener un cambio directo de impresiones entre los juristas del mundo entero, dedicados a la investigación comparativa.¹⁹³

192. La institución jurídica actualmente en estudio, el contrato de compraventa, hizo que el Instituto tuviera varias reuniones en diversos países. (El proyecto de ley internacional sobre venta de muebles corporales está ultimado hace algún tiempo y sometido a la Sociedad de las Naciones.)

193. Véase relación de este primer Congreso convocado por la Academia de La Haya en agosto, 1932, en *Riv. Int. Fil. del Dir.*, *loc. cit.*

Acontecimiento mundial en el mundo jurídico ha sido este solemne Congreso, en el cual han participado 55 naciones, mediante 350 delegados. Mientras en el precedente convocado en París dentro de los límites de las naciones europeas, la joven ciencia daba sus primeros pasos con discusiones preferentemente recaídas en el campo de la metodología, la actual reunión, promovida por la Academia Internacional de Derecho Comparado, bajo los auspicios del Instituto Internacional de Cooperación Intelectual, entró francamente en lo vivo

Este estudio comparado de las varias leyes continentales europeas juntamente con el de aquel derecho romano común, será el único medio de volver a dar en nuestro ambiente a la ciencia del derecho aquella amplitud que fué la principal causa de su grandioso pasado. Sobre esta vía se colocaron noblemente Italia y Francia, mediante comisiones especiales encargadas de elaborar un pro-

de las cuestiones puestas en la orden del día, superando el contenido del precedente, y dando así por cierto que todos los métodos de investigación son buenos, según el fin que los estudiosos se propongan. Como habíamos previsto (Mont. Trib. 1931, p. 959), junto a simples exposiciones de legislaciones nacionales y comparaciones entre dos o más legislaciones sobre un determinado punto, hubo también verdaderas consideraciones sintéticas con relación a los dos sistemas fundamentales del derecho europeo, continental o latino, y el angloamericano (véase atrás). Las varias sesiones, concordes al fin de sus trabajos, aprobaron el voto formulado por el Secretario General profesor BALOGH, en la sesión inaugural, a favor de una facultad internacional de derecho que valga para unir a los comparatistas en una mentalidad común y dé vida a elementos de cooperación y mutua comprensión entre las ciencias jurídicas nacionales; de una revista internacional de derecho comparado que sirva de órgano oficial para la Academia Internacional; de la enseñanza del derecho comparado en las varias facultades de derecho de las diversas naciones.

Con igual éxito tuvo lugar en 1937 el segundo Congreso.

yecto de unificación del derecho de las obligaciones en los dos países, destinado a reunir en torno de sí todo un núcleo de pueblos latinos, con la probable sucesiva constitución, al menos parcial, de aquel derecho común que ha sido por varios siglos un instrumento potente de civilización en nuestro continente.¹⁹⁴ Una investigación de esta naturaleza, limitada necesariamente a los derechos pertenecientes a un mismo *grupo*, cumplirá así el fin de favorecer la constitución de un derecho común dentro de comunes límites de raza y de cultura; pero es posible hacer también un paso adelante, añadiendo al estudio de las diversas legislaciones de un grupo el de los *diversos grupos*, unidos o no en un sistema, para facilitar, junto al recíproco conocimiento y compenetración de las legislaciones de pueblos afines entre sí, también la investigación de las analogías y diferencias existentes entre pueblos más lejanos espiritualmente el uno del otro.

En el intento de constituir los particulares *grupos* adoptamos la restricción de limitar respecti-

194. MAROI, *Tendenze*, *loc. cit.*

vamente la investigación a las legislaciones que tienen orígenes comunes y que rigen ambientes económico-sociales análogos entre sí; en el estudio, en cambio, de los varios *sistemas* abrazamos todas las particulares legislaciones de cultura análoga, colocándolas después según su respectiva pertenencia; estas agrupaciones podrán facilitarse con la adopción de un derecho que regule las varias relaciones entre estos nuevos agregados sociales super-nacionales, fundados sobre una especie de colaboración requerida por los fines más complejos de la sociedad. ^{194²}

194² La idea de la adopción de un derecho que regule las relaciones entre los varios sistemas ha sido expuesta por DIENA, en *Scientia*, Roma, 1916, p. 215, y por él mismo considerada en su resultado práctico, en *Scientia*, 1917, p. 204 y sig. El artículo se ha publicado solamente en traducción francesa como nota de redacción, 204.

“Certes”, él dice (p. 206), “*il est nécessaire de ne pas se dissimuler que, étant donné les différences essentielles qui, en matière de droit international privé se rencontrent dans le système qui prévaut dans l’Europe continentale par rapport au système encore suivi par les anglo-saxons, il est pour le moment difficile de pouvoir conclure des accords aux conflits de lois entre tous les états . . . pourtant même entre l’Italie et la France d’une coté, l’Angleterre et les Etats Unis de l’autre, on pourrait dès maintenant conclure quelques conventions.*”

UNIFICACION INTERNACIONAL DEL DERECHO
PRIVADO

Cualquiera que sea la meta inmediata que el comparatista se proponga, él debe tener presente como mira más remota la unificación internacional del derecho privado: del modo más absoluto en el campo en que las comunes tendencias de los negocios inducen a ideas jurídicas comunes; y con ciertas limitaciones, en aquellas otras materias donde todavía se siente viva la influencia étnico-política nacional.

Para tender a ello había, sin embargo, que superar una primera fase, la de la unificación na-

cional que el siglo XIX ha visto lograda en los principales Estados y que recientemente hacía su aparición en los Estados creados o engrandecidos por la guerra, como Polonia, Checoslovaquia, Yugoslavia y Rumanía.¹⁹⁵

Es por esto por lo sólo en los tiempos presentes ha sido vivamente sentido el problema de la unificación internacional; su solución ha de ir precedida de un esmerado y completo examen comparativo de las varias legislaciones debidamente clasificadas; porque de este examen saldrá la identificación de los principios comunes a los diversos centros.¹⁹⁶

Una cierta apariencia de derecho común continental tuvo lugar en el siglo XIX al extenderse a distintos países el código francés, propagado por

195. Véase proyecto en *Revue polonaise de legislation*, Varsovia, 1928-29 y atrás en n. 123.

196. Todos los esfuerzos de los comparatistas tienden a la busca de los elementos comunes entre los legisladores que hacen objeto de sus estudios, sea que se extiendan a los sistemas fundamentales, sea que se limiten a centros afines entre sí.

Véase PAUL LUIS RIVIERE, *A travers les legislations nouvelles*, en *Bull. Soc. legislation comparée*, Paris. 1934.

las victorias napoleónicas; pero el derecho común que ahora se pretende conseguir no es el que se inspira en la ley de un conquistador, sino antes bien un derecho surgido de las ideas predominantes en los pueblos de alta cultura, las cuales se verifican gradualmente al comparar los centros más próximos entre sí; de este modo se prepara el advenimiento de la unificación general.

Ya antes de que Italia y Francia lograsen el proyecto de su código de obligaciones y contratos y de que, contemporáneamente, se hubiera realizado igual intento en la Unión Norteamericana,¹⁹⁷ los tres Estados escandinavos, ligados entre sí por orígenes históricos comunes, vinieron gradualmente no sólo a unificar esta materia, sino que extendieron la operación a argumentos bastante más delicados por lo mismo que tocaban en lo vivo de sus respectivos derechos nacionales, cual es el

¹⁹⁷. *L'American law Institute* se ha dedicado a la reelaboración del derecho privado federal de la Unión Norteamericana, iniciando su trabajo en el campo de los contratos, sobre el cual ha redactado un proyecto, 1928-30: *Restatement of the law of contracts*.

derecho de familia; y a esta legislación se adhiere ahora también Finlandia.¹⁹⁷

Obra de cada Estado que se adhiera a la unificación es esta nueva forma de actividad legislativa: lejos de ser la mera imitación por la cual un Estado asume la legislación de otro, lo que sucede en general por parte de los Estados de cultura inferior frente a aquellos que han adquirido su apogeo,¹⁹⁸ consiste aquélla en lograr un espontáneo acercamiento mediante la creación de un tercer punto de vista que extinga la lucha entre dos conceptos.

Un primer paso consiste en la unificación entre pueblos que han sufrido la influencia sucesiva del derecho romano y de otros elementos particulares o bien entre aquellos otros cuya codificación

197². MUND PETERSEN, *Main features Scandinavian Law*, en *Law Quaterly Review*, 1927: "We have also in an ever increasing degree profited from the valuable influences of French, and more especially from British Law, which offers so many point of similarity with our own."

198. Los Estados más adelantados rechazan la vulgar imitación justamente despreciada (DE FRANCISCI, *Storia del D. Romano*, *op. cit.*, p. 22), pero hacen labor de colaboración al formar normas comunes, con las adaptaciones recíprocas, en los campos más internacionales del derecho.

se funda sobre el *common law*, cualquiera que sea la raza a que cada uno pertenezca. Una extensión del mismo proceso a legislaciones de origen enteramente diverso, deberá seguir después para conseguir la unificación general.¹⁹⁹

Con objeto de mantener la unificación misma, no sólo en la letra de la ley sino también en su interpretación, será necesario tener unida la jurisprudencia de los distintos componentes de la unión: problema éste que ya se presenta en los Estados federales que tienen un derecho común y también en Estados políticamente independientes entre sí, pero concordados en su legislación sobre determinadas cuestiones. Cada vez que nuevas convenciones internacionales regulan instituciones fundamentales para los negocios, toda decisión judicial y toda solución de doctrina debe dirigir su mirada al amplio campo de las jurisprudencias correspondientes y estudiarlas sistemáticamente para seguir la

199. LEE sugiere a este respecto limitarse por ahora al campo de las obligaciones y poner en comparación las normas del proyecto italo-francés con los principios angloamericanos; véase en *Annuario di diritto comparato*, Roma, 1930, vol. IV-V.

corriente principal y desentrañar su fundamento: no son pocos los casos todavía en los que a leyes análogas no corresponden soluciones idénticas.²⁰⁰

Sobre el terreno del derecho como sobre el de la economía, la ciencia, la literatura, ninguna nación puede pretender su aislamiento; cada pueblo debe experimentar la influencia de los demás, sobre los que a su vez ejercita la propia, contribuyendo a la formación de aquellas ideas comunes por las cuales, con el principio del siglo xx, va surgiendo un nuevo derecho natural²⁰¹ que atiende a la vida jurídica universal y a las etapas recorridas de acuerdo entre sí por las diversas legislaciones para venir a dar en aquellos principios generales comunes que penetrados en los particulares centros na-

200. A menudo se diferencian las soluciones judiciales en Italia y Francia aunque estén basadas sobre las mismas normas, y tal diversidad se debe combatir en la interpretación de las leyes unificadas para que la unificación responda verdaderamente a su fin. GUTTERIDGE, *A comparative view of the interpretation of statute law*, en *Tulane law Rev.*, New Orleans, Louisiana, 1933.

201. Nótese que cuando hablamos de derecho natural entendemos adoptar el concepto de DEL VECCHIO y de POLACCO (véase atrás n. 49), LEVY ULLMANN, *Vers le droit mondial du XX siècle*, Paris, 1923.

cionales, constituyen la esencia de aquellos a los cuales el juez deberá atenerse a falta de otras fuentes más directas.

Probablemente nadie estaría en condiciones de seguir el movimiento general de las legislaciones; además de la investigación de un copioso material puramente jurídico, se necesitaría también examinar numerosos volúmenes atinentes al ámbito económico social; así es que muy difícilmente podría uno exponer de manera adecuada una determinada institución en tan vasto campo. Cada uno, en cambio, de los que se dediquen a este estudio pueden conocer, además del propio derecho, un determinado sistema o algunos especiales grupos respecto a los que podría discutir la evolución de las ideas jurídicas a la luz de la más aguda crítica para obtener seguramente algunos de los fines que se haya propuesto: oferta de material para la determinación de la ley que haya de aplicarse en caso de conflictos: utilización del conocimiento del derecho extranjero para el desenvolvimiento del derecho interno: investigación crítica sobre varios derechos, en ampliación de generales investigacio-

nes jurídicas para eventuales resultados de unificación.

Estos tres fines unánimemente acogidos al cerrarse el siglo XIX fueron sancionados definitivamente por el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado en 1900; después de treinta años al reunirse de nuevo el Congreso, con la participación mundial de los juristas, se pudo comprobar en las instituciones de derecho privado de todos los países de análogo grado de cultura, la existencia de principios bastante próximos entre sí y casi comunes,²⁰² sobre todo en el campo de las obligaciones, lo que ha inducido a los pueblos a iniciar una nueva unificación del derecho, en el que renace, con una visión más amplia, el concepto del derecho común medioeval. Esta aproximación de ideas en el ámbito del derecho permitirá una mejor comprensión recíproca destinada a abrir la era de una general colaboración.

Al problema relativo al desarrollo de un sistema jurídico desde su punto de origen hasta un amplio

202. RELAZ, citada, *Riv. Int. Fil. del Dir.*, 1933, *Acta, Sirey*, Paris, 1934.

territorio extranjero, se añade el referente al fundamento de una progresiva tendencia a la fusión con otro sistema del todo independiente de aquél.²⁰³

203. Véase además la obra citada: WIGMORE, *The movement for international assimilation of private law*, en *Illinois Law Rev.*, 1925; FEDOZZI, *A proposito di unificazioni di diritto privato*, en *Riv. Int. Dir. Int. privato e processuale*, Padova, 1932.

Respecto al derecho comercial: GIANNINI, *Il movimento internazionale per la unificazione del diritto commerciale* (Pubbl. Un. Cattolica). Milano, 1931. VESEY FITZ GERALD, *The franco-italien code of obligations 1927*, en *Journal of Comparative Legislation*.

INDICE SISTEMATICO

I

ORIGEN DEL DERECHO COMPARADO

| | Págs. |
|---|-------|
| | — |
| 1. Primitivo interés por el derecho extranjero . . . | 1 |
| 2. Necesidad de la investigación comparativa . . . | 8 |
| 3. Desenvolvimiento histórico del derecho y de su estudio comparativo | 10 |
| a) Escuelas de Pavía y de Bolonia | 10 |
| b) Los Humanistas | 15 |
| c) Primeras recopilaciones y comparaciones de derechos locales | 18 |
| d) Escuela del derecho natural | 26 |
| e) Escuela histórica | 35 |
| f) Primera formulación científica del derecho comparado | 36 |

II

NATURALEZA Y FUNCION DEL DERECHO COMPARADO

| | Págs. |
|---|-------|
| 1. Ciencia y método | 49 |
| 2. Exposición de derechos extranjeros | 56 |
| 3. Relaciones con el derecho internacional | 60 |
| 4. Comparación | 66 |
| a) Histórico-etnológica | 66 |
| b) Netamente jurídica | 68 |
| 5. Campo de acción de las dos formas comparativas | 79 |
| 6. Clasificación de los derechos objeto de estos estudios | 88 |

III

OBJETO DEL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

| | |
|--|-----|
| 1. Los dos grandes sistemas de derecho común | 93 |
| A) Las codificaciones de tipo romano | 102 |
| a) Códigos netamente latinos | 102 |
| § 1 Francia | 102 |
| § 2 Bélgica, Portugal, Egipto, Holanda | 111 |
| § 3 Italia | 116 |

I n d i c e S i s t e m á t i c o

| | Págs. |
|--|-------|
| § 4 España | 123 |
| b) Códigos germánicos | 127 |
| § 1 Austria | 127 |
| § 2 Alemania | 134 |
| § 3 Suiza | 139 |
| c) Códigos inspirados en ambos grupos | 144 |
| d) Códigos de Estados orientales de moderna civilización | 148 |
| § 1 Japón | 148 |
| § 2 China | 151 |
| B) El derecho común inglés (common law) | 154 |
| § 1 Gran Bretaña | 192 |
| § 2 Norteamérica | 196 |
| § 3 Colonias y Dominios | 197 |

IV

| | |
|---|-----|
| MÉTODO DE ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO | 199 |
|---|-----|

V

| | |
|---|-----|
| UNIFICACIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO PRIVADO | 215 |
|---|-----|