

III

OBJETO DEL ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

1. Los dos grandes sistemas de derecho común	
A) Las codificaciones de tipo romano	
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

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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-

M a r i o S a r f a t t i

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 influenciada 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

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

comisión se reunieron todas las tendencias ya que siendo miembros nacionales, unos estaban embebiados, como el presidente, de cultura inglesa, los otros de cultura francesa. Fueron examinados los documentos 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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

§ 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-

M a r i o S a r f a t t i

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 juriconsulto 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 abatieron 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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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, sustituyen 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*.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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 giuriziaro*, 1932, *Bibliografía inglesa*, p. 302.

M a r i o S a r f a t t i

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.*

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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-

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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

M a r i o S a r f a t t i

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 "jurisprudencia" 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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

bilidad del cuerpo judicial, manda que cada cual sea juzgado *per judicium 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*.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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

M a r i o S a r f a t t i

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

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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*. Fue 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.

M a r i o S a r f a t t i

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,

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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 recopilaciones 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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

El Derecho Comparado

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, Ansaldi 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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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, BRACON, 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

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r t í n S a r f a t t i

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 Augustis*, 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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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 desarrollando 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.

M a r i o S a r f a t t i

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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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-

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

principal 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

M a r i o S a r f a t t i

§ 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.

E l D e r e c h o C o m p a r a d o

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.

M a r i o S a r f a t t i

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*.