

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

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.

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

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.

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

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."

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

tanto, resiente la influencia de las más varias 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.

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

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 medioeval en relación a los estudios comparados.

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

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.

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

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.*

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

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.

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

riodo 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.

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

mente adelantada.^{15a} 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

15^a. 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

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

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 rifugono dalla costruzione sistematica e come essi tentano sopra-*

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

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.

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

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 de

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

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

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. GENZNIER, 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.

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

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.

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

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 contraponen 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.

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

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?".

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

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.

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

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'Aguesau, 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

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

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. legislation 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.*

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

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

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

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.*

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

valece todavía el elemento romano, en otros enuéntrese 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.

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

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

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

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 juriscultores 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.

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

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'emousser 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.

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

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.

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

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)*.

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

pusieron las bases para un futuro estudio comparativo fueron Selden en Inglaterra (1584-1654), Grocio en Holanda, Montesquieu en Francia (1689-1755)³⁵² 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.

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

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, entendiéndolo 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, 1ª ed. Molhuysen, 1919.

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

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.

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

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 come 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

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

yeron 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.

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

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

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

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.

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

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 skule*" y de los teóricos del derecho racional, cuya doctrina había

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

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*

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

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.

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

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 Abhandlungen*, 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.

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

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.

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

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 mudararlo 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.

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

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

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

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.^{59²} 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 egliseppe 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.

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

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.

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

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 mercantiles 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, entendiendo 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.

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

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.*

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

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.