

II

NATURALEZA Y FUNCION DEL DERECHO COMPARADO

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

II

NATURALEZA Y FUNCION DEL DERECHO COMPARADO

CIENCIA Y METODO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EXPOSICION DE DERECHOS EXTRANJEROS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

RELACIONES CON EL DERECHO INTERNACIONAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A conclusión análoga se debería llegar si el conflicto surgiera entre la legislación italiana y el derecho inglés a este respecto: en el que no es tanto lo que se considera el estado de ánimo del perjudicado, sino el de aquel que ha causado la lesión.^{79 2}

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

^{79 2}. LEVY ULLMANN, *loc. cit.*, véase *Bulletin Soc. Leg. Comp.*, 1933, p. 210.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

COMPARACION

a) Histórico-etnológica. b) Netamente jurídica.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

88. JOSSERAND, *id.*, *id.*, p. 237.

M a r i o S a r f a t t í

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

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

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

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

una lejana perspectiva la consiguiente unificación del derecho.⁹⁰

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

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

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

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

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

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

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

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

93. Véase además el cap. III.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Derecho Comparado

CAMPO DE ACCION DE LAS DOS FORMAS COMPARATIVAS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Derecho Comparado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CLASIFICACION DE LOS DERECHOS OBJETO DE ESTOS ESTUDIOS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

108³. Véase capítulo siguiente.

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