

IV

METODO DE ESTUDIO DEL DERECHO COMPARADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

184. Véase antes para las agrupaciones de estas legislaciones.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El Derecho Comparado

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Con igual éxito tuvo lugar en 1937 el segundo Congreso.

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

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

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

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

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

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

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

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