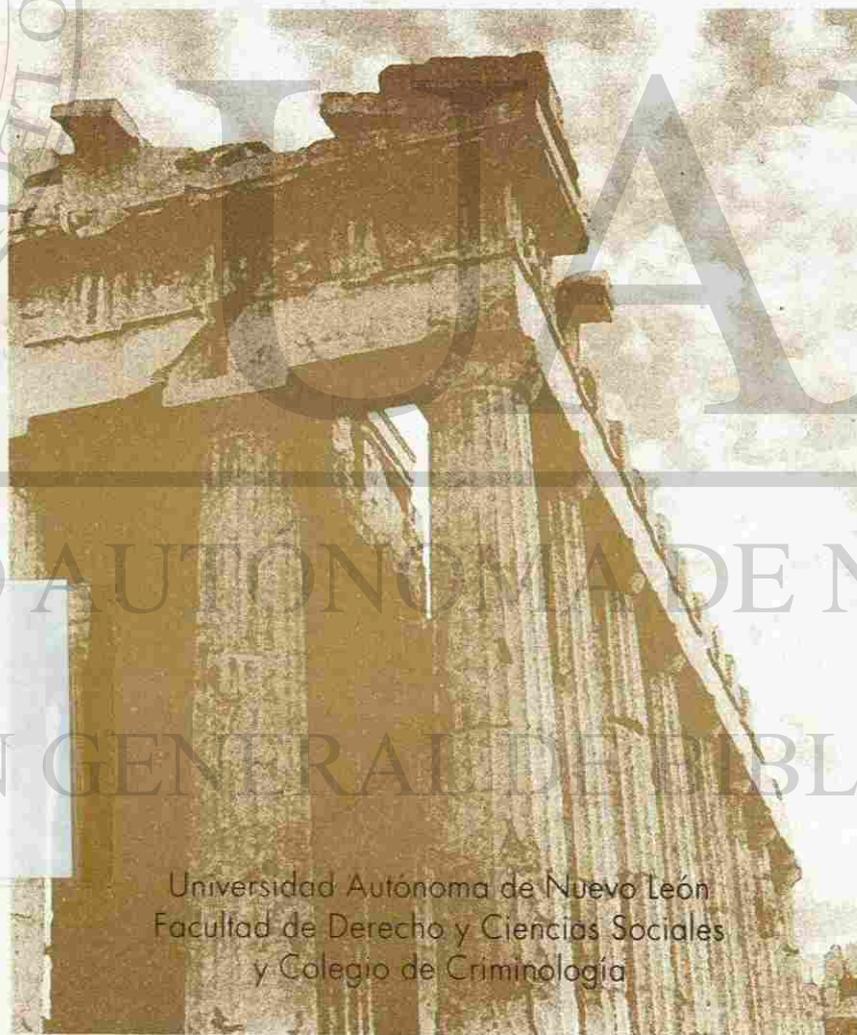


# EL DERECHO COMPARADO

Ensayo sobre una reconstrucción  
histórica desde la antigüedad  
hasta la época contemporánea

Gustavo A. Mireles Quintanilla

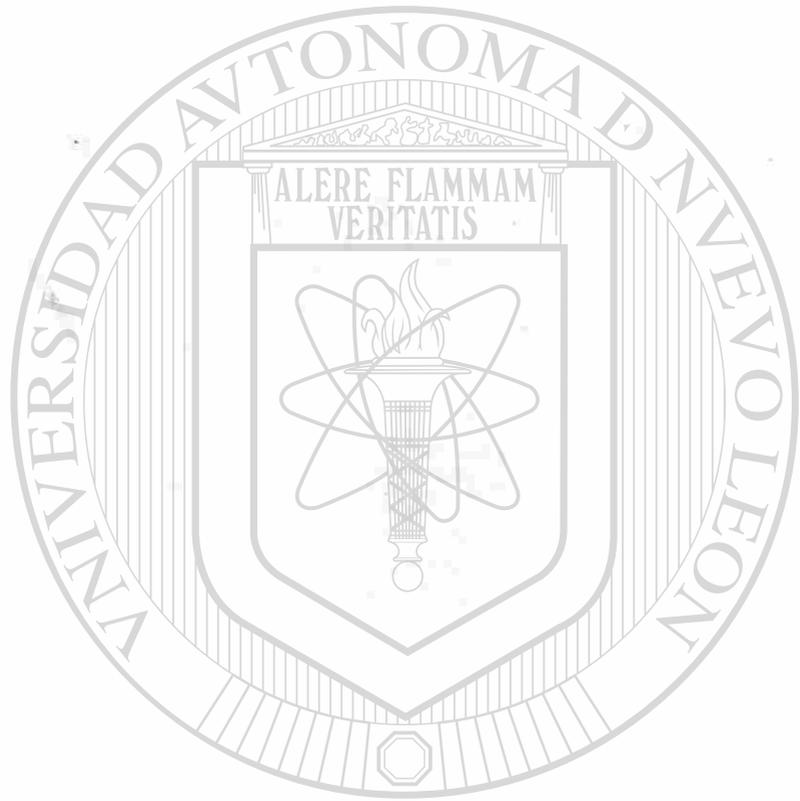


Universidad Autónoma de Nuevo León  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
y Colegio de Criminología





1080118364



U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

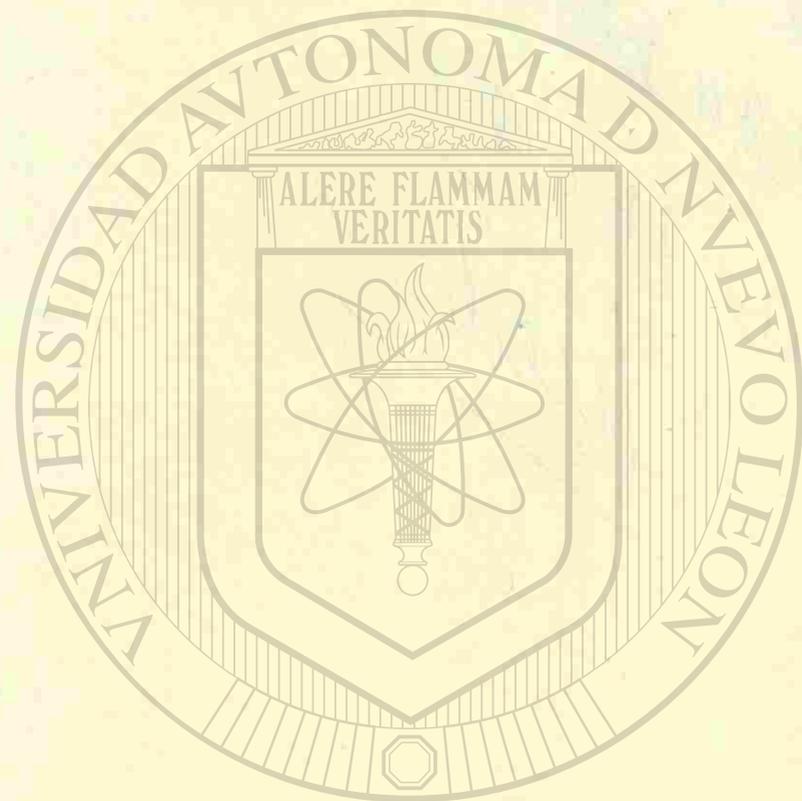
*15/xii/01  
para reafirmar  
y recordado con  
señala aperturas  
muerte*



K559

.M5

2000



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA  
DE NUEVO LEÓN

*Dr. Reyes S. Tamez Guerra*  
Rector

*Dr. Luis J. Galán Wong*  
Secretario General

*Ing. José Antonio González Treviño*  
Secretario Académico

Facultad de Derecho  
y Ciencias Sociales

*Lic. Helio E. Ayala Villarreal*  
Director

UANL

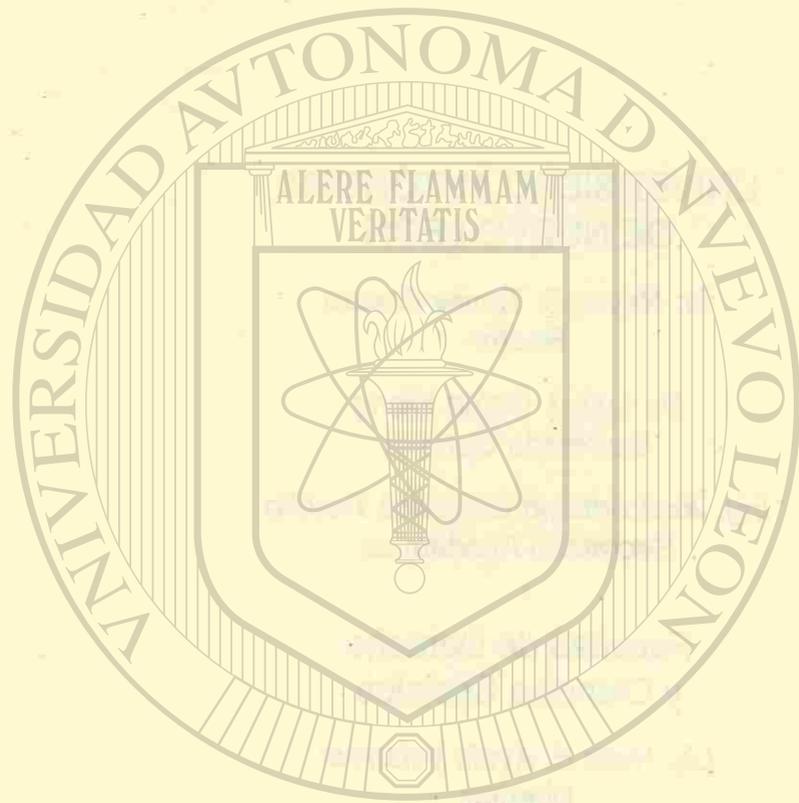
---

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



Universidad Autónoma de Nuevo León  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
y Colegio de Criminología



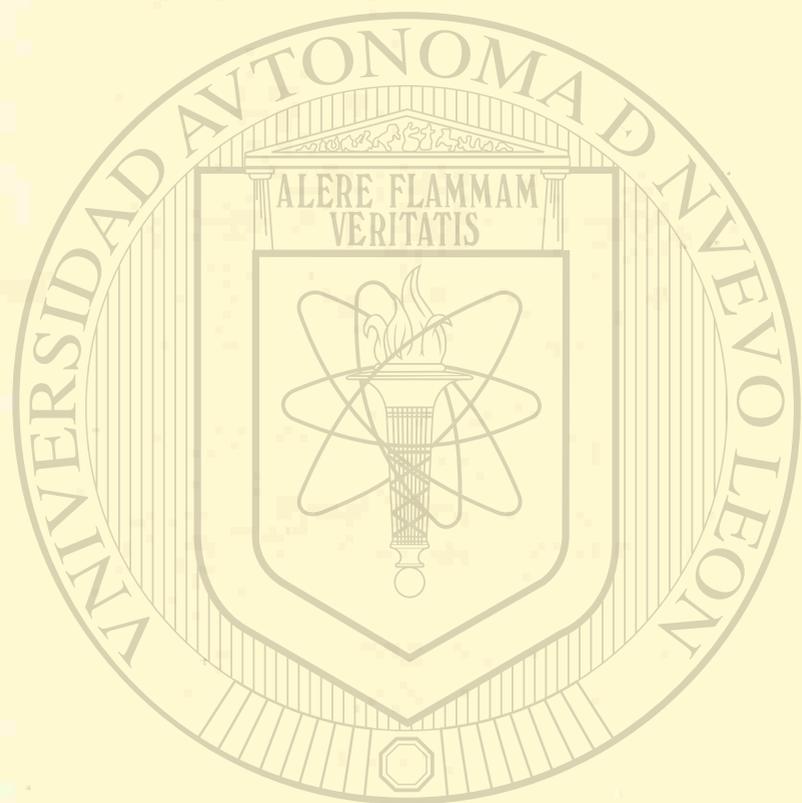
U A N L

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Año 2000





Gustavo A. Mireles Quintanilla

## El Derecho Comparado

Ensayo sobre una reconstrucción histórica  
desde la antigüedad hasta la época contemporánea

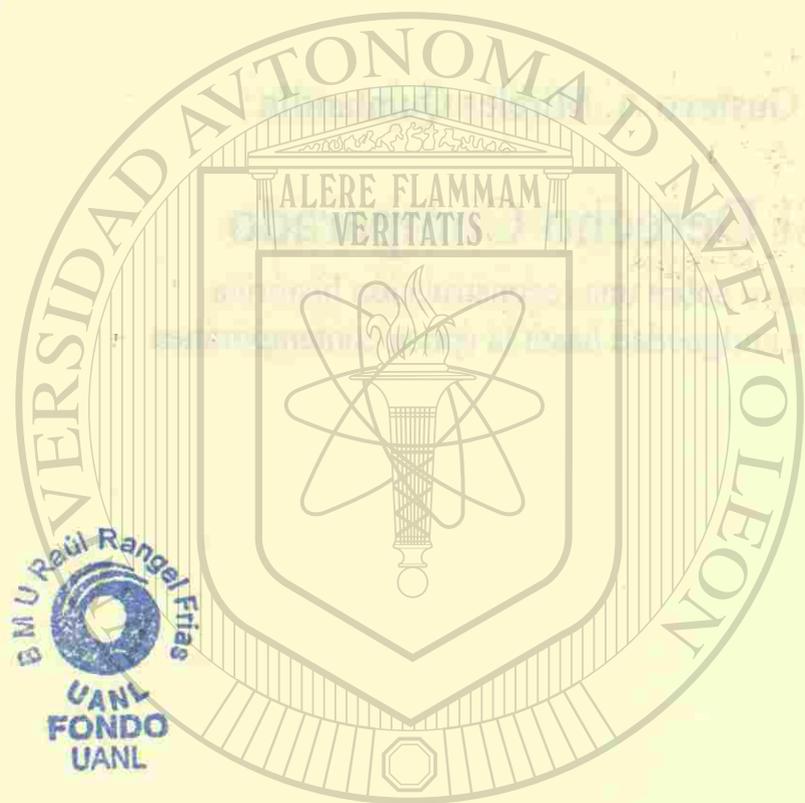
# UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

*Coordinación Editorial:*  
Samuel Flores Longoria

*Diseño de Portada:*  
Rodolfo Leal Herrera

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



Gustavo A. Mireles Quintanilla

*El Derecho Comparado.*

*Ensayo sobre una reconstrucción histórica*

*desde la antigüedad hasta la época contemporánea*

Primera edición: 2000

© Universidad Autónoma de Nuevo León

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

Impreso en Ciudad Universitaria de Nuevo León, México

Printed in Ciudad Universitaria de Nuevo León, Mexico

Gustavo A. Mireles Quintanilla

## El Derecho Comparado

Ensayo sobre una reconstrucción histórica  
desde la antigüedad hasta la época contemporánea

# UANL

## UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

Universidad Autónoma de Nuevo León

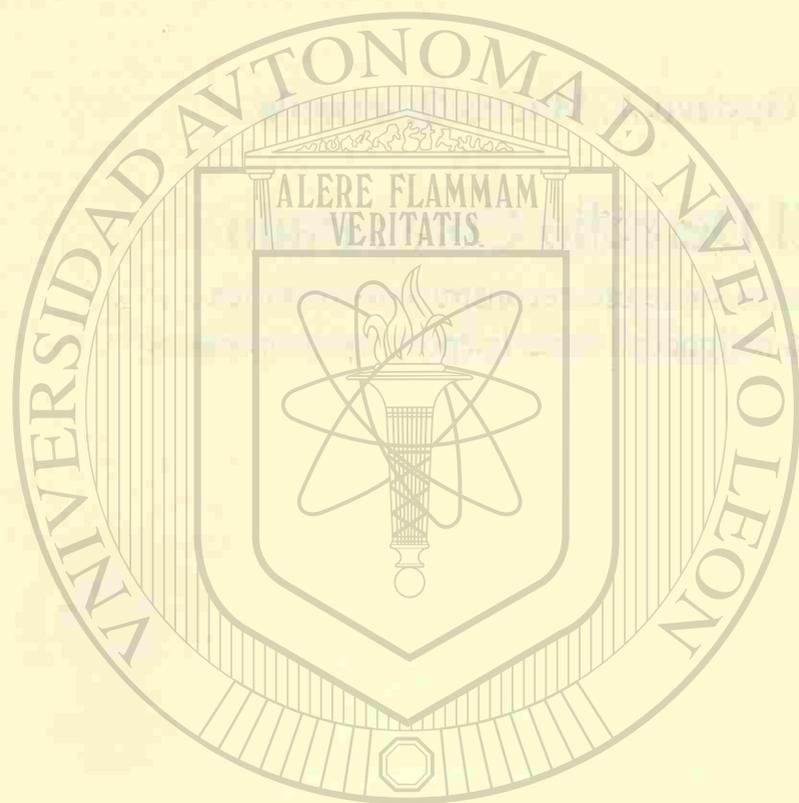
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

y Colegio de Criminología

Año 2000



## DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## El Derecho Comparado en el S. XXI

**E**n un momento de gran trascendencia en el marco de la globalización de los pueblos, el estudio del Derecho Comparado, adquiere relevancia e importancia vitales y su estudio se ha vuelto necesario e imprescindible para el análisis y desarrollo de la sociedad contemporánea.

Es por lo anterior que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología de la UANL decidió publicar la obra de uno de sus maestros: *El Derecho Comparado. Ensayo sobre una reconstrucción Histórica desde la antigüedad hasta la época contemporánea*, escrita por el Dr. Gustavo A. Mireles Quintanilla, con gran fluidez y carácter didáctico.

El Dr. Mireles Quintanilla estudia en el presente trabajo la historia del Derecho Comparado desde sus más antiguas manifestaciones, hasta la época contemporánea. El propósito, como él mismo lo subraya en su "Advertencia", es analizar el estado que en la actualidad guarda esta disciplina y la perspectiva que ofrece.

El propósito es, además de loable, necesario en el desenvolvimiento del desarrollo académico de esta ciencia que surgió en el siglo XIX y tuvo su culminación

en París, en 1900, con el Congreso Internacional de Derecho Comparado.

Desde entonces ésta ciencia ha evolucionado considerablemente y en los momentos actuales, como lo comenta su autor, tiene una perspectiva más amplia, precisa y profunda en cuanto a su objeto, utilidad y métodos de enseñanza e investigación.

Nuestra Facultad está plenamente consciente de que las generaciones de abogados que arribarán al siglo XXI deben entender a la ciencia del Derecho Comparado como una importante rama de las Ciencias Jurídicas, en una época en que su estudio e investigación se ha intensificado por la coexistencia e interrelación que se da a nuestro mundo globalizado entre los diversos derechos y sistemas jurídicos de nuestro tiempo.

Nuestra dependencia tomó como inicio de su reforma académica el feliz 175 aniversario de la impartición de la primera cátedra de Derecho en el Estado, que dio origen, no sólo a la creación de las escuelas y facultades de nuestra máxima Casa de Estudios, sino a todos los centros de enseñanza superior que existen en nuestra Entidad.

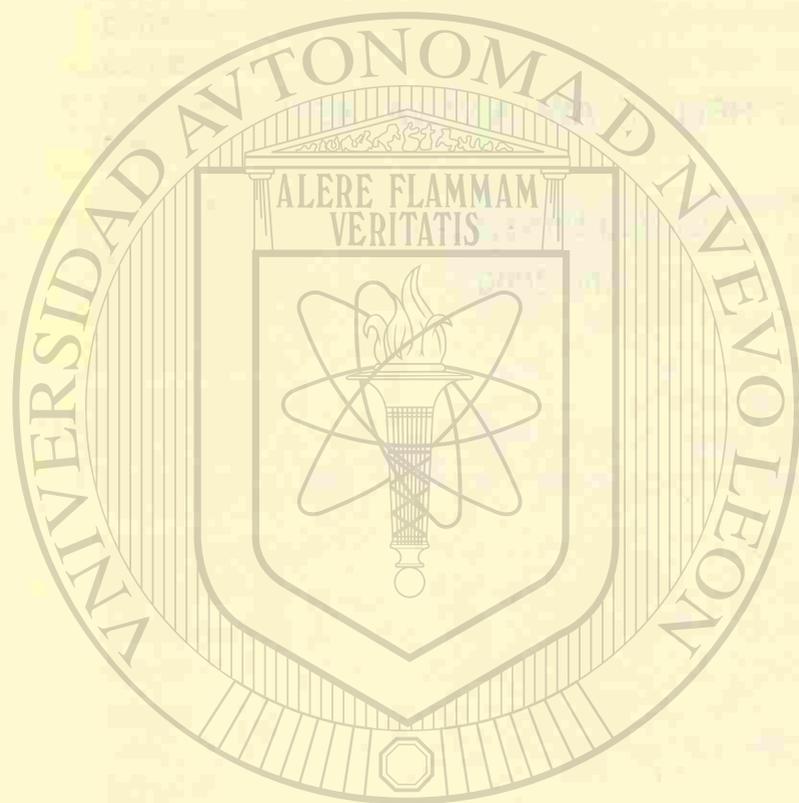
La edición de la presente obra es una fase más de nuestro programa académico. Estamos seguros que la presente y las demás ediciones que ha publicado nuestra Facultad, constituyen un paso más en el cumplimiento de nuestros

propósitos de superación académica, estampados en el proyecto *Derecho Visión 2006*.

LIC. HELIO E. AYALA VILLARREAL

Ciudad Universitaria

Año 2000



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

## Advertencia

**E**n la trama del derecho comparado se entrelazan cuestiones de metodología, dogmática jurídica, filosofía del derecho, historia del derecho y política. El presente trabajo, sin embargo, sólo tiene por objeto tratar el aspecto histórico del derecho comparado.

Se pretende ofrecer un conjunto sistematizado de datos acerca del pasado de la comparación del derecho, desde sus manifestaciones más antiguas hasta la época contemporánea, a propósito de un viejo reto en el ámbito de los estudios del derecho comparado y que es el de su reconstrucción histórica, para ofrecer una respuesta acerca del estado que observa esta disciplina en la actualidad y la perspectiva que ofrece.

Para la mejor interpretación y comprensión de un hecho, en este caso de un hecho de conocimiento, y para estar en mejores posibilidades de delinear su desarrollo futuro, es importante conocer su antecedente histórico. En este sentido, se sabe que al estudiar una ciencia es importante conocer sus orígenes y su evolución, a fin de poder explicarla en su estado actual y, en su caso, determinar si ha llegado el momento de proponer cambios en cuanto a su trato. A esta condición no es ajeno el derecho comparado y esa es la razón por la que se aborda el tema relativo a su reconstrucción histórica, considerando la importancia que actualmente ha venido adquiriendo su enseñanza e investigación en las Facultades de Derecho, ante la necesidad de preparar juristas capacitados para enfrentar adecuadamente un mundo que se ve muy atraído por la

tendencia a la globalización de la economía y en donde ha ganado intensidad la interacción entre los diversos derechos y sistemas jurídicos.

El derecho comparado entendido como una rama del conocimiento jurídico, es relativamente reciente. Surge en el siglo XIX bajo la influencia de las teorías de la evolución y no habrá de encontrar su principal desarrollo, sino hasta el siglo XX, cuando embonan dos importantes corrientes del pensamiento jurídico: la sociología jurídica que entiende el derecho como una ciencia social; y el derecho internacional que lo entiende como una ciencia internacional. El derecho comparado, no ganaría carta de reconocimiento internacional como ciencia, sino hasta el Congreso Internacional de Derecho Comparado que se celebró en París en 1900.

No debe confundirse, sin embargo, el derecho comparado con la comparación del derecho, en cuanto esta última sólo constituye un instrumento de conocimiento jurídico actualmente conocido como "método de comparación jurídica". Henry Levy Ullmann, el memorable profesor de derecho comparado del programa de doctorado de la Universidad de París, en su lección de apertura de curso, hacía remontar la ciencia del derecho comparado a la segunda mitad del siglo XIX, haciendo siempre la distinción entre el derecho comparado y el simple método comparativo, advirtiendo que este último era tan antiguo como la legislación en la historia de la civilización.

La apreciación del profesor Levy Ullmann resulta interesante desde el punto de vista epistemológico y amerita un trato especial. Lo pone de manifiesto el examen de las obras de los grandes filósofos, historiadores y juristas en las que se aborda el tema de la política y el derecho, escritas desde la antigüedad hasta la segunda mitad del siglo XIX. Durante todo este período, la comparación del derecho fue una actividad intelectual cuyo propósito era el conocimiento de normas jurídicas para satisfacer necesidades de la práctica. Su objeto no era el de

determinar la naturaleza, los métodos y la utilidad de la comparación, tal como se le entiende actualmente, sino, simplemente, era el de conocer el derecho extranjero.

Desde tiempos antiguos ha existido interés de parte de estadistas, historiadores y filósofos, por conocer leyes de lugares diversos que hubiesen alcanzado reconocimiento y fama, tales como lo fueron las leyes atenienses en Grecia, que, se sabía, habían recibido la influencia de oriente; así como también lo fue la Ley de las XII Tablas en Roma que se le consideraba inspirada en principios de origen griego.

El conocimiento del derecho extranjero, en la antigüedad, no obedecía a un objetivo científico de investigación comparativa, sino a propósitos de carácter práctico de índole político y estratégico militar para lograr la superación de la sociedad en que se vivía, sustentados en ideales ético-políticos.

No es mucho, sin embargo, lo que se conoce de manera directa acerca del derecho de la antigüedad, no obstante que la historia universal advierte la abundancia de obras legislativas, tales como las de Licurgo, Solón, Dracón y Cicerón. No se dispone de información precisa acerca de cuáles eran los métodos de conocimiento del derecho extranjero y de su parangón con los derechos locales.

El profesor de la Universidad de Viena, Leopoldo Wenger, reconoce los límites de la investigación histórica crítica acerca de los derechos antiguos, debido al propio estado en que se encuentran las fuentes de información histórica-jurídica. Sobre la existencia de constituciones y leyes de las antiguas ciudades-estado y pueblos griegos, sólo se conoce a través de fuentes indirectas que encontramos en el legado literario de los filósofos e historiadores, tales como Homero, Platón, Aristóteles, Polibio y Cicerón.

El ilustre maestro de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México,

Guillermo F. Margadant, advierte que es poco lo que la literatura antigua y la arqueología nos han entregado de tales obras legislativas y que sólo, excepcionalmente, se han podido encontrar fuentes concretas de derecho griego. De ahí, entonces, que sean las fuentes indirectas las que, generalmente, puedan aprovecharse, tales como los discursos forenses, las narraciones de los historiadores, las obras de teatro y los legados de los filósofos.

El conocimiento acerca de las fuentes jurídicas referidas en esas obras tiene la ventaja de que es directo, en cuanto que su autor conoce la fuente original. En los trabajos acerca del derecho de la antigua Grecia y del Antiguo Egipto que se realizan por los comparatistas contemporáneos, no se encuentran, sin embargo, citas de fuentes directas como leyes o constituciones de esos pueblos, sino simple referencia a las mismas atendiendo a los datos que se han encontrado en papiros egipcios, así como en las obras de los filósofos e historiadores griegos y romanos.

De la comparación del derecho que se realiza en la época medioeval, sin embargo, sí se puede tener conocimiento directo de las fuentes de derecho local y derecho extranjero que se citan en las obras de contenido filosófico, histórico y aún meramente jurídico escritas durante la misma. La investigación histórica de los derechos germánicos ante la recepción del derecho romano efectuada a partir del siglo VI, d. de J.C., se lleva a cabo con el conocimiento directo de las leyes y la tradición de los países receptores de la Europa occidental.

No habría de ser, sin embargo, sino hasta la segunda mitad del siglo XIX que la comparación jurídica pasó a ser considerada como una ciencia denominada "ciencia de la legislación comparada", y no habría de ser, sino hasta los albores del siglo XX que se aceptaría la existencia de una "ciencia del derecho comparado", tal como se le entiende actualmente gozando de una perspectiva más amplia, profunda

y precisa, en cuanto a su objeto, utilidad y métodos de enseñanza e investigación.

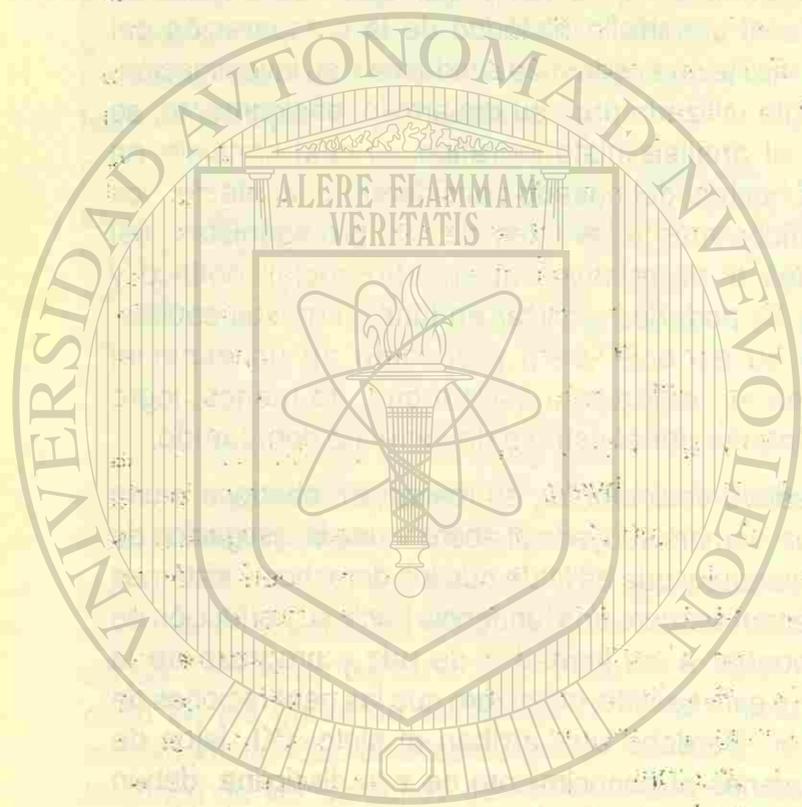
El presente trabajo es de carácter epistemológico y tiene un propósito académico específico y que es el de ofrecer un estudio sobre el desarrollo histórico de la comparación del derecho que facilite su enseñanza e induzca a su investigación. La metodología utilizada para su desarrollo, básicamente, se sustenta en el análisis historiográfico, el cual consiste en examinar los hechos del pasado considerando, al efecto, los datos biográficos más relevantes de sus protagonistas, así como aquellos otros relativos al entorno social, político y cultural, a fin de poderlos explicar en función de sus causas. Modesto en su especie, pero precedido de un especial entusiasmo en su realización, espero que, de menos, logre despertar el interés por el estudio del derecho comparado.

Asimismo, *caetera desiderantur*, su realización obedece a una convicción que siempre subyace al abordar una investigación de derecho comparado y que es la de que los derechos y sistemas jurídicos observan siempre una tendencia hacia su perfección en aras de responder a los llamados de paz y progreso de la humanidad. En este sentido, considero que las generaciones de estudiantes de Derecho que arriban al siglo XXI, lejos de mantenerse ajenas al conocimiento de esa disciplina, deben entenderla como una rama importante de las ciencias jurídicas, en una época en que la intensidad en la comunicación entre esos derechos y sistemas se ha incrementado considerablemente.

Agradezco el apoyo recibido de parte del Director de la Facultad de Derecho, Lic. Helio E. Ayala Villarreal, así como del Rector de la Universidad Autónoma de Nuevo León, Dr. Reyes S. Tamez Guerra, al autorizar el convenio de trabajo académico correspondiente.

Enero del año 2000

Dr. Gustavo A. Mireles Quintanilla



Primera Parte

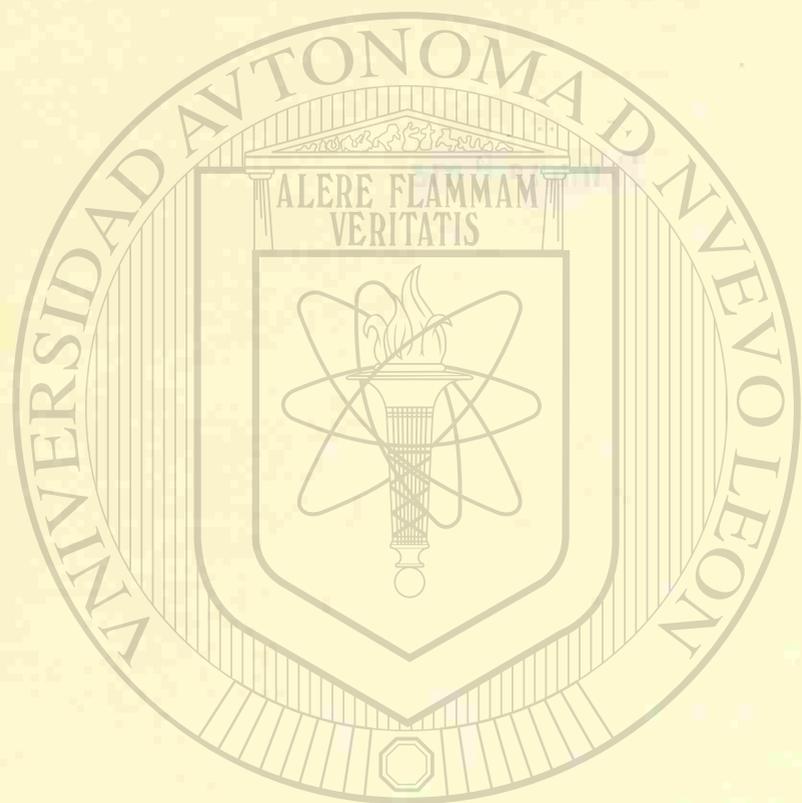
# UANI

---

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





UNIVERSIDAD AUTÓNOMA

DIRECCIÓN GENERAL DE

Época Antigua.

### Observación de las Constituciones y Leyes Extranjeras

**E**l origen de la comparación del derecho se remontan a la antigüedad griega y romana. En Grecia, se pueden encontrar estadistas como Licurgo en Esparta y Solón en Atenas que realizaban viajes a diversas ciudades importantes del mundo antiguo donde habrían de conocer su legislación. Por su parte, estos dos estadistas, con experiencia y sabiduría habrían de dar a esas ciudades las dos mejores legislaciones de la época que, por lo mismo, lograron fama y reconocimiento en el mundo antiguo.

En las obras literarias de los filósofos como Platón y Aristóteles, especialmente en diálogo de "Las Leyes" del primero y en el de "La Política" del segundo, se contienen diversos pasajes en los que se pone de manifiesto su conocimiento sobre constituciones y leyes de Grecia y de otros pueblos de la antigüedad, producto de la observación directa de la fuente jurídica y de su aplicación.

En Roma no era desconocida la comparación del derecho. Los decenviros romanos que formularon la Ley de las XII Tablas hubieron de conocer leyes extranjeras, especialmente, leyes de los griegos. Cicerón, en sus obras de "La República" y las "Leyes", no pocas veces invoca las obras de Platón y Aristóteles, citando pasajes donde se hace alusión a diversas constituciones con comentarios sobre su trascendencia, lo cual le permite formular consideraciones en parangón con la

constitución romana que consideraba como una constitución ejemplar. Anteriormente a Cicerón, el historiador Polibio de Megalópolis, en su obra "Historia universal en la época de la república romana", se refiere en términos comparativos a las constituciones de Roma anteriores a la República.

Los jurisconsultos romanos practicaban, francamente, la comparación jurídica en el camino que hubieron de recorrer hasta llegar al *Jus Gentium*. Se sabe que el derecho romano lo comparaban con los "derechos peregrini", es decir, los derechos extranjeros, y que los resultados de estas tareas dieron lugar al surgimiento del "derecho de gentes" que con el tiempo llegó a ser considerado como el derecho común de los pueblos del mediterráneo. Charles Bouchard, profesor de la Universidad de Lyon, al referirse a esta cuestión, de manera específica ha señalado:<sup>1</sup> "Las Institutas de Galo, por ejemplo, comparan la patria potestad (1.55) y la propiedad (2.40) en Derecho romano y en Derecho extranjero. Los pretores investidos de la magistratura judicial habían sido generalmente cuestores en las provincias, donde ellos tuvieron oportunidad de estudiar en el propio lugar las instituciones extranjeras, y de compararlas con las instituciones romana."

Enseguida me refiero con detenimiento a esas primeras manifestaciones históricas de comparación del derecho, en las que se puede encontrar que desde la época antigua se pensaba en la importancia que revestía el derecho para la vida social y que el derecho no es estático, sino susceptible de adecuación en aras de su propia uniformidad y perfección.

1.- PLATÓN.- Nace en Atenas hacia el año 428 a. de J.C. y ha sido reconocido como uno de los más grandes filósofos de la antigüedad, siendo su época probable de muerte la del año

<sup>1</sup> Bouchard, CH., en su monografía intitulada: "Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé", publicada en *Introduction à l'Etude du Droit Comparé*, compendio de estudios dirigido por Pierre Garraud, en honor de Eduard Lambert, LGDJ, París, 1938, p. 302.

347 a. de J.C. Tempranamente, se dedica a las artes con predilección por el teatro. Conoce a Sócrates y a sus veintiún años (año 409 - 408) lo encontramos entre los que formaban parte del círculo de los seguidores del maestro.<sup>2</sup>

A la muerte de Sócrates, en unión con sus discípulos, tuvo que refugiarse en Megara. Su afán por ilustrarse, sin embargo, lo llevó a viajar por diversas partes de Grecia, habiendo estado también en Egipto y en Italia. Hacia el año 387 funda en Atenas el centro de estudios conocido como "La Academia". Su paso por ésta y sus viajes le permitieron profundizar en el estudio de la historia, la vida y el derecho de diversas ciudades-estado y pueblos de la antigüedad.

Platón vive en una época de la historia de la Grecia Antigua que se conoce como la del gobierno de los Treinta Tiranos, la cual, se sabe, fue una época en la que la grandeza de Atenas llega a su culminación. La ciudad se encontraba en decadencia en razón de las luchas políticas intestinas y, por otra parte, se veía amenazada continuamente en lo exterior por su rival: Esparta. Estas circunstancias y la condena demagógica de que fue víctima Sócrates a beber la cicuta - en cuyo juicio fue rechazado por el auditorio al salir en su defensa- frustraron sus esperanzas de participar en política. No obstante, esta misma circunstancia influye en Platón de manera decisiva para que se diera a la tarea de conocer y escribir sobre la legislación de las ciudades.

Ajeno a los asuntos políticos, aborda con especial interés el estudio de constituciones y leyes de la antigüedad en dos obras escritas bajo la forma de diálogo: "La República" y "Las Leyes". La primera la escribe siendo muy joven y sintiéndose libre para especular en aras de la perfección, plasmando en ella lo que denomina "la ciudad perfecta", y la segunda la escribe en la época de su vejez en plena madurez como filósofo formulando

<sup>2</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, T. 45, Espasa Calpe, S. A., Madrid, 1992, p. 601

consideraciones generales acerca de una ciudad semi-perfecta o semi-ideal. Esta última, sin embargo, es la más rica en datos sobre legislación de la antigüedad, y es de la que nos vamos a ocupar tratando de poner de relieve que Platón se aplicó a un quehacer muy interesante tratando de impulsar la creación de una ciudad-estado nueva basándose en la observación de diversas constituciones y leyes y en la reflexión comparativa de las mismas.

Al reparar sobre el contenido de la obra "Las Leyes", de Platón se ha dicho lo siguiente: "Sus Leyes no son las de su República. Observando las diferentes constituciones de los Estados de la Grecia, especialmente las de Creta y Lacedemonia, se propuso investigar el fin de la legislación y los medios necesarios para alcanzar este fin. Su trabajo ha sido considerado como una recopilación de consideraciones generales y miras prácticas acerca de la economía de una sociedad."<sup>3</sup> Cabe añadir, sin embargo, que lo que Platón busca a través de Las Leyes, es poner de manifiesto que la virtud y la cultura del gobernante resultan factor determinante del progreso de una sociedad.

Las constituciones y leyes que de manera general ocupan la atención de Platón en el diálogo de "Las Leyes", son las de las ciudades de Atenas, Esparta, Lacedemonia, Creta, Megara, Tesalia, Atica, Cartago, Siracusa, Maratón, Argos, Mesenia, Troya, Ilión, Salamina, Egina, Peloponeso, Gortina, Chipre, y Heraclea.

Asimismo, en su obra "Las Leyes", Platón muestra especial interés por las características que distinguen las leyes y costumbres de los pueblos escitas, celtas, locrios, turienses, dorios, y bárbaros. No pasa desapercibido, sin embargo, el progreso logrado en legislación debido al talento y experiencia de estadistas tan prominentes como lo fueron Licurgo y Solón.

<sup>3</sup> Prefacio a la obra de Cicerón, Tratado de las Leyes, E. Porrúa, "S. Cuantos", Núm. 234, México, 1991

En la conversación de los dos personajes protagonistas del diálogo, "Ateniense" y "Clintias", Platón imagina una ciudad humana que lograría mantenerse en el tiempo, no obstante las muchas fuerzas decadentes que actuaran sobre la misma.<sup>4</sup> Asimismo, preguntándose por las causas del esplendor de unas ciudades- estado la decadencia de otras, Platón busca la respuesta en la experiencia histórica y logra establecer que tales diferencias se deben a la calidad de las leyes. Así, por ejemplo, ve en Esparta un caso de ciudad cuya fortaleza se debe a su legislación basada en la división de poderes, y en Lacedemonia advierte el caso de una ciudad con constitución y leyes que habían logrado conservarse por mucho tiempo, en comparación con las de las ciudades de Argos y Mesenia donde duraban poco.

Para Platón era muy importante la educación del ciudadano por su trascendencia al progreso de la ciudad, preconizando que el legislador debía hacer leyes cuidando de que reinase la sabiduría en el Estado, por lo que además de orientarse hacia el logro de la concordia y la libertad, las leyes deben estar encaminadas hacia el logro de la cultura. De esta guisa, no abandona en, "Las Leyes", la idea abordada en su obra de "La República", en el sentido de que los filósofos lleguen a ser los preceptores o gobernantes de las ciudades-estado, apuntando que la conversión de éstos en filósofos, es lo que podría conducir a poner remedio a los males que aquejan a la humanidad.

1.1.- Leyes diferentes. Utilidad de conocerlas.- Consideraba, Platón, a la legislación como uno de los elementos más favorables a la civilización, en tanto que ésta permitiría hacer de los ciudadanos hombres virtuosos. Advierte en su diálogo, sin embargo, que la naturaleza hace diferentes a los hombres y que, es por eso, que tienen leyes diferentes, siendo así

<sup>4</sup> Platón, Las Leyes, Editorial Porrúa, "S. Cuantos", Num 139, México, 1991, p. 1

importante el conocer la relación entre la naturaleza y los hombres de un lugar determinado para poder explicar mejor sus leyes, mencionando por caso que el carácter de los individuos de lugares calurosos es diferente al de los individuos de lugares fríos o templados.

Pone de relieve la necesidad que tiene el legislador de actuar con cautela considerando esas diferencias, al advertir que son éstas las que, en principio, originan constituciones diferentes. De esa índole, en su diálogo se refiere a la fundación de una colonia nueva por los cretenses, así como a la conveniencia de que las ciudades ya existentes "entren en el cause de la civilización", mediante mejores leyes. Precisamente, en el Libro V del diálogo aparece que "Ateniense", viendo el encargo que su interlocutor, Clintias, tenía de fundar una colonia, le dice lo siguiente: "Un buen legislador tendrá en cuenta en sus leyes estas diferencias, después de haberlas observado y reconocido en cuanto es dado al hombre poder reconocerlas"<sup>5</sup>

Antes, sin embargo, en el Libro III, reconoce Platón la utilidad de conocer las leyes, tanto las propias como las de los extranjeros para seleccionar aquellas que más convengan para establecer una colonia nueva. Es así que "Clintias" se refiere a que corre de su cargo fundar una colonia, y mostrándose satisfecho de su conversación con el "Ateniense" acerca de los gobiernos y la mejor regla de conducta para los ciudadanos, observa lo siguiente: "Sabed, pues, que la mayor parte de la nación cretense tiene intención de fundar una colonia; los cnosianos están encargados de dirigir esta empresa, y la ciudad de Cnosa se ha fijado en mí y en otros nueve. Tenemos el encargo de escoger de entre nuestras leyes las que más nos satisfagan y la de recurrir a las de los extranjeros, sin reparar en que sean o no extranjeras, con tal que las juzguemos mejores que las nuestras."<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Ibid., p. 105

<sup>6</sup> Ibid., p. 72

Platón, sin embargo, consideraba que la tarea de establecer mejores leyes era delicada. Así lo reconoce al referirse al cuidado que debe tener el legislador de las ciudades-estado existentes, señalando que las leyes deben modificarse, en todo caso, a través de cambios mínimos, sobre todo tratándose de materias que atañen a la propiedad y a las deudas. En este sentido aparece que "Ateniense" aconseja a "Clintias" lo siguiente: "Todo Estado, que se ve precisado a dar leyes sobre esta materia, se encuentra en la imposibilidad de dejar intacto ninguno de los antiguos reglamentos, y, al mismo tiempo, en la imposibilidad de tocar a ellos en cierto modo; de manera que todo se reduce, por decirlo así, a deseos de hacer y hay que limitarse a pequeños cambios caminando despacio y con infinitas precauciones".

1.2.- Observación de las constituciones y las leyes. Método deductivo de conocimiento.- En "Las Leyes" los interlocutores o personajes son testigos de hechos y situaciones entre los que se encuentra las realidades de las constituciones y las leyes de su ciudad y, al utilizar este método, Platón parte de la idea de que conociendo bien esas realidades, tanto en su contenido como en las causas que las originan, explica su propia calidad y, por ende, su duración. El estudio profundo de las leyes ha de responder a su idea de conocer las mismas para encontrar aquellas que se caracterizan por su perfección y que llevan a la prosperidad a los Estados, y es así que en el Libro I, se encuentra que "Ateniense" dice: Veo, extranjero, que has hecho un estudio profundo de las leyes de tu país. A mi juicio no consideras que un Estado está perfectamente ordenado, sino cuando su constitución le da sobre los demás Estados una marcada superioridad en la guerra."

Al observar la legislación de las ciudades Estado, Platón, no sólo repara en el contenido de las leyes, sino también en su formato. Considera importante que las leyes estuviesen anteceditas de un "preámbulo" en el que se mencionase las

razones y la sabiduría de la misma.<sup>7</sup> Cicerón considera que esta idea la había tomado el maestro, de Zaleuco, que había sido un legislador de los locrios y de Corandas y legislador de los turienses.<sup>8</sup> Asimismo, Platón advierte que en las leyes pueden utilizarse dos modelos a fin de hacerse cumplir: el modelo sencillo que consistía en valerse de la persuasión en las disposiciones, y el modelo doble en el que, además de la persuasión, se empleaba la intimidación al establecerse conductas forzosas y castigos en caso de desobediencia, aun tratándose de actos como el matrimonio.

Encuentra en la investigación un medio que permite observar mejor las leyes y proponer aquellas que se estimen las más idóneas, pues para esto distingue entre poner leyes y proponerlas. Lo primero es lo que hace el legislador que sobre la marcha dicta leyes porque así se lo exige la premura, y lo segundo es lo que debe hacerse con toda holgura empezando por seleccionar el material que más convenga y luego utilizarlo colocándolo de manera natural, y con toda libertad para irse fijando en lo que va de mejor o, bien, de necesario. De esta índole, aclara que el legislador no es el único a quien pertenece la cualidad de escribir sobre lo bueno y lo justo, ya que ha habido en la historia quienes, sin ser legisladores, han escrito para la posteridad acerca de los deberes de la vida humana y la mejor manera de vivir como lo son los prosistas y los poetas, citando por caso, a Homero.

Reconociendo la importancia de la ley para la ciudad y siendo partidario de la idea socrática de que era preferible soportar la injusticia que desobedecerla, se da a la tarea de investigar las posibilidades de una constitución y de leyes que resultasen las idóneas para la nueva ciudad Cnosas. De esta guisa, se advierte que en el diálogo "Las Leyes" se vale de la

<sup>7</sup> *Ibíd.*, p. 185 y 186

<sup>8</sup> Cicerón, en el Prefacio de su obra: "Tratado de las Leyes", Ed. Porrúa, col., S. Cuantos, México, 1991, p. 83

comparación, sobre todo de la constitución y las leyes de dos ciudades que él considera importantes: Lacedemonia y Creta, para aprovechar lo bueno de las mismas, no obstante que se trataba de Estados diferentes, tanto en su forma de gobierno como en sus costumbres.

1.3.- Diferente espíritu de las leyes. Perfección de la ciudad - estado (polis).- En el Libro XII del diálogo describe la nueva colonia a fundar por los cretenses como una nueva república o ciudad-estado (polis), asumiendo que es importante para la misma que sus hombres "conozcan las leyes extranjeras". Advierte la importancia de conocer a fondo éstas para la perfección de la ciudad, pero al referirse a esta parte de la vida de la misma, consideraba que esto no sería posible si no se dieran dos circunstancias: una primera que concierne a la necesidad de que se permitiese a ciertos hombres de la ciudad que viajasen por los demás países en calidad de observadores para conocer sus leyes como si fuesen heraldos, y, una segunda, sin la cual no se daría correctamente aquélla y que era la de elegir entre esos hombres a los más virtuosos, lo cual se haría, especialmente, en épocas en que las ciudades se organizaban juegos, tal como podía ser el caso de Olimpia.

Entre los hombres que debería de tener esa calidad de observadores estarían aquellos que se considerasen aptos para esa tarea por los "guardadores de las leyes" (así se le denominaba a los magistrados encargados de la justicia que debían preservar la integridad de la constitución de una ciudad - estado). De esa guisa, señala Platón que los enviados deberían ser incorruptible en su tarea y con capacidad de conocer el espíritu de las leyes extranjeras. La necesidad de conocer lo extranjero lo explica como "un efecto natural del comercio" entre los habitantes de las diferentes ciudades que, por las mismas relaciones con extranjeros, propiciaba la introducción en las ciudades de diversas costumbres; respecto a lo cual, sin embargo, consideraba que debía tenerse cuidado,

sobre todo cuando en la ciudad se tenían leyes sabias cuya integridad había que preservar.<sup>9</sup>

En ese mismo Libro XII, aparece que "Ateniense" dice: "Y si alguno de los ciudadanos tiene deseo de ir a estudiar más despacio lo que pasa entre los demás hombres, que ninguna ley se los impida; porque jamás nuestra república podrá llegar al verdadero punto de perfección, de cultura, y virtud, si por no tener relación con los extranjeros, carece de todo el conocimiento de lo que hay de malo y de bueno entre ellos, ni podrá observar fielmente las leyes, si se atiende sólo al uso y a la práctica de ellas, sin penetrar bien en su espíritu. No es posible que nuestra república sea nunca perfecta si no se hacen estas observaciones y estas indagaciones, o si se hacen mal."

Platón utiliza el método dialéctico introducido por Sócrates, el cual consiste en reflexionar sobre un tema, utilizando la conversación o diálogo entre dos o más interlocutores, mediante la enunciación de un problema (incógnita o pregunta) y el seguimiento de preguntas y respuestas tratando de encontrar la verdad acerca del mismo. En "Las Leyes" la conversación se lleva a cabo a propósito de una investigación que tiene como punto de partida un enunciado que va siendo examinado en sus diversos elementos mediante oposiciones que, paso a paso, llevan a conclusiones que dramáticamente, o lo confirman o lo contradicen.

1.4.- Similitudes y diferencias entre las leyes.- Encuentra Platón que las leyes de las diversas ciudades-estado, por lo general, regulan aspectos como la preparación para la guerra, la propiedad, el matrimonio, la educación, destacando las ventajas e inconvenientes que observan las mismas. Observa similitudes entre las leyes de Creta y Lacedemonia que, considerándolas como obra de Licurgo y Minos, respectivamente, principalmente se preocupan de lo correspondiente a la guerra, citando por

<sup>9</sup> Platón, op. cit., pp. 253 y 254

caso que ambas prohíben a los jóvenes el uso de las diversiones y de los placeres más vivos, salvo que se tratase de banquetes y respetando las reglas prescritas, en lo cual advierte también similitud con la legislación de Esparta. Considera diferente, sin embargo, la legislación de Cartago en cuanto advierte que esta prohíbe, totalmente, a los jóvenes beber vino en tiempo de guerra durante la cual los obliga a sólo beber agua, pronunciándose a favor de esta última porque no permite el uso indiscriminado de banquetes para beber vino.

Asimismo, apunta diferencias entre la ley en Egipto y las leyes de otras ciudades, en cuanto que en ese país se exige que los niños, a la par que aprenden las primeras letras, aprendan las ciencias de la naturaleza. Acerca ley de Creta, observa que a diferencia de la ley de Lacedemonia, permite la comida en común, y que la ley en Atenas prescribe que la distribución de víveres se haga de una manera conveniente y que las comidas no debe hacerse con el afán de ganar dinero. De la ley de esta ciudad advierte, también, que reconoce como ciudadano al hijo repudiado por el padre, lo cual no se previene en las leyes de otras ciudades.

Encuentra, Platón, sin embargo, semejanzas entre la legislación de Lacedemonia y las de Argos y Mesenia, en lo que concierne a reglas sobre distribución de la tierra y el perdón de deudas. También señala semejanzas entre las leyes de Persia y Lacedemonia, en cuanto que ambas regulan rigurosamente las distinciones entre particulares en razón de su diferencias de empleo y su educación, principiando por las que debían darse entre el rey y los particulares, explicando las bondades de esas reglas a la obra legislativa de Darío y Licurgo que, respectivamente, legislaron en esos Estados, no sin dejar de observar que la circunstancia de haber sido grandes virtuosos, se debió, principalmente, al hecho de no haber sido educados como hijos de rey.

Observa diferencias importantes entre las constituciones de Argos, Mesenia y Lacedemonia, considerando que esta última ciudad se había conservado en su fortaleza mientras aquéllas se encontraban en degeneración, sin poder cumplir con un pacto de solidaridad (Liga entre griegos dorios) entre las mismas, debido a que la forma de constitución en Lacedemonia permite que el rey transfiera parte de su poder absoluto a un consejo de veintiocho ancianos que dice "poseen sabiduría consumada cuyo poder sirve de contrapeso al de los reyes en las materias más importantes"<sup>10</sup> y también porque existían los éforos que eran magistrados que están revestidos de un poder casi semejante al del rey, siendo su función poner freno a la fogosidad del gobierno. Este dato en "Las Leyes", se entiende como una de las primeras exposiciones literarias en la historia de la filosofía política considerando la importancia de la división de poderes en una sociedad política.

Describe Platón en su diálogo la constitución de Persia y la constitución de Atenas como "ampliamente diferentes", señalando que la primera corresponde a la de una forma de gobierno monárquica y la segunda a una forma de gobierno democrática, pero aclarando, sin embargo, que, en su mayoría, las constituciones de las ciudades-estado se entienden como una mezcla de éstas dos formas de gobierno.

No obstante, Platón plantea su propia idea acerca de lo más conveniente para la nueva ciudad de Cnosa, proponiendo leyes cuyo fin sería diametralmente opuesto al de las guerras exterior y que, en todo caso, su tendencia sería la de evitar la guerra intestina que tiende a darse en los Estados y misma que puede ser de peores consecuencias que la guerra externa. Considera que las leyes deben observar en su contenido cinco títulos fundamentales a los que, respectivamente, debe corresponder: al primero, la sabiduría del que gobierna, en tanto que conozca

<sup>10</sup> Ibid., 64 y 65

la ciencia y esté dotado de juicio y armonía según se lo indique la recta razón; al segundo, la nobleza, mediante el cual los de condición inferior deberán someterse a los de condición superior; al tercero, la edad que deriva que los viejos manden y los jóvenes obedezcan; al cuarto, el reconocimiento del derecho de los dueños sobre sus esclavos; y al quinto, la justificación del derecho del más fuerte sobre el más débil.

2.- ARISTÓTELES.- Es originario de Estagira, colonia de Macedonia, en Grecia, y habiendo nacido el año 384 a. de J.C., muere hacia el año 322 a. de J.C. Se traslada a Atenas el año 366 a. de J.C. para terminar su educación superior y es así que asiste a la "Academia" como discípulo de Platón durante veinte años hasta que éste, su ilustre fundador, muere el año 348 a. de J.C.<sup>11</sup> Fue reconocido como discípulo destacado a quien el propio Platón llamaba la "inteligencia de la escuela", habiendo pasado, en corto tiempo, a asociarse con el maestro en las labores de enseñanza. No obstante que entre ambos había diferencias en cuanto a sus ideas, sus relaciones personales nunca se vieron afectadas por ésta circunstancia.

A la muerte del maestro es invitado por su antiguo condiscípulo, Hermias, entonces "tirano" de Assos y Atarneo, a dedicarse a la enseñanza y la investigación en su corte, donde permaneció tres años. Fue, Aristóteles, el maestro de Alejandro de Macedonia hacia el año 342 a. de J.C., quien se sometió a su dirección con respeto, afecto y admiración. Regresa a Atenas, sin embargo, hacia el año 334 a. de J.C. y ahí inaugura su escuela: "El Liceo".

Con todo y que vive una época en que reyes como Filipo y Alejandro de Macedonia tienden a la expansión imperial y en que filósofos como Platón e Isócrates preconizan la idea de la asociación o liga confederativa entre ciudades-estado, Aristóteles se mantiene fiel a su idea de que la comunidad que

<sup>11</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 6, pp. 216 y 217

permite al hombre una vida política mejor, era la ciudad-estado que se caracterizaría por su autárquica, permaneciendo cerrada al exterior con apenas ciertas relaciones comerciales con las demás ciudades, capaz de convertirse en ciudad suprema. En su obra de la "Política", se refiere a la ciudad-estado (polis) como la única estructura política posible, eterna y definitiva que no podría ser rebasada por aquellas otras formas políticas diferentes y que él entendía como resultantes de la misma política imperial de Macedonia. De esto, en esencia, trata su obra que, se sabe, no poca influencia ejerció en el levantamiento ocurrido en Atenas el año 323 cuando el partido antimacedónico de esta ciudad, se pronunció a favor de la liberación y en contra del imperio de Macedonia.

2.1.- Método inductivo de conocimiento.- A diferencia de Platón cuyo método de conocimiento es; preponderantemente, deductivo, mediante razonamientos en los que se parte de una verdad o conocimiento general para luego concluir con la determinación de una verdad particular, el método de conocimiento en Aristóteles es inductivo, en cuanto que observa el objeto para obtener un conocimiento basado en la experiencia. Partía de la observación reiterada y la descripción de realidades para luego formular conclusiones generales. Practica la observación sirviéndose del análisis, el cual consiste en examinar detenidamente las partes de que consta el objeto, a fin de encontrar las diferencias y puntos en común que existen entre las mismas y así establecer la verdad acerca de su relación de conjunto, tratando de identificar el objeto tanto en su género como en su especie.

Según Aristóteles, todo lo que acontece se sucede por necesidad fatal,<sup>12</sup> y, en ese sentido, considera que todos los entes obedecen a un fin (ethos) que está determinado por la inteligencia (logos). Bajo este principio funda la ciencia

<sup>12</sup> Ibidem, p. 221

considerándola como la disciplina encargada del estudio del ente en cuanto tal, entendiendo que la principal característica de éste es la de estar afecto a un fin. Es así que se refiere al hombre como un ser viviente o animal político "zoon politicon" que está dotado de razón para perfeccionarse como virtuoso, pero lo cual, sin embargo, sólo puede lograrlo en la "polis" o ciudad-estado. Considera que el hombre es susceptible de perfección, al realizar valores morales bajo una tendencia natural que lo lleva a la consecución del bien humano.<sup>13</sup>

Explica Aristóteles: "el hombre es por naturaleza un animal político, por lo cual, y aunque no necesitan de ninguna ayuda recíproca, no por ello es menor en los hombres el apetito de convivencia. A esto le empuja también un interés común, en proporción a la parte que cada uno alcanza del bienestar colectivo. Este es en efecto el fin principal. La mayoría de los hombres se apegan a la vida aunque hayan de soportar muchos males, como si en ella hubiese cierta suavidad y dulzura natural."<sup>14</sup> De esa índole, entendía el Estado (ciudad-estado) como la comunidad autosuficiente para la vida perfecta, el cual tiene como fin específico que el hombre alcance su absoluta superación moral e intelectual. Al referirse a la forma de esa comunidad expresaba: "Nuestro propósito es considerar cuál es la forma de asociación que pueda ser entre todas, la mejor, para vivir lo más posible en su ideal de vida".<sup>15</sup>

En Aristóteles, los fines de las cosas, es la cuestión que, principalmente, ocupa su atención, y a lo cual denomina "la última constitución de los entes". Consideraba que la ciencia debería tener por objeto el descubrimiento de las causas finales de los entes, siendo propio de su método el estudio de la constitución de los mismos. De esta guisa, desde el principio

<sup>13</sup> Aristóteles, Política, Ed. Porrúa, col. S Cuantos, México, 1985, p. xvi (N.T. Antonio Gómez Robledo)

<sup>14</sup> Ibid., p. 203

<sup>15</sup> Ibid., p. 173

de la "Política", en el Libro Primero dice que es el método científico el que lo habrá de guiar en su investigación.

Su exposición, en la "Política, ofrece las características de un razonamiento dialéctico (análisis por oposición - síntesis) que se puede describir como sigue: primeramente, determina el objeto de estudio; a esto se le sigue observaciones y opiniones que, frecuentemente, revisten la forma de objeciones; luego, continúa la exposición haciendo el examen de las objeciones; y por último pasa a formular las consideraciones finales sobre la esencia del objeto.

En su investigación, trata de llegar a conclusiones acerca de la "ciudad mejor posible". Principalmente, se vale del análisis y es así que procede a examinar los elementos componentes de que consta la ciudad estado y que entiende como una comunidad política o comunidad suprema, pero reconociendo la existencia en la misma de otras comunidades menores como la familia. Al respecto, expresa lo siguiente: "En efecto, y del mismo modo que en otros campos es menester disolver lo compuesto hasta llegar a sus elementos no compuestos (ya que éstos son las partes más pequeñas del todo), así también habrá que examinar los elementos de que consta la ciudad con lo cual veremos mejor las diferencias recíprocas entre los poderes y las comunidades de que estamos hablando, y si es posible alcanzar conclusiones científicas sobre cada una de las cosas que quedan dichas."<sup>16</sup>

2.2.- Constituciones y leyes diferentes.- Para poder establecer un conocimiento de esos elementos, se dio a la tarea de examinar diversas constituciones y leyes de diversas ciudades. A diferencia de Platón, no se da a la búsqueda de la ciudad ideal o semi-ideal, sino a la de la "ciudad mejor posible". Quienes se han dedicado a estudiar la vida de Aristóteles, no han podido establecer un dato exacto acerca del número de

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 157

ciudades de la antigüedad cuya constitución y leyes hubieron de ser observadas al realizar su obra de "La Política". Se estima, sin embargo, que la cantidad fluctúa entre 158 y 250 ciudades de la antigüedad.<sup>17</sup>

Las constituciones y leyes en las que, principalmente, se detiene al hacer su investigación apuntando sus semejanzas y diferencias, se encuentran las de las siguientes ciudades-estado: Atenas, Esparta, Cartago, Creta, Cime, Mileto, Delfos, Tesalia, Minos Tebas, y Babilonia. Asimismo su obra denota su aplicación a la observación de las leyes y costumbres de pueblos como los persas, los samos, los lesbos, los locrios, los leucos y los libios. Asimismo, su obra de "La Política" revela que tenía un conocimiento profundo de las obras de literatura de Homero, Platón (República y Leyes), Faleas de Calcedonia, Hipodamo de Mileto, Georgias de Leontino, Epidamno, y Diofanto, así como también de las obra legislativa de estadistas de renombre como Pericles, Licurgo, Solón, Efiates, Fidón de Corinto, Dracón, Onomácrita, Zaleuco, Corondas de Catania, y Clístenes, conocimiento sin el cual no hubiera logrado el propósito de su investigación.

Siendo el propósito de su investigación concluir sobre lo que habría de considerarse la ciudad-estado "mejor posible", se vio en la necesidad señalar diferencias entre textos legislativos, haciendo especial énfasis en aquellos elementos constitutivos de la vida en comunidad que consideraba importantes para él logró del fin natural de la ciudad-estado, al que denomina: "bien mayor"<sup>18</sup>. Tales elementos eran la población, el territorio, los recursos naturales, la estructura social, la planificación urbana, la educación, la regulación del matrimonio y la procreación. En "La Política", literalmente se refiere a diferencias en la regulación de la forma de gobierno, tipo de ciudad, ciudadanía,

<sup>17</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 6, p. 218

<sup>18</sup> Aristóteles. op. cit. p. 157

salarios de los jueces, propiedad, nivelación de la propiedad, entrenamiento militar, comidas comunes, embriaguez, familia, adopción, falso testimonio y otros delitos como injurias, homicidios, riña e insultos.

2.3.- Observación comparativa. Similitudes y diferencias entre las constituciones y las leyes.- Consideraba importante, Aristóteles, que el ciudadano fuese un virtuoso en bien de la ciudad. Basándose en la propia realidad de las ciudades-estados, busca una definición acerca de lo que debería ser un ciudadano, llegando a la conclusión de que el verdadero ciudadano era aquel que estaba en aptitud de participar en el gobierno de la ciudad. Es claro, sin embargo, que en este cometido hubo de valerse de la observación comparativa de las constituciones de diversas ciudades, especialmente, las de Atenas, Esparta, y Cartago. Señala, Aristóteles, en su obra: "No hay un término común del ciudadano. Las constituciones difieren específicamente entre sí ..... De aquí, por tanto, que el concepto de ciudadano sea necesariamente diferente en cada forma de gobierno. La definición que hemos dado de ciudadano tiene cabal aplicación en la democracia..."<sup>19</sup>

Asimismo, refiriéndose a los contratos públicos, es a través de la comparación que logra concluir que éstos sólo se entienden como públicos en las ciudades donde sobreviene la democracia y no en donde gobierna un tirano

En el Libro Segundo de la Política, se refiere a las diferencias de régimen de propiedad entre las ciudades, advirtiendo que se trata de un tema de suma importancia para la estabilidad política de las ciudades. Aquí, sus reflexiones sobre diferencias se basan en lo apuntado por Platón en su obra de las Leyes y por Faleas de Calcedonia a quien, a propósito del tema de la propiedad, le reconoce el mérito de haber tratado por primera vez en la historia la cuestión del origen de las revoluciones.

<sup>19</sup> Ibid., p.198

Respecto del tema alude también a la legislación de Solón y a otras leyes de otros pueblos diversos de los de los griegos, en las que encuentra que de común consignan el principio de que ningún individuo puede adueñarse de toda la tierra. De las leyes de Larios dice que hay una ley que prohíbe vender la propiedad salvo en casa de manifiesta desgracia. Explica que hay otras leyes que ordenan la conservación de los lotes originalmente asignados, y que en las ciudades como Leucas donde se abolieron este tipo de leyes, dio origen a constituciones demasiado democráticas.

Asimismo, Aristóteles se refiere en su obra a que existen semejanzas en la legislación de Esparta y Creta, advirtiendo que la Constitución espartana es una imitación de la cretense. Considera que esta circunstancia explica el que el legislador espartano de origen cretense, Licurgo, haya decidido retirarse a Creta al terminar de servir al rey de Esparta, y advierte:<sup>20</sup> "Las instituciones de Creta son análogas a las de Esparta, en ésta son los ilotas quienes trabajan la tierra, en Creta son los periecos y en una y otra parte existen las comidas en común...". Igualmente, se refiere a que en las Constituciones de esas dos ciudades, los "éforos" o magistrados encargados de la justicia en Esparta, corresponden a lo que en Creta se conoce como los "kosmoi", y que los Ancianos en Esparta corresponden a lo que en Creta se denomina el Consejo.

No obstante, apunta algunas diferencias en cuanto a la integración y el funcionamiento de esas instituciones, pero considera como de mejor calidad a las de Esparta. En cuanto a garantía de responsabilidad y de justicia, no considera pertinente que los éforos y los kosmoi, en su designación y su permanencia en el cargo, no existiera regla alguna, advirtiendo que esta circunstancia propiciaba que fuesen fácilmente depuestos por influencia de quienes gozan de poder cuando

<sup>20</sup> Ibid., p. 191

su actuación no convenga a sus intereses. Sobre esta cuestión, refiriéndose a la constitución de Creta, dice en su obra: "Mas lo peor de todo es la suspensión de esta magistratura, a que recurren frecuentemente los miembros de las clases poderosas que no quieren someterse a la justicia, lo cual hace ver que esta constitución por más que tenga elementos republicanos, no es, con todo, una república, sino más bien una dinastía."<sup>21</sup>

Respecto de la Constitución de Cartago, observa que se asemeja en algunos aspectos a la Constitución de Esparta, pero advierte, sin embargo, que resulta singular si se le compara con otras Constituciones. Considera en su obra, Aristóteles, que las instituciones de los cartagineses son excelentes y que la mejor prueba de que es una república bien ordenada, es el hecho de que el pueblo haya sido fiel al orden constitucional y que no haya existido revuelta, ni tampoco tirano. Al referirse a las semejanzas entre las constituciones de esas dos ciudades-estados, apunta que la magistratura de Cartago, de los Ciento Cuatro, corresponde a la de los éforos en Esparta, y que los reyes y el senado de aquella son instituciones semejantes a la de los reyes y ancianos de esta última ciudad.

Destaca, sin embargo, diferencias entre las instituciones de Cartago respecto de las de Esparta, advirtiendo que en aquella ciudad los magistrados son elegidos en atención al mérito y la riqueza, mientras que en Esparta cualquiera puede ser designado éforo, observando que sobre este respecto en Esparta se propende más a la democracia; pero aclara que en cuanto a toma de decisiones por los magistrados, en Cartago se tiende más a seguir el principio democrático, en cuanto que su constitución permite que el rey y los ancianos consideren que ciertos asuntos deben ser referidos al pueblo, no tan sólo para su conocimiento, sino también para que ejerza su poder de decisión final, cosa que no se permite en Esparta y Creta.

<sup>21</sup> Ibid., 192

No obstante, lamenta que en Cartago se considere la riqueza de la persona para designar los magistrados apuntando que esta forma implica una desviación del principio aristocrático, en lo cual no se incurriría si sólo se designasen con base al mérito. Advierte que fue un error del legislador esta desviación, argumentando que es más importante la virtud que la riqueza, en cuanto ésta puede conducir a situaciones indecorosas a las altas magistraturas, en cuanto la misma ambición de que están poseídos los hace que sean venales en el desempeño de su cargo. Dice, el de Estagira, en su obra: ". el que ha comprado su cargo, se acostumbra a sacarle provecho, puesto que lo ejerce para resarcirse de aquellos gastos", y lo cual comenta que estas formas, para colmo influyen en que se vuelva avara toda la ciudad.<sup>22</sup>

También, en cuanto a diferencias entre la constitución de Cartago y las de las otras dos ciudades, observa que en Cartago una misma persona puede ocupar varios cargos públicos y que en las otras no. Considera, sin embargo, que esta forma representa un vicio para el caso de las ciudades que no son pequeñas, estimando que en las ciudades grandes es de mejor gobierno y más democrático distribuir las funciones públicas, en cuanto permite a cada quien hacer lo suyo mejor y más pronto.

Alude, Aristóteles, a la Constitución de Atenas, destacando que es obra legislativa de Solón. Refiriéndose a sus rasgos característicos advierte que es una Constitución que hizo cesar la esclavitud, así como también hizo que se estableciese la "democracia ancestral" que, desde el punto de vista histórico-político, distingue a esa ciudad-estado de otras de la antigüedad, gracias a una combinación de elementos previstos en la propia Constitución, como lo son el carácter oligárquico que debería observar el Consejo del Areópago, el aristocrático

<sup>22</sup> Ibid., 194

de las magistraturas administrativas y el democrático de la designación de los cargos judiciales.<sup>23</sup>

2.4.- Consideraciones finales.- Según Aristóteles, es en la comunidad y sólo en la comunidad que el hombre podía ser un ciudadano virtuoso haciendo el bien, y que esta comunidad no habría de ser otra que la propia ciudad (polis). Explica en "La Política" que la ciudad no era una comunidad de simple vida como sucedía con las agrupaciones de animales distintos del hombre, sino que era una comunidad propia para "la vida mejor". Asimismo considera que esta comunidad para la vida mejor no podía darse mediante la unión de una o más ciudades, sino en una y nada más, en razón de que era la única comunidad que podía garantizar autosuficiencia y perfección.

Por "vida mejor", entendía aquella donde el hombre podía ser recto, siendo hombre recto el que tenía aptitud para no desviarse de lo virtuoso, siendo virtuoso el que se encaminaba a hacer el bien. El hombre recto, sin embargo, debería ser igualitariamente recto, es decir, no hacer el bien por interés propio o de grupo, sino por interés de la ciudad, en consideración al bienestar común de los ciudadanos.<sup>24</sup>

En Aristóteles, la comprobación de la hipótesis no está basada en la especulación, sino en los resultados de su método de investigación positiva. Su idea acerca de la ciudad como comunidad adecuada para una vida mejor, es el resultado de su investigación mediante la observación de una diversidad de constituciones y leyes de ciudades, de leyes sobre extranjeros y de tratados entre ciudades como los que pactaban los tirrenos y los cartagineses. Refiriéndose a las relaciones entre estos pueblos, observa: "Entre ellos hay ciertamente acuerdo sobre importación de productos, pactos de no-agresión

<sup>23</sup> Id.

<sup>24</sup> Ibid., 212

y tratados de alianza; pero no han establecido magistraturas comunes en estas materias, sino que son distintas para cada parte..... "En ese sentido, se advierte que su obra de "La Política", es rica en conclusiones derivadas de la comparación empírica del derecho.<sup>25</sup>

De esa índole, el análisis de la obra revela que Aristóteles tomaba conocimiento directo de las constituciones y leyes que refiere en la misma y que a través de su lógica de identidad y diferenciación establece semejanzas y diferencias entre las constituciones y leyes de numerosas ciudades- estado y pueblos de la antigüedad, poniendo especial énfasis en aquellas que provenían de legisladores famosos, con el propósito de llegar a conclusiones sobre la configuración de la "la ciudad-estado mejor posible", a la cual se refiere en el Libro VII de su obra como aquella que habría de poseer "la constitución mejor", capaz de orientarse a la consumación del ideal de ciudad perfecta o "eudemonía". Pero es claro que su conocimiento de la legislación era directo, normalmente no se basaba en el testimonio de otros, sino que se detenía a conocerlas por sí mismo, directamente. De otra guisa, no se explica como hubiera podido referirse en detalle las diferencias de contenido, forma y orden en la legislación. Cómo explicar que Aristóteles, en ese mismo Libro VII, llegue a referirse a la conformación de la legislación de las ciudades, en estos términos: "Por esta razón, y por más que en la mayoría de las ciudades la legislación en general sea una masa indigesta de preceptos, en aquellas otras donde la legislación apunta a un objeto definido, todas tienen puesta la mira en la dominación."<sup>26</sup>

3.- LEY DE LAS XII TABLAS EN ROMA. INFLUENCIA DEL DERECHO GRIEGO. (449 A DE J.C.) Examinando los relatos de historiadores antiguos como los de Livio, Dionisio y Cicerón, se ha podido determinar que esta ley surgió de la necesidad

<sup>25</sup> Ibid., 206

<sup>26</sup> Ibid., 280

de hacer del conocimiento de la población romana las normas consuetudinarias que se mantenían vigentes, dado el desconocimiento del derecho por parte de los plebeyos, habiéndose aceptado su expedición por los patricios después de diez años de que aquellos estuvieron insistiendo a través de su representante Terentio Arza. Al efecto, se nombró una Comisión que viajó a Grecia para estudiar sus leyes. Ésta regresó a los tres años de haber partido (451 a de J.C.) y asesorados por el jurista griego Hemodoro de Éfeso prepararon un proyecto de ley.<sup>27</sup>

Respecto a la influencia que sobre Roma ejercieron los propios pueblos que mantuvo sojuzgados durante su imperio, refiriéndose a Grecia, Arthur K. Kuhn, de la American Society of International Law, observa:<sup>28</sup> "La ley de las XII tablas fue en gran parte conscientemente obtenida de fuentes griegas. El primer paso hacia su compilación fue el envío de una misión a Grecia y las colonias griegas del sur de Italia, para hacer un reporte sobre el derecho escrito y reunir los materiales"

Primero eran diez tablas, el año 451 a de J.C., las cuales fueron aprobadas por un Decenvirato (diez magistrados legisladores patricios). Posteriormente, se consideró que el trabajo de compilación no había terminado y un segundo Decenvirato integrado ahora por plebeyos, también, aprobó las otras dos tablas. Fue como surgió la Ley de las XII Tablas que se mantuvieron expuestas en el Foro hasta el 387 a. de J.C., año en que fueron quemadas por los bárbaros (galos). Se siguieron conociendo mediante la tradición oral, pues dada la mentalidad tradicionalistas de los romanos, su enseñanza continuó en las escuelas hasta tiempos de Cicerón y, todavía, en el siglo II d.

<sup>27</sup> Bernal, Beatriz y Ledesma, José de Jesús, Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas, Ed. Porrúa, México, 1997, pp. 81 y 82

<sup>28</sup> Kuhn, en su estudio monográfico: "La fonction de la Methode Comparative dans la Histoire et la Philosophie du Droit", publicado en la obra Introduction a l'Etude du Droit Comparé, T. 1, compilación de estudios elaborados en honor a Eduard Lambert, dirigido por Pierre Garraud, LGDJ, Paris, 1938, p. 319.

de J. C. seguían ocupando la atención de los juristas quienes a menudo hacían comentarios acerca de las mismas.<sup>29</sup>

4.- POLIBIO DE MEGALÓPOLIS.- Hacia el año 146 a de J. C., Grecia es dominada por Roma y pasa a ser parte del Imperio Romano. Cinco siglos después, en terrenos de Grecia conocidos como el Bizancio o Constantinopla, se funda la segunda capital del Imperio Romano donde, se sabe, tuvieron su encuentro el derecho griego antiguo y el derecho romano de tradición clásica y en donde hubieron de tener realización un sin número de trabajos de compilación jurídica conocidos como predigestos, tendientes a sistematizar el derecho bizantino de la época, tanto con fines académicos como con propósitos legislativos, mismos que culminaron con la formulación de las dos obras cumbre de la codificación del derecho romano: el Digesto y las Instituciones de Justiniano.<sup>30</sup>

Un precursor prominente del estudio de la historia antigua de griegos y romanos, en época de la República de Roma, lo es Polibio. Nace en Arcadia provincia de Grecia, probablemente, hacia el año 210 a. de J.C.,<sup>31</sup> en donde se dedica a la política y es un devoto del estudio de la historia. Durante la guerra de los romanos (última guerra púnica), en la que trataron de someter a Grecia, se muestra partidario de la neutralidad a favor del partido aristocrático, el cual era combatido por Calícrates y por el partido democrático que bajo cualquier forma buscaban ambos el apoyo de los romanos para hacer sucumbir a sus enemigos políticos.<sup>32</sup> Es así que al quedar sojuzgada por los romanos hacia el año de 146 a de J.C., ya teniendo cuarenta años de edad, pasa en rehenes a Roma donde vivió muchos años. Sin embargo, fue acogido hospitalariamente por

<sup>29</sup> Margadant, Guillermo, Panorama de la Historia Universal del Derecho, M.A. Porrúa, México, 1998, p.104

<sup>30</sup> *Ibid.*, 118

<sup>31</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op cit, T. 45, p. 1304

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 1305

Paulo Emilio Escipión con quien había trabado una buena amistad y quien le encarga la educación de sus hijos.

4.1.- Preconización de la historia universal.- En Italia logra consolidar su proyecto sobre Historia y sus ideas se expanden y adquieren objetividad. Estando en plena madurez de su vida y antecedido por una larga experiencia en asuntos de partido político y de negociación diplomática, así como en asuntos de guerra, Polibio encuentra en Roma inmejorables condiciones para el estudio de la historia universal de su época.<sup>33</sup> Llega a Roma en una época que Cicerón describe como la edad de oro de la República, de equilibrio en el interior e intensa expansión en el exterior, y en donde se vive con refinamiento en las costumbres.<sup>34</sup>

No obstante que no se le ha considerado como un historiador imparcial al escribir varias de sus obras, en lo que respecta, sin embargo, a su obra cumbre "Historia Universal durante la República Romana", se tiene la convicción de que es un trabajo ejemplar que fue realizado con objetividad. Tratadistas de la historia como Méndez Bejarano, opinan que es una obra regeneradora de la historia, en tanto que esta ciencia se había venido tratando con ausencia de libertad.<sup>35</sup> De esta guisa, se ha considerado su obra como un trabajo científico u objetivo, siendo ostensible en la misma el espíritu del filósofo que mediante la historia pretende alcanzar la verdad, en cuyo ámbito no campea el eclecticismo propio de la tendencia estoicista que se da en su época.<sup>36</sup>

La historia escrita por Polibio, ha sido considerada como una obra original que no fue escrita de paso como simple narración

<sup>33</sup> Polibio de Megalópolis, Historia Universal durante la República Romana, Ed. Ibarra, Barcelona, 1968, p. viii ( N.T. Juan Díaz Casamada )

<sup>34</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 45, p. 1305

<sup>35</sup> Polibio, op. cit., p. ix

<sup>36</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 45, p.1306

de hechos, sino como una obra de historia general elaborada con toda la intención de que fuese útil a la posteridad como libro de enseñanza de la política y de la moral, especialmente dirigida a los militares y estadistas. Se ha dicho que la historia que Polibio prefiere es la pragmática, o sea la historia de los hechos políticos que, como tal y en la intención del autor, debe de guiar y adoctrinar a los hombres de Estado.

4.2.- Método de investigación.- Su método de investigación es esencialmente positivo, al partir del principio de que todos los acontecimientos históricos obedecen a ciertas causas y que es el estudio de éstas lo que, precisamente, permite enlazarlos y de esta manera ofrecer una explicación objetiva de los mismos. Entre esas causas distingue aquellas que consideraba como particulares por corresponder a la misma voluntad humana anidada en la conciencia misma de los grandes hombres que han gobernado los pueblos, de aquellas otras que entiende como causas generales porque consideraba que de ellas participaba la totalidad de un pueblo o un grupo considerable de individuos, todo lo cual tenía su decurso en largos períodos.

Consideraba importante el conocimiento de la historia para el estudio del presente y para prever el futuro. Advierte cómo los estadistas famosos como Licurgo conocían muy bien la historia de Lacedemonia, y cómo esta virtud les permitía tomar con suma seguridad decisiones políticas importantes sobre el gobierno de la ciudad, tales como el establecimiento de la República.<sup>37</sup> Le preocupaba, sin embargo, que acerca de Roma no se tuviesen estudios sobre historia, al considerar que su desconocimiento no permitía determinar si la república romana aseguraba para los romanos ciertas ventajas o, si bien, con el tiempo, habría de requerir cambios en su forma de gobierno. De esa índole, refiriéndose a su obra de historia, señala: "Con esta investigación fácilmente se conocerá el establecimiento,

<sup>37</sup> Polibio, op. cit., pp. 110 y 111

progreso, elevación y trastorno que vendría a tener la República Romana ....<sup>38</sup>

4.3.- Análisis de constituciones y leyes. Comparación.- No es difícil encontrar en su obra de historia que para explicar los hechos recurre al parangón de constituciones, leyes y costumbres habidas entre los romanos. En una parte de su obra señala: "En mi opinión, dos son los fundamentos de todo gobierno, las leyes y las costumbres, y de éstas depende la estimación y menosprecio de su fuerza y constitución."<sup>39</sup> Al elaborar su historia de la república romana, en varios de sus pasajes se sirve del estudio comparativo de las constituciones romanas y a la relación de diferencia y semejanza entre éstas y las constituciones griegas que logró conocer en su época, aun mediante la observación directa de su aplicación, especialmente la legislada por Licurgo en Lacedemonia.

Se ha podido establecer que Polibio tuvo conocimiento directo de esos textos legislativos, pues el examen mismo de su obra revela que además de la lectura de los libros de filósofos e historiadores que cita, para alcanzar el conocimiento de los hechos históricos, se valía del análisis de documentos originales fidedignos, así como de la observación directa de los lugares en donde los hechos habían tenido su evento.<sup>40</sup> Recurría a fuentes primarias que localizaba mediante la visita a los archivos, pero no era raro que se sirviese de la información oral como en el caso de las narraciones que obtuvo de la voz de Filopémenes y Escipión, todo lo que realizaba para satisfacer su propósito de origen de corregir la historia romana que hasta la época había sido escrita por otros historiadores. Advertía Polibio que todo hombre, aun siendo el más honrado, tiene afectos a la patria y a los amigos que pueden generar miramientos, pero reconocía, sin embargo, que el historiador

<sup>38</sup> Ibid., 109

<sup>39</sup> Ibid., 138

<sup>40</sup> Ibid., p. viii

tenía que dejar de lado tales sentimientos, pues de lo contrario perdería la imparcialidad y la objetividad que consideraba virtudes importantes para la descripción histórica.<sup>41</sup>

Para conocer los estados, consideraba importante conocer, primero, la constitución natural de los mismos. Observa, Polibio: "Sólo el que conozca la constitución natural de cada estado es el que podrá conocer a fondo sus progresos, su auge, su mutación, su ruina, cuando y cómo sucederá y en que forma se cambiará". Se refiere en su obra de historia a varias constituciones del pasado de Roma y de Grecia cuyo examen comparativo habría de llevarlo a formular conclusiones acerca del poder (potestades) en los estados, formulando por primera vez consideraciones teóricas acerca de sus principales características y la distribución del mismo conforme a ciertas relaciones de contrapeso y colaboración, lo cual lo explica con detalle en el Libro Sexto de su obra, específicamente, en dos de sus capítulos: el capítulo VI "Diversas potestades que forman la República Romana y derechos propios de cada una", y el capítulo VII "Contrapeso y conexión que poseen entre sí las tres potestades que forman la República Romana".

4.4.- Comparación de constituciones y conclusiones de Polibio sobre la división de poderes.- En el primero de esos capítulos, Polibio describe la forma en que se gobernaba por los tres cuerpos de poder que destacan en la historia de Roma, como lo eran el Rey, el Senado y el Pueblo. Advierte que en la época de la República de Roma no era posible distinguir con certeza si el gobierno de la misma era monárquico, aristocrático o democrático, concluyendo que en Roma de lo que se trataba era de un gobierno en el que esos tres cuerpos estaban refundidos, en cuanto sus derechos para gobernar estaban en equilibrio. Tratando de explicar esta situación política, expresa Polibio: ... pues si atendemos a la potestad de los cónsules, se dirá que es absolutamente monárquico y real; si a la

<sup>41</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 45, p. 1306

autoridad del Senado, parecerá aristocrático, y si al poder del pueblo, se juzgará que es Estado popular". Asimismo, se refiere a las facultades propias de esos tres cuerpos de gobierno y de sus apreciaciones se puede inferir que las funciones de los cónsules son ejecutivas y de administración; las del Senado responden a una combinación de tareas propias de la administración y jurisdicción; y las del pueblo a las de legislación pero aun con facultades para decidir sobre asuntos públicos importantes como la guerra y la paz, y sobre aquellos delitos para los que se requería de una corrección pública o, bien, porque la condena era la pena de muerte.

Luego, en el segundo de esos capítulos, apunta Polibio hacia esos tres cuerpos de gobierno como si se tratara de una división de potestades en el de la República Romana, pero donde cada cual de las mismas se puede oponer a la otra o, bien, auxiliarse entre sí, a lo cual le denomina contrapeso y conexión entre las tres potestades. Estas ideas acerca del gobierno de la república romana, constituyen un primer antecedente en la historia de la teoría política de lo que, con el tiempo, habría de convertirse en la teoría de la división de poderes y cuyo principal exponente lo fue Montesquieu, en su obra de *Espíritu de las Leyes*.

Cabe destacar, sin embargo, que su idea acerca de las virtudes políticas de la república romana considerándola como la mejor de las repúblicas, no deviene de por sí de sus estudios históricos, sino del parangón de lo que él denominaba "las constituciones naturales de los estados" que realizaba paralelamente a los mismos. En ese orden señala en su obra: "Tal es el poder que tiene cada una de estas potestades para perjudicarse y ayudarse mutuamente, y todas ellas están bien enlazadas contra cualquier evento, que con dificultad se encontrará república mejor establecida que la romana."<sup>42</sup> De esta guisa, en comparación con la república romana se avoca, Polibio, a la observación, principalmente, de las constituciones

<sup>42</sup> Polibio, op. cit., p. 116

antiguas de Roma, así como aquellas de Grecia que advertía que habían logrado conservarse como tales durante largo tiempo porque preservaban la libertad, apuntando por caso la constitución de Licurgo en Esparta y la de Solón en Atenas. Respecto de la constitución de Cartago observa muchas semejanzas en parangón con la constitución romana, pero advierte que esta circunstancia dura sólo hasta tiempos antes de Aníbal, cuando fue derrotada tras haber desencadenado la guerra contra los romanos.

De esta manera, Polibio distingue entre una constitución superior y una constitución inferior, explicando que una república puede pasar de una de éstas a la otra, sobre lo cual dice que la historia universal demuestra que las sociedades son cíclicas en el tiempo, y que estando a merced de leyes naturales, éstas hacen que una sociedad que logra alcanzar el auge y el progreso, con el paso del tiempo puede convertirse en una sociedad en la ruina y, en consecuencia, su constitución también.

5.5. - CICERÓN.- Marco Tulio Cicerón, filósofo y político romano, nace en Arpinas el 3 de Enero del año 106 a de J. C. Desde muy joven dio muestras de tener vocación por el estudio, combinando la educación literaria con cuestiones de la práctica como lo era el estudio del espíritu de las leyes.<sup>43</sup> Escribe, entre otras obras, en el año 54 a de J.C., "Tratado de la República" y en el de 48 de esa misma era "Tratado de las Leyes", consideradas, actualmente, como obras cumbre dentro de filosofía política de la antigüedad que fueron escritas con posterioridad a las obras de Platón, Aristóteles y Polibio.

Hacia el año 80 a de J.C., se vio obligado a abandonar Roma debido a sus diferencias con el dictador Sila quien utilizaba como táctica de combate proscibir a sus enemigos. Esto le valió estudiar en Atenas donde se refugió, y, más tarde, en

<sup>43</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 13, p. 45

Asia y en Rodas, asistiendo en esta última a las aulas de Posidonio quien era un fiel exponente del estoicismo.

Una vez que hubo de regresar a Roma, con el tiempo fue distinguido con honores políticos por denunciar y perseguir a los traidores de la República como lo fue Catilina, siendo un sagaz defensor de las causas del Senado en contra de la dictadura. Hacia el año 63 a de J.C., desde su cargo de cónsul luchó a favor de los personajes distinguidos de la clase media o clase de los caballeros para que fuesen reconocidos como una clase política que ganaba un espacio entre los senadores y la plebe. Cicerón, sin embargo, dada sus enemistades con César, terminó por alejarse de los asuntos políticos

Fue hasta entonces que se dedicó con más detenimiento a la literatura, escribiendo entre otras obras, las ya antes mencionadas: "Tratado de la República" y "Leyes". La primera, es considerada como la más importante y de la cual los romanos se enorgullecen, llegando a ser considerada obra cuya lectura era preferida, aun sobre las obras de Platón y Aristóteles. La segunda no es tan conocida, pero es la que más nos interesa examinar considerando los objetivos del presente trabajo, porque es en ella en la que es más ostensible el interés de Cicerón por conocer las mejores leyes habidas entre los romanos.

5.1.- Adaptación del pensamiento griego al romano. Búsqueda del modelo político. No obstante su gran erudición, Cicerón, no ha sido reconocido como un escritor original, sino, más bien, como buen imitador de Platón y Aristóteles que utiliza como estilo literario el diálogo y le da continuidad a sus ideas. Sus obras, sin embargo, denotan un gran talento para la adaptación y es esta aptitud la que le ha hecho ganar reconocimiento. Del de Arpinas se ha dicho: "poseía el don de poder hermohear todo cuanto llegaba a ser de su dominio intelectual".<sup>44</sup>

<sup>44</sup> Ibid., p. 45

Se sabe que la educación que recibió lo predispuso para venerar las obras de los grandes filósofos del pasado en las que el autor se daba a la búsqueda de modelos de sociedad y argumentaba a favor de las instituciones presentes, en todo lo que de bueno tenían, anidando siempre en su conciencia un gran respeto por aquellos principios que él consideraba indispensables para que una sociedad perdurase como forma suprema de vida. De esta guisa, desde muy temprano se interesó en el perfil de una sociedad humana modelo, en la que los hombres pudiesen poner en práctica tales principios. A diferencia de Platón y Aristóteles, no recurre a modelos imaginarios, sino a modelos reales, postulando en sus conclusiones la idea de que era la Roma republicana e imperial de su época una sociedad propicia para modelo real. Consideraba que Roma ofrecía el campo adecuado para la consecución de un modelo real, sociedad que consideraba apta para responder favorablemente a su pretensión de ponerse en práctica sus ideales. Así lo afirmaba porque sabía que otro Estado diferente al de Roma, el cual reclamaba de realidades, no podría garantizar la puesta en juego de los mismos, ante la necesidad de mantener la fuerza y el orden. No quiso referirse en su obra a un modelo de Estado que no pudiese llegar a existir, a una república imaginaria o fantasma, sino al más poderoso de su época, en el que, como el propio Cicerón lo apuntaba: "... al estudiarse la razón de los negocios públicos permitiese tocar con la mano las causas del bien y del mal"<sup>45</sup> Consideraba a Roma, con todo su imperio, como la "ciudad del mundo".

5.1.1.- "Tratado de la República".- En esta obra trata de demostrar, Cicerón, que la constitución romana es la mejor constitución existente, la cual consideraba como un producto de la genialidad de grandes hombres y de la experiencia de

<sup>45</sup> Cicerón, Tratado de la República. Tratado de las Leyes. Catilinas, Ed. Porrúa, col. S. Cuantos, Núm. 234, México, 1991, p. 44

varias generaciones de muchos siglos atrás. Aunque mucho se ha dicho acerca de que Cicerón identifica la política con la moral, en realidad poco de esto se encuentra en su obra. De manera general, se refiere a la justicia como el valor principal en política, asegurando que sin justicia no habría gobiernos, ni autoridad, ni pueblos.<sup>46</sup> Conforme a esta idea, considera importante la virtud en el hombre y entendía la virtud como la cualidad de ser recto y sincero, advirtiendo que debía ser cualidad de todo gobernante. De las obras del filósofo, "Tratado de la República", es la que ha sido considerada como la más perfecta.

5.2.- Aportaciones a la teoría jurídica.- Se refiere en su obra a un derecho natural, señalando que éste es el único derecho existente, estableciendo una diferencia entre este derecho y las leyes escritas. Considera aquél como un derecho que no desaparece porque es inherente a esa inclinación natural que tiene el hombre a amar a los demás hombres y que se manifiesta en valores tales como la liberalidad del amor a la patria, la piedad, el deseo de servir y la gratitud por los beneficios recibidos. Para Cicerón, el derecho natural es ley única porque es la "recta razón".

Por "recta razón" entiende aquella que permite tener noción de lo que es bueno o sano, distinguiendo esto de lo malo o pernicioso, porque lo bueno tiene como regla la propia naturaleza y considera que esta noción nos la da la inteligencia común. En su Libro Tercero del Tratado de la República, dice: "La recta razón es verdadera ley conforme con la naturaleza, inmutable y eterna, que llama al hombre al bien con sus mandatos, y le separa del mal con sus amenazas".

De esta índole, considera que es la misma naturaleza que permite que el derecho tenga su distinción, así como todo lo virtuoso, sobre lo cual dice: "No solamente se distingue el

<sup>46</sup> Ibid., p. 49

derecho por la naturaleza, sino también todo lo que es honesto y torpe en general. Esta noción nos la da la inteligencia común, infundiéndola en nuestro espíritu, que coloca lo honesto en la virtud y lo torpe en el vicio."<sup>47</sup> De esa manera concluye que tal noción sería una locura hacerla depender de la opinión general y no de la naturaleza, y, en este sentido, se refiere a que la virtud de un árbol o de un caballo, no reside en la opinión que se pueda tener de la misma, sino en la naturaleza.

Tratado de la República, es la primera obra escrita en la historia en que el autor, haciéndolo de una manera amplia, directa y especial, trata el tema de la constitución de un Estado a fin de ofrecer una explicación sistematizada acerca de la fuerza de los Estados, particularmente, del de la república romana, en una época en que Roma era la república más poderosa del mundo y a quien se consideraba como un Estado modelo. En la parte inicial de la obra, el interlocutor Escipión, haciendo algunas comparaciones, se refiere a las tres formas de constitución que hasta su época han aparecido en la literatura política, consideradas como aquéllas que han sido aplicadas y aceptadas en la teoría y en la práctica

De esa guisa, advierte Cicerón que la constitución de Roma ofrece un rasgo que la distingue y que no aparece en aquellas otras constituciones a las que se refieren Platón y Aristóteles en sus obras, y que es la interacción entre las funciones de los poderes del Estado que, considera, se identifican respectivamente con cada una de las tres distintas formas de gobierno a las que se refieren aquéllos, al describir en sus obras las constituciones de diversas ciudades-estado.<sup>48</sup>

5.2.1.- "Tratado de las Leyes" .- Siguiendo el estilo de Platón, Cicerón se refiere al espíritu que anima las leyes romanas, pero a diferencia de aquel, al hacer el examen de conjunto de

<sup>47</sup> Ibid., p. 106

<sup>48</sup> Ibid., p. 42

las mismas, termina por proponer un sistema de leyes que por estar fundadas en la virtud, su aplicación resultase de más beneficio, para lo cual parte de la idea de que el derecho positivo y la naturaleza del derecho deberían de estar en íntima relación, donde la justicia ha de descansar en la esencia de la razón humana en su conformidad con la razón divina, pero donde considera que la primera es arbitraria y cambiante y la segunda es invariable, fija o absoluta.

Al igual que Platón, en sus obras utiliza el diálogo como estilo literario, pero se advierte, sin embargo, que hace una mejor construcción y su exposición es más amena y mejor hilvanada que la de aquél. Para poder demostrar la grandeza de la Constitución y las leyes romanas hubo de recurrir a la observación comparativa, según lo refleja la misma interlocución de los personajes. Estos remembraban, de por sí, hombres famosos de la historia de Roma como Escipión, Lelio, Manlio, Tuberón, Filo, Fannio y Scévola. Escipión, por ejemplo, resulta el héroe del pasaje y Lelio aparece como el que siempre se pronuncia a favor de la justicia. Cicerón, se sirve de esos personajes para dar a conocer las conclusiones de su investigación acerca de las instituciones políticas y, especialmente, sobre la constitución y las leyes mejor posibles para una sociedad, así como las causas que dieron origen a ese gran imperio en que le tocó vivir como lo fue el Imperio Romano. A través de su obra trasmite conocimiento y postula ideas, pero a lo cual llega, sin embargo, habiéndose servido de la comparación de constituciones y leyes.

De esta guisa, resulta oportuno aclarar que los diálogos que se contienen en la obra, no reflejan que el propósito del autor al escribirla haya sido el de observar diferencias entre la Constitución y las leyes romanas y la legislación de otras ciudades de la antigüedad a las que se refiere como las de Creta, Lacedemonia y Atenas. El propósito de sus obras, más bien, es el de enaltecer la Constitución de Roma y sus leyes,

en la época de la república, dado su celo patriota y su sentimiento de benevolencia hacia ese Estado y si, bien, se advierte en las mismas conocimiento comparativo éste debe entenderse como un medio y no como un fin de investigación.

En la parte inicial de la obra, Cicerón hace referencia a las cuestiones siguientes: la investigación del origen del derecho (razón divina y razón humana); la definición de la ley, en general; lo justo como existente o establecido en la naturaleza y no, propiamente, en la opinión de los hombres; y a lo honesto como perfección de la naturaleza, por sí misma, a través del hombre. "Tratado de las Leyes", es la obra filosófico jurídica en la que por primera vez en la historia, un autor trata de ofrecer una explicación sistematizada acerca de la naturaleza de las leyes y su clasificación.

5.3.- Similitudes y diferencias entre constituciones y leyes.- Aun cuando sólo de paso hace alusión a éstas, sus obras denotan que Cicerón hubo de observarlas comparativamente, pues de otra manera no se explica como pudo referirse en las mismas a las virtudes de unas constituciones y leyes con respecto de otras. De la constitución de Cartago refiere, por ejemplo, que era 65 años más antigua que la romana, puesto que fue fundada 39 años antes de la primera olimpiada, pero que tiene en común con esta última el sistema en el que se resumen las tres formas de gobierno.<sup>49</sup> En ese mismo sentido, se refiere a la constitución de Esparta en época de Licurgo, así como a la de Rodas con algunas diferencias respecto de aquellas otras dos en la composición del Senado.<sup>50</sup>

En sus dos obras alude a algunas similitudes y diferencias en la legislación, pero a lo cual sólo se refiere desde un punto de vista histórico, al hacer remembranza a diversas ciudades y

<sup>49</sup> Id.

<sup>50</sup> Ibid., p. 62

personajes importantes. Entre las primeras alude, principalmente, a Atenas, Lacedemonia, Creta, Macedonia, Corinto, Marsella y Cartago; y entre los segundos cita a filósofos como Platón, Aristóteles y Polibio, citando pasajes de sus obras, así como también a legisladores famosos como Solón, Licurgo, Dracon y Caroneadas. Particularmente, en la obra de Tratado de las Leyes hace referencia a las leyes siguientes: Ley de las XII Tablas, Leyes Porcias, Ley Vaconia, Ley Valeria, Ley Ticia, Leyes Livias, Ley Anal, Ley de Trevonio, Ley Agraria de Saturnino, Leyes Tabellarias, Ley Gabinia, Ley Casia, Ley Papiria y Ley María.

6.- COLLATIO MOSAICORUM ET ROMANARUM LEGUM.- Se trata de una peculiar compilación de autor desconocido que fue escrita en el siglo IV, d. de J.C., de la que sólo existen tres ejemplares en manuscrito en Berlín, Viena y Vercelli. Se trata de un estudio comparativo de las leyes romanas y las mosaicas o judías, tendiente a demostrar una antigua tesis en el sentido de que las primeras derivan de las segundas. Para algunos historiadores como Hazeltine,<sup>51</sup> citado por Gutteridge, se refieren a este documento como una obra que contiene interesantes comparaciones entre los derechos romano y judaico, considerándola, posiblemente, como el primer ejemplo de investigación de derecho comparado, en el sentido en el que este término es entendido actualmente.

Charles Boucaud,<sup>52</sup> respecto de la comparación jurídica que se daba en la antigüedad, explica: "La célebre Collatio Legum Mosaicorum et Romanarum, que es de un autor desconocido del siglo IV, y que compara el Derecho Mosaico con el Derecho Romano, es expresamente una obra de Derecho Comparado cuyo objeto aún es un misterio". Comenta este tratadista, sin embargo, que una reciente hipótesis del profesor de la

<sup>51</sup> Gutteridge, H.C., Le Droit Comparé. Introduction a la Methode Comparative dans la Recherche Juridique et l' Etude du Droit, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 30

<sup>52</sup> Boucaud, Ch., ob, cit., p. 302

Universidad de Viena, Constantin Hohe, sostiene que ese documento es obra de San Ambrosio y que fue realizada con el propósito de demostrar la necesidad que hubo de cristianizar el derecho romano clásico y que éste se hizo en base a la antigua Ley de Moisés. De lo que no duda, Boucaud, es de que en ese misterioso documento, lo que se contiene es una comparación entre el derecho judío, el derecho romano y el derecho cristiano.

personajes importantes. Entre las primeras alude, principalmente, a Atenas, Lacedemonia, Creta, Macedonia, Corinto, Marsella y Cartago; y entre los segundos cita a filósofos como Platón, Aristóteles y Polibio, citando pasajes de sus obras, así como también a legisladores famosos como Solón, Licurgo, Dracon y Caroneadas. Particularmente, en la obra de Tratado de las Leyes hace referencia a las leyes siguientes: Ley de las XII Tablas, Leyes Porcias, Ley Vaconia, Ley Valeria, Ley Ticia, Leyes Livias, Ley Anal, Ley de Trevonio, Ley Agraria de Saturnino, Leyes Tabellarias, Ley Gabinia, Ley Casia, Ley Papiria y Ley María.

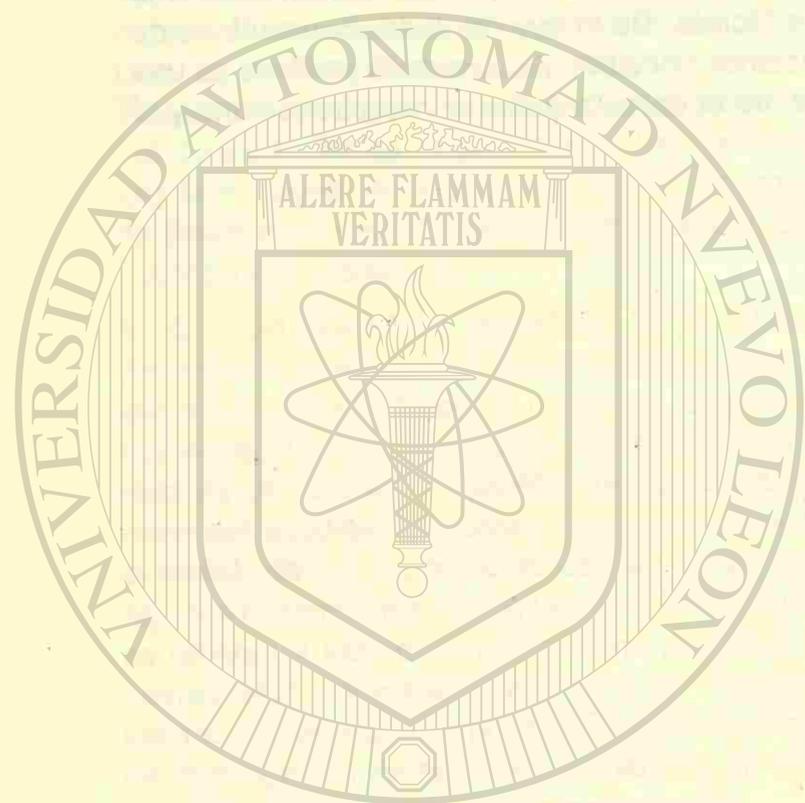
6.- COLLATIO MOSAICORUM ET ROMANARUM LEGUM.- Se trata de una peculiar compilación de autor desconocido que fue escrita en el siglo IV, d. de J.C., de la que sólo existen tres ejemplares en manuscrito en Berlín, Viena y Vercelli. Se trata de un estudio comparativo de las leyes romanas y las mosaicas o judías, tendiente a demostrar una antigua tesis en el sentido de que las primeras derivan de las segundas. Para algunos historiadores como Hazeltine,<sup>51</sup> citado por Gutteridge, se refieren a este documento como una obra que contiene interesantes comparaciones entre los derechos romano y judaico, considerándola, posiblemente, como el primer ejemplo de investigación de derecho comparado, en el sentido en el que este término es entendido actualmente.

Charles Boucaud,<sup>52</sup> respecto de la comparación jurídica que se daba en la antigüedad, explica: "La célebre Collatio Legum Mosaicorum et Romanarum, que es de un autor desconocido del siglo IV, y que compara el Derecho Mosaico con el Derecho Romano, es expresamente una obra de Derecho Comparado cuyo objeto aún es un misterio". Comenta este tratadista, sin embargo, que una reciente hipótesis del profesor de la

<sup>51</sup> Gutteridge, H.C., Le Droit Comparé. Introduction a la Methode Comparative dans la Recherche Juridique et l' Etude du Droit, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 30

<sup>52</sup> Boucaud, Ch., ob, cit., p. 302

Universidad de Viena, Constantin Hohe, sostiene que ese documento es obra de San Ambrosio y que fue realizada con el propósito de demostrar la necesidad que hubo de cristianizar el derecho romano clásico y que éste se hizo en base a la antigua Ley de Moisés. De lo que no duda, Boucaud, es de que en ese misterioso documento, lo que se contiene es una comparación entre el derecho judío, el derecho romano y el derecho cristiano.

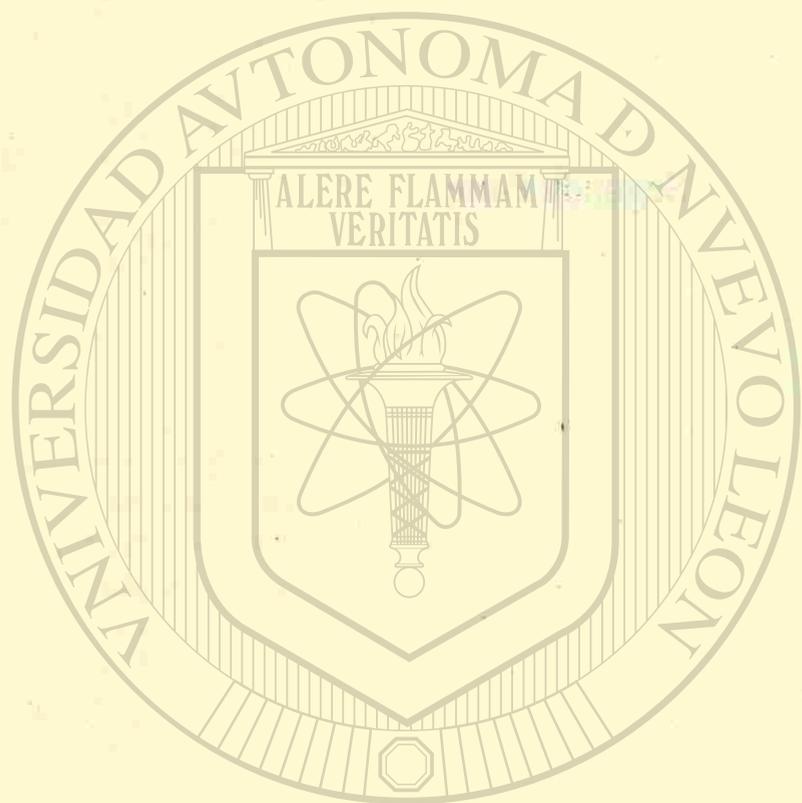


Segunda Parte

UANE

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

## Edad Media. Comparación del Derecho del siglo VI al siglo XV

A principios de la Edad Media, se da en la Europa occidental un fenómeno de transculturación denominado "recepción del derecho romano", a beneficio de los pueblos germánicos que habían conquistado la parte occidental del Imperio Romano. La recepción de un derecho, consiste en la aceptación de un derecho o sistema jurídico distinto al del pueblo que lo recibe y esto se da a través de un proceso de adaptación.

Según los historiadores del derecho, Bernal y Ledesma,<sup>53</sup> en la recepción de un derecho se pueden distinguir los siguientes momentos: a) conocimiento del derecho que se recibirá; b) primer contacto entre ambos derechos; c) difusión del derecho recibido; d) concentración del mismo derecho; y e) integración plena en el resto del sistema.

Otros autores, se refieren a la recepción, aludiendo solamente a las dos últimas de esos momentos o etapas. Se ha reconocido la aptitud del derecho romano para permear otros sistemas jurídicos convirtiéndose en vehículo de mestizaje cultural aun sin necesidad de violencia. Por tanto, los comparatistas historiadores del derecho han venido efectuando sus investigaciones sobre la comparación del derecho de la Edad Media, teniendo como guía la evolución del derecho romano.

<sup>53</sup> Bernal y Ledesma, op. cit., pág. 273.

A propósito, el profesor de la Universidad de Varsovia, Koshembahr-Lyskowsky, en uno de sus estudios ha expresado:<sup>54</sup> "Dentro de esta gran tarea que le incumbe a la ciencia del derecho comparado, es el derecho romano el que puede servir como guía de comparación, pues, no obstante las lagunas en nuestros conocimientos de derecho romano y de las situaciones sociales y económicas dentro de los diferentes períodos del Imperio Romano, conocemos las grandes líneas de su evolución para establecer consecuencias sobre la actividad del derecho y la influencia de las reglas del derecho sobre la situación social o económica del período mencionado"

La recepción genera transformación en el derecho receptor que termina por convertirse en un nuevo derecho en virtud de la mezcla. Cabe destacar que en este proceso puede influir de manera importante el factor educación, en tanto que la enseñanza del derecho en recepción facilita su asimilación en los derechos locales y puede acelerar la transformación de éstos.<sup>55</sup>

Una vez devastado y conquistado por los bárbaros el Imperio Romano de occidente, ya para finalizar el siglo V, se observa cómo resurge de las ruinas una civilización. En este proceso, sin embargo, no puede dejar de reconocerse la influencia del derecho mediante la recepción del derecho romano entre los pueblos germánicos. La dominación germánica no pudo dejar de considerar la cultura romana, expidiendo leyes apegadas al derecho romano que se entendían como de cumplimiento obligatorio general tal como lo fueron las leyes de Eurico y Teodorico el Grande. Cabe advertir, sin embargo, que el estudio del derecho romano en su concepción teórica sólo se mantiene en los conventos y monasterios y tendrían que pasar varios siglos para que fuese aceptado con propósitos normativos.<sup>56</sup>

<sup>54</sup> Koshembahr-Lyskowsky, I, "Le Role du Droit Romain pour le Droit Comparé", monografía publicada en *Introduction à l'étude du Droit Comparé*, comp. Paul Garraud de una serie de estudios elaborados en honor a Eduard Lambert, L.G.D.J., Paris, 1938, p. 259

<sup>55</sup> Bernal, B y Ledesma, J.J., op. cit., pp. 274 y 275

<sup>56</sup> *Ibid.*, p.290

En el Imperio Romano de Oriente donde los bárbaros no lograron incursionar, no se abandona el estudio del derecho romano y en el siglo VI, siendo emperador Justiniano, con el propósito de lograr su codificación, el derecho romano clásico y posclásico es examinado a la luz de otros derechos de otros pueblos de oriente. Concluyen estas tareas con la obra cumbre de codificación de la época, conocida como *Corpus Juris* o Código de Justiniano. Este derecho, sin embargo, sólo logra penetrar a occidente a Italia y España.

Gutteridge,<sup>57</sup> señala que en la Edad Media, cuando se consideraba que era necesario recurrir a reglas de derecho extranjero, se ponía en práctica un instrumento muy utilizado en el sistema romano y que consistía en que cualquier laguna que existiese en el derecho podría ser cubierta. El satisfactor de la insuficiencia de los derechos medioevales, era el propio derecho romano que, con el tiempo, logró convertirse en el derecho que dominó en Europa siendo un factor importante de desarrollo del derecho de la época, logrando ganar influencia a través de las escuelas de derecho de Italia. La obra mencionada "*Collatio Mosaicorum et Romanarum Legum*" del siglo IV, d. de J.C., ha sido considerada como un avance dentro de ese proceso. Entre esas escuelas logran destacar la de Pavía y la de Bolonia, apareciendo después la corriente de los posglosadores.

En ese orden de ideas, cabe destacar que algunos tratadistas como Arthur Kuhn,<sup>58</sup> han considerado la recepción del derecho romano como un hecho significativo en la historia del derecho, reconociendo el mismo como una "reencarnación del método comparativo en la ciencia del derecho".

<sup>57</sup> Gutteridge, H.C., ob. cit., *Le Droit Comparé. Introduction à la Methode Comparative dans la Recherche Juridique et l'Étude de Droit*, L.G.D.J., Paris, 1953, p. 30

<sup>58</sup> Kuhn, A, "Fonction de la Methode Comparative dans la Histoire et Philosophie du Droit", trabajo formulado en honor a Eduard Lambert bajo la coordinación de Pierre Garraud de una serie de estudios que conforman la obra "*Introduction à l'Étude du Droit Comparé*", LGDJ, Paris, 1938, p. 319

1.- Escuela de Pavía, Italia.- Surgida en el siglo VI, esta escuela tiene como uno de sus principales propósitos analizar de manera simultánea el derecho longobardo, el derecho romano y el derecho canónico. En esa época, estos tres conjuntos normativos formaban parte de lo que se conoce como el derecho común de la Europa continental de occidente, siendo una de las agrupaciones jurídicas de más importancia.<sup>59</sup>

Los autores Bernal y Ledesma,<sup>60</sup> refiriéndose a la recepción del derecho germánico que acaece en el norte de Italia a raíz de la irrupción de los longobardos, señalan: "Naturalmente que a partir de la invasión longobárdica, el nuevo derecho constituyó el principal aliciente de estudio en la ya citada Pavía, no siendo raro el caso de caprichosas comparaciones entre el derecho romano y el de los propios longobardos; como en el caso de la *Lombarda*". Esta ley titulada de origen con el nombre de "Lex Romana Curiensis", es un caso muy claro de barbarización del derecho romano en regiones de la Europa Occidental.

2.- Escuela de Bolonia.- En el siglo XII, en los albores de la Alta Edad Media, surge la Escuela de Bolonia como un centro de estudios de las instituciones del derecho romano, en respuesta a las necesidades de la época derivadas de un comercio creciente y el advenimiento de la burguesía como una nueva clase social que reclamaba para sus operaciones fórmulas jurídicas que reconociesen al individuo como sujeto con personalidad jurídica propia.<sup>61</sup> Destaca esta Escuela, principalmente, por las obras de la glosa jusromanista efectuada por sus miembros. Por glosa puede entenderse la explicación de los textos del Corpus Juris, formulada por los académicos con dos propósitos:<sup>62</sup> 1) explicar

<sup>59</sup> Sarfatti, Mario, *Introducción al Estudio del Derecho Comparado*, Imprenta Universitaria, México, 1941, pp. 10 y 11

<sup>60</sup> Bernal B y Ledesma, J. J., *op. cit.*, p. 311

<sup>61</sup> Pirenne, J., *Historia Universal*, T II, Grolier International Inn, Editorial Éxito, Barcelona, 1972, p. 121

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 310

interpretativamente el sentido de la norma; y 2) buscar su coordinación con el resto del sistema legislativo, a fin de precisar su alcance. Se estudiaba el Corpus Juris de Justiniano pero con abstracción de las antiguas fuentes del derecho romano (Ley de las XII Tablas, *leges regias*, *edictas*, etc.), al considerársele como el derecho vigente de la época del Sacro Imperio Romano. Las explicaciones que los glosadores ofrecían sobre los textos del Corpus Juris habrían de servir, luego, para hacer construcciones teórico-jurídicas. Una obra importante de esta Escuela fue la "Gran Glosa" escrita por Accursio en 1227, precisamente, con el propósito de formular un resumen de los trabajos de glosa elaborados hasta entonces.

3.- Posglosadores en los siglos XIV y XV. Derecho romano y su conjugación con los derechos medievales y germánicos.- En esta época resurge el interés por el estudio del derecho romano en su conjugación con esos derechos. Aparece la corriente de estudio conocida como los posglosadores del derecho romano, los cuales eran comentaristas de los textos del Corpus Juris y el propósito de sus trabajos era el de atender las necesidades de la época tratando de adaptar el derecho romano a la práctica.

Acerca de los posglosadores, Salvatore Riccobono, de la Academia de Italia de Derecho Comparado,<sup>63</sup> refiriéndose al pasado del derecho romano, apunta que los posglosadores eran comentaristas del Corpus Juris que se aplicaban con gran fervor a su trabajo con el propósito de formular doctrinas jurídicas, comentando y reconstruyendo el sistema jurídico, tal como era entendido a través de los estudios de los glosadores.

Su interés por el análisis y comentarios de los textos del Corpus Juris, no deviene de la necesidad de utilizar escuetamente las

<sup>63</sup> Riccobono, S., en su monografía: "Le Droit Romain dans la oeuvre des ses interpretes", publicada en *op. cit.*, *Introduction a l'Étude du Droit Comparé*, comp. Pierre Garraud, en honor de Eduard Lambert, L.G.D.J, Paris, 1938 p. 237

reglas contenidas en los mismos, sino de conocer lo que ellos denominaban la "ratio scripta" o razón de ser de las mismas.

Uno de los posglosadores más destacados del siglo XIV, lo es Bartolo de Sassoferrato y es por eso que a estos comentaristas también se les conoce con el nombre de "bartolistas" cuyos principales trabajos habrían de consistir en fusionar el derecho romano con el derecho germánico y el derecho canónico. El proceso consistía en incorporar al derecho romano los elementos de esos dos derechos que se considerasen pertinentes. Bartolo es el iniciador de la corriente a favor del estudio del derecho romano para conocer su "ratio scripta" y, sobre este respecto, el historiador Paul Ourliac,<sup>64</sup> observa lo siguiente: "Bartolo rompió con las discusiones gramaticales de sus predecesores e hizo prevalecer el espíritu de la ley sobre la letra; sutil, pronto a sistematizar, supo extraer de los textos las ideas generales que eran aprovechables fuere de ellos".

Puede decirse que esta Escuela es la que realiza los primeros estudios jurídicos comparativos con cierto sentido de la sistematización del trabajo. Los textos del Corpus Juris se analizan en parangón con el derecho costumbrista medieval conocido en Italia como derecho longobardo que era considerado como de orden germánico, pero en realidad el propósito de los estudios no era tan objetivo, en cuanto que su principal orientación era la de demostrar la superioridad del derecho de origen, es decir, del derecho romano.<sup>65</sup>

Este proceso resulta diferente, sin embargo, del seguido en Inglaterra por los escritores de derecho común quienes procedían a la inversa sirviéndose del derecho romano para tratar de desarrollar el derecho local. Al respecto, Mario Sarfatti,<sup>66</sup> advierte que en esa época todavía no se realizaban

<sup>64</sup> Ourliac, Paul, Historia del Derecho, T. 1, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, Méx., 1952, p. 226.

<sup>65</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, I.I.J., UNAM, México, 1989, Pág. 956

<sup>66</sup> Sarfatti, M., ob. cit., p. 15

aún análisis objetivos sobre las diferencias entre sistemas jurídicos y se consideraba que el derecho propio era superior a cualquier otro y que dada esa pretensión cuando se estudiaba el derecho extranjero aquél se hacía prevalecer sobre éste.

Todavía, hasta la época de los posglosadores en los siglos XIV y XV, el estudio del derecho extranjero no se hacía siguiendo un método de comparación en tanto que subsistía el Sacro Imperio Romano Germánico, pues con todo y que éste no era un orden político real, sino meramente formal, el derecho romano con las modificaciones derivadas del derecho canónico era considerado como legislación universal que obedecía a un principio único y absoluto.

Considera Enrique Martínez Paz, profesor de la Universidad de Buenos Aires, que se trata de un primer período en la formación del derecho moderno que él denomina como "período de la jurisprudencia universal", pero que por su misma concepción de universalidad del derecho, la utilización de la comparación jurídica no tenía sentido. Refiriéndose a las características de ese período, explica ese autor: "Todas las manifestaciones de la actividad humana tienden a fundir en una unidad el principio jurídico. En el orden político la unidad del Sacro Imperio Romano Germánico, aun cuando se tratase de una unidad meramente formal impuesta por la autoridad del Papa; el derecho romano con las modificaciones que le introducía el derecho canónico era la legislación universal. En tal estado hubiera carecido de sentido el intento de introducir las bases del método comparativo para el estudio del derecho único que se presentaba bajo la inspiración de un único principio, absoluto y definitivo".<sup>67</sup>

Por nuestra parte, consideramos que todavía a fines de la Edad Media, existiendo la necesidad de adaptar el derecho romano

<sup>67</sup> Martínez Paz, E., Introducción al Derecho Civil Comparado, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Buenos Aires, Editor Ableto-Perrot, Buenos Aires, 1960, Pág. 13

a los derechos locales, el parangón entre estos derechos, a diferencia de lo sucedido actualmente, no se hacía siguiendo método alguno de investigación científica y no se partía de la base de que existía una diversidad de sistemas jurídicos..

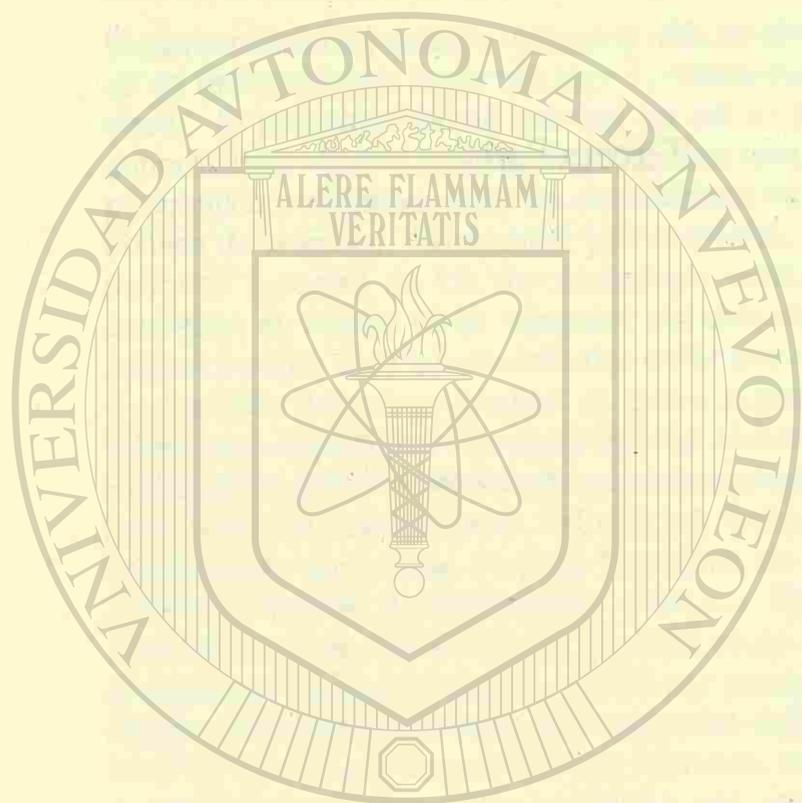
El conocimiento del derecho romano al lado de otros derechos, no se realizaba para explicarlo como un derecho diferente a otros. El propósito de las mismas no era el de lograr un conocimiento objetivo del derecho, sino, más bien, de carácter pragmático y subjetivo, ante las necesidades de dominación política de la época. Así sucedió, primeramente, al surgir los señoríos feudales de los conquistadores bárbaros que no ocultaban su interés en la recepción del derecho romano y, posteriormente, ante las necesidades políticas de dominación y expansión del nuevo imperio: el Sacro Imperio Romano-Germánico. Este imperio tuvo su origen en Alemania y veía en los principios políticos del derecho romano un medio adecuado para lograr el resurgimiento del antiguo Imperio Romano, inspirándose en la idea, no poco tentadora, de construir un Estado universal de dominación cristiana. El historiador Jacques Pirenne, refiriéndose a las tácticas de restauración imperial, en época del siglo X, por el rey germano Othón I, señala: "El emperador desde entonces, reasumió el derecho, poseído antaño por los césares de intervenir en la elección pontificia. La Santa Sede quedaba así sometida a la preeminencia del emperador"<sup>68</sup>

### Tercera Parte

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

<sup>68</sup> Pirenne, J., Historia Universal, T II, Grolier International Inn Editorial Éxito, Barcelona, 1972, p. 70



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Época Moderna.  
Del siglo XVI al siglo XX.  
Hacia la ciencia del Derecho Comparado

Se trata de la época que se inicia en el siglo XVI cuando las sociedades locales con identidad de idioma y de cultura tienden a unificarse para convertirse en Estados nacionales, al desvanecerse la posibilidad de perpetuar un Estado universal porque había dejado de ser interesante para los monarcas feudales la formación del Sacro Imperio Romano y al cobrar importancia la idea acerca de la necesidad de consolidar reinos independientes.

La época moderna se prolonga hasta nuestros días y al hacer el estudio del desarrollo histórico del derecho comparado dentro de la misma, se ha considerado conveniente realizarlo con la misma concepción crítica historiográfica asumida hasta ahora, es decir, el de hacer referencia a los trabajos específicos de comparación del derecho realizados en la época, pero sin perder de vista el contexto social, cultural y geográfico en el que se producen, a fin de ofrecer una explicación objetiva acerca de los mismos.

En esta parte del estudio histórico del derecho comparado puede apreciarse con más claridad la importancia de la comparación para el desarrollo de la ciencia del derecho. El tratadista, Kuhn,<sup>69</sup> apunta: "Se puede verdaderamente sostener

<sup>69</sup> Kuhn, A., en "Fonction de la Methode Comparative dans la Histoire et Philosophie du Droit", op. cit.: Introduction a l'Etude du Droit Comparé, comp. Paul Garraud LGDJ, Paris, 1938, p. 319,

que el método científico implica en sí mismo la comparación de los períodos históricos de que se compone un sistema jurídico o la comparación de varios sistemas jurídicos".

Según consideraciones que se han venido formulando por tratadistas como Gorla y Moccia,<sup>70</sup> para el desarrollo de una historia del derecho comparado de la época moderna, el estudio es susceptible de ser dividido en los tres períodos siguientes:

1ª. Del siglo XVI hasta la primera mitad del XIX conocido como período del derecho común y comparado europeo;

2ª. De la segunda mitad del siglo XIX; y

3ª. Del siglo XX

1.- Período del siglo XVI hasta la primera mitad XIX. Derecho común y comparado europeo- La principal característica de este período de la historia es la tendencia manifiesta a la unificación estadual de las comunidades locales en torno a un poder monárquico prevaleciente, dando lugar a la formación de los Estados nacionales modernos, a favor de lo cual, no poco, contribuyó el movimiento reformista nacionalista del siglo XVI encabezado por Lutero, en Alemania, y por Juan Hus, en Checoslovaquia. El historiador Jacques Pirenne, refiriéndose a este movimiento, en su obra "Historia Universal", apunta: "Las grandes familias se apoderaron de obispados y abadías, y el poder de los príncipes, fortalecidos y concentrado, se nacionalizó. A falta de un gran movimiento monárquico, Alemania se dividió en pequeñas células nacionales... Pero en estos pequeños estados en que el poder civil y religioso era cada vez más absorbido por los príncipes, el pueblo bajo la influencia del misticismo que atravesaba Europa, trataba de sacudir el yugo de la nobleza".<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Gorla, Gino y Moccia, Luigi, "Profili de una Storia del Diritto Comparato de Italia e nel Mondo Comunicante", Revista de Diritto Civile, Anno XXXIII, N° 3, Casa Editrice Dott Antonio Milani, Padova, Italia, pag. 241

<sup>71</sup> Pirenne, J., op. cit, T III, p. 30

En el transcurso del siglo XVI, durante el Renacimiento y hasta el siglo XVIII, en los reinos de la Europa de la cristiandad, surge el interés por conocer el derecho local al lado del interés por conocer el derecho romano comentado por los glosadores y posglosadores que lo consideraban como un derecho común. Este "ius commune" ha sido entendido como la doctrina del derecho creada por los glosadores y posglosadores a través del estudio del Corpus Juris y que en los siglos del XII al XIV fue aceptada como de aplicación subsidiaria en la práctica forense.

Los posglosadores propician la recepción del derecho romano en esos países, al influir de por sí en su estudio y difusión en las Universidades europeas de Francia, Alemania e Italia, originándose dentro de las mismas una "doctrina jurídica común" cuyo conocimiento con propósitos de utilización en la práctica logró extenderse por todos los países de la Europa continental cristiana, al ser reconocida como un "derecho común" que habría de contribuir al mantenimiento del "derecho común europeo". Se sabe que este derecho no aparece en Europa en época moderna en el siglo XVI, sino que hubo de emerger desde el siglo XII con la Escuela de Bolonia prolongándose su invocación hasta la época de las codificaciones en la primera mitad del siglo XIX. Rudolf B. Schelesinger, del College of Law de la Universidad de California, refiriéndose al pasado y futuro del derecho comparado, ha manifestado: "Cualquier análisis, aun cuando breve, sobre el pasado histórico del Derecho Comparado tiene que incluir una revisión cuidadosa del período transcurrido desde los días en que Irineo comenzó a enseñar en Bolonia hasta la era más reciente caracterizada por la codificación del derecho privado en la mayor parte de los países de derecho civil. Durante esos siete siglos emergieron ahí lo que nosotros llamamos el derecho común de la Europa continental. Como ustedes saben, esto no hubo de significar que el derecho deviniese enteramente uniforme en los cientos de principados

y municipalidades en que dividido el continente Europeo en ese tiempo. Significó, sin embargo, para usar una expresión acuñada por el Profesor Sacco, que algunos de los elementos formativos del derecho fuesen compartidos por la mayoría o quizá por la totalidad de las jurisdicciones del derecho civil. Esos elementos compartidos fueron extremadamente importantes. Ellos incluyen el reconocimiento del Corpus Juris como un texto de autoridad y las importantes relaciones entre los estudiosos del derecho<sup>72</sup>

En realidad el "ius commune" era un derecho civil si se le considera como un derecho diverso del derecho canónico y no dejó de tener su aplicación, sino hasta que fue substituido por los códigos modernos, pasando a ser considerado, entonces, como un derecho civil codificado.

No obstante la vigencia de este derecho común europeo, ya desde el siglo XIII se había venido observando por los comentaristas un hecho histórico de la época que, en su momento, representaría un escollo para el mantenimiento del derecho común europeo. Se trataba de que los poderes locales de los señoríos feudales ganaban cada vez más influencia e independencia en el Sacro Imperio Romano Germánico, emergiendo en ellos derechos estatutarios o locales aprobados por asambleas populares, pero sin sanción alguna del emperador. Los glosadores, al principio, desdeñaban este derecho que opacaba el derecho común, pero con el tiempo fueron reconociendo la necesidad de analizarlo para conocer las relaciones entre ambos derechos.

Posteriormente, en el siglo XIV, los posglosadores como Bartolo alimentaron la idea de que ambos derechos eran susceptibles de complementación, en razón de que los casos no civiles que no estuviesen previstos en el derecho estatutario o local tuviese

<sup>72</sup> Schlesinger, Rudolf, "The Past and the Future of Comparative Law", *The American Law*, Vol. XLIII, Núm.3, Berkeley, Calif., 1995, pp. 477 y 478

como interpretación extensiva el derecho común, o bien, que tratándose de casos civiles no previstos en el derecho común pudiesen tener como de interpretación extensiva el derecho estatutario. Ya para esta época, la doctrina del derecho común llevaba incluidos principios y disposiciones pertenecientes al derecho estatutario.

Poco a poco, sin embargo, los tribunales europeos fueron aplicando por antonomasia el derecho local o estatutario y de manera subsidiaria el derecho común, al que sólo recurrirían cuando no había norma local aplicable. En la práctica, sin embargo, como los jueces generalmente eran personas con preparación académica formados en el estudio del derecho común, frecuentemente recurrían a su aplicación.<sup>73</sup>

Ya para el siglo XIV, ante la franca decadencia del poder imperial, los señores de la tierra se habían desligado del emperador y resultaba muy marcada en Europa occidental la tendencia a la unificación estadual de los señoríos feudales con el propósito de integrar sólidas unidades políticas monárquicas nacionales. Por tanto, ante el proceso de unificación estadual, cada vez era más marcada la necesidad de estudiar los derechos locales para encontrar sus concordancias en vista de unificar el derecho de los incipientes Estados nacionales, teniendo como elemento catalizador de unificación el derecho romano. Es el caso de la monarquía francesa del rey Felipe IV el Hermoso donde surge una viva tendencia hacia la formación de un derecho nacional de base científica.<sup>74</sup>

El autor mencionado Martínez Paz,<sup>75</sup> refiriéndose al segundo período del proceso de desenvolvimiento histórico del derecho comparado que denomina período de la "jurisprudencia

<sup>73</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, IIJ, UNAM, México, 1989, Pág. 969

<sup>74</sup> Pirenne, J., op. cit, T. II, p. 210.

<sup>75</sup> Martínez Paz, op. cit., p. 13 y sigs.

nacional", señala: "Los elementos de particularidad local comienzan a acentuarse en el segundo período. Las costumbres jurídicas se concretan y constituyen un poderoso elemento de diversidad; las regiones tienen ya sus fueros o costumbres que se atreven a oponerse a aquel derecho universal"

1.1.- Humanistas. Época del Renacimiento.- La corriente humanista, aborda el estudio de las fuentes desde un punto de vista histórico crítico y al hacerlo así le regresa al derecho romano puro su carácter de autoridad. Se trata de una tendencia de índole doctrinaria cuyo propósito era el de restaurar el antiguo derecho romano clásico. Sin embargo, a diferencia de la corriente Bartolista, su interés por estudiar el derecho romano al lado de los elementos germánicos y canónicos, no obedecía a propósitos de orden práctico.

Salvatore Riccobono,<sup>76</sup> se refiere a los Humanistas como eruditos nutridos de una vasta doctrina literaria que logran tener una percepción más clara del derecho clásico que los glosadores, pero que sintiéndose muy atraídos por la idea de la perfección veían con desdén la obra de los glosadores que consideraban como simples interpretaciones conciliadoras de la obra de Justiniano, de la cual decían que era una alteración de los textos del antiguo derecho romano. Asimismo, advierte que son considerables las contribuciones de la Escuela de los Humanistas lo que él denomina "la inteligencia y la reconstitución clásica de las instituciones jurídicas".

Entre los juristas humanistas, Sarfatti,<sup>77</sup> menciona los siguientes: en Italia Alciato, en Alemania Zasius, en Francia Cuiacio y Donello, en Holanda Vannius y Voet, todos orientados por la idea de la universalidad del derecho derivada de la

<sup>76</sup> Riccobono, en su monografía "Le Droit Romain dans la oeuvre des ses interpretes", publicada en Introduction a l' Étude du Droit Comparé como compendio de estudios dirigido por Pierre Garraud en honor de Eduard Lambert, L.G.D.J, Paris, 1938, p. 237 y 238

<sup>77</sup> Sarfatti, M., ob. cit., p. 16

autoridad del derecho romano. Aclara, sin embargo, que en medio de la intensificación de los estudios del derecho romano surgió un movimiento extraño a favor de las leyes y usos germánicos de la Edad Media. En ese sentido, apunta este autor que esas dos tendencias constituyen una parte importante de la moderna historia del derecho y lo cual dice que Patetta en su obra "Civiltà latina e civiltà germánica" identifica como "el dualismo derecho romano - derecho germánico".

Los humanistas, además de estudiar el derecho romano consideraban conveniente ocuparse, también, de las leyes nacionales, fundando, con el tiempo, una escuela conocida como "los juristas nacionales". De esta guisa, realizaban investigación tanto del derecho romano como de lo que consideraban derecho local. Finalmente, llegaron a estudiar conjuntamente ambos derechos.

1.2.- Comparatismo jurídico en la Escuela de los Humanistas.- El afán humanista de profundizar en los estudios históricos del derecho llevó a algunos juristas de esta Escuela a realizar compilaciones y comparaciones de los derechos locales. Esta inquietud se hizo sentir primeramente en Francia y, posteriormente, en otros países de Europa como España, Holanda y Alemania e Italia. La recepción del derecho romano en estos países, se vio seguida de una tendencia literaria a poner en consonancia los principios del derecho romano con los del derecho germánico. En Holanda, se trató de dar expresión al derecho romano holandés que era resultado de la fusión del derecho romano con los elementos germánicos propios del derecho nacional.

El caso de Alemania es el del país que después de haber pasado por la recepción del derecho romano, se resistió a admitir la supremacía de éste, por lo que ya para el siglo XVIII renace con toda su espontaneidad el derecho germánico que, posteriormente, en el Siglo XIX, habría de ser el derecho que

alimentaría el código civil alemán, en igual proporción que el derecho romano.<sup>78</sup>

A diferencia de lo sucedido en Inglaterra donde se conservaba la unidad del derecho anglosajón, el autor Sarfatti, refiriéndose al impacto que causó el Humanismo en el derecho común europeo continental, observa: "... los Humanistas en el siglo XVI, oponiendo su método crítico-histórico al analítico exegético de los Bartolistas, quisieron elevarse a las fuentes del derecho romano e indagar, paralelamente, los diversos elementos nacionales que sucesivamente les iban apareciendo con la decadencia del influjo del derecho romano ..."<sup>79</sup>

Al reconocerse la coexistencia de esos dos derechos, se genera, sin embargo, una tendencia a estudiarlos comparativamente con el propósito de destacar el valor y la importancia del derecho nacional. Sobre este tópico, el propio Sarfatti, afirma:<sup>80</sup> "Apenas eran puestos en evidencia estos dos derechos diversos, surgió el deseo de compararlos. El italiano Ferretti, en Ravena, fue 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".

A esta parte del proceso histórico del desarrollo del derecho, Martínez Paz,<sup>81</sup> como ya antes se señala, la denomina período de la "jurisprudencia nacional" y a propósito del surgimiento del derecho comparado, este autor señala: "Las jurisprudencias locales son un antecedente de las jurisprudencias nacionales; esta transformación se opera con el auxilio del método

<sup>78</sup> Ibid., p. 39

<sup>79</sup> Ibid., p. 100

<sup>80</sup> Ibid., pp. 21 y 22

<sup>81</sup> Martínez Paz, E., op. cit., p. 14

comparado....La comparación entre los derechos locales prepara la unificación legislativa; bastaría recordar las obras de unificación más conocidas, las de Domat y Pothier en Francia, los códigos antiguos españoles, el derecho común alemán y, hasta en nuestros días, la celebrada obra de Huber, el codificador suizo, que contiene la historia y el sistema del derecho privado suizo, formada por la unificación de los derechos locales y que ha sido, como todas aquéllas, el antecedente indispensable para la constitución del derecho nacional"

Esa dualidad de derechos ha sido conocida en la historia del derecho comparado bajo la denominación "derecho común y comparado europeo". Se ha reconocido, sin embargo, que el derecho comparado durante los siglos XVI y XVII, sólo es entendido en su sentido genérico, en cuanto ofrece las dos direcciones siguientes:

- 1) Tiene por objeto el conocimiento del derecho extranjero para fines prácticos; y
- 2) Busca las concordancias que puedan existir entre los derechos locales, ante el proceso de unificación estadual nacional.

Además de ocuparse de la recepción del derecho romano, en los reinos europeos, principalmente en Italia, los juristas se ocupaban de conocer el derecho extranjero con el propósito de identificar mejor el derecho propio respecto del derecho de otros países, así como también para la utilización de ese conocimiento.

Los autores mencionados Gorla y Moccia,<sup>82</sup> se refieren al "derecho común y comparado europeo de los siglos del XVI al XVIII", al considerar que en esa época existe en Europa continental una substancial identidad y uniformidad derivada

<sup>82</sup> Gorla, G., y Moccia, L., op. cit., Pág. 243

de la "comunicación de modelos y métodos" y la consecuente concordancia o convergencia de normas y principios en múltiples ramas de los derechos estatutarios o locales, encontrándose que en las escuelas europeas se utilizaban términos como estos: "communis opinio totius orbis", "consuetudines generales", "praxis totius Europae", así como también en lengua inglesa frecuentemente era utilizada la expresión "the general (universal) jurisprudence of modern Europe".

Significa, entonces, que el derecho común no se agotaba en la idea de ver en el derecho romano un derecho común derivado de la interpretación de los textos del Corpus Juris. Empero, ese derecho fue perdiendo relevancia ante el derecho y la cultura jurídica europea, la cual era cubierta por los ordenamientos locales. El "derecho común europeo" iba suplantando al derecho romano en razón de su misma formación basada en las concordancias de los ordenamientos de los incipientes Estados soberanos.

El derecho común europeo, no sólo incluía el derecho romano recibido en cuanto "ratio scripta",<sup>83</sup> sino también el derecho feudal, el derecho comercial terrestre y marítimo y el derecho de las relaciones internacionales privadas y públicas, el cual aparecía consignado de manera uniforme en la legislación y la jurisprudencia de los países europeos. En ese sentido, lo que se ha denominado derecho común europeo derivado de las mismas concordancias entre los derechos locales, era el propio derecho derivado de los textos de Justiniano, las costumbres, precedentes judiciales, leyes y doctrina que de manera más o menos uniforme existía en los incipientes Estados nacionales.

Cabe aclarar, sin embargo, que tal circunstancia no obsta para que se reconozca la trascendencia de los escritos de los glosadores, en cuanto fueron los que pusieron al descubierto

<sup>83</sup> cfr., p. 70 y 71

el gran tesoro contenido en la Compilación de Justiniano. Riccobono,<sup>84</sup> observa que en cuanto la Glosa supo extraer de la Compilación lo que podía resultar arcaico o sin vida, sus enseñanzas habrían de constituir durante los siglos siguientes, el derecho común europeo que posteriormente habría de transportarse en los Códigos de derecho privado elaborados en los diversos Estados del siglo XVII al XX. Para mejor explicar su percepción, este jurista italiano reproduce la siguiente cita de Savigny, el ilustre precursor de la Escuela Histórica del Derecho: "Comprender las doctrinas en la teoría y en la práctica de los siglos posteriores no es posible si no se recurre a sus primeros antecedentes, que se encuentran en los escritos de los Glosadores".

Refiriéndose a los dos grandes sistemas de derecho común de Europa occidental, el inglés y el continental, explica Mario Sarfatti<sup>85</sup> que después de la luz que dio la Escuela de Bolonia sobre la compilación de Justiniano, el derecho romano italiano junto con el derecho canónico fue adaptado a la sociedad política occidental por las leyes de casi toda la Europa medioeval, y que si, bien, en el siglo XVII sobrevino el florecimiento del derecho local, sin embargo, hubo otros derechos comunes en materias como la marítima y la comercial.

Debe reconocerse que ante el derecho común europeo que se bifurcaba en dos vertientes, una meramente latina y otra germánica, cada cual con sus propios rasgos distintivos, el derecho anglosajón de Inglaterra se mantenía en su unidad. Esta circunstancia dio pie, con el tiempo, a que los estudios comparativos se realizasen reconociendo la existencia de dos sistemas diversos de derecho común en Europa. Cabe preguntarse, sin embargo, por la comparación jurídica que hubo de practicarse en razón de la tendencia natural hacia la unificación del derecho. Para responder la pregunta, es

<sup>84</sup> Riccobono, op. cit., p. 240

<sup>85</sup> Sarfatti, op. cit., pp. 91 y 92

importante considerar que los Estados modernos empezaban a preocuparse por establecer su propio sistema dotado de jerarquía normativa y capacidad operativa en todo su territorio, pero con previsión, sin embargo, de necesidades de "apertura" a la aplicación del derecho extranjero y la doctrina del derecho común o "communis opinio".

El historiador, Paul Ourliac, advierte la importancia de la doctrina aún para los trabajos de los propios posglosadores y, en ese sentido, no pondera en nada la crítica dirigida en contra de los bartolistas por quienes los acusaban de haberse apartado de la opinión común y apunta: "Los bartolistas habían admitido como principio general de interpretación que era necesario admitir la opinión más generalizada. De esa guisa, los abogados y los jueces cuando encontrasen que el derecho propio era insuficiente para regular un caso concreto "casus omissus" podrían recurrir a la "communis opinio".<sup>86</sup>

Las reglas de apertura permitían recurrir al derecho extranjero y de esa índole los jueces y abogados recurrían a obras de autores extranjeros cuya doctrina estuviese reconocida o, bien, a los precedentes de tribunales extranjeros. No era raro encontrar que se recurriese a la aplicación de reglas consignadas en la legislación de otros países, preferentemente, de un país vecino (lex alius loci) cuando se estaba ante un "casus omissus", en cuanto que los ordenamientos jurídicos de un Estado no estaban provistos de norma aplicable a un caso concreto capaz de resolver adecuadamente un conflicto.

Resulta importante señalar que este proceso de cobertura habría de consumarse a través de trabajos de comparación del derecho local con respecto al derecho de los otros países, adoptando como método la búsqueda de "concordancias" o "convergencias" tratando de identificar derechos, con propósitos meramente pragmáticos

<sup>86</sup> Ourliac, P. H, ob. cit., T. I., p. 227

No puede decirse que en la época existiese la figura del especialista en derecho comparado. La comparación consistía en el conocimiento del derecho extranjero que se realizaba por los juristas considerándola como parte de su trabajo ordinario, especialmente, por los juristas prácticos. Se sabe, sin embargo, que para un abogado de esa época era indispensable disponer de textos sobre doctrina y jurisprudencia extranjeras cuyos autores hicieran referencia al derecho de su país y al derecho común y, de esa índole, no es raro encontrar que en la literatura jurídica forense de la época, constantemente se recurre a la comparación. Al leer esos textos se puede apreciar que al lado del análisis del derecho interno aparecen agregados comentarios acerca del derecho extranjero y del derecho romano común.

En las obras de literatura jurídica forense se advierte claramente que el método de razonamiento jurídico del jurista de la época se finca en la comparación, en cuanto ésta permitía establecer si las normas jurídicas legislativas, consuetudinarias y jurisprudenciales del lugar, resultaban de conformidad con la "communis opinio" o, bien, si era más conveniente recurrir a ésta o a la aplicación de la ley del país vecino "lex alius loci" cuando las fuentes locales resultaban insuficientes o inadecuadas para regular un caso concreto.<sup>87</sup>

En la época del siglo XVI al siglo XVIII, los juristas recurrían a la comparación ante la existencia de ordenamientos jurídicos abiertos que permitían utilizar el derecho extranjero en subsidio del derecho local, con lo cual no se daba respuesta a propósitos de orden teórico jurídico, sino a requerimientos de la práctica como lo era la necesidad de contar con un medio de comunicación o lenguaje común entre los juristas de los diversos países del continente europeo y la necesidad de uniformar el derecho de estos países. La comparación, fundamentalmente, consistía en determinar las concordancias

<sup>87</sup> Gorla y Moccia, op. cit., Pág. 247

existentes entre los derechos locales o estatales y si, bien, en alguna forma se observaban las diferencias, era con propósitos inmediatos de orden práctico y no de estudio y de mera especulación.

En ese sentido, en el siglo XIX, la comparación jurídica llegó a ser entendida como un elemento fundamental del derecho común europeo, en tanto que los códigos como el código francés de Napoleón, cuya formulación hubo de pasar por trabajos de comparación, eran considerados como derecho común europeo codificado, susceptible de ser aplicado en el ámbito nacional, pero que, se sabe, sirvió de modelo para otros países.<sup>88</sup>

En ese sentido, cabe destacar que la añeja tendencia hacia la formación de un derecho común y comparado, se mantuvo viva en la Europa occidental como una tradición a favor de la comunicación entre los juristas, todavía hasta terminar la primera mitad del siglo XIX. Al lado de las consideraciones sobre derecho común, en las obras de los juristas de la época es posible encontrar comentarios sobre concordancias y divergencias entre los diversos códigos nacionales y entre éstos y los respectivos derechos locales y aun entre aquéllos y el derecho común de otra época.

También cabe hacer notar que la idea acerca de un derecho común subyacente en los países de la Europa continental, basada en el común origen romanista de los derechos de los mismos, no se ha perdido antes bien, por el contrario, ha sido retomada por la ciencia del derecho comparado, a propósito de considerar esos derechos como parte integrante de una agrupación, familia o sistema jurídico diverso del de otros países, no obstante su bifurcación en dos grupos: el latino y el germánico. En este sentido, Sarfatti,<sup>89</sup> previene: "La analogía

<sup>88</sup> Ibid., pp. 247-248

<sup>89</sup> Ibid. p. 101

existente, a causa del común origen romanista, entre todos los códigos europeos continentales y aquellos que van formándose o ya existían en tierras lejanas, permitiría en muchos casos considerar conjuntamente los derechos del sistema romano, ya sean éstos del grupo netamente latino o ya sean del grupo germánico, como si todavía constituyeran el antiguo derecho común romano...."

2.- Principales contribuciones al derecho común y comparado europeo del siglo XVI al XVIII. - El Renacimiento de ideas humanistas, se manifiesta con una gran devoción por el estudio del derecho romano, al considerarlo como autoridad universal. El humanismo de la época no se manifiesta contrario a la tendencia romanista, no obstante su interés por el estudio de los derechos extranjeros. La realidad es que sus obras, en las que se estudia el derecho extranjero, fueron de alcance limitado y algunas de ellas sólo quedaron en el propósito.

Gutteridge,<sup>90</sup> advierte: "Posterior al Renacimiento, la influencia del humanismo crea el deseo de estudiar los sistemas de derecho extranjeros, pero la devota y exclusiva admiración de los juristas del continente por la tradición del derecho romano se opone a todo estudio comparativo serio." Este mismo autor comenta que aun en el caso de Inglaterra con su sistema de common law que ofrecía un campo propicio para el estudio del derecho extranjero, no se puede decir que se haya tenido mucho progreso en lo que hace a comparación jurídica, debido, precisamente, al celo de los juristas ingleses por mantener su sistema a integridad.

La idea de que el derecho comparado tiene una función importante en el ámbito de los estudios jurídicos, sobreviene después. En Alemania, Leibnitz trató de formular, en 1667, un cuadro completo de todos los derechos del mundo civilizado, pero este proyecto, sin embargo, no fue posible realizarlo.

<sup>90</sup> Gutteridge, ob. cit., p. 30

Refiriéndose de manera general a la fallida pretensión de los juristas de la época de establecer principios universales basados en los diversos sistemas jurídicos, Sarfatti,<sup>91</sup> apunta: "Igual aspiración tuvo Leibniz (1646 - 1716) al proponer una universal investigación histórica y comparativa del derecho, que sin embargo no tuvo tiempo de emprender personalmente".

Advierte, este mismo autor, que hubo quienes consideraron conceptible el derecho comparado y que la primera formulación rigurosa sobre su estudio lo fue la obra póstuma del jurista alemán Pablo Anselmo de Feuerbach, quien de manera clara, completa y exacta trata la cuestión de la necesidad y del contenido de las investigaciones comparativas.<sup>92</sup> Acerca de los trabajos de este jurista, Gustavo Radbruch,<sup>93</sup> expresa: "Feuerbach ha tratado y practicado la ciencia del derecho comparado, no solamente desde el ángulo de la jurisprudencia etnológica, sino también y sobre todo como una comparación de derechos modernos que se ha seguido con intención de política jurídica", a propósito de lo cual el propio Radbruch apunta: "El ha hecho un gran camino hacia la comparación realmente científica de los derechos".

Sin embargo, reconoce Sarfatti que hubo algunos otros juristas que con sus trabajos, verdaderamente, pusieron las bases para la realización de futuros estudios comparativos como lo fueron Selden en Inglaterra (1584 - 1654), Grocio en Holanda, Montesquieu en Francia (1689 - 1755) y Vico (1688 - 1743), seguido este último de otras grandes figuras en Italia.<sup>94</sup> Debe agregarse a esta lista Juan Bodino (1530 - 1596) de Francia, autor de la genial obra: "Juris universi distributio".

<sup>91</sup> Sarfatti, ob. cit., p. 28

<sup>92</sup> Ibid. p. 38

<sup>93</sup> Radbruch, Gustavo, en su reseña: "Anselmo Feuerbach, Precursor du Droit Comparé", publicada en Introduction a l' Étude du Droit Comparé, compendio de estudios editados en honor a Eduard Lambert, dirigidos por Pierre Garraud, LGDJ, Paris, 1938

<sup>94</sup> Sarfatti, ob. cit., p. 28- 29

2.1.- Contribuciones en materia de derecho privado.- Se realizaron un buen número de estudios comparativos en materias del derecho privado, principalmente, en materia de comercio y cuyo propósito era meramente pragmático. Es en Italia, especialmente, donde encontramos juristas que con sus obras de literatura forense contribuyeron al desarrollo del derecho común europeo y del derecho comparado de los derechos locales, considerados éstos, como ya se explica, como ordenamientos jurídicos abiertos. Se trata de obras consistentes en reseñas, compendios y diccionarios, en las que se analiza y describe la legislación y el derecho consuetudinario de la Europa occidental, específicamente, en lo concerniente a reglas aplicables al comercio transnacional.

Por su orden cronológico de aparición, primeramente, debe citarse a Stracca quien, en 1553, publica un libro titulado "De mercatura seu mercatore tractatus", el cual fue reeditado varias veces con un anexo relativo a la Ronda de Génova sobre comercio. En esa obra el autor trata de poner en claro si las decisiones adoptadas en la Ronda coinciden o resultan concordantes con la "communis opinio", es decir, con los usos locales reconocidos como prácticas generalizadas de carácter obligatorio.<sup>95</sup> En 1680, el Cardenal Di Luca, uno de los juristas de más renombre de la época, escribe una de las obras más importantes denominada "De Statutarüs Successionibus". Se trata de un análisis de las leyes y costumbres en materia de sucesiones que estaban entonces vigentes en Europa comprendiendo Inglaterra. Aun cuando breve, es una obra muy rica en información sobre la relación de conformidad entre el derecho pontificio italiano y las normas del derecho extranjero. Fue escrita por Di Luca con dos propósitos: uno que apuntaba hacia el interés público, en cuanto podía servir de guía al legislador (política legislativa); y, otro, que veía en la obra un material útil para el estudio mismo de la materia, en cuanto

<sup>95</sup> Gorla y Moccia, op. cit., p. 248

contenía una amplia información sobre fuentes normativas, además de que consideraba aspectos doctrinales que eran tratados a la luz de la comparación de los derechos extranjeros que incluía el análisis.

Una materia que de manera especial atraen la atención de los juristas de la época es la del comercio, sobre todo la del comercio internacional que, en la época, iba cobrando importancia en la medida que las operaciones transnacionales se intensificaban. Los trabajos de comparación de derechos extranjeros, favorecen el desarrollo de la "lex mercatoria" surgida de la práctica del comercio, era considerada como una parte del derecho común y comparado que, se sabe, no sólo se aplicaba a las transacciones internacionales, sino también al comercio interno de los países de Europa.<sup>96</sup> Resulta interesante señalar que en el proceso de formación de la *lex mercatoria*, existe una marcada influencia de la jurisprudencia y la práctica forense, especialmente, de la italiana que con el tiempo genera un derecho común del comercio derivado del reconocimiento de ciertos usos o prácticas entre comerciantes. Esta jurisprudencia era aplicada en caso de que la legislación fuera omisa u oscura, siendo pertinente el aclarar que uno de sus principales recursos de investigación era la comparación a propósito de encontrar concordancias entre las leyes y usos de lugares diversos, así como de la doctrina imperante en los mismos.

Al respecto, Gutteridge,<sup>97</sup> señala que la *lex mercatoria* es un ejemplo de reglas derivadas de la comparación de diferentes derechos y, en ese sentido, cuando se ha tratado de establecer el origen de ese derecho en la Edad Media, siempre se ha señalado que debe considerársele como una amalgama de los usos comerciales de Europa, pero reconociendo, sin embargo, la gran influencia que llegaron a ejercer en la

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 249

<sup>97</sup> Gutteridge, *ob. cit.*, p. 33

determinación de esas reglas, las costumbres de comercio impuestas por los mercaderes italianos, dada el lugar predominante que llegó a ocupar Italia en el comercio de Europa.

Es en Inglaterra, sin embargo, donde habría de aparecer la primera obra en la que, específicamente, se hace alusión a la comparación del derecho en cuanto tal. Se trata de una obra escrita por Bacon a principios del siglo XVII. Según Gutteridge,<sup>98</sup> el Rey Jacobo I, le solicitó al jurista Bacon que le manifestara su opinión acerca de la unificación de las reglas del derecho inglés y el derecho escocés, a lo que, con toda la entereza y seguridad del que sabe lo que es una comparación jurídica, respondió que los juristas de ambos países se reuniesen para elaborar un digesto en el cual esos derechos se pusiesen uno enfrente del otro "y fuese comparados, de suerte que pudiesen advertirse y apreciarse sus diferencias", proponiendo que se formase "un libro a dos columnas", en las que, respectivamente, deberían de contenerse los resúmenes de las diversas reglas del derecho de cada país.

Sobre Bacon, señala Sarfatti<sup>99</sup> que fue de los pocos grandes pensadores del "iusnaturalismo" que en sus trabajos filosóficos se sirve del método comparativo. Advierte que a través de este método, ese autor, trataba de unir el conocimiento profundo del derecho nacional con el conocimiento del derecho romano, preconizando la idea acerca de un sistema de justicia universal que habría de permitir el mejoramiento del derecho de cada país. Cabe aclarar que Bacon no logra formular un sistema jurídico universal a partir de conclusiones derivadas de sus propias comparaciones, como era su propósito, en cuanto le faltó formular los razonamientos necesarios para sostener su idea.

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 33

<sup>99</sup> Sarfatti, *ob. cit.*, p. 27

El historiador del derecho Pollock,<sup>100</sup> citado por Gutterdige, observa que fueron los juristas ingleses, a fines del siglo XVII, quienes estuvieron más cerca de hacer estudios de derecho de manera crítica, precisamente, porque hicieron uso del método comparativo. Dentro de este grupo se encuentran los juristas siguientes de quienes se cita su obra respectiva:

- a) Fortescue: "The Government of England et de Laudibus Legum Anglia";
- b) St Germain: "Doctor and Student";
- c) Fulbecke: "Parallel or Conference of Civil Law, The Cannon Law and the Common Law of the Real of England";
- d) Cowell: "Institutiones Juris Anglicanis";
- e) Selden: "History of Tikes and Titles of honour, et De successionibus ad legs Hebraeorum in Bonna Defunctorum"; y
- f) Smith: "De Republica Anglorrum".

Ahora bien, en lo que hace al siglo XVIII y todavía a principios del XIX, encontramos trabajos de juristas en los que utilizándose la comparación se hace referencia al derecho angloamericano del comercio y a las opiniones que, en la materia respectiva, son expuestas por otros autores en sus respectivas obras. Son muy socorridos en esa época las obras de los hermanos Baldosseroni, uno de los cuales, Pompeo Baldosseroni escribió el libro: "Leggi e consuetudini del cambio, ossia trattato sulle lettere di cambio", redactada mediante artículos que respectivamente contienen información en la materia sobre las concordancias entre diversos derechos locales y no sin dejar pasar desapercibido las diferencias. El otro hermano, Ascanio Baldosseroni, produjo también obras sobre derecho comercial europeo basadas en la comparación

<sup>100</sup> Gutterdige, ob. cit., p. 34, n. 15

como lo fueron "Dizionario racionato di giurisprudenza marittima e di commercio" y "Delle assicurazioni martima", en la cuales se contienen comparaciones de las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina de las principales lugares de comercio.

A través de la comparación se lograron integrar compendios como el "Dizionario universales racionato de la giurisprudenza mercantile", en la cual se contienen conclusiones sobre la "communis opinio" (concordancias de opinión entre los autores) en la materia, elaborado por Azuni en 1786, obtenida de la comparación de la doctrina sustentada en diversos lugares y por diversos autores que gozaban de prestigio y reconocimiento en Europa.

En Inglaterra, fue editada una obra de las consideradas más antiguas en su género, en la que se emplea el método comparativo de investigación jurídica. Se trata del trabajo de Thomas Wood, publicado en 1704, intitulado "New Institute of the Imperial or Civil Law", con la que el autor pretende demostrar que el derecho inglés contiene un buen número de reglas del derecho romano.<sup>101</sup> Igualmente, el tratadista Gutterdige encuentra que en época del siglo XVIII, destacan en Inglaterra autores como Mansfield que elabora un texto en el que trata el tema de los fundamentos del derecho comercial inglés, de quien se sabe conocía muy bien el derecho otros países, y John Ayliffe que escribió una importante obra denominada "The New Pandects of Roman Civil Law" en la que se contienen interesantes comparaciones entre el derecho inglés y el derecho romano y canónico

2.2.- Contribuciones en materia de derecho público.- En lo que concierne a la investigación de instituciones de derecho público,<sup>®</sup> cabe destacar dos trabajos realizados en Francia: uno en el siglo XVI, de Juan Bodino, y otro en el siglo XVII, de Montesquieu.

<sup>101</sup> Id., n. 26

Continuando con el uso del método historiográfico de estudio propuesto para el desarrollo el presente trabajo, en consideración a la trascendencia que para el derecho y la ciencia política han representado las ideas de estos filósofos, enseguida me permito hacer referencia a algunos de sus datos biográficos, especialmente, a aquellos relacionados con sus obras literarias, destacando la parte de las mismas en las que el se sirven de la comparación jurídica para lograr el propósito de las mismas. De esa misma índole, pasaré luego a formular consideraciones acerca de las características que ofrecen sus comparaciones, tratando de explicar su utilización y sus términos en función del momento histórico y el entorno en que viven estos filósofos.

2.2.1.- Juan Bodino.- Famoso jurista de la época del Renacimiento que nace en Angers hacia el año 1530 d. de J.C. y que fallece en 1596. De sólida convicción cristiana católica, se desempeña como profesor de derecho romano y se siente muy atraído por el estudio del Derecho Público. En una de sus primeros trabajos, francamente, utiliza la comparación jurídica, siendo reconocido como obra de derecho comparado: "Iuris Universi Distributio", la cual fue publicada en 1578.<sup>102</sup>

Para Francia como, en general, para Europa, el siglo XVI fue una época de crisis política dada la tendencia a la disgregación de la sociedad feudal. No obstante, en las inmediaciones de este siglo, la monarquía consolida su poder en razón de diversos factores, tales como el surgimiento de la conciencia nacionalista, el desarrollo del comercio exterior, el conocimiento sobre el derecho romano y la aparición de las iglesias nacionales. El nacionalismo genera un movimiento favorable al absolutismo real mediante la concentración del poder en el rey.

<sup>102</sup> Bodino, Juan, Los Seis Libros de la República, Aguilar, S.A., Madrid, 1973, N. E., p. LXII

Poseído de un inquebrantable deseo de sobresalir, Bodino logró hacerse conocer por Carlos IX, rey de Francia, de quien se ganó la confianza, así como también del duque de Anjou que habría de convertirse en Enrique III, también rey de Francia. Esta relación amistosa, en su momento, le permite introducirse en la Corte.

Dada esa circunstancia, sus ideas políticas siempre habrán de ser pro-monarquistas, mismas que han sido reconocidas como aportaciones a favor de una teoría jurídica del poder, al considerar que al rey le correspondía, por derecho natural, un poder soberano que no quedaba sometido a ninguna ley y, por tanto, un poder absoluto que denomina poder soberano. No sería, sino hasta que escribe su obra de "Los Seis Libros de la República" que trataría más acuciosamente el tema de la "soberanía", utilizando por primera vez este término en la literatura jurídica para significar poder supremo.

En la época del Renacimiento, surgieron ideas democráticas tendientes a justificar el origen de la soberanía en el pueblo, sobre todo en Francia, desde 1560, entre los reformistas protestantes. Frecuentemente circulaban panfletos mediante los que se divulgaban ideas a favor de la democracia y en contra del absolutismo. Bodino, sin embargo, se mantiene fiel a su propósito en el orden intelectual, en el sentido de justificar el poder soberano del rey atendiendo a la idea de que el poder político, por derecho natural, le asiste al monarca.

Tanto la intranquilidad política que se vivía en el interior de Francia como las amenazas del exterior, lejos de hacerlo desistir, más bien lo impulsaban para defender su idea a favor de la soberanía del rey. Es explicable esta actitud de Bodino, en cuanto veía que el proceso de consolidación de Francia como estado nacional moderno, se veía quebrantado ante el avance de otras fuerzas políticas diversas de la monarquía

En ese sentido, Guillermo F. Margadant,<sup>103</sup> refiriéndose a las ideas de Bodino, apunta lo siguiente: "... ofrece en Les Six Livres de la République (1576) una curiosa mezcla de racionalismo renacentista con oscurantismo medioeval, filosofía, teología y sociología, llegando a la conclusión de que la soberanía, "poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a leyes" (poder no delegado), corresponde por derecho natural, al rey: los demás órganos políticos sólo pueden dar consejos que de ningún modo son obligatorios para el monarca." A diferencia de Aristóteles y Polibio, Bodino, no acepta la idea de que los regímenes de gobierno o constituciones pueden ser mixtos, en tanto que no concebía una república con elementos de monarquía, aristocracia y estado popular, los que consideraba irreductibles en una república. Prefiere, sin embargo, la monarquía sobre cualquier otra forma de gobierno. Consideraba que al rey debía atribuirle todo poder, pero a condición de que no abusase de su ejercicio.<sup>104</sup>

En época del siglo XVI se manifiestan dos corrientes doctrinales en franca oposición: una, a favor del absolutismo monárquico considerándolo como una innovación del pensamiento político, y otra, que consideraba que el absolutismo del rey era contrario a los principios mismos del derecho natural. Bodino se pronuncia a favor de la primera y se convierte en un precursor de la misma.

Fue un estudioso asiduo del Derecho Público de los diferentes países. Introdujo, en su época, la idea de que el patrimonio de la Corona pertenece al pueblo y en sus discursos como representante en la Asamblea, siempre se opuso a su enajenación. Para el año 1550 era profesor de un curso de "Institutas" en la Universidad de Toulouse y sus obras revelan su especial inclinación por el estudio del derecho y que al hacerlo así dirige su atención al aspecto político.

<sup>103</sup> Margadant, G., op. cit., p 208

<sup>104</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit. T. 8, p. 1279

Señala, Bodino, la importancia del estudio de la relación entre el medio natural y las características de los nacionales de una república, si, bien, debe reconocerse que esta cuestión ya había sido abordada en la antigüedad por Aristóteles y que no sería tratado con método hasta época posterior por Montesquieu, al escribir su obra: "El Espíritu de las Leyes". Consideraba, el de Angers, que existía un "natural de los pueblos", pero aceptaba, sin embargo, que éste no constituía una constante en la historia de los mismos al considerar que el natural era susceptible de transformaciones bajo la influencia de diversos factores, observando: "La alimentación, las leyes, las costumbres, pueden transformar la naturaleza", citando como ejemplo el caso de los pueblos germánicos de los que aseguraba que el devenir de los siglos no los había cambiado en su carácter.

Ha sido considerado como un innovador de la teoría política. A diferencia de otras obras anteriores a su época y aun de otras escritas con posterioridad, las de Bodino denotan que fueron desarrolladas con conocimientos de Derecho Público, al explicar en las mismas con especial atención, la manera como el monarca debe quedar regido por el derecho al realizar su gobierno.<sup>105</sup> Asimismo, se advierte que su teoría política, no es tanto de índole descriptiva y circunscrita a cierta época y lugares como sucede en aquéllas, sino, mas bien, constructiva y orientada a establecer principios universales acerca del poder (gobierno del soberano con prudencia y rectitud)

"Iuris Universi Distributio".- Se trata de una obra muy interesante que puede considerarse como uno de los primeros estudios comparativos de Derecho Público en la historia de la literatura jurídica. Esta obra fue escrita por Bodino con el propósito de defender su posición, en el sentido de que toda reforma jurídica debería basarse en la práctica común de las naciones y no en

<sup>105</sup> Bodino, Juan, ver en su obra citada, Lib. III, cap. IV, en el que se refiere a la obediencia de los magistrados a las leyes y al príncipe soberano y a la de éste, a su vez, al derecho natural.

los rígidos esquemas de los romanistas, bajo la idea de que era necesario construir un "nuevo derecho universal" diverso del derecho romano, basado en las instituciones comunes. Esta obra no se estima como un tratado meramente jurídico, en cuanto entendía el derecho como un complejo de normas que rige la totalidad de la vida humana.<sup>106</sup> Esta obra aparece publicada por primera vez hasta 1578

En efecto, es un tratado de derecho público comparado pero que no refleja la intención de hacer una obra limitada a lo meramente jurídico, entendido este término en su sentido moderno, sino atendiendo al concepto de lo jurídico que ya tenía apuntado en su obra del "Método",<sup>107</sup> donde se refiere al Derecho como aquél que se encarga del estudio de lo que rige la vida del hombre en los diversos ámbitos de su conducta: el moral, el religioso, el sociológico y el político.

"Método".- A diferencia del estudio de la legislación de la antigüedad que se basa en fuentes indirectas, su método de estudio es historiográfico pero se advierte que sus comparaciones jurídicas están efectuadas a partir de información documentada. Sus trabajos denotan especial capacidad para la búsqueda y selección de materiales, así como para la organización adecuada de los mismos a fin de lograr su mejor utilización.

En el "Método", pone de manifiesto sus profundos conocimientos acerca de la historia de la Europa renacentista advirtiendo la importancia de la misma para el estudio de la sociedad de la época, formulando, al efecto, esquemas que consideraba universales en la investigación y el conocimiento del Derecho. Según Bodino,<sup>108</sup> el estudio de la política debería hacerse a través del estudio de las instituciones jurídicas porque consideraba que éstas reflejaban la realidad política, y de esta

<sup>106</sup> *Ibid.*, N. E., p. LIX

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. LVIII y LIX

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. XXXII, Introducción de Pedro Bravo Gala

manera la historia debería tener por objeto la recopilación de todas aquellas leyes anteriores a su época que por lo mismo que se encontraban dispersas, debería formularse una síntesis de todas ellas tratando de poner en claro la concretización del ideal de justicia, en las épocas y los lugares diversos.

Al tiempo de concebir el Estado como una sociedad política, lo entendía también como una organización jurídica, en cuanto la misma era explicable a través de figuras jurídicas tales como el convenio, la constitución y la representación de derechos. Una de los principales propósitos de Bodino, al elaborar su obra del "Método", es el de establecer las bases de un sistema capaz de armonizar la vida del hombre en la sociedad.

"Los Seis Libros de la República".- Esta obra fue escrita por Bodino en 1576, observando que los filósofos de la antigüedad habían dejado el conocimiento de lo político revestido con un velo. En el prefacio de su obra dice Bodino: "Platón y Aristóteles fueron tan expeditivos en sus disertaciones políticas que en vez de satisfacer a sus lectores, nos dejan con el gusto en la boca. Por otra parte la experiencia acumulada en los dos mil años transcurridos desde que ellos escribieron, nos han hecho conocer que la ciencia política se encontraba, aún en aquellos tiempos, oculta por tinieblas muy espesas ..."

Su obra de la República constituye una teoría de la legitimación del poder. Dentro de esta teoría, el poder del monarca aparece vinculado al derecho y explicado a través de un concepto: el de la soberanía. Consideraba la soberanía como un poder supremo basado en el derecho que implicaba integrar a favor del príncipe todos los poderes feudales y estamentales.

En ésta obra, Bodino, divide el derecho en derecho natural y derecho humano, considerando que el primero es inherente a la naturaleza humana desde el origen de la especie "hombre" y es siempre equitativo y justo, en tanto que el segundo sólo llega a ser así en la medida que los hombres lo hayan instituido de acuerdo a la naturaleza. Divide el derecho humano en jus

civil y jus gentium, observando que hay normas provistas de sanción como las leyes y normas sin sanción como la equidad y la costumbre.<sup>109</sup>

2.2.2.- Gaetano de Filangiere.- En Italia, sobre derecho público fue elaborado un trabajo interesante por este jurista, en 1785, intitulado "Scienza della legislazione". Examina un volumen importante de cuerpos legislativos de diversos países en las materias de forma de gobierno, función legislativa, proceso penal y sistema educativo, tratando de encontrar los principios jurídicos que pudiesen servir de guía para una política legislativa y mismos que consideraba que tenían su antecedente en el derecho romano.<sup>110</sup>

2.2.3.- Lampredi.- Asimismo, resulta una importante aportación a la ciencia del derecho, en lo que concierne al Derecho Público, la obra del jurista italiano Lampredi: "Juris Publici Universalis, sive Juris Naturae et Gentium theoremata". Fue escrita en tres volúmenes, en 1778, pero de la cual, posteriormente, en 1818, se editó un compendio con el título "Diritto pubblico universale".

2.2.4.- Montesquieu.- En Francia aparece una obra que fue elaborada utilizando la comparación mediante el estudio acucioso del derecho extranjero y que es considerada como el primer trabajo que habría de marcar la pauta en el surgimiento y desarrollo de la sociología jurídica. Se trata de la obra "El Espíritu de las Leyes" del autor clásico Carlos Luis de Secondat barón de la Breda y de Montesquieu, escrita en 1748, considerada como una de las obras más importantes en la historia del derecho comparado.

A diferencia de Bodino y Filangeri que veían en la comparación un instrumento al servicio de la unificación del derecho a fin de formular un modelo común, Montesquieu funda la idea de que

<sup>109</sup> Ibid., pp. XXXIV y XXXV, Introducción de Pedro Bravo Gala.

<sup>110</sup> Koshembahr-Lyskowski de la Universidad de Varsovia en su monografía "Le rôle de droit romain pour le droit comparé", en la serie de estudios jurídicos publicados en la obra Introduction a l'Etude de Droit Comparé, coordinados por Pierre Garraud, LGDJ, Paris, 1938, p. 259

el derecho es necesariamente diferente de lugar a lugar, dependiendo de la diversidad de las circunstancias geográficas, históricas y culturales que se den en los mismos, pero planteando, sin embargo, sus consideraciones acerca de la posibilidad de formar grupos y clasificaciones de derechos atendiendo a ciertos elementos comunes o criterios. Se anticipa de esta manera a lo que en el futuro - época contemporánea - habría de ser uno de los objetivos fundamentales del derecho comparado y que marcarían la pauta de su desarrollo científico, en cuanto a métodos de su enseñanza e investigación.

De esa índole, Montesquieu, es considerado como uno de los fundadores del derecho comparado moderno. El tratadista inglés, Gutterdige,<sup>111</sup> refiriéndose al desarrollo alcanzado por el método de comparación, apunta: "...Montesquieu lanza en el mundo la idea generalmente aceptada ahora, que es deseable estudiar en su conjunto los principios instituciones del mundo, Montesquieu en particular puede reivindicar el título de fundador del derecho comparado, pues fue el primero en entender que una regla de derecho no debe ser tratada como una abstracción, sino que debe ser tratada dentro del cuadro de su historia y del medio social en la cual es llamada a funcionar".

El historiador del derecho, Pollock,<sup>112</sup> citado por Sarfatti, refiriéndose a los trabajos de Montesquieu, en su obra "Essays in Jurisprudence" señala: "Montesquieu no sólo reúne una gran cantidad de materiales para la historia del derecho, sino que también tiene una noción del método histórico y de investigación comparativa más avanzada que los demás escritores de su tiempo".

Enrique Martínez Paz,<sup>113</sup> al referirse a los antecedentes de lo que, en la actualidad, se considera como el derecho comparado, siguiendo a Pollock advierte que es a Montesquieu,

<sup>111</sup> Gutterdige, H.C., Ob. cit., p. 30

<sup>112</sup> Sarfatti, ob. cit., p. 29, n. 35

<sup>113</sup> Martínez Paz, E., op. cit., pp. 15 y 16

en su obra "El Espíritu de las Leyes", a quien debe atribuírsele el honor de ser el iniciador del movimiento de ideas que, posteriormente, habrían de dar pie a la formación del derecho comparado. Al respecto, destaca este autor que en el plan de su obra, Montesquieu contempla dos ideas muy fecundas y que resultan diferentes de las de los demás pensadores de la época: una, relativa a la necesidad de comparar la legislación y, otra, entendida en consecuencia, en el sentido de servirse de la comparación para formular conclusiones sobre una posible legislación susceptible de ser adaptada a las necesidades políticas de las diversas formas de gobierno.

Hayem,<sup>114</sup> apunta que es justo reconocer que Montesquieu, en los últimos cinco libros de su obra, expresa ideas concretas acerca de los procedimientos y la función del método comparativo, lo cual autoriza a reconocerlo como uno de los principales precursores del mismo.

Por tanto, a propósito del presente trabajo de reconstrucción histórica de la comparación del derecho, resulta interesante detenerse a examinar el perfil del enciclopedista que lo identifica como un analista de los hechos sociales, destacando en el análisis todo aquello que se considere representativo de una contribución al derecho comparado.

2.2.2.- Montesquieu.- Carlos Luis de Secondat barón de la Brède y de Montesquieu, de cuna noble, nace el 18 de Enero de 1689, en el Castillo de la Brède, en Burdeos, Francia, y fallece en París el 10 de Febrero de 1755.<sup>115</sup> No obstante que en vida fue muy criticado y a su entierro pocos acudieron, con el tiempo ha alcanzado el reconocimiento universal como pensador prominente de la época de la Ilustración.

Autor de diversos trabajos de investigación, destaca entre los mismos su obra cumbre ya citada: "El Espíritu de las Leyes".

<sup>114</sup> Hayem, citado por Martínez Torres en su obra citada, pp. 15 y 16, n. 5

<sup>115</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 36, p. 611

La doctrina que preconiza en la misma, es política y social y hay quienes, en este rubro, lo han considerado como el fundador de la sociología, la ciencia política y aun como el padre del constitucionalismo moderno. Tanto Montesquieu, como Juan Jacobo Rousseau, se convirtieron en los primeros que difundieron las ideas fundamentales acerca de la soberanía popular, la separación de poderes, los derechos naturales del hombre y las constituciones escritas.<sup>116</sup>

En la época de Montesquieu, siglo XVIII, surge el constitucionalismo como movimiento paralelo a las tendencias favorables al derecho natural y a la igualdad entre los individuos, opuestas a las ideas del siglo XVII con las que pretendía asegurar dos dogmas: el de la autoridad de derecho divino, y el de la desigualdad. Es notoria la influencia que ejercen en el cambio de las ideas preconizadas en el siglo XVIII, los nuevos descubrimientos científicos como los de Newton y los geográficos como los de Magallanes, así como también la Revolución Industrial de Inglaterra. Ha esta época, los filósofos como D' Alembert,<sup>117</sup> la identifican como la época de la filosofía en la que aparece un "nuevo método" de filosofar considerándolo como un producto del ánimo mismo, despertado por los grandes descubrimientos.

A raíz de los mismos avances en el comercio y la industria, aparece una nueva clase social: la burguesía. Es una clase que económicamente alcanza un gran poder y no se va dejar llevar por las antiguas ataduras del dogma, al tiempo que logra ascender en al jerarquía social, pero e esta misma circunstancia, sin embargo, la llevaría a entrar en conflicto con la realeza. Así las cosas, la obra de Montesquieu ejercería una influencia importante en la proclamación de las nuevas ideas de libertad y democracia que habrían de ser enarboladas en la Revolución Francesa de 1789.

<sup>116</sup> Montesquieu, "El Espíritu de las Leyes", Editorial Porrúa, México, 1997, p. XXVI, Estudio Preliminar de Daniel Moreno

<sup>117</sup> Ibid., p. XXIII

Aun cuando su obra no es de estricto corte revolucionario como la de "Contrato Social" de Rousseau, o la de "Ensayo del Gobierno Civil" de Locke, sus contribuciones a la revolución francesa son importantes, en cuanto se pronuncia en contra del despotismo monárquico y a favor de la democracia, llegando a ejercer considerable influencia en el pensamiento político de los ingleses quienes acogieron mejor estas ideas que otros, posiblemente, porque tenían fácil acomodo en su mentalidad, mismas ideas que luego fueron llevadas a las colonias americanas de Inglaterra donde encontraron eco. Al respecto, Daniel Moreno,<sup>118</sup> ha expresado: "Hemos venido recogiendo opiniones y estudios que demuestran que la influencia de este escritor fue más notable en el mundo anglosajón que en el latino. Por tanto, no es extraño que en las colonias norteamericanas, que obtuvieron su libertad poco después del Barón de la Brède, la orientación fuera decisiva, ya que en el fondo se estaba tratando de una estrecha interrelación de ideas"

Su método de investigación se finca en el estudio de la historia y en la observación de los hechos, reproduciendo muy adecuadamente el método aristotélico, en el cual se parte de lo concreto, atendiendo a las realidades de las "polis", para luego establecer conclusiones en grado de generalidad. De esta guisa, resulta interesante advertir que en contra del ambiente de la época, su obra constituye un legado ideológico en contra del despotismo y a favor de la democracia que habría de constituir una fuente de inspiración a las ideas revolucionarias proclamadas en la lucha por la independencia de las colonias americanas de 1776 y en la revolución francesa de 1789.

Al contrario de Juan Jacobo Rousseau que se vale de abstracciones filosóficas para pronunciarse a favor de la

<sup>118</sup> *Ibíd.*, Estudio Preliminar, p. XXXVII

igualdad natural, la soberanía del pueblo y la voluntad general que se manifiesta en las leyes, Montesquieu parte de las realidades concretas históricas para luego pasar a lo general, concluyendo en el sentido de que la mejor forma de gobierno es la democracia representativa como forma opuesta a la monárquica que venía degenerando en Francia en un gobierno despótico.

Es, precisamente, su método de observación de las realidades lo que lo aparta de ideas radicales acerca de la voluntad general tales como las de Rousseau, y es la razón de que se haya mantenido dentro de la cordura preconizando ideas moderadas acerca de la democracia, considerando que la lucha debería darse en el Parlamento. Al iniciar su obra, en su primer párrafo, señala: "Si el infinito número de cosas que contiene este libro se encuentra alguna que pueda ofender, lo cual no creo, sépase que no la puse en él con mala intención. La naturaleza no me ha dado un espíritu descontentadizo". Luego, en siguiente párrafo, advierte: "Yo no escribo para censurar lo que se halle establecido en un país cualquiera. Cada nación encontrará aquí las razones de sus máximas y se sacará naturalmente la consecuencia de que, proponer cambios, corresponde sólo a los privilegiados que pueden penetrar con un rasgo de genio en la constitución entera de un Estado."<sup>119</sup> Habiendo terminado sus estudios de Derecho ocupó varios puestos públicos, pero procuraba combinar su trabajo con el estudio de la historia, la literatura y las ciencias. En 1719 se dio a la tarea de escribir la "Histoire physique de la terre ancienne et moderne", para lo cual tuvo a bien dirigirse a los hombres ilustres de varios países a fin de allegarse información.<sup>120</sup>

No obstante, en su época fue considerado como un escritor frívolo, sobre todo en su obra de las "Lettres persanes" (Letras persas), al no mostrarse muy comedido al describir escenas

<sup>119</sup> *Ibíd.*, p. 1

<sup>120</sup> Enciclopedia Universal Ilustrada, op. cit., T. 36, p. 611

diversas de inmoralidad y corrupción, dirigiendo sus críticas aun a la Iglesia Católica, para lo cual se sirve de un viaje imaginario de un persa a Francia donde éste, a través de cartas, narra a sus amigos persas las condiciones en que se vivía en ese país formulando consideraciones acerca de las instituciones existentes.

"El Espíritu de las Leyes". - En 1728, con el propósito de obtener materiales que le permitieran escribir esta obra de gran trascendencia, viajó por varios países de Europa. Se trataba de la obra que lo habría de inmortalizar y en la cual trabajó durante veinte años hasta terminarla, en 1748.<sup>121</sup> A diferencia de lo escrito "Letras Persas", no se ocupa de describir escenas y alegorías que se dan en un viaje imaginario, sino que al describir las instituciones, costumbres y leyes de varios países, lo hace con base en la observación de los hechos, haciendo énfasis en el desarrollo de las instituciones jurídicas y en la relación de éstas con el medio social, político y geográfico, poniendo de relieve la existencia de diversas formas de gobierno para los Estados y los caracteres que observaban los poderes políticos existentes en los mismos, ideas todas éstas en las finca su famosa "teoría de la división de poderes".

Al igual que Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu, ha sido considerado como uno de los principales precursores de las ideas sobre Constituciones escritas, soberanía popular, separación de poderes y los derechos del hombre, las cuales han sido consideradas fundamentales en el derecho constitucional moderno.<sup>122</sup> Observador y analista profundo, examina los hechos sociales dentro de una perspectiva científico experimental y, de esa índole, ha sido considerado como uno de los precursores de la sociología y admitido así por el propio Augusto Comte a quien se reconoce como el

<sup>121</sup> Id.

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 612

padre de la sociología.<sup>123</sup> Estudia los hechos en su relación con las leyes, apuntando hacia el determinismo del medio social, histórico y geográfico que consideraba influía en su creación y aplicación además de que las penetraba de un espíritu. A lo primero se refiere como el "espíritu general" y a lo segundo como el "espíritu de las leyes". Sobre el espíritu general dice: "Muchas cosas gobiernan a los hombres: el clima, la religión, las leyes, las costumbres, las máximas, aprendidas, los ejemplos del pasado, con todo ello se forma un espíritu general que es su resultado cierto."<sup>124</sup>

Asimismo, Montesquieu, ha sido considerado como un observador experimental precursor del análisis político que procedía inductivamente a examinar los hechos para llegar a conclusiones generales acerca de las bondades de la democracia representativa. Sus notas, generalmente, críticas, estaban orientadas a demostrar mediante razonamientos objetivos que las situaciones políticas de la época eran indignas. Encontraron fácil acomodo e hicieron eco en el pensamiento de los revolucionarios que luchaban en favor de sociedad francesa mejor. Una vez consumada la revolución francesa sus ideas habrían de servir de inspiración al constitucionalismo de la época.

• Comparatismo en Montesquieu.- Se sirve en su obra del parangón de leyes, formulando, en el Libro XXIX de su obra, algunas consideraciones sobre método de comparación. Específicamente, se refiere "al modo como pueden compararse dos leyes diversas" para establecer cual de ellas es la mejor. Apuntando por caso el falso testimonio previsto como ilícito en legislación francesa y en la legislación inglesa, establece que no se puede llegar a ninguna conclusión si no se examinan en su relación lógica las leyes que, en cada país, de manera concatenada o enlazada regulan el caso, a propósito de lo

<sup>123</sup> Montesquieu, op. cit, p. XIII, Estudio Preliminar de Daniel Moreno

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 199

cual observa: "Las tres leyes francesas forman un sistema lógico, y lógicamente se enlazan entre sí las tres leyes inglesas". Enseguida, a manera de recomendación, previene: "... para juzgar cual de estas leyes son más razonables, es preciso no compararlas una a una, sino reunir las y compararlas en su conjunto."

De la misma índole, sintiéndose con experiencia en comparación de leyes, en ese mismo Libro XXIX, advierte sobre algunas precauciones que deben tenerse cuando se busca identificar las leyes. Bajo la forma de temas tratados por separado, cada cual en capítulo diverso del Libro, se refiere a las siguientes recomendaciones:

- ✓ Las leyes que parecen idénticas no producen siempre el mismo efecto;
- ✓ Las leyes que parecen iguales no siempre han tenido igual motivo;
- ✓ Las leyes que castigan el mismo delito sin fundarse en el mismo motivo;
- ✓ Leyes al parecer contrarias suelen tener el mismo fundamento;
- ✓ Las leyes no deben separarse de las circunstancias en que se hicieron;
- ✓ Cosas de estilo que deben ser observadas en la formulación de las leyes; y

✓ De la uniformidad y diversidad de las leyes en el Estado.

De esa misma índole, en el Libro XXVI, encontramos una prevención de Montesquieu muy interesante acerca del estudio y apreciación de las leyes y que aparece con el rubro siguiente: Leyes contradictorias que no lo son (Capítulo XXIX).

Finalmente, resulta interesante hacer notar que en la investigación de Montesquieu sobre la relación entre las leyes

y el entorno de su creación y aplicación, no son pocas las leyes, constituciones y costumbres de que se ocupa para parafrasear su contenido a la luz de las realidades físicas y culturales y, en su caso, para hacer parangón de las mismas, en cuanto erudito en historia, derecho, economía y geografía mundiales. A lo largo de su obra se refiere a las siguientes leyes: Ley de las XII Tablas; Ley de Solón; Ley de Licurgo; Ley de Minos; Ley de Bentham; Ley Valeriana; Ley Porcia; Ley de Silas; Ley del Talión; Leyes Suntuarias; Ley Julia; Código de los Bárbaros; Ley Opiana; Leyes Sálicas; Leyes de los Ripuarios; Leyes Judaicas; Ley de los Lombardos; Ley Servilia; Ley Cornelia; Ley Valeria; Ley de Inglaterra; Ley de los Borgoñones; Ley de los Visigodos; Leyes de Indias; Ley de Mahoma; Ley de Teodosio; Ley Valentiniana; Ley Alemana; Ley de Moisés; Ley de las Maldivas; Ley de México; Ley de los Tártaros; Ley de Rodas; Ley de Ginebra; Ley Papia; Ley de los Sajones; Ley de Enrique II; Ley de Enrique VIII; Ley de Recesvinto; Ley Voconia; Ley de Constantino; Ley de Justiniano; Ley de Gondebaldo; Ley Gabinia; Ley de los Frisones; ley de Honorio; y Ley de los Anglos.

En su afán de demostrar que entre las leyes y el medio físico y cultural existe una estrecha relación, Montesquieu, profundiza en la historia de las instituciones. Parte en cada caso de lo que en el Prefacio de "El Espíritu de las Leyes" denomina: "los principios", apuntando: "He sentado los principios; he visto los casos particulares ajustarse a ellos, ser consecuencia de ellos las historias de todas las naciones, y cada ley particular relacionada con otra o dependiente de otra más general".

Tales principios están referidos a instituciones y costumbres diversas, algunas de ellas muy antiguas. Su tendencia a la crítica, sin embargo, lo lleva a incluir en su estudio diversos tópicos relacionados con la perversión y degeneración de las mismas, lo cual torna más interesante su obra. Así, entre otras cuestiones, trata sobre la relación entre las leyes y los gobiernos

democráticos, aristocráticos y monárquicos; las leyes y la corrupción de esos gobiernos; las leyes y la defensa nacional; las leyes de libertad política y las constituciones y entre aquélla y los ciudadanos; las leyes y el clima; las leyes y el comercio de un país; y las leyes y el orden de las cosas.

Entre los puntos de estudio tratados por Montesquieu que más llaman la atención, a propósito de comparación jurídica, son los siguientes: igualdad y democracia (reparto de bienes); libertad política; justicia de penas y la penalidad en los estados; lesa majestad; condición de la mujer; dote; divorcio y repudio; número de habitantes y procreación; y pago de deudas. Cabe aclarar, sin embargo, que la fuente de información de que se sirve para conocer las leyes y costumbres de un lugar, sobre todo de legislación antigua, no siempre es directa. Al examinar las citas bibliográficas que se comprenden en su obra, no es raro encontrar que algunas de ellas no corresponden a fuente jurídica, sino a obras literarias como las de Platón y Aristóteles o a obras históricas como las de Plutarco, Tito Livio y Tácito, en las que de alguna manera se describen y explican leyes antiguas.

Reparto de bienes en los gobiernos democráticos.- Se refiere, en el Libro V, a varios textos antiguos señalando la relación que se da entre las leyes y los gobiernos, a propósito de lo cual, para llegar a conclusiones acerca del reparto de bienes en los diversos gobiernos, hubo de parangonar las referencias a textos jurídicos antiguos que sólo se pueden encontrar en fuentes indirectas de información, tales como lo escrito por Aristóteles en su obra de la "Política" y por Plutarco en su obra de "La vida de Solón", donde se hace alusión a la Ley de Solón, la Ley de Licurgo y las Leyes de Platón. Es de esta guisa que sobre regulación de la propiedad de la tierra, llega a conclusiones favorables acerca de la igualdad en su reparto en los gobiernos democráticos.<sup>125</sup>

<sup>125</sup> Montesquieu, op. cit., pp. 32 y 33

Penas en las leyes de la antigua Roma.- Siguiendo los comentarios de Tito Livio en su obra de historia romana, examina Montesquieu, en el Libro VI, las características que observan las penas por delitos antes de la República y una vez establecida ésta. Una vez más, se refiere a la relación entre la legislación y los gobiernos confrontando la regulación de penas en ambas épocas, para lo cual se sirve de las narraciones del historiador romano acerca de las penas que aparecen, por una parte, en las leyes de la época de los reyes como las Doce Tablas y las leyes reales y, por otra, en las leyes como la Ley Valeriana y la Ley Porcia de tiempos de la República, encontrando diferencias importantes, al advertir que las primeras eran de penas duras y las segundas de penas ligeras, atribuyendo esta diferencia a que las leyes anteriores a la República provenían de gobiernos despóticos.<sup>126</sup>

Libertad política.- Consideraba el tema de la libertad política como un tópico interesante, apuntando que entre ese derecho y las Constituciones se daba una estrecha relación. Basándose en la obra de John Locke: "Tratado del Gobierno Civil", en el Libro XI de "El Espíritu de las Leyes", se refiere a la Constitución de Inglaterra como favorable a la libertad política, atribuyendo esta vocación a la división de poderes que aparece en la misma, al consignarse que no podrían reunirse dos o más poderes en una sola persona como podría ser el monarca. Es en este Libro que se encuentra formulada la parte esencial de su "teoría de la división de poderes del Estado".

Tratando de demostrar que en otros lugares diversos al de Inglaterra sucedía lo contrario, a manera de parangón, Montesquieu, se refiere en ese mismo Libro XI, a las repúblicas italianas como Venecia, apuntando como principal diferencia que en estas repúblicas, los tres poderes están reunidos, habiendo en ellas menos libertad. Se refiere también a los gobiernos de Creta y Lacedemonia, en la antigüedad,

<sup>126</sup> *Ibid.*, p. 57

observando que a diferencia de lo que sucedía en Inglaterra, no existía el contrapeso del poder legislativo que podía examinar los términos en que eran ejecutadas sus leyes.

Como ya se advierte, la información que recaba Montesquieu acerca de las Constituciones de esas antiguas repúblicas para homologarlas con la Constitución de Inglaterra, es indirecta, la obtiene de las obras "Anales" de Tácito y "La Política" de Aristóteles.

Lesía Majestad.- Se trata del crimen perpetrado en contra del monarca. En el Libro XI de su obra, Montesquieu, trata el tema del crimen de lesa majestad partiendo de su observación de que ese delito, en diferentes épocas, ha propiciado graves abusos de poder debido a la indefinición del mismo en la legislación. Para llegar a esta conclusión, sin embargo, hubo de darse a la tarea de poner en interrelación diversos datos derivados del estudio de algunas leyes de China, la Ley Julia (de Roma) y la Ley de Inglaterra.<sup>127</sup>

Condición de la mujer.- Toca esta cuestión en Libro VII, al tratar el tema de la relación de los gobiernos y las leyes y las costumbres sobre el lujo y la condición de las mujeres. En especial, se refiere Montesquieu a las prácticas mediante las cuales se cuidaba la integridad y el honor de las mujeres para evitar su libertinaje o, en su caso, para reprimir su conducta desleal a través de penas, apuntando hacia la influencia que ejerce la forma de gobierno sobre la condición de la mujer. A propósito, examina la Ley Julia romana de la época de la República y lo escrito por Sixto Quito sobre las leyes reales anteriores a la República, encontrando que en la primera las penas eran leves y en estas últimas eran rigurosas para sancionar el libertinaje. Asimismo, al revisar el Código de Leyes de los Bárbaros, encuentra rigor en el trato hacia la mujer quienes quedaban sujetas a tutela perpetua (durante toda su vida).<sup>128</sup>

<sup>127</sup> Ibid., pp.128 y 129

<sup>128</sup> Ibid., p. 72

Libertades de los vencidos.- Al referirse a la relación entre las leyes y las características naturales de los terrenos, entre otras, estudia las leyes de los árabes y las leyes de los tártaros. Encuentra diferencias importantes entre las primeras y las segundas, no obstante que ambos pueblos se dedicaban al pastoreo, explicando las mismas a razón de que los terrenos de los árabes eran boscosos y los de los tártaros eran de heladas llanuras con escasez de refugio, de manera que si los primeros podían pactar libertades para los vencidos en casos de guerra, no sucedía lo mismo con los segundos quienes tenían que mantener subyugados y viviendo en la esclavitud política a los vencidos, dada su necesidad permanente de defensa.

La reparación del daño en los reinos feudales de los francos.- Advierte, Montesquieu, semejanzas entre las leyes de los reinos feudales surgidos a raíz de que las tribus germánicas irrumpieron en el Imperio Romano y se establecieron en el mismo. Encuentra coincidencias en las leyes de los reinos feudales, en cuanto al reconocimiento en las mismas del principio de la justa pena de composición o reparación del daño, según el cual era importante reconocer la necesidad de reivindicación del ofendido, pero no menos importante era el ofrecer protección al ofensor en contra de la reacción violenta y en venganza de aquél. Su conocimiento, al respecto, deviene del estudio de conjunto de las siguientes leyes: Ley de Lombardos, Ley de Bávaros, Ley de Ripuarios, Ley de los Sajones y Ley de los Alemanes.

Situación de la mujer divorciada.- Al referirse a la relación entre las leyes y el clima, encuentra Montesquieu que en los países de clima cálido las leyes tienden a ser más rigoristas con la preservación del matrimonio, no permitiéndose que la mujer repudiada o divorciada vuelva a casarse con el mismo varón. Refiriéndose a la Ley de Malvinas y la Ley de México en época de la conquista, encuentra una diferencia importante en cuanto

a que, en las Malvinas, la mujer que se separaba de su consorte podía volverse a unir con su ex-esposo, y, en México, no sucedía así, en cuanto que los mexicanos tenían la creencia de que el matrimonio debía ser eterno, no permitiéndose el repudio.<sup>129</sup> El conocimiento de esas leyes por Montesquieu, sin embargo, no es directo, sino tomado de la obra: "Viajes", de F. Perard, y de la obra: "Historia de la Conquista de México", de Solís.

Herencia de la casa por el menor.- Asimismo, observando en parangón las reglas sobre las herencias en la Ley Civil de los Tártaros y en la Ley Civil de Bretaña, el enciclopedista pone de manifiesto la tendencia en las leyes de aquéllos a preferir al menor como prospecto natural para recibir en herencia la casa de sus padres. Explica la razón de ser de esas reglas en función de la práctica que existía entre los tártaros de vivir de la cacería realizada en grupo, pero dejando al menor a que cuidara de la casa entre tanto regresaban. La información sobre las leyes y costumbres tártaras, la obtiene de la obra del historiador Duhalde, pero la concerniente a reglas de herencia en Bretaña, es resultado de estudio que, directamente, efectúa de la Ley Civil de Bretaña.

Edad para unirse en matrimonio y la dote.- Desde el principio de su Libro XXIII, apunta Montesquieu hacia la relación entre las leyes y el número de habitantes de los pueblos. Considera que a diferencia de las hembras del reino animal, las mujeres tienen conciencia de las ventajas y desventajas de la procreación. Su conocimiento de las leyes de los romanos lo llevó a conclusiones interesantes acerca de la mayor o menor limitación que se establecía en las mismas respecto de la procreación de la especie. Al respecto, encuentra que las leyes romanas antiguas prohibían el matrimonio de una pareja cuando el varón era mayor de sesenta años y la mujer pasaba

<sup>129</sup> Ibid., pp. 177 y 178

de los cincuenta. Observa, sin embargo, que las Ley de Augusto levantó tal prohibición porque Roma estaba necesitada de más habitantes. Tales características de las leyes romanas antiguas y la Ley de Augusto, no las advierte al examinar directamente estas fuentes jurídicas, sino a través de las obras de historiadores como Plutarco, Tácito y Suetonio.<sup>130</sup>

La deuda de comercio.- No menos interesante que los temas anteriores, lo es el de la relación entre las leyes y el comercio del que trata Montesquieu en el Libro XX. Se refiere en este libro a varios tópicos relacionados con la naturaleza del intercambio y la libertad de comercio. Trata el tema de las obligaciones de comercio, especialmente, la cuestión relacionada con la deuda, haciendo referencia a la Ley de Solón, la Ley de Ginebra y la Ley de Rodas. De la primera advierte la prohibición de Solón de no privar de la libertad por deudas civiles; de la segunda señala que es una ley que contiene reglas sobre deudas que trascienden a la política, al excluirse de las magistraturas a los hijos de deudores, y respecto de la tercera advierte que la misma excluye al hijo heredero de pagar las deudas del padre cuando el dinero de aquél provenga de su trabajo. Su conocimiento de la Ley de Solón deviene de la consulta a la obra de Plutarco, "Anales", el de la Ley de Rodas mediante estudio de la obra de Sexto Empírico, "Hipotiposes" y el de la Ley de Ginebra por el análisis que directamente efectúa de la misma.

Apreciación final sobre el comparatismo de Montesquieu.- El examen de los datos antes apuntados permite establecer que este pensador se sirve de la comparación jurídica para llegar a conclusiones acerca de la verdad de las leyes y de esta guisa proponer reformas a las leyes de su tiempo, todo lo cual lo hace sin perder de vista que cada ambiente debe tener sus propias leyes. Asimismo, cabe aclarar que la comparación en

<sup>130</sup> Ibid., p. 278-281

Montesquieu se da con el simple propósito de conocer y explicar la realidad histórica de las instituciones, a diferencia de la comparación jurídica que se realiza posteriormente en los siguientes siglos caracterizada por su utilidad en la enseñanza y en la práctica forense y por el desarrollo de sus métodos.

Conclusiones respecto al período.- En razón de lo antes apuntado sobre el derecho común y comparado europeo del siglo XVI al XVIII, se puede establecer las siguientes conclusiones:

- a) La comparación jurídica propia del período, sólo se practicaba en el sentido genérico en que puede entenderse la misma, es decir, como una actividad encaminada, simplemente, al estudio y conocimiento del derecho extranjero. Esta tendencia resulta explicable en razón de que los derechos locales operaban como "ordenamientos jurídicos abiertos" susceptibles de admitir la aplicación de normas y principios ajenos a los mismos, a condición de que resultasen aplicables a los casos concretos del lugar;
- b) Más que utilizarse para el desarrollo teórico del derecho, la comparación jurídica se practicaba con propósitos pragmáticos que servía como instrumento de comunicación o lenguaje común entre los juristas de los diversos Estados de la Europa continental de la época. Principalmente, se orientaba hacia la búsqueda de "concordancias" entre los derechos locales y si, en alguna forma, se ocupaba de establecer diferencias no era la que pudiese encontrarse entre esos derechos, sino entre éstos y lo que era considerado como derecho común o unidad jurídica de fondo;
- c) Destacan las aportaciones al derecho comparado de los juristas italianos quienes por su conocimiento de doctrina, legislación y jurisprudencia extranjera lograron elaborar diccionarios, compendios y tratados jurídicos que habrían

de ser determinantes en la formación del derecho común y comparado de la Europa continental.

- d) En materias de derecho público, resultan interesantes las contribuciones al derecho comparado de los juristas franceses como Bodino y Montesquieu, al primero de los cuales debe reconocérsele el mérito de formular los primeros estudios comparativos en materia de derecho público al elaborar su obra: "Juris universi distributio", y al segundo como el primero en postular la idea de una clasificación y agrupamiento de derechos en el ámbito mundial, cuando escribe su obra: "El Espíritu de las Leyes", anticipándose así al desarrollo futuro del derecho comparado.

3.- La comparación jurídica en la primera mitad del siglo XIX.- La comparación, resultando un elemento constitutivo del derecho común europeo, logra subsistir en el siglo XIX aun con el advenimiento de los códigos civiles nacionales. Cabe advertir que la aparición de los códigos franceses tales como el Código de Napoleón y la propensión a imitar los mismos en otros países, no implicaron la desaparición de la cultura jurídica continental de tendencia jurisprudencial, la cual, lejos de representar un obstáculo a la codificación, habría de convertirse en un elemento a favor de la misma a través de la interpretación de los códigos franceses y de la adopción de los mismos.

En el siglo XIX surgen las codificaciones nacionales, mas, cabe aclarar que esta circunstancia no perturba la tendencia a conocer y analizar el derecho extranjero, a fin de colmar lagunas. Los códigos nacionales no se muestran como ordenamientos jurídicos cerrados y la idea de un derecho común continental y la transnacionalidad del derecho, subsisten aún en el ánimo de los europeos.

La tendencia, en países como Italia, a seguir utilizando el derecho común en ciertas materias, hace que subsistan los

trabajos de comparación jurídica tanto en la doctrina como en la práctica. Es el caso de la materia comercial que, estando regulada por un código nacional (hasta cierto punto era considerado como imitación del código de comercio francés) que abrogaba el derecho anterior, no obstaba para que se siguiese reconociendo el derecho común como una tradición jurídica de importancia fundamental y, en ese sentido, es que era frecuente el parangón entre el derecho local codificado y el derecho común a fin de interpretar correctamente el primero y, de hacerse necesario, complementarlo para su aplicación.<sup>131</sup>

Asimismo, en los países que quedaban sujetos a la dominación extranjera como lo fue la dominación que ejerció Francia durante el imperio napoleónico, los juristas se veían en la necesidad de conocer textos jurídicos extranjeros doctrinales y legislativos lo cual se hacía mediante la traducción de los mismos que, a su vez, era acompañada de comentarios que más que estar dirigidos a destacar diferencias, tenían relación con la observación de concordancias con el propósito de lograr su adaptación a la coyuntura local. Esta actitud tan espontánea tendiente a utilizar la comparación, se mantiene durante toda la época.

Los autores antes citados, Gorla y Moccia,<sup>132</sup> refiriéndose a la tendencia comparatista observada en el interior de los países y apuntando específicamente al caso de Italia, explican que hubo en esa época una tendencia o corriente entre los juristas tendiente a establecer "concordancias" entre los derechos locales, así como, también, a reconocer las concordancias entre los derechos locales nacionales y los derechos extranjeros. Entre estos juristas citan a los siguientes con sus respectivas obras:

a) C. Mantelli: una colección publicada de 1839 a 1847, intitulada: "Gurisprudenza del Codice Civile e delle altre

<sup>131</sup> Gorla y Moccia, op. cit., p. 251

<sup>132</sup> Ibid., pp. 252 y 253

Leggi dei regi Stati. Collezione metódica e progressiva della decisione e sentenze pronunciate dei supremi Magistrati si dello Stato che Straneri sui piunti piú importanti di Diritto Civile, Commerciale, di Procedura Criminale, Amministrativo, etc". Se trata de una colección de jurisprudencia comentada de tribunales locales y extranjeros;

- b) Mancini, Pissanelli, e Scialoja: publicaron de 1853 a 1863 una obra con el título "Comentario del Codice di Procedura Civile per gli Stati Sardi", en la cual se rinden comparaciones entre los códigos italianos y las principales legislaciones extranjeras incluyendo el derecho inglés;
- c) D. Galdi, autor de una interesante obra: "Codice civile del Regno de Italia col confronto coi Codici francese, austriaco, napoletano, parmense, estense, col regolamento pontificio, Leggi per la Toscana e col diritto romano - Corredato delle relazioni fette alla Camera elettiva de al Senato e di un sunto completo e preciso di tute le discussioni parlamentari e delle diverse commissioni legislative (Napoli, 1865)". A través de esta obra se puede apreciar con todo rigor la trascendencia que tuvo el derecho comparado en la preparación del Código de Napoleón.
- d) J. Mattei, publica, en 1873, un trabajo con el título: "Il codice civile italiano nei singoli articoli col confronto, produzione o riferimento delle legi romane e delle disposizione dei codici francese, sardo, napoletano, parmense, estense de austriaco, colle opinioni di Voet, Fabro, Richeri, Domat, Pothier, Merlin, Delvincourt, Toullier, Duverger, Durantón, Zacharine, Troplong, Murlon, Marcadè, Demolombe, Grenier, etc. (...) con riferimento alle decisione del Corti d'appello e di cassazioni francesi, dei Superiori tribunali austriaci, e principalmente alle decisioni delle Corti de appello e delle Cassazioni del Regno". Al igual que de Galdi, antes mencionado, Mattei advierte en su obra el valor e

importancia del derecho comparado en el desarrollo del derecho, no obstante los propósitos eminentemente prácticos de los trabajos de comparación tendientes a asegurar una adecuada interpretación y aplicación de las leyes y códigos nacionales y, en su caso, del derecho extranjero.

En lo que concierne a otras fuentes del derecho diversas de la legislación, puede decirse que la comparación, en Europa, de las doctrinas y las jurisprudencias nacionales, se manifiesta en los trabajos de traducción de textos. Resulta que los autores de traducciones, agregaban en sus trabajos una serie de notas consistentes en observaciones o apéndices donde se parangonaba lo expuesto en los textos con lo que se tenía en el derecho local, el derecho romano común y en los derechos extranjeros que se conocían. Principalmente, es en Nápoles donde se realizan estos trabajos que habrían de ocupar un lugar importante en la historia del derecho común y comparado europeo.

A mediados del siglo XIX, se genera un volumen importante de literatura jurídica comparatista a propósito de traducciones de obras jurídicas, confrontando el derecho. Gorla y Moccia,<sup>133</sup> se refieren a diversas obras de traducción que revelan el interés de los juristas del siglo XIX por la enseñanza del derecho privado, destacando que en la realización de esa importante tarea era necesario que se apoyaran en la historia y la comparación jurídica. Entre esos juristas con sus respectivas obras de traducción citan a los siguientes:

- a) F. Gallini, en 1858, publica: "Corso de Diritto Commerciale di G. M. Pardessus (...) corredato 1° Di un discorso intorno la storia de la legislazione commerciale in Francia de in Italia: 2° Della comparazione motivata de la legislazione commerciale Francese con quella de vari Stati Italiani e

<sup>133</sup> Ibid., p. 254

particolarmente del Regno delle due Sicili (...) 5° Di un appendice in torno le principali legislazione commerciale straniera". En este trabajo se pueden encontrar notas sobre relaciones de comparación entre las instituciones de derecho comercial de la época de los romanos, la época medioeval y hasta la primera mitad del siglo XIX, incluyendo algunas otras sobre el derecho en Inglaterra y en Estados Unidos de América.

- b) F. Fluvio, edita en 1867: "Corso dei Diritto Civile per C.S. Zachariae (...) contenente il tessto delle leggi che hanno modificato la legislazione del Belgio, la giurisprudenza dela Corte de Cassazione e delle Corti di Apello del Belgio, e la concordanza degli articoli del Codice francese con gli articoli dei corrispondenti de nuovi Codici di Olanda (...) Novella edizione e traduzione Italiana, col confronto degli articoli delle leggi civile vigenti nell' Italia meridionale e del Codice Albetino, con note riguardanti la piu recente legislazione francese"
- c) P. O. Vigliani, hace publicar en 1850: "Corso di diritto civile secondo il codice francese - Opera del professore Duranton applicata (...) al codice civile per gli Stati del Re Sardegna e comparata con y codici civili del Regno Lombardo - Veneto (...)". Esta obra denota el afán propio de la época por utilizar la traducción de obras extranjeras con un sentido práctico, aprovechando su contenido en la interpretación y aplicación del derecho local.

En lo que respecta a Alemania, los tratadistas Feuerbach, Gans, y Thiabaut insistirían en la utilidad del derecho comparado para la filosofía del derecho. Por su parte, Mittermaier y Zachariae, en 1829, habrían de editar la primera revista jurídica con la cual se pretendía estimular los estudios de derecho extranjero.<sup>134</sup> Esta revista, según Sarfatti,<sup>135</sup> gozó

<sup>134</sup> Gutterdige, H.C., ob. cit., p. 31

<sup>135</sup> Sarfatti, M., ob. cit., p. 40

de próspera vida durante treinta años, habiendo, ofrecido un amplio panorama de la legislación y la ciencia jurídica existente en diversos países.

Zachariae,<sup>136</sup> era reconocido también como un jurista positivo interesado en la práctica y que ya, desde 1808, había publicado su Manual de Derecho Civil Francés donde se ocupa de estudiar el derecho extranjero, especialmente el derecho civil francés al que considera como el propio derecho alemán, en razón de que en la parte occidental de Alemania, donde vivía, se había adoptado el código civil francés.

La investigación comparativa en ese país, terminó ante la indiferencia de los juristas. Estos dejaron de preocuparse en cuanto cesaron los trabajos de sus pioneros, pero se tuvo la fortuna de que las ideas sobre la materia pasaron a Francia donde tuvieron una importante acogida. El primer impulso le corresponde a Eugène Lerminier con su obra intitulada "Historia General y Filosofía de las legislaciones comparadas".

De esta guisa, Enrique Martínez Paz,<sup>137</sup> refiriéndose a los orígenes en el Siglo XIX de lo que, actualmente, se considera como "el derecho comparado", señala a Lerminier como el jurista que inaugura en Francia, en 1831, la enseñanza del derecho comparado con una cátedra que por tiempo llevaría el nombre de su obra, y que siendo éste un precursor, luego le sucederían Lobulaye, en 1839, y Jacques Flach, más tarde.

Otro preconizador del derecho comparado, en Francia, lo fue Foelix quien, en 1834, edita una revista denominada "Revue étrangère de législation" pero que posteriormente adoptó el nombre de "Revue de droit français et étranger", dedicada a los estudios de la legislación extranjera. Observa Sarfatti<sup>138</sup> que no obstante la poca fortuna de esta revista, su influencia,

<sup>136</sup> Ibid., p. 39

<sup>137</sup> Martínez Paz, E., op. cit., p. 16

<sup>138</sup> Sarfatti, M., ob. cit., p. 41

sin embargo, fue suficiente como para introducir en Francia los fundamentos del estudio del derecho comparado. Asimismo, resulta relevante el hecho de la fundación de una tribuna de derecho comparado en el Colegio de Francia, en 1839, y una tribuna de derecho penal comparado en 1849

Según Pound, citado por Gutterdige, en Estados Unidos de América -olvidándose de lo que era propiamente derecho inglés- se entiende el derecho comparado como un medio de estudio a través del cual podría alcanzarse el conocimiento de los principios del derecho natural que se manifiestan en los escritos de los juristas franceses y que habrían de proclamarse en la jurisprudencia de ese país.<sup>139</sup>

Acerca de lo sucedido en Inglaterra, se puede decir que en la primera mitad del siglo XIX, se inicia el uso del método de la comparación para fines de orden práctico a propósito de mantener informados a los profesionistas abogados y tal es el caso de Burge, que, en 1837, publica su obra: "Commentaires on Colonial and Foreign Law", así como el de Leone Levi quien hace un intento por crear un movimiento internacional a favor de la codificación del derecho comercial.

El autor citado, Sarfatti, refiriéndose a Burge, señala que este jurista inglés elaboró ese trabajo con propósitos de orden práctico, al examinar sistemáticamente y con comparación, ambas fuentes jurídicas la inglesa y la de sus colonias, y que habiéndosele considerado de gran valor en el continente europeo y en Estados Unidos de América, hubo de servir para resolver con certeza aquellos casos en que la Corte Suprema del Imperio Británico (Privy-Council) tenían que juzgar considerando la aplicación ambos derechos. Aclara, sin embargo, Sarfatti, que en esa época la generalidad de los juristas ingleses desdeñaban el estudio del derecho extranjero

<sup>139</sup> Gutterdige, ob. cit., p. 32, n. 11

En Inglaterra, contrariamente a lo sucedido en el Continente, los juristas poco se preocuparon por la recepción del derecho extranjero, en bloque. No obstante, cabe aclarar que hubo estudios que se realizaron con el objeto de definir el campo del derecho comparado desde el punto de vista de ese país, en consideración a que el derecho inglés era entendido como un derecho que por esencia era diferente al de los países del continente. Asimismo hubo casos como el del tratadista Holdsworth<sup>140</sup> que, en su obra *History of English Law*, trata de demostrar que sobre las diferencias existentes entre ambos derechos, era posible encontrar en ellos elementos comunes derivados de una unidad del origen y evolución en algunas de sus reglas.

Aun y cuando no se les ha considerado de mucha influencia, cabe citar, también, los trabajos de los juristas ingleses Bentham y Austin quienes veían en el derecho romano un baluarte para la interpretación de la ley por los jueces y que, en su caso, los podía llevar a aplicación de un derecho natural ante la insuficiencia de la misma. Los comentarios de Bentham habrían de atraer la atención de Henry Summer Maine, uno de los más ilustres jurisconsultos ingleses de la segunda mitad del siglo XIX, autor de "Ancient Law" publicada en 1861, en la que se muestra como un preconizador del derecho comparado.<sup>141</sup>

En Inglaterra, el nacimiento y desarrollo de la comparación jurídica está estrechamente vinculada a la obra de Maine quien, en 1869, crea un colegio orientado a la enseñanza y a la investigación del derecho comparado. Se debe a este jurista el que se haya despertado en ese país un interés especial por la comparación, sobre todo en la última década de la centuria, surgiendo en 1895 la Society of Comparative Law a la par con la aparición del *Journal of the Society of Comparative Law*.<sup>142</sup>

<sup>140</sup> *Ibid.*, Holdsworth citado por Gutterdige, p. 32, n. 12

<sup>141</sup> Sarfatti, M., *ob. cit.*, pp. 43 y 44

<sup>142</sup> Hamza, Gábor, "Sir Henry Summer Maine et le Droit Comparé", *Annales, Sectio Iuridica*, T. XXXII, Budapest, 1991, p. 61

4.- Segunda mitad del siglo XIX. De la legislación comparada al derecho comparado.- Durante este período, bajo la influencia de un nuevo clima cultural, se inicia un proceso tendiente a identificar el derecho comparado como una disciplina jurídica con rasgos propios, producto de la mezcla de dos enfoques diferentes: el enfoque práctico que ya se puso de manifiesto en la primera mitad del siglo y cuyo propósito era el de mejorar el derecho local mediante el estudio del derecho extranjero y el derecho común romano a través de la comparación entre los mismos, tanto para remediar lagunas como para lograr una interpretación y aplicación más adecuada de sus reglas y principios; y el enfoque teorizante propio de la tendencia que trataba de abrirle paso a una nueva disciplina del derecho buscando su formalización y autonomía dentro de la ciencia del derecho. En este sentido, Gutterdige,<sup>143</sup> señala que la vida activa del derecho comparado se remonta a mediados del siglo XIX.

Sarfatti,<sup>144</sup> sin embargo, considera que todavía en la segunda mitad del siglo XIX, se utilizaba la comparación jurídica con la finalidad de mejorar el derecho interno y advierte que los juristas no habrían de ocuparse de explorar acerca de la utilidad de los estudios comparativos y sus métodos, sino hasta fines del siglo XIX, tratando de ofrecerle nueva vitalidad al derecho comparado y de que fuese reconocido como una ciencia social.

Se trata de una etapa de transición en la historia de la comparación del derecho cuando se estaba en el umbral del derecho comparado moderno, en el que tiende a conjugarse lo conservador y lo moderno, es decir, lo tradicional con los nuevos avances en el derecho. Advierten, Gorla y Moccia,<sup>145</sup> que es esta misma circunstancia, la que dificulta la tarea de establecer con precisión los rasgos distintivos que entonces

<sup>143</sup> Gutterdige, *op. cit.*, p. 31

<sup>144</sup> Sarfatti, *op. cit.*, pp. 46 y 47

<sup>145</sup> Gorla y Moccia, *op. cit.*, p. 255

caracterizaban al derecho comparado en su proyección hacia la práctica, lo cual se ve agravado por el hecho de que no se dispone de información suficiente para su reconstrucción histórica, en cuanto no se encuentra trabajo alguno sobre historia del derecho comparado que haya sido abordado en ese sentido.

Por otro lado, sin embargo, si puede afirmarse que en la época de la segunda mitad del siglo XIX, los estudios sobre derecho comparado se dirigieron su vista hacia la teorización del mismo. Los juristas ya no se preguntarían, tanto, acerca de la utilidad que puede ofrecer la comparación jurídica al permitir el conocimiento del derecho extranjero, sino acerca de la calidad de sus métodos y la objetividad de sus resultados. Se trataba del planteamiento del problema de su definición y sus métodos y del lugar que pudiese ocupar en el ámbito del derecho.

De esa índole, juristas como Gans,<sup>146</sup> que se pronunciaban a favor de una interpretación filosófica de la historia del derecho, consideraban importante la utilización del método comparativo para llegar al conocimiento del desarrollo de las ideas fundamentales en todo el mundo jurídico

Esta interesante tendencia, sin embargo, se manifiesta en Europa en la época en que proliferan los "códigos nacionales" cuya aplicación ofrece una perspectiva diversa de la ofrecida por los "ordenamientos jurídicos abiertos" de épocas anteriores, es decir, se trataba de ordenamientos jurídicos cerrados que eran considerados suficientes para su aplicación a los casos concretos y que, por lo mismo, no se presentarían lagunas. Los Estados nacionales, a través de su legislación, tratarán de asegurar el monopolio del derecho y de no permitir la aplicación de normas que no fuesen otras que las que se diesen en el propio ejercicio de su soberanía.

<sup>146</sup> Gans, mencionado por Sarfatti en su obra citada, a quien considera como un opositor a la escuela histórica de Savigny,

En tal virtud, habrán de aparecer obras en las que se plantea la posibilidad de establecer una definición objetiva de la comparación apuntando hacia una ciencia de la legislación comparada basada en la idea de la "comunicabilidad de los modelos jurídicos" y con la intención de demostrar la posibilidad de contar con un derecho universal inspirado en la razón y del progreso del género humano

El derecho comparado recibe el influjo de las nuevas teorías propias de la época como lo fueron, sin duda, las teorías evolucionistas, aceptándose la idea de que la comparación debería ser entendida como uno de los principales instrumentos de investigación del derecho. Apunta Gutterdige<sup>147</sup> que el origen del derecho comparado moderno no puede considerarse un resultado del impulso de los propios juristas, sino, más bien, debe considerarse una consecuencia indirecta de tales teorías que en su desarrollo iban sentando las bases de una nueva manera de pensar, en el sentido de hacer avanzar la ciencia. De esa índole, la comparación del derecho llega a recibir el trato propio de una disciplina científica y que la llevaría a ser colocada al lado de las ciencias comparativas como lo eran la anatomía comparada y la filología comparada.

En Italia encontramos a Emerico Amari quien, en 1857, publica su obra: "Critica di una scienza delle legislazioni comparate". Gorla y Moccia,<sup>148</sup> refiriéndose a esta obra señalan: "En el Proemio de la obra de Amari se contienen noticias interesantes sobre la proliferación de los estudios jurídicos comparativos durante la primera mitad del siglo XIX; respecto de los cuales cada vez más se advierte la exigencia de su organización en "ciencia".

Advierten estos tratadistas que Amari fue uno de los primeros en referirse a la necesidad de establecer una definición sobre

<sup>147</sup> Gutterdige, ob. cit., p. 35

<sup>148</sup> Gorla, G y Moccia, L., op. cit., p. 256

"legislación comparada", al observar que a pesar del considerable flujo de libros, cátedras, artículos periodísticos publicados sobre esta materia, en ninguna trabajo se había hecho referencia a una definición de la misma y que si, bien, admite en su obra que en algunos de esos trabajos hay quienes se han preocupado por precisar el objeto, el método y límites de los conocimientos de legislación comparada, observa, sin embargo, que sus planteamientos no pasaban de ser simple hipótesis que postulaban, más que todo, porque la idea de hacer "ciencia" estaba de moda, pero que, en realidad, no tenían un carácter científico.

Acercas de Amari, apunta Sarfatti<sup>149</sup> que cuando ese autor logra escribir su obra "Critica de la legislazione comparate", se le distingue por su independencia del movimiento alemán que se había iniciado poco antes y por el propósito específico de la obra que era el de evidenciar que la comparación entre leyes de diversos pueblos y tiempos, es la condición indispensable para una "ciencia de la legislación". Según Gutterdige, Amari, fue uno de los primeros en destacar la identidad entre el derecho comparado y las ciencias.<sup>150</sup>

Asimismo, acerca de lo sucedido en Italia, no pasa desapercibido el hecho de que en ese tiempo se publican dos interesantes revistas sobre derecho comparado: la Rivista di Diritto Internazionale Comparato y la Rassegna di Diritto Commerciale e Straniero.

Dentro de esta perspectiva, el derecho comparado es entendido en la Europa continental como una rama de los estudios del derecho y, de esta guisa, se encuentra que en París, Francia, en 1869, se funda la Société de Legislation Comparée, en la cual se reconoce la importancia del sentido modernista de los estudios jurídicos comparativos. Posteriormente, aparece que

<sup>149</sup> Sarfatti, op. cit., p. 42

<sup>150</sup> Gutterdige, ob. cit., p. 35, n. 32

el Ministerio de Justicia se apoya en sus estudios jurídicos con el Comité de Legislation Etrangère, creado *ex profeso* por el Gobierno francés, en 1876. El interés por el derecho comparado se pone de manifiesto al ser fundadas revistas especializadas tales como Boletín de la Sociedad de Legislación Comparada, en 1869, y el Anuario de Legislación Extranjera de esta misma Sociedad que editaba un resumen de todas las leyes que, en el año, eran publicadas en el mundo.

Por lo que concierne a Alemania, se sabe que en ese país surge un movimiento a favor del comparatismo jurídico encabezado por el jurista Kohler que durante varios años habría de editar en Stuttgart la revista Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, en 1878. En este país, es el jurista Ihering quien ha sido reconocido como el que sienta las bases del derecho comparado considerándolo como una disciplina jurídica con identidad propia, contrariamente a como Savigny, fundador de la escuela histórica del derecho, entiende el derecho comparado, el que sólo lo considera como un instrumento a favor de los estudios del derecho en su entorno histórico. Sobre este respecto, Martínez Paz, apunta: "Las bases doctrinarias de la nueva disciplina han sido referidas con justicia a Ihering. En el Espíritu del derecho romano (Introducción, tit. 1º 1º), oponiéndose a la concepción de Savigny del derecho nacional, producto peculiar de cada pueblo, fundó Ihering la idea de un derecho universal propio del mundo moderno".<sup>151</sup>

En Inglaterra, el derecho comparado llega a ser considerado como un instrumento al servicio del desarrollo de la ciencia del derecho, siendo uno de los pioneros de esta posición el tratadista inglés ya citado, Henry Summer Maine, expuesta en su obra Historical and Comparative Law que publica en 1861 y en sus conferencias que dicta en Oxford, en 1870. Esta

<sup>151</sup> Martínez Paz, op. cit., p. 17

posición, comenta Gutterdige, luego es adoptada en las instituciones de índole académica como el Comparative Law Institute, fundada en 1873; la Quain Professorship of Comparative Law of The University College London, iniciada en 1894; y la England Society of Comparative Law, fundada en 1895.<sup>152</sup> Cabe señalar que en este país, el método comparativo es utilizado, especialmente, en el estudio de casos de derecho internacional privado.

En medio de todo el entusiasmo que logró provocar esta nueva tendencia en el sentido de considerar el derecho comparado como una rama del derecho, los juristas adeptos a la misma no lograban unificar sus puntos de vista acerca de su valor. No obstante, según Gutterdige,<sup>153</sup> se deslindaron las tres posiciones siguientes:

- 1) La que consideraba que el derecho comparado obedecía a propósitos de orden práctico, en razón de la utilidad que podían representar para el desarrollo y la reforma del derecho de cada país, al favorecer el conocimiento de leyes nuevas de países extranjeros. Esta corriente solía utilizar el término "legislación comparada" para referirse al derecho comparado;
- 2) Otra que lo consideraba como una disciplina cuyo principal objeto era la búsqueda de todos aquellos conceptos teóricos básicos en los que debe estar sustentado todo sistema jurídico, considerándolo como un instrumento importante para la construcción de la nueva jurisprudencia o la nueva filosofía del derecho; y,
- 3) Finalmente, aquella que no veía en el derecho comparado otra utilidad que la del estudio de la historia, argumentando que su objeto era el de sólo poner en claro aquellos derechos que lograron ejercer influencia en la formación y

<sup>152</sup> Gutterdige, ob. cit., p. 36

<sup>153</sup> Ibid., p. 37

desarrollo de los diversos sistemas jurídicos o en los propios derechos nacionales.

A fines del siglo XIX, logra cobrar interés la idea de que todos los sistemas jurídicos descansan sobre la base de un conjunto de principios comunes constitutivos de un derecho natural y, ante esa perspectiva, aparecen comparatistas que dedicaron sus trabajos a encontrar esos principios y poner en claro las oposiciones entre los sistemas, todo con el propósito de unificar el derecho privado y de crear una especie de derecho común internacional.

A este estadio del derecho comparado, Martínez Paz, lo denomina como el de la "jurisprudencia internacional". Considera este autor que en esta época se practica la comparación externa, a diferencia del período de jurisprudencia nacional donde la comparación sólo tiene como objetivo el derecho interno, y, al respecto, aclara: "...formadas ya las legislaciones nacionales, aparece otra forma del derecho comparado: el derecho comparado externo, que en vez de hacer como el interno la comparación de las distintas normas legales o de costumbres de una misma nación hace la comparación de los distintos derechos nacionales".

Para acabar de explicar la etapa en cuestión, se refiere ese autor al código civil argentino y apunta, al respecto, que siendo éste un código burgués por excelencia, su redacción, sin embargo, se realizó pensando en los últimos adelantos de la ciencia jurídica, pero aclara que para lograr el cometido previsto hubo necesidad de recurrir al examen de la legislación extranjera. Asimismo, para destacar la diferencia entre la etapa anterior de la jurisprudencia nacional y la de la jurisprudencia internacional, se refiere ese autor a la actitud de comparación asumida en España en la época de la jurisprudencia nacional, observando: "...otro sería, ciertamente, el propósito de los redactores de las Partidas, por ejemplo, que debieron aspirar

a traducir los principios de las costumbres y del derecho romano universal ya vigente en España"<sup>154</sup>

Por otro lado, la idea de formalizar el derecho comparado no fue desarrollada, sino hasta principios del siglo XX por algunos tratadistas contemporáneos, entre los que destaca Georgio Del Vecchio. Este ilustre jurista italiano, edita una obra intitulada: "Sobre la idea de una ciencia del derecho universal", así como algunos otros trabajos en correlación con el tema como lo fueron: "La unidad del espíritu humano como base de la comparación jurídica" y "Las bases del derecho comparado y los principios generales del derecho". En ellas el autor trata de demostrar la universalidad de ciertos principios, pero a propósito de lo cual advierte que el mejor método para alcanzar el cometido es la comparación jurídica, apuntando hacia la importancia de formular una reconstrucción histórica de lo sucedido en la Edad Media, época en que los ordenamientos jurídicos locales eran abiertos y el derecho resultaba de fácil comunicación o recepción.

A fines del siglo XIX, sin embargo, aparecen juristas que pretenden demostrar la existencia de vínculos entre el derecho comparado y el conocimiento científico. Consideran el derecho comparado como un instrumento metodológico de gran valor para el progreso del derecho y de la ciencia jurídica. Así se reconoce en diversas obras de introducción al estudio del derecho como la editada por Brugi:<sup>155</sup> "Introducción enciclopédica a la ciencia del derecho", en la que el autor dedica todo un apartado al tema de la finalidad y la importancia práctica del estudio comparativo de legislación vigente y su utilidad, especialmente, en materia de derecho internacional privado.

5.- Derecho Comparado como ciencia en el Siglo XX.- Los juristas que en esta centuria se muestran interesados en la

<sup>154</sup> Martínez Paz, pp. 14 y 15

<sup>155</sup> Brugi, citado por Gorla y Moccia en su obra antes citada, p. 257, n. 19

historia del derecho comparado, se ocupan, fundamentalmente, de dos cuestiones que para entonces son consideradas importantes para la explicación del desarrollo histórico del derecho occidental y que enseguida se citan:

- 1ª.- La continuidad de la tradición del derecho común y comparado europeo, resistiendo el impacto de ser remplazada por los ordenamientos jurídicos nacionales cerrados en los países de la Europa continental; y
- 2ª.- La relación entre esa tendencia tradicionalista y las siguientes fases del desarrollo histórico de los estudios comparativos, así como la relación entre estos estudios y los propósitos de construir una teoría general del derecho.

Al iniciarse el siglo XX, sin embargo, ya se pensaba que el derecho comparado constituía una rama o especialidad dentro de la ciencia del derecho cuyo objeto era la investigación de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos, no propiamente para establecer semejanzas, sino, más bien, diferencias entre los mismos. Según Gutterdige,<sup>156</sup> fue el profesor francés Eduard Lambert quien, primeramente y de manera magistral, expone esa idea, en su obra "La función del derecho civil comparado", logrando con la misma influir en el pensamiento jurídico de la época a favor de la unificación e internacionalización del derecho.

El 31 de julio de 1900, se celebra en París, Francia, el Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, evento organizado por la Sociedad Francesa de Legislación Comparada. El propósito del Congreso era el de ofrecer al derecho comparado un orden adecuado y una orientación segura a fin de que pudiese desarrollarse como una ciencia. Resulta interesante destacar que en el programa de actividades del Congreso ya no se hace alusión al término "legislación

<sup>156</sup> Gutterdige, ob. cit., p. 38

comparada" utilizado en el siglo XIX, sino al de "ciencia del derecho comparado". Esta substitución de términos fue considerada por los congresistas como un "salto terminológico".

En la segunda década del siglo XX, el profesor del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, Henry Levy Ullmann, explicaba en su clase que el derecho comparado era una rama especial de la ciencia jurídica cuyo objeto es la comparación sistemática de las instituciones de los países civilizados correspondientes al derecho público y al derecho privado.<sup>157</sup> En esta definición se pueden encontrar dos elementos distintivos: uno, lo es el que identifica el derecho comparado como una rama de estudio de la ciencia jurídica; y otro, el que apunta en el sentido de que la comparación de legislaciones reviste un carácter científico, en cuanto la realización de esta actividad supone objetivos y métodos definidos. Mediante este acotamiento, el profesor de la Universidad de París, hace justicia a los comparatistas que veían en la unificación legislativa mundial el objeto del derecho comparado que eran acusados de utópicos por sus detractores.

Después de la guerra, sin embargo, cobran importancia las investigaciones jurídicas comparativas con propósitos de orden práctico. La Sociedad de Naciones Unidas y los mismos gobiernos nacionales se ocupan de auspiciarlas, a fin de formular proyectos de convenciones internacionales que respondiesen a las exigencias de realizar y fomentar los estudios de derecho comparado. La importancia de estos estudios se puso de manifiesto al momento en que ese organismo internacional crea el Instituto Internacional de Roma para la Unificación del Derecho, a instancia del gobierno italiano. Observa Gutterdige que el Instituto tuvo poco éxito

<sup>157</sup> E. Barda, en su artículo "Levy Ullmann et la Science du Droit Comparé", publicado en L' Ouvre Juridique de Lévy Ullmann, editada por L' Institute de Droit Comparé de la Université de Paris, bajo la dirección de L. Julliot de la Morandier y Marc Ancel, Paris, 1955, p. 95

pero que, sin embargo, debe reconocerse que dejó un importante legado de documentos que ahora resultan importantes para la investigación comparativa.<sup>158</sup>

Otra institución que también fue creada en época de posguerra fue la Academia Internacional de Derecho Comparado de la Haya. El principal precursor de la misma fue el profesor Elmer Balogh quien tuvo a bien organizar varios congresos internacionales que lograron reunir a un buen número de juristas de diversas partes del mundo.

Ya para la segunda década del siglo XX, además de la idea de unificar el derecho, los trabajos sobre derecho comparado se veían animados por otro propósito: determinar el valor o utilidad del estudio del derecho extranjero. Resulta que los juristas de la época fueron tomando conciencia de que no era conveniente permanecer en el aislamiento ignorando el derecho de los otros países, pero al mismo tiempo se percataron de que su estudio requería de lecciones especiales para su aprendizaje y de una adecuada preparación. De esa índole, señala Gutterdige que el derecho comparado, desde el punto de vista de la enseñanza, se le ha considerado una materia del doctorado.<sup>159</sup>

Martínez Paz,<sup>160</sup> acerca del derecho comparado en la época contemporánea, apunta que coexisten dos tendencias que parecen ser antagónicas: una que se orienta hacia la unidad de los estudios comparativos; y, otra, que considera que sólo debe ocuparse de una materia siendo ésta la nacionalidad. Advierte este autor, sin embargo, que este antagonismo es susceptible de conciliación si se admite la idea de que a la gran variedad de derechos nacionales le asiste un fondo jurídico común que no afectaría sus particularidades y que, en todo caso, es el derecho comparado el medio adecuado para alcanzar la conciliación y, al respecto, expresa: "Para la

<sup>158</sup> Gutterdige, op. cit., p. 38

<sup>159</sup> Ibid., p. 39

<sup>160</sup> Martínez Paz, op cit., p. 15

realización de ese propósito el método comparativo se vuelve de ineludible aplicación; ejercitado sobre la base del derecho interno dio el derecho nacional de los distintos pueblos; hoy aplicado sobre ese derecho nacional debe dar los fundamentos jurídicos relativos, temporales pero humanos de nuestra cultura". Asimismo, observa que la aplicación del método comparativo no constituye una simple eventualidad, producto del azar, sino que es una exigencia que deviene de los mismos procesos de la vida.

Por otro lado, sin embargo, no puede desconocerse la influencia que el derecho comparado a venido ejerciendo en la formación del derecho internacional como una rama del derecho con independencia del derecho natural, al cual, se sabe, estuvo estrechamente vinculado desde sus orígenes cuando aparece el "ius gentium". En la época contemporánea, ambos, el derecho comparado y el derecho internacional han permanecido indisolubles, coexistiendo dentro de una perspectiva común, ante un mundo que tiende a la integración.

Atendiendo a las consideraciones formuladas a propósito por los tratadistas, puede decirse que el desarrollo del derecho comparado, contemporáneamente, observa los siguientes rasgos característicos:<sup>161</sup>

- 1) Su desarrollo no sólo interesa en los países de occidente, sino también en aquellos otros países que no pertenecen a la civilización occidental, lo que significa que su proyección es mundial, tanto desde el punto vista objetivo que apunta hacia las materias y métodos nuevos que se van introduciendo, como desde el punto de vista subjetivo en cuanto ocupa la atención y participación de juristas de las diversas partes del planeta.
- 2) Su ámbito de estudio ha dejado de ser únicamente el del derecho común y comparado europeo de los países de

<sup>161</sup> Gorla, G. y Moccia, L., pp. 259 y 260

Europa continental occidental de los siglos del XVI al XVIII cuyo propósito era el de establecer las concordancias de los derechos locales entre sí y las de éstos derechos y el derecho romano común. Actualmente, su campo de estudio se ha extendido hacia la comparación del derecho de los países de derecho legislado y el derecho de los países de "common law", siendo ésta una prueba importante ante la necesidad de redimensionar su objeto para dar respuesta a nuevas demandas de conocimiento jurídico.

- 3) La tendencia del derecho comparado a establecer concordancias entre los diversos ordenamientos y sistemas ha generado el surgimiento de organismos internacionales con propósitos de unificar ideas en torno a la disciplina. Se puede citar el caso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional (UNCITRAL) que orienta sus actividades hacia el estudio comparativo de prácticas y textos de comercio tratando mantener vigente la idea de un derecho comercial internacional uniforme; es decir, el de establecer una "nueva lex mercatoria".
- 4) Los comparativistas tratan de ofrecer respuesta a las preguntas acerca del método o los métodos y el objeto del derecho comparado, en cuanto rama autónoma del conocimiento científico, empeñados en ofrecer una definición que lo distinga como una especialidad o rama del derecho diversa de las otras y, por ende, en acotar su ámbito de investigación.
- 5) Su campo no se limita únicamente a la indagación de las semejanzas y diferencias entre normas, instituciones y sistemas jurídicos, sino que se ha venido extendiendo al estudio de las razones o causas por las cuales se dan esas semejanzas y diferencias. Dentro de esta perspectiva, el derecho comparado mantiene estrechas relaciones con otras ramas del saber cuyo auxilio considera indispensable, tales como la sociología, la economía, la política y la historia.

## Bibliografía

ANCEL, MARC, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea y Política*, Editorial Porrúa, Col. "Sepan Cuantos", México, 1985

BALOGH, ELMER, "L' influence de l' économie sociale sur l' evolution du droit dans l' histoire comparative du droit et dans l' ethnologie juridique", estudio monográfico en *Introduction a l' Etude du Droit Comparé*, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

BERNAL, BEATRIZ y LEDESMA, JOSÉ DE JESÚS, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, Editorial Porrúa, México, 1997

BODINO, JUAN, *Los Seis Libros de la República*, Aguilar, S.A., Madrid, 1973

BOUCAUD, CH., "Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé", estudio monográfico publicado en *Introduction a l' Etude du Droit Comparé*, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

BUCKLAND-Mc NAIR, "Le sources du droit romain et du common law", estudio monográfico publicado en *Introduction a l' Etude du Droit Comparé*, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

## Bibliografía

ANCEL, MARC, *Utilité et Méthodes du Droit Comparé*, Editions Ides et Calendes, Neuchatel, 1971

ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea y Política*, Editorial Porrúa, Col. "Sepan Cuantos", México, 1985

BALOGH, ELMER, "L' influence de l' économie sociale sur l' evolution du droit dans l' histoire comparative du droit et dans l' ethnologie juridique", estudio monográfico en *Introduction a l'Etude du Droit Comparé*, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

BERNAL, BEATRIZ y LEDESMA, JOSÉ DE JESÚS, *Historia del Derecho Romano y de los Derechos Neorromanistas*, Editorial Porrúa, México, 1997

BODINO, JUAN, *Los Seis Libros de la República*, Aguilar, S.A., Madrid, 1973

BOUCAUD, CH., "Les perspectives historiques et philosophiques du droit comparé", estudio monográfico publicado en *Introduction a l'Etude du Droit Comparé*, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

BUCKLAND-Mc NAIR, "Le sources du droit romain et du common law", estudio monográfico publicado en *Introduction a l'Etude du Droit Comparé*, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

CICERÓN, Tratado de la República. Tratado de las Leyes. Catilnarias, Editorial Porrúa, Col. "Sepan Cuantos", Núm. 234, México, 1991

DAVID, RENÉ, Tratado de Derecho Civil Comparado. Introducción al Estudio de los Derechos Extranjeros y al Método Comparativo, Editorial Revista de Derecho Comparado, Madrid, 1953

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, I.I.J., UNAM, Editorial Porrúa.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Driskill, S. A., Buenos Aires.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid.

GORLA, GINO y MOCCIA LUGI, "Profili di una storia del Diritto Comparato in Italia e nel mondo comunicante", Revista di Diritto Civile, Anno XXXIII, Núm. 3, CEDAM, Padova, 1987

GUTTERDIGE, H.C., Le Droit Comparé. Introduction a la Méthode Comparative dans la Recherche Juridique et l'Étude du Droit, L.G.D.J., Paris, 1953

HAMZA, GABOR, "Sir Henry Summer Maine et le Droit Comparé", Annales, Sectio Iuridica, T. XXXII, Budapest, 1991

KAHN-FREUND, O., Comparative Law as an Academic Subject, Oxford University Press, Oxford, 1965

KOSCHAKER, PAUL, "L'histoire du droit et le droit comparé, surtout en Allemagne", estudio monográfico publicado en Introduction a l'Étude du Droit Comparé, compendio. en honor de Eduard Lambert dirigido por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

KOSCHEMBAHR- LYSKOWSKI, J., "Le role du droit romain pour le droit comparé", estudio monográfico publicado en Introduction a l'Étude du Droit Comparé, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

KRÜGER, PABLO, Historia Fuentes y Literatura del Derecho Romano, Editora Nacional, México, 1980

KUHN, ARTHUR K., "La fonction de la méthode comparative dans la histoire et la philosophie du droit", estudio monográfico publicado en Introduction a l'Étude du Droit Comparé, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

MARGADANT, GUILLERMO F., Panorama de la Historia Universal del Derecho, M.A. Porrúa, México, 1998

MARTÍNEZ PAZ, ENRIQUE, Introducción al Derecho Civil Comparado, Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Buenos Aires, Edit. Abelédo-Perrot, Buenos Aires 1960

MONTESQUIEU, Del Espíritu de las Leyes, Editorial Porrúa, Col. "Sepan Cuantos", Núm. 194, México, 1997

MORANDIERE, L. JOULLIOT, La Ouvre Juridique de Levy-Ullmann, compilación de estudios en honor a este jurista, Institute de Droit Comparé de la Université de Paris, Paris, 1955

OURLIAC, PAUL, Historia del Derecho, T. I y T II, Editorial José M. Cajica Jr., Puebla, México, 1952

PIRENNE, JACQUES. Historia Universal, T. I y T. II, Golier International, Edición Exito, Barcelona, 1972 y T II, Editorial Éxito, Barcelona, 1972

PLATÓN, Las Leyes, Editorial Porrúa, Col. "Sepan Cuantos", Núm. 139, México, 1991

POLIBIO DE MAGALÓPOLIS, Historia Universal durante la República Romana, Ed. Ibarra, Barcelona, 1968

RADBRUCH, GUSTAV, "Anselm Feuerbach, précurseur du droit comparé", reseña publicada en Introduction a l'Etude du Droit Comparé, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

RICCOBONO, SALVATORE, "Le droit romain dans les oeuvres de ses interprètes", monografía publicada en Introduction a l'Etude du Droit Comparé, comp. en honor de Eduard Lambert dirigida por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

SARFATTI, MARIO, Introducción al Estudio del Derecho Comparado, Imprenta Universitaria, México, 1941

SCHLESINGER, RUDOLF, "The Past and the Future of Comparative Law", The American Journal of Comparative Law, Vol. XLIII, Num. 3, Berkeley, Calif., 1995

SUJIYAMA, NAOJIRO y otros, Concepto y Métodos del Derecho Comparado, Compañía General Editora, S.A., México, 1941

WENGER, LEOPOLD, "Sur le droit romain, le droit comparé et l'histoire de droits antiques" estudio monográfico publicado en Introduction a l'Etude du Droit Comparé, compendio en honor de Eduard Lambert dirigido por Pierre Garraud, L.G.D.J., Paris, 1938

## Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Colegio de Criminología, UANL

### Catálogo de publicaciones

Derecho  
Cuadernos  
Conmemorativos

Núm. 1  
Fernando de Jesús Canales Clariond  
*Hacia un genuino Estado de Derecho*

Núm. 2  
Agustín Basave Fernández del Valle  
*La dimensión jurídica del hombre*

Núm. 3  
Olga Sánchez Cordero  
*Controversia Constitucional. Concepto de autoridad intermedia. Caso: Ayuntamiento de Aguillillas*

Núm. 4  
*El abogado frente al Derecho. Textos y documentos.*

Núm. 5  
Academia Mexicana del Derecho del Trabajo y de la Previsión. Delegación Nuevo León  
*La legislación laboral mexicana. Su posible revisión, análisis y propuestas*

Núm. 6  
José Santos González Suárez  
*Reformas a los artículos 16 y 19 Constitucionales*

Núm. 7  
Efrén Vázquez  
*Hans Kelsen, Jurista del siglo XX. Homenaje en el XXVI aniversario de su fallecimiento*

Núm. 8  
Pedro Ojeda Paullada  
*Tendencias actuales del Derecho Burocrático. Alcances, evolución, conceptos y perspectivas*

Núm. 9  
*Homenaje a Raúl Rangel Frías, Benemérito de Nuevo León, en el sexto aniversario de su deceso*

Núm. 10  
José Francisco Becerril Mendoza  
*El Derecho de huelga*

Núm. 11  
Leopoldo Zea  
Alfonso Reyes  
*La X, Lo americano y lo universal*

Núm. 12  
Jorge Witker  
*La problemática de la investigación jurídica en la actualidad*

Núm. 13  
Guillermo Hori Robaina  
*Relaciones Laborales actuales y futuras*

Núm. 14  
Marco Antonio Leija  
*Colegio de Criminología, relación histórica y vivencias*

Núm. 15  
Ana María del Carmen Márquez Rodríguez  
*La Facultad de Ciencias de la Comunicación, orígenes y evolución*

Núm. 16  
El Municipio de Marín, Nuevo León  
y el Lic. José Alejandro de Treviño y Gutiérrez

Núm. 17  
Dr. Agustín Basave Fernández del Valle  
*Homenaje*

Núm. 18  
Ernesto T. Araiza Rivera  
*Homenaje*

Núm. 19  
*Homenaje al Abogado*

Núm. 20  
Alejandro Sánchez Hernández  
*El Tribunal Fiscal de la Federación, estructura y funcionamiento*

Núm. 21  
Dr. Arturo Salinas Martínez, vocación, docencia y Derecho  
*Homenaje*

Núm. 22  
*La Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, UANL. Origen y proyección*

Núm. 23  
Genaro David Góngora Pimentel  
*Poder judicial Federal, Orígenes, desarrollo, estado actual y futuro*

Núm. 24  
Jorge A. Treviño Martínez  
*Simplificación del Derecho. Tendencias del nuevo milenio*

Núm. 25  
Angela Stelzer de Canales  
*La función social del DIF en Nuevo León*

Núm. 26  
Dr. Agustín Basave Fernández del Valle  
*Estructura y sentido de la judicatura función y misión del juez*

Núm. 27  
H. Congreso de Nuevo León LXVIII Legislatura  
*Homenaje a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UANL 175 aniversario*

Núm. 28  
Nicolás Martínez Cerda  
*Reformas a la Ley de Amparo*

Núm. 29  
*La Primera Cátedra de Derecho Civil en Nuevo León. El Seminario Conciliar de Monterrey*

*Ediciones de la División de Posgrado*

Hiram L. de León.

*Ley de Concursos Mercantiles. Reflexiones*

Hiram L. de León Rodríguez

*La Nueva Legislación Concursal*

Núm. 2

**Libros**

Jesús Flores Treviño, Sergio Pansza Treviño  
y Ernesto T. Araiza Rivera.

*Las Leyes electorales de Nuevo León 1825-1997.  
Semblanza histórico-político-legislativa.*

Hernando Castillo Guerra.

*Diálogos en el Panteón Liberal de México*

Carlos Emilio Arenas Bátis. et al.

*Defensa Jurídica del Voto*

Jorge Pedraza Salinas

*Lic. Genaro Garza Salinas. Homenaje*

**Varios.**

Héctor S. Maldonado y *El Derecho del Trabajo*

**Publicaciones periódicas**

Revista: *Derecho. Siglo XXI*

Órgano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales

y Colegio de Criminología, UANL.

Tetramestral

Enero-mayo del 2000

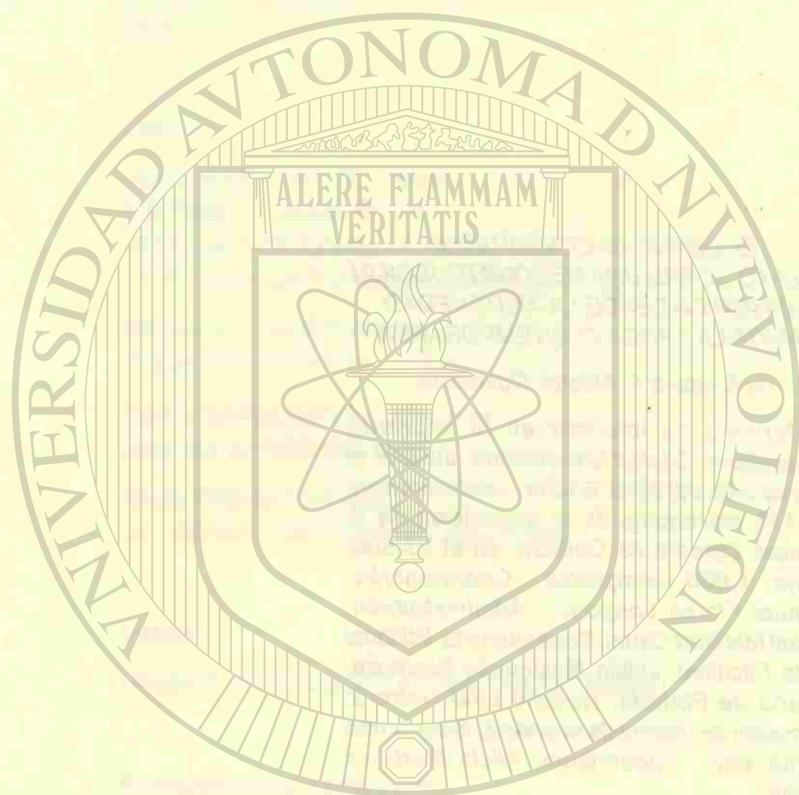
EL DERECHO COMPARADO.  
ENSAYO SOBRE UNA RECONSTRUCCION  
HISTORICA DESDE LA ANTIGUEDAD  
HASTA LA EPOCA CONTEMPORANEA

de Gustavo A. Mireles Quintanilla

Se terminó de imprimir en la Imprenta  
Universitaria, Ciudad Universitaria, durante el  
mes de Julio del 2000. Edición conmemorativa  
del 175 aniversario de la Impartición de la  
Primera Catedra de Derecho en el Estado.  
Tiraje: 1,000 ejemplares. Coordinación:  
Samuel Flores Longoria. Administración:  
Rafael Martínez Cantú. Departamento Editorial  
de la Facultad, Julián Maldonado Espinoza.  
Diseño de Portada, Rodolfo Leal Herrera.  
Ejecución de Diseño de interiores, Sara Torres  
Hernández. Supervisión: Alicia Martínez  
Aguilar.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



**EL DERECHO COMPARADO.  
ENSAYO SOBRE UNA RECONSTRUCCIÓN  
HISTORICA DESDE LA ANTIGUEDAD  
HASTA LA EPOCA CONTEMPORANEA**

*de Gustavo A. Mireles Quintanilla*

*Se terminó de imprimir en la Imprenta  
Universitaria, Ciudad Universitaria, durante el  
mes de Julio del 2000. Edición conmemorativa  
del 175 aniversario de la Impartición de la  
Primera Catedra de Derecho en el Estado.  
Tiraje: 1,000 ejemplares. Coordinación:  
Samuel Flores Longoria. Administración:  
Rafael Martínez Cantú. Departamento Editorial  
de la Facultad, Julián Maldonado Espinoza.  
Diseño de Portada, Rodolfo Leal Herrera.  
Ejecución de Diseño de interiores, Sara Torres  
Hernández. Supervisión: Alicia Martínez  
Aguilar.*

---

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



BIBLIOTECA UNIVERSITARIA  
PAUL SANGEL ERIAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

SECRETARÍA GENERAL DE BIBLIOTECA



Ciudad Universitaria, año 2000