

personajes importantes. Entre las primeras alude, principalmente, a Atenas, Lacedomonia, 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, Dracón 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,⁵¹ 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,⁵² 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

⁵¹ 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

⁵² 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.

Universidad de Valencia. Consta de un volumen de 200 páginas y un precio de 10.000 pesetas. Se trata de un estudio de carácter científico y de alto nivel académico. El autor, profesor de la Universidad de Valencia, ha realizado un trabajo de gran rigor y profundidad. El libro es una obra de referencia para todos los interesados en el estudio del derecho romano y de la historia del derecho. Incluye un índice y un apéndice. El precio es de 10.000 pesetas. Se trata de un estudio de carácter científico y de alto nivel académico. El autor, profesor de la Universidad de Valencia, ha realizado un trabajo de gran rigor y profundidad. El libro es una obra de referencia para todos los interesados en el estudio del derecho romano y de la historia del derecho. Incluye un índice y un apéndice. El precio es de 10.000 pesetas.

COLLATIO MOISACORUM ET ROMANARUM LEGUM.
Se trata de una peculiar comparación de leyes desconocida que se realizó en el siglo IV de J.C. de la que sólo existen dos ejemplares en manuscrito en Berlín, Viena y Vercelli. Se trata de un tratado comparativo de las leyes hebreas y las romanas o griegas, escrito a demandar una antigua tesis en el sentido de que las normas de origen hebreo son anteriores a las romanas. Para algunos historiadores como Huetzler,¹⁰ citado por Guttmann, se refiere a este documento como una obra que contiene interesantes comparaciones entre las leyes romanas y hebreas, considerándola, posiblemente, como el primer ejemplo de investigación de derecho comparado, en el sentido en el que este término es entendido actualmente.

Charles Doucaud,¹¹ respecto de la comparación jurídica que se dio en la antigüedad, escribió: *La science Collatio Legum Moisaicorum et Romanarum*, que se da un autor desconocido del siglo IV, y que compara el Derecho Moisés con el Derecho Romano, es expresamente una obra de Derecho Comparado cuyo objeto aún es un misterio. Durante este tratado, en el que, sin embargo, que una reciente edición del profesor de la

¹⁰ Doucaud, C. H. E. *La Collatio Legum Moisaicorum et Romanarum*. Paris, 1907. *Revue de Droit et de Science Légales*, 1907, p. 10.
¹¹ Doucaud, C. H. E. p. 10.

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

Segunda Parte

Ante el fenómeno 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, tras haber conquistado la parte occidental del Imperio Romano, se vieron obligados a adoptar un derecho, consistente en la adopción de un sistema jurídico distinto al del pueblo que lo recibía, lo que se da a través de un proceso de asimilación.

Según la clasificación del derecho, Berns y Ledesma¹² en la recepción del derecho se pueden distinguir los siguientes tipos: a) recepción del derecho que se recibe; b) difusión del derecho por los pueblos; c) difusión del derecho por los pueblos; d) integración para la recepción.

Otra clasificación de la recepción, estudiando solamente a la recepción del derecho romano, se ha reconocido la existencia de una recepción para poner estos sistemas jurídicos en contacto con el sistema de masaje cultural aun en el momento de la recepción. Por tanto, los comparatistas han estudiado el derecho por varias efectuando sus trabajos de investigación y comparación del derecho de la Edad Media, en el que se da la evolución del derecho romano.

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,⁵³ 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 sólo 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.

⁵³ 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:⁵⁴ "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.⁵⁵

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.⁵⁶

⁵⁴ Koshembahr-Lyskowsky, I, "Le Role du Droit Romain pour le Droit Comparé", monografía publicada en *Introduction a 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

⁵⁵ Bernal, B y Ledesma, J.J., op. cit., pp. 274 y 275

⁵⁶ *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,⁵⁷ 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,⁵⁸ 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".

⁵⁷ 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

⁵⁸ 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 a 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.⁵⁹

Los autores Bernal y Ledesma,⁶⁰ 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.⁶¹ Destaca esta Escuela, principalmente, por las obras de la glosa iusromanista efectuada por sus miembros. Por glosa puede entenderse la explicación de los textos del Corpus Juris, formulada por los académicos con dos propósitos:⁶² 1) explicar

⁵⁹ Sarfatti, Mario, Introducción al Estudio del Derecho Comparado, Imprenta Universitaria, México, 1941, pp. 10 y 11

⁶⁰ Bernal B y Ledesma, J. J., op. cit., p. 311

⁶¹ Pirenne, J., Historia Universal, T II, Grolier International Inn, Editorial Éxito, Barcelona, 1972, p. 121

⁶² 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, leyes 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,⁶³ 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

⁶³ 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,⁶⁴ 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.⁶⁵

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,⁶⁶ advierte que en esa época todavía no se realizaban

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

⁶⁵ *Diccionario Jurídico Mexicano*, I.I.J., UNAM, México, 1989, Pág. 956.

⁶⁶ 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".⁶⁷

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

⁶⁷ 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"⁶⁸

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

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

Tercera Parte

Se trata de la época que se prolonga al siglo XVI cuando las sociedades locales con identidad de idioma y de cultura tienden a unificarse para convertirse en Estados nacionales. Al mismo tiempo, se inicia el movimiento de perpetuar un Estado universal porque nada más es tan interesante para las monarquías feudales la formación del Sacro Imperio Romano y al cobrar importancia la idea de la necesidad de unificar los 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 convenientemente realizarlo con la misma concepción o perspectiva historiográfica asumida hasta ahora, es decir, al 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 produjeron, a fin de ofrecer una explicación objetiva acerca de los mismos.

En esta parte del estudio histórico del derecho comparado queda en primer lugar la importancia de la imperianidad de la comparación para el desarrollo de la ciencia del derecho. El historiador Kuhn, apunta: "Se puede verdaderamente sostener

⁶⁹ Kuhn, A., en "Fundamentos del Método de Comparación para la Historia de la Ley" en el libro "Fundamentos del Derecho Comparado" editado por Paul Gény y L. Duguit, 1928, p. 315.