

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,⁶⁹ apunta: "Se puede verdaderamente sostener

⁶⁹ 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,⁷⁰ 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 prevalecte, 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".⁷¹

⁷⁰ 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

⁷¹ 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 derecho⁷²

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

⁷² 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.⁷³

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.⁷⁴

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

⁷³ Diccionario Jurídico Mexicano, IJ, UNAM, México, 1989, Pág. 969

⁷⁴ Pirenne, J., op. cit., T. II, p. 210.

⁷⁵ 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,⁷⁶ 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,⁷⁷ 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

⁷⁶ Riccobono, en su monografía "Le Droit Romaine 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

⁷⁷ 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 resiste 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.⁷⁸

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 ..."⁷⁹

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:⁸⁰ "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,⁸¹ 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

⁷⁸ Ibid, p. 39

⁷⁹ Ibid., p. 100

⁸⁰ Ibid., pp. 21 y 22

⁸¹ 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,⁸² 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

⁸² 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",⁸³ 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

⁸³ cfr., p. 70 y 71

el gran tesoro contenido en la Compilación de Justiniano. Riccobono,⁸⁴ 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 Sarfatti⁸⁵ 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

⁸⁴ Riccobono, op. cit., p. 240

⁸⁵ Sarfatti, op. cit., pp. 91 y 92