

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".⁸⁶

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

⁸⁶ 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.⁸⁷

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

⁸⁷ 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.⁸⁸

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,⁸⁹ previene: "La analogía

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 247-248

⁸⁹ *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,⁹⁰ 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.

⁹⁰ 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,⁹¹ 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.⁹² Acerca de los trabajos de este jurista, Gustavo Radbruch,⁹³ 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.⁹⁴ Debe agregarse a esta lista Juan Bodino (1530 - 1596) de Francia, autor de la genial obra: "Juris universi distributio".

⁹¹ Sarfatti, ob. cit., p. 28

⁹² Ibid. p. 38

⁹³ 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

⁹⁴ 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.⁹⁵ 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

⁹⁵ 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.⁹⁶ 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,⁹⁷ 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

⁹⁶ *Ibid.*, p. 249

⁹⁷ 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,⁹⁸ 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 Sarfatti⁹⁹ 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.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 33

⁹⁹ Sarfatti, *ob. cit.*, p. 27

El historiador del derecho Pollock,¹⁰⁰ 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

¹⁰⁰ Gutterdige, ob. cit., p. 34, n. 15

como lo fueron "Dizionario racionato di giurisprudenza marittima e di commercio" y "Delle assicurazioni marittima", 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.¹⁰¹ 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, cabe destacar dos trabajos realizados en Francia: uno en el siglo XVI, de Juan Bodino, y otro en el siglo XVII, de Montesquieu.

¹⁰¹ 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 1578.¹⁰²

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.

¹⁰² 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