

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,¹³³ 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

¹³³ Ibid., p. 254

particularmente 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 Durantou 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.¹³⁴ Esta revista, según Sarfatti,¹³⁵ gozó

¹³⁴ Gutterdige, H.C., ob. cit., p. 31

¹³⁵ 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,¹³⁶ 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,¹³⁷ 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 Sarfatti¹³⁸ que no obstante la poca fortuna de esta revista, su influencia,

¹³⁶ Ibid., p. 39

¹³⁷ Martínez Paz, E., op. cit., p. 16

¹³⁸ 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.¹³⁹

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

¹³⁹ 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 Holdsworth¹⁴⁰ 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.¹⁴¹

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*.¹⁴²

¹⁴⁰ *Ibid.*, Holdsworth citado por Gutterdige, p. 32, n. 12

¹⁴¹ Sarfatti, M., *ob. cit.*, pp. 43 y 44

¹⁴² 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,¹⁴³ señala que la vida activa del derecho comparado se remonta a mediados del siglo XIX.

Sarfatti,¹⁴⁴ 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,¹⁴⁵ que es esta misma circunstancia, la que dificulta la tarea de establecer con precisión los rasgos distintivos que entonces

¹⁴³ Gutterdige, *op. cit.*, p. 31

¹⁴⁴ Sarfatti, *op. cit.*, pp. 46 y 47

¹⁴⁵ 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,¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁶ 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 Gutterdige¹⁴⁷ 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,¹⁴⁸ 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

¹⁴⁷ Gutterdige, ob. cit., p. 35

¹⁴⁸ 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.

Acerca de Amari, apunta Sarfatti¹⁴⁹ 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.¹⁵⁰

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 Societé de Legislation Comparé, en la cual se reconoce la importancia del sentido modernista de los estudios jurídicos comparativos. Posteriormente, aparece que

¹⁴⁹ Sarfatti, op. cit., p. 42

¹⁵⁰ 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 Sttugar 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, 1 ' 1), 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".¹⁵¹

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

¹⁵¹ 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 1895.¹⁵² 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,¹⁵³ 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

¹⁵² Gutterdige, ob. cit., p. 36

¹⁵³ 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 interhacional.

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