

# IMPORTANCIA DEL DERECHO ESPAÑOL PARA LA CIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

---

## INTRODUCCIÓN.

- A. Conexiones generales del Derecho español.
- B. Especialidades de la ciencia del Derecho comparado en general.
- C. La ciencia del Derecho comparado en especial y teniendo en cuenta la importancia del Derecho español.
  - I. La comparación genético-jurídica y su fertilización por el Derecho español.
  - II. La comparación dogmática, basada en el Derecho material, con la valoración debida de las peculiaridades españolas.
- D. Objetivo que se propone la ciencia del Derecho comparado y su realización en el Derecho español.

A. El Derecho español vigente presenta conexiones con los Derechos más importantes de Europa y América. 1) Por una parte está emparentado con los demás Derechos románicos de Europa a causa de su actitud esencialmente *romanista*. Durante la época de la soberanía colonial de España, que duró más de tres siglos, fué también, el español, Derecho materno de todos los Estados hispano-americanos, y en algunos de ellos ha subsistido como modelo hasta el presente, de preferencia en lo que se refiere al Derecho mercantil y al civil; en Cuba, cuya emancipación de España contra la voluntad de la misma no tuvo lugar hasta 1898, continúan todavía en vigor, sin alteración, los Códigos correspondientes. Además, la influencia española ha llegado hasta el Derecho del Brasil, a través de su vecina Portu-

gal, y en parte se manifiesta también en los Estados del Sur y Suroeste de los Estados Unidos en otros tiempos pertenecientes a Méjico.

2) Además, innumerables restos procedentes del Derecho germánico, que han sido conservados de otras épocas evolutivas, hacen posible que ciertas relaciones con los Derechos germánicos, cuyo prototipo, el Derecho de Inglaterra, ha sido también el Derecho materno de los Estados Unidos de América, continúen subsistiendo de un modo manifiesto, y aun sean completadas, sin menoscabo del sistema jurídico propio, por ulteriores recepciones de instituciones jurídicas aprovechables de los Estados de Derecho germánico, como, por ejemplo, los materiales sacados del Derecho hipotecario alemán.

3) A causa de estas positivas relaciones con todos los países, el Derecho español adquiere una posición señalada innata en el terreno de la *Ciencia del Derecho comparado*, la cual nos invita y obliga reiteradamente a ocuparnos de él con mayor detención.

B. 1) La ciencia del Derecho comparado expone un método de especulación y de trabajo, que surge de la evidente necesidad científica de conocer las soluciones de los demás Derechos y de preconizarlas también para el propio. Los objetos de comparación más fácilmente accesibles son suministrados por los Derechos materiales codificados. En caso de duda están sacados del Derecho indígena o de uno o varios Derechos extranjeros; sin embargo, también varios Derechos extranjeros pueden servir de objeto de comparación entre sí; el contraste con esta comparación dogmática de los derechos materiales modernos lo constituye la comparación *etnológica* del Derecho, que se consagra a la investigación de los primitivos Derechos consuetudinarios de los pueblos incivilizados, y aun muchas veces prescinde de hacer una comparación positiva con otros Derechos sólo etnológicamente comprensibles, o con los modernos.

2) Toda comparación de Derechos quedaría unilateral e incompleta mientras no examinara también el principio aislado de Derecho material dentro del marco de todo su sistema jurídico. Por esta razón hay que partir regularmente de estos va-

rios sistemas de Derecho de los objetos de comparación; esto es, conviene determinar fijamente las características y especialidades jurídico-genéticas de cada sistema de Derecho indígena o extranjero, que al propio tiempo se mantengan vigentes en el momento actual, de acuerdo con unos principios concretos que tengan una vigencia lo más general posible. El contraste con esta comparación genética de Derechos lo constituye la comparación histórico-jurídica, que busca en el pasado, sin tener en cuenta el valor eventual que en el presente puedan tener los objetos de comparación.

Pero además conviene ir siguiendo las líneas generales de enlace que puedan poner en acuerdo o en oposición a este sistema con los de los demás objetos de comparación. Esta última consideración entra ya en el contenido del Derecho material como fenómeno total.

Sólo después de haber logrado un dominio del trabajo preliminar antes mencionado y de una profunda fundamentación de los objetos de comparación de Derecho material, pueden éstos, reducidos así a un denominador común, ser utilizados de tal manera que entonces puede procederse a la verificación de la comparación con la esperanza de llegar a la mayor exactitud posible.

3) Como resultado de estas observaciones<sup>1</sup>, que muchas veces son provocadas precisamente por la complicada estructura del Derecho *español* unida a la desmedida extensión de su imperio, llegamos a la conclusión de que la comparación de Derechos comienza eficazmente con el estudio de los Derechos extranjeros en general y de sus especialidades jurídico-genéticas.

---

1 Cfr. mi *Geschichte der spanischen Gesetzquellen*, Heidelberg, 1923; además, *Estudio comparativo entre el desarrollo del Derecho español y el alemán* (cuaderno 65 de las *Publicaciones de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1923), publicada también en alemán en la *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, v. 41, 1925, 388-422; asimismo *Correlaciones en el desarrollo de los Derechos de Europa y de América*, cuaderno aparte, núm. 70 de la *Revista de la Universidad de Buenos Aires*, 1928; finalmente el Derecho español en *Auslandskunde von Spanien*, Frankfurt am Main, 1929.

Esto se hace especialmente inevitable cuando el Derecho material prescinde todavía de la moderna codificación o bien se halla bajo la acción de influencias que no pueden deducirse directamente del principio de Derecho material, como es el caso de algunos Derechos civiles sudamericanos inñuidos por la Literatura científica de un gran Estado vecino o por la de Francia.

C. La comparación de Derechos modernos se bifurca en dos clases principales: por una parte la comparación jurídico-genética y en segundo lugar la jurídico-material o dogmática. La primera puede también llevarse a cabo por sí sola. En cambio la comparación jurídico-material sólo puede llevarse a cabo de manera eficaz después de haber sido fundamentalmente preparada por aquélla.

I. La comparación jurídico-genética parte de la estructura general de cada sistema extranjero de Derecho e intenta descubrir sus características generales y corrientes subterráneas, a menudo de difícil percepción. En ella, según los resultados a que hasta el momento presente se ha llegado, hay que tener en cuenta preferentemente los siguientes elementos:

1) Las capas procedentes de períodos evolutivos anteriores mantenidas en vigor y el Derecho moderno, decretado en los tiempos presentes junto con la serie de casos de su aplicación;

2) las influencias del Derecho nacional y del extranjero en el conjunto del Derecho vigente;

3) Las principales materias del Derecho material en su concepción por la teoría y en su aplicación en la práctica; es decir, preferentemente el estado de la codificación de los Derechos constitucional, mercantil y civil, pero considerando también el Derecho penal, el procesal y las demás materias parciales;

4) las normas para resolver las colisiones eventuales entre los Derechos territoriales que puedan darse en el interior del gran reino. El Derecho español, en cuanto a su génesis jurídica, es el más complicado de todos los Derechos romanizantes, exactamente igual como le sucede al inglés entre los Derechos germánicos. A su estructura precisamente se debe de una manera notable el carácter bastante abstracto de la exposición de estas rú-

bricas. Esta es la razón de que su contenido se adapte con especial exactitud, como objeto de comparación, dentro de sus cuadros.

1) El Derecho español presenta seis *períodos* sucesivos de *evolución*, que de vez en cuando se acoplan a pares, formando un grupo más unido; son los siguientes: el estatuto personal y territorial durante la dominación visigoda; luego, durante la Reconquista, la fragmentación del Derecho a base de los fueros municipales y nobiliarios, y los subsiguientes intentos de una ulterior unificación por la recepción del Derecho romano en las Siete Partidas; finalmente, desde la hegemonía española alcanzada con el descubrimiento de América, la prosecución de los intentos de unificación por medio de las Recopilaciones, y, desde el siglo pasado, la codificación que las sustituye.

El Derecho foral de la Edad Media estaba revestido de carácter privilegial. Por esta razón se ha mantenido parcialmente en vigor hasta el presente y, en caso pertinente, esto es, en caso de ser probado, hay que aplicarlo en primer lugar. Pero aun en cuanto ya no es posible probar su vigencia ininterrumpida, puede, sin embargo, ser empleado perfectamente como principio de Derecho que confirme el Derecho positivamente vigente.

Con las codificaciones modernas de los Derechos constitucional, mercantil, civil, penal y procesal, el Derecho español quedó libertado de sus cargas jurídico-genéticas; sin embargo, estas subsisten aún, de preferencia en el sector del Derecho civil, en las diez provincias forales del Norte, a pesar del Código civil de 1889, y en ocasiones se manifiestan también en las cuarenta provincias restantes.

2) Apenas existe otro Derecho en el que las tan diversas *influencias* culturales y jurídicas sean tan importantes, como en el Derecho español. Durante el período de los primeros grupos al lado del Derecho consuetudinario, no escrito, de los celtíberos indígenas, existió un Derecho romano provincial que fué recopilado en 506 en la *Lex Romana Visigotorum*, y desde la dominación de los visigodos también su Derecho germánico, que por vez primera fué consignado por escrito hacia el año 475 en el *Codex Eurici*. De la elaboración unificadora del Derecho

germánico con el romano provincial surgió, primero en 560 y finalmente en 682 (694), el *Forum Iudicum* (Fuero Juzgo), cuyas últimas influencias alcanzan hasta el presente. En los grupos periódicos siguientes se incorporan los Derechos semíticos, o sea el Derecho árabe y algo el Derecho judaico. Sin embargo, pocas huellas han quedado del primero, a no ser en la terminología jurídica, después de la terminación de la Reconquista, si bien se dan algunas en el régimen de aguas y en el de la explotación de campos y huertas; igualmente ha desaparecido casi por completo el Derecho judaico. Además, el Derecho romano del *Codex iuris civilis* fué recibido en su elaboración de las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Claro que al lado del Derecho privilegiado de los Fueros sólo pudo alcanzar un rango subsidiario; pero gracias a lo completo de su sistema y a su armazón filosófica, pronto logró la preeminencia en la práctica de la administración de justicia. Ciertamente durante el período de los últimos grupos una escuela de historiadores del Derecho, surgidos de la Real Academia de la Historia, demostraron nuevamente y propugnaron la aspiración justificada de los fueros de carácter germánico a su posición privilegiada; pero la cuestión en litigio encontró ya su solución indirecta a principios del siglo XIX por medio de la introducción de las modernas codificaciones según el patrón napoleónico. Junto con este método francés se incorporó también muchas veces el contenido de los modelos; sin embargo, es evidente que fué rechazándose posteriormente y se rechaza todavía en ulteriores revisiones, como es el caso del Derecho constitucional de 1876 (y de 1929) y del Derecho mercantil de 1885.

3) Con el avance del método de la *codificación*, han sido publicados nuevamente, en forma de codificación, al lado del Derecho constitucional y del mercantil, las principales materias restantes del Derecho español, como son los Derechos penal, obrero, procesal, etc. Esto se extiende aparentemente al Derecho civil, si se atiende al Código civil de 1889. Sin embargo, hay que observar precisamente en él la limitación, indicada ya anteriormente, en favor del Derecho foral medieval y de las Recopilaciones posteriores, en él basadas, que se hicieron en Castilla.

y en las llamadas provincias forales: Aragón, parte de Valencia, Cataluña, Baleares, Navarra y las provincias Vascongadas.

Además sorprende en la práctica de los tribunales la referencia extraordinariamente frecuente a los *principios de Derecho*, autorizada por el artículo 6.º, párrafo 2.º del Código civil, los cuales han sido sacados esencialmente del antiguo Derecho indígena y sirven la mayor parte de las veces sólo para confirmar el Derecho moderno codificado. Pero, a diferencia del Derecho inglés, no aspira éste a edificar un Derecho de arbitraje previo paralelo, ni a proceder a una transformación general progresiva del Derecho codificado, ni se propone obtenerla indirectamente por medio de este procedimiento.

4) La presencia de varios Derechos territoriales en el seno del reino español, que se manifiesta por lo menos en el Derecho civil por los restos de Derecho foral que subsisten al lado del Código civil, ha llevado también a la elaboración de *normas de colisión*. Están consignadas en el título preliminar, artículos 14-15 del Código civil. Como su contenido es análogo a los principios en que se orienta el Derecho internacional privado, son designados también con el nombre de Derecho interprovincial.

II. La comparación dogmática o de *Derecho material* se desdobra en una general y finalmente en otra especial. La comparación dogmática general, exactamente igual que la comparación jurídico-genética, cuya prosecución lógica constituye, puede ser llevada a cabo por sí sola. En cambio la comparación especial necesita primero de una preparación fundamental para que pueda ser eficaz.

1) La comparación dogmática *general* se ocupa de la posibilidad general de comparación o de la irreductibilidad de aquellos sistemas de Derecho que se trata de comparar, investigados ya por la comparación jurídico-genética, y a los cuales pertenecen los principios de Derecho material propuestos para la comparación. Particularidades del Derecho español, especialmente aquellas que lo justifiquen por su relación con los comentarios subsiguientes, serán mencionados en conjunto.

a) La posibilidad *natural* de comparación se basa ante todo

en la homogeneidad etnográfica interior de los Estados en que rigen los principios de Derecho material que se trata de comparar. En este aspecto pueden hacerse tres grupos principales con los Derechos europeos, esto es, el de los Derechos románicos, el de los germánicos y el de los eslavos. Por efecto de la colonización y de la consiguiente introducción de los Derechos de las metrópolis, los Derechos de los dos primeros grupos se encuentran también fuera de Europa y de una manera especial en los Estados emancipados de América y en los demás vastos territorios coloniales de las potencias europeas. Sin embargo, hay que tener en cuenta que homogeneidades generales, como las etnográficas en cuestión, en manera alguna pueden considerarse absolutas, sino que en alguno que otro caso suelen ir acompañadas de excepciones. Particularidades como éstas, que las más veces descansan en antiguos Derechos consuetudinarios tradicionales, pueden tener una vida muy intensa en calidad de Derecho local o provincial y aun llegar a tener preferencia sobre el Derecho común del reino. Un ejemplo sumamente evidente de lo que acabamos de decir nos proporciona nuevamente el Derecho español, cuyos Derechos forales, influídos por el Norte, han conservado a menudo sus características en el Derecho de familia (a excepción del Derecho matrimonial) y en el Derecho sucesorio. Para Aragón fué resumido en un apéndice (de 2 de enero de 1926) al Código civil y revestido de nueva fuerza de ley.

2) La comparación *artificial* es consecuencia de una afinidad electiva, la cual puede estar basada en una concesión expansiva activa del Derecho propio a un Estado extranjero o en la recepción de un Derecho extranjero por el Estado propio.

a) La *concesión expansiva* presupone las más veces cierta preponderancia política. Por esta razón se verifica sobre todo por parte del Estado metrópoli frente a sus colonias (Cuba) o frente a Estados semisoberanos o sujetos a un control de manera análoga (por ejemplo, Andorra). Por tanto, se manifiesta de una manera especial en materia de Derecho colonial (al lado de pocos casos, de fácil determinación). El Derecho colonial está llamado a satisfacer las necesidades de las colonias, generalmente de otra raza. De ahí que pueda darse el caso de que

sea fundamentalmente distinto del Derecho de la metrópoli; piénsese en el Derecho codificado de la India inglesa, cuando el Derecho inglés no está codificado en lo esencial. Sin embargo, la influencia de la cultura y del Derecho de la metrópoli suelen aumentar por lo regular y mantener a la colonia en estas ideas adquiridas, aun cuando luego cambie el dominador. Esta es la razón de que, como ya se ha dicho, en el Derecho inmobiliario y en el régimen de bienes matrimoniales de Texas, California y Luisiana se encuentren todavía influencias españolas.

b) La aceptación o *recepción* de un Derecho extranjero puede tener lugar de una manera puramente mecánica o puede corresponder a una tendencia interior que quizá cabría calificar de jurídico-filosófica, en el sentido de afecto jurídico. Ambas se distinguen entre sí por el alcance del material adoptado y por la dificultad de su determinación. Pero ambas se basan en el conocimiento de que el cuerpo del Derecho nacional necesita una transfusión de sangre. En el primer caso se adopta entonces, con plena consciencia y de una manera bastante mecánica, un sistema de Derecho extranjero o una ley particular; en el último caso la recepción se verifica de una manera menos repentina y ostensible. En el primer caso son decisivos la voluntad del Gobierno y la política; en el último caso deciden en lo esencial la Ciencia y la Jurisprudencia.

a) Recepciones *mecánicas* tienen lugar con especial frecuencia entre Estados de raza diferente. A este objeto podría citarse la europeización de la legislación turca verificada en 1856 a base de modelos franceses y la sustitución parcial de la misma por la introducción de un nuevo Código civil de mayo de 1926 inspirado en el patrón del Código de leyes civiles y en el Derecho de obligaciones suizos. De recepciones mecánicas hay que calificar también los Códigos de comercio de Haití (1826) y de la República Dominicana (1884), que coinciden literalmente con el *Code de Commerce* francés.

b) Entre las adopciones jurídico-filosóficas de Derechos extranjeros deben contarse especialmente las *recepciones* del Derecho romano en Alemania y España. En Alemania se manifestó antes en los círculos de eruditos y jueces, y sólo posterior-

mente siguieron también los legisladores el camino indicado. En cambio en España fué impuesta directamente por Alfonso X el Sabio, en calidad de legislador, en las Siete Partidas; sin embargo, esta impresionante obra jurídica tardó todavía mucho tiempo a imponerse en la práctica a causa de su carácter formalmente subsidiario.

Si no se tratara de la recepción de todo un sistema de Derecho, antes bien solamente de una *ley aislada* puesta total o parcialmente bajo la influencia de un Derecho extranjero, podría darse una aproximación a las formas manifestativas de la adopción mecánica. Pero la diferencia deberá verse en el hecho de que el motivo inductor será en este caso la intrínseca fuerza de convicción del contenido; pues en este caso la ley nacional no se modela según el patrón extranjero por motivos extrínsecos, así como para adular al legislador extranjero, sino porque las disposiciones de la ley extranjera son buenas y útiles.—Como ejemplo cabría pensar en la moderna Legislación hipotecaria e inmobiliaria, que, por ejemplo, se ha inspirado en España en modelos alemanes. Y viceversa, el primer Código de Comercio español de 1829 sirvió de modelo a numerosos Códigos de Comercio de la América española, particularmente para los Códigos de Comercio de Bolivia (1834) y Costa Rica (1850). Estos últimos Códigos han adquirido allí una vida tan propia, que han continuado en vigor, a pesar de que el Código de Comercio español de 1829 utilizado haya sido sustituido en España por una revisión de 1885, la cual, a su vez, fué implantada en Cuba, a la sazón colonia de España todavía, y ha continuado en vigor allí aun después de su emancipación.

Además cabría nuevamente hacer referencia, igualmente en España, a la autorización del Código civil, artículo 6, párrafo 2.º, según el cual, a falta de ley o costumbre aplicable a un caso puede recurrirse a los *principios generales de Derecho*, esto es, a principios de conducta o principios jurídicos del Derecho medieval propio y del Derecho natural y quizá (cosa que se discute) también al Derecho extranjero. Este recurso subsidiario está permitido igualmente en Argentina.

En este estudio debe hacerse también mención de la adop-

ción de un *método*, como el de la codificación napoleónica. Gracias a ella, en lugar de las compilaciones hechas exclusivamente con vistas al pasado y anulándolo, se decretan Códigos nuevos, con vistas a la evolución futura, de las materias parciales más importantes del Derecho formando círculos completos. Con el empleo del método se aceptan también al mismo tiempo algunos principios de Derecho material o ideas jurídicas francesas que el propio método ha hecho más asimilables; así sucede, ante todo, en España y en la América española. Pero la experiencia propia enseñó paulatinamente a ir separando el método y el contenido; así que tanto en España como también en los grandes Estados de la América española en ulteriores revisiones se ha ido rechazando en progresión creciente el Derecho extranjero, el cual ha tenido que ceder el lugar al Derecho nacional.

3) Finalmente la comparación *casual* no procede de relación precedente de cualquier carácter entre los Derechos comparables, sino que se plantea cuando se nos presentan ideas jurídicas paralelas, que a pesar de excluir toda posibilidad de influencia, tienen la misma orientación. Un ejemplo corriente de tal proceso nos lo proporciona la curiosa igualdad en la formación paulatina del procedimiento romano de las *legis actiones* con el recurso jurídico del pretor y la elaboración del procedimiento equitativo por el *Chancery Court* al lado del procedimiento *estricto* de la *Common Law* en el Derecho germánico de Inglaterra.

El fundamento de tal paralelismo puede producirse de una manera especial en nuestros tiempos a base de unas *necesidades* económicas o culturales orientadas en el mismo sentido. Por esta razón se manifiesta con mayor frecuencia en los últimos tiempos, y por cierto en aquellas medidas legales provocadas por los avances de la técnica y del tráfico modernos. Esta observación vale también para el Derecho vigente de España.—A causa de estas coincidencias entre varios países, algunas de estas disposiciones, como las que se refieren a la navegación, tráfico monetario, transmisión de noticias, etc., han podido ser objeto de una unificación por medio de convenciones internacionales.

b) 1) Nos encontraremos ante una *irreductibilidad* de los

sistemas jurídicos que se trata de comparar, sobre todo cuando faltan las bases para poder hacer una comparación general, natural o artificial o casual. En tal caso es de suponer que la comparación no podrá llevarnos a ningún resultado positivo. Sin embargo, esta conclusión negativa puede ser a menudo un resultado suficiente en sí misma. De todas maneras, como ya hemos indicado, es posible, ante todo, en la legislación a que ha dado lugar el tráfico moderno, que a pesar de una irreductibilidad general, como, por ejemplo, la pertenencia de los objetos de comparación por una parte a los Derechos románicos y por otra a los germánicos u otros Derechos de razas extranjeras, se hayan deslizado coincidencias casuales en algunos pormenores. Los ejemplos que podrían aducirse para esto se acumulan en progresión creciente en todos los Derechos modernos.

2) La irreductibilidad general, por lo regular, es el resultado final de evoluciones históricas anteriores. La evolución moderna, en cambio, le es menos favorable. Ante todo la implantación del método de la codificación napoleónica y el acercamiento de los pueblos por los avances aún recientes de la técnica, han conducido a un activo intercambio de toda clase de materiales jurídicos y a una tal objetivación y *abstracción del Derecho*, que actualmente se encuentra materia para una comparación de resultado positivo a menudo entre los Derechos más heterogéneos. Aun tratándose de Derechos pertenecientes a familias jurídicas completamente opuestas, pueden trazarse líneas de afinidad por este procedimiento. Para el caso del Derecho español tenemos que volver a referirnos aquí a las ya mencionadas adopciones, como, por ejemplo, en el Derecho hipotecario y en las concesiones expansivas, como, por ejemplo, por su Derecho colonial de otro tiempo y sus Códigos de Comercio en la América española.

3) Estas asimilaciones utilitaristas van a ser de nuevo conducidas por carriles sistemáticos de una manera eficaz. En este sentido se mueven ya los trabajos del Instituto Internacional de Roma para la unificación del Derecho privado. En primer lugar se ha intentado emprender una asimilación del Derecho de obligaciones entre Italia y Francia. Es de presumir que el Derecho español, emparentado con ellos, apoye estos esfuerzos.

Un radio de acción mucho más vasto alcanza visiblemente la Unión Panamericana, que reúne en sí a todos los Estados soberanos de América, esto es, Estados con Derechos hispanoamericanos y angloamericanos. Como resultado de esta labor conjunta se ha producido aquí, en el sector del Derecho constitucional, una adaptación progresiva del contenido de las constituciones políticas con ciertas alternativas comprensibles y en el sector del Derecho mercantil, en el cual se ha llegado ya hasta lograr cierta unificación parcial de los textos gracias a las convenciones adoptadas en las principales conferencias panamericanas. En cambio el Derecho civil se ha visto que todavía era demasiado irreductible y aun en lo venidero podría ofrecer dificultades fundamentales a un intento de asimilación. Esta irreductibilidad general proviene preferentemente de que los Derechos hispanoamericanos en general están ya codificados, mientras el Derecho norteamericano, con excepción de las llamadas leyes unificadas, que en lo esencial son más bien de Derecho mercantil, prescinde todavía de la codificación. Por las anteriores manifestaciones no cabe augurar un éxito a la asimilación del Derecho civil antes de que los contrapuestos complejos de Derecho sean reducidos previamente al denominador común de una codificación sinóptica, es decir, que los Estados norteamericanos emprendieran también una codificación amplia y fundamentalmente unificadora, de su Derecho civil. Algunos trabajos preliminares se están haciendo ya en este sentido.

2) Sólo después de haberse situado cuidadosamente frente a las citadas cuestiones preliminares y a su resolución, por lo menos negativa, debe procederse a la comparación *especial* del Derecho material. Su realización acarreará tanto menor número de dificultades cuando previamente hayan sido puestas en claro aquellas corrientes subterráneas de los distintos sistemas del Derecho y adecuadamente insertadas teniendo en cuenta su importancia o su carencia de ella para la comparación especial.

Precisamente el Derecho *español* aparece gravado con multitud de consideraciones de diversa índole, jurídicogenéticas y de Derecho material. Por esta razón toda comparación con el Derecho español, si se lleva a cabo de una manera consciente,

presenta, ciertamente, un interés extraordinario y puede llevar a conclusiones muy importantes; pero presenta, por otra parte, enormes dificultades.

D 1) La comparación de Derechos se ha descrito hasta ahora como un simple método jurídico. Este método puede constituir un objeto independiente de la investigación jurídica. Puede emplearse en todas partes, y finalmente alcanza luego su recompensa sólo en el resultado *teórico*. La escuela anterior, dirigida por Bernhoeft, ponía en primer lugar este valor teórico, *doctrinal*, de la comparación de Derechos y, basándose seguramente en un principio en una serie de ideas de filosofía del Derecho, buscaba, “en una palabra, la idea de Derecho en los sistemas jurídicos”.

2) Pero la moderna comparación de Derechos quiere servir a objetivos prácticos partiendo de los resultados teóricos. Por esta razón proporciona a un tiempo el material para la crítica del Derecho y de la política jurídica nacionales, y a base de éstas quiere llegar a veces a preparar las correspondientes correcciones o nuevas medidas.

Las correcciones dependen en todo caso de las dificultades particulares. También las nuevas medidas pueden ser de la índole más variada, y formando una larga cadena de leyes particulares pueden dar lugar a que se decrete toda una codificación y a la asimilación de todo el sistema jurídico. En esta actividad auxiliar y complementaria, de la comparación de Derechos, en la política práctica del Derecho se encierra su gran porvenir.

a) En todo caso esta colaboración en la política del Derecho exige lógicamente del jurista que tenga también una comprensión profunda de la misma política o que actúe en ella. En varios Estados, como por ejemplo Alemania, se patentiza desgraciadamente una deficiencia general en este sentido y a su vez cierta rigidez por parte de la política frente a la ciencia del Derecho. En otros Estados, especialmente en los Estados románicos, como España y las naciones hispanoamericanas, en cambio, la ciencia del Derecho y la política sostienen desde antiguo un íntimo *intercambio de influencias*, de tal manera que toda proposición política y de crítica jurídica surge de un suelo ho-

mogéneo y tiene la perspectiva de dar sus frutos. En estos Estados se da en alto grado de una manera especial una disposición práctica común para cultivar con éxito la comparación de Derechos.

b) En cambio, la *preparación* teórica de la comparación especial del Derecho material por el vasto camino de la comparación jurídicogenética y del Derecho material general ha solido estar hasta ahora bastante descuidada de la misma manera en todos los Estados. Especialmente se hace necesario en todas partes un estudio mejor de las bases fundamentales de toda comparación de Derechos, esto es, de toda estructura jurídicogenética aun de los Derechos extranjeros al lado de un tratamiento paralelo del Derecho patrio que se base en la comparación de Derechos. Para llenar estas lagunas, por lo menos de los planes de estudios jurídicos de la mayoría de Estados, parece recomendable quizá la inclusión de las siguientes materias y prácticas, con carácter de introducción científica, es a saber: 1) Un tratamiento paralelo de los Derechos de Europa y América según el plan anteriormente indicado de una exposición jurídicogenética del Derecho español; además: 2) el tratamiento más detallado de un Derecho de génesis jurídica especialmente complicada, como lo son el Derecho español entre los románicos y el inglés entre los germánicos, y, finalmente: 3) la lectura de los Derechos vecinos germánicos, o románicos que pudiera servir de punto de comparación.

Para España los trabajos de R. Altamira y otros sobre las coincidencias de su Derecho con los modernos Derechos de la América española, y los de R. de Urcuña y otros sobre los Derechos medievales y forales propios, en lo que todavía tienen de importancia, han recopilado y clasificado materiales preciosos para la edificación de un programa de tal actualidad.

J. W. VON RAUCHHAUPT-HEIDELBERG.