

## BIBLIOGRAFIA

"TRATADO DE DERECHO CIVIL COMPARADO" (Introducción al estudio de los derechos extranjeros y al método comparativo). Por René David, profesor de Derecho Civil Comparado en la Universidad de París. Versión española de Javier Osset y prólogo de Antonio Hernández Gil. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 632 páginas en total, incluyendo como apéndice una sumaria bibliografía jurídica de numerosos países, de gran utilidad para el comparatista.

Comenta: Javier Henao Hidrón.

"La misión esencial del Derecho comparado me parece ser, en el momento actual, contribuir a una mejor comprensión entre los pueblos. A esa idea y espíritu obedece este libro". (R. D.).

El Derecho Comparado "expresión desafortunada que habría sido mejor y valdría la pena evitar" (tal vez resultaría preferible, para evitar inútiles discusiones, hablar de comparación de Derechos o de método comparativo), no es otra cosa en realidad, para René David, que la comparación de los Derechos diferentes, el método comparativo aplicado al terreno de las ciencias jurídicas.

Pero el Derecho comparado —permítasenos la expresión— es una rama del Derecho, como el Civil y el Penal, por ejemplo, o solamente se trata de un método comparativo, de investigación? El profesor David adopta la segunda posición. Es, en efecto, un método comparativo que en el extenso campo de las ciencias jurídicas juega un papel fundamental. El se presenta a nuestros ojos como una superación —digamos mejor tentativa de superación— de los estrechos senderos del positivismo jurídico y aun de la teoría pura del derecho. El es el llamado a devol-

ver y asegurar al Derecho el carácter universal que es propio de toda ciencia y que había perdido a partir de la Codificación Napoleónica. El, en fin, hace parte integrante de toda verdadera cultura jurídica, porque como con acierto lo advierte René David, "el jurista que no es capaz de utilizarlo y no se da cuenta de su utilidad está privado de un medio a menudo esencial, que le podría ayudar a cumplir mejor su tarea; no conocer más que imperfectamente su profesión, y no le puede servir de excusa el alegar que no es un comparatista: todo jurista que quiera estar a la altura de su misión, debe serlo".

En el Título I, "Interés de los estudios de Derecho extranjero y de Derecho comparado", con su habitual autoridad exploya el profesor David su pensamiento sobre los siguientes puntos:

1). Interés propio del conocimiento de los derechos extranjeros. Afirma que para hacer Derecho comparado es absolutamente necesario, desde luego, el conocimiento de los derechos extranjeros. O al menos de algunos de ellos. Estos constituyen la base sólida de aquél. De suerte que es cuestión de orden lógico el estudio previo de los derechos extranjeros para el jurista que trate de internarse en los amplios laberintos del derecho comparado. Orden lógico que, desgraciadamente, no todos han tenido en cuenta.

El desarrollo siempre creciente de las relaciones internacionales hace que sean cada vez más frecuentes los casos en que el juez está llamado a conocer y aplicar la ley extranjera. De manera que es de esperarse que el juez se esfuerce todo cuanto pueda, no en conocer en detalle las soluciones de los derechos extranjeros —lo cual sería, sin duda, imposible materialmente—, sino en ponerse en capacidad de comprender realmente el Derecho extranjero cuando se le exponga de un modo u otro. (En Francia la prueba de la ley extranjera se hace, por regla general, aportando "certificats de coutumes" y en Inglaterra su contenido se determina con ayuda de testimonios aportados al juicio por técnicos o peritos elegidos por las partes, y claro es que si el juez está mal preparado para comprender el alcance de la ley extranjera puede verse fácilmente inducido a error y confiar en ser más justo aplicando la ley nacional). En este sentido, dice René David, es sumamente deseable un cierto conocimiento muy general de los Derechos extranjeros, de sus fuentes y de su estructura.

El estudio de las instituciones y el Derecho de un país extranjero contribuye, igualmente, por una parte al mejor conocimiento de ese mismo país, sus costumbres, su cultura y manera de pensar, y, de otra más especial, ese estudio y conocimiento son necesarios cuando se quieren ce-

lebrar convenios o tratados y se desean evitar los errores que pueden nacer, ya de la interpretación, ya de la ejecución de los mismos.

2o.—Mejor conocimiento del derecho positivo propio. Mediante el conocimiento que se adquiriera de un Derecho extranjero es posible llegar a un conocimiento mejor del propio Derecho nacional, utilizando el método comparativo, pues éste "tiende a proyectar sobre el Derecho de cada país, como por iluminación indirecta procedente del exterior, luces y aclaraciones que permiten conocerlo mejor" (Niboyet, citado por R.D.). El Derecho comparado, evidentemente, nos ayuda a entender mejor las soluciones, la estructura, la tendencia y valor de nuestro Derecho. Y, desde luego, puede y debe contribuir a su mejoramiento.

El estudio de los Derechos extranjeros contribuye, asimismo, a conocer mejor el Derecho internacional. Esto lo afirma René David quien, a su vez, demuestra con argumentos y ejemplos convincentes cómo nadie suscribiría hoy la asombrosa afirmación hecha en 1900 por Lainé, cuando dijo: "un internacionalista puede ser un verdadero hombre de ciencia sin conocer los derechos extranjeros".

3o.—Perfeccionamiento del Derecho nacional. El conocimiento de los derechos extranjeros coadyuva al perfeccionamiento del Derecho nacional si el legislador se inspira en ellos con espíritu crítico, teniendo en cuenta las condiciones del país propio, sus necesidades y hasta cierto punto su rutina; inspira y mejora la doctrina, guía de la jurisprudencia; y, en fin, es preciso no perder de vista que la crítica del Derecho existente se hace hoy partiendo del Derecho comparado.

4o.—La comparación de los Derechos puede servir para llevar a cabo la unificación o la armonización de los diversos Derechos que se comparan. La unificación internacional del Derecho es para muchos una quimera; para otros, una posibilidad o un deseo. Sea de ello lo que fuere, actualmente esa unificación parece deseable en diferentes esferas y, de manera especial, en las del Derecho internacional privado, el mercantil y el de trabajo. Pero debe estar preparada, en todo caso, por un estudio tanto sociológico como jurídico: si la vida social vendría a ser más fácil y estaría mejor organizada con la unificación de ciertas normas jurídicas, ésta debe llevarse a cabo. De lo contrario, nó.

5o.—Aplicación del método comparativo a los estudios de Historia y Filosofía del Derecho. Este método resulta indispensable para los historiadores y filósofos del Derecho, siempre que se emplee de un modo eminentemente científico y con la mayor prudencia. La pretendida historia universal del Derecho, verbigracia, no podría escribirse sin recurrir al método comparativo.

En el Título II, "Los sistemas contemporáneos de Derecho", el ilustre jurisconsulto francés distingue varias clases de sistemas jurídicos, teniendo en cuenta ante todo la base filosófica de los varios Derechos y la concepción de la justicia que se esfuerzan en realizar. De acuerdo con esto, considera que en la actualidad existen en el mundo cinco sistemas principales de Derecho: 1o. el del mundo occidental: a) grupo francés y b) grupo angloamericano; 2o. el del mundo soviético; 3o. el del Islam; 4o. el del derecho hindú; y 5o. el del derecho chino. El autor reconoce, con buen criterio, que toda clasificación es necesariamente arbitraria y la mejor no está exenta de críticas o reproches. Pero la suya es, desde nuestro modesto y personal punto de vista, una de las mejores.

Veamos, abusando un poco de la brevedad que exige esta nota, las características esenciales de cada uno de estos sistemas:

1o. Sistema del Derecho Occidental. a) Grupo francés. La unidad de este grupo proviene de tres circunstancias: todos los derechos que a él pertenecen (los de Europa con excepción de la U.R.S.S. y la Gran Bretaña, los de América Latina y aun algunos de Africa y Asia) tienen un origen común en el Derecho romano, en todos existe una gran semejanza de actitudes y de conceptos acerca de la teoría general de las fuentes del Derecho, y —esto es lo esencial— una misma comunidad ideológica los cobija a todos, entendida ésta desde un triple punto de vista: moral, político y económico.

b). Grupo Angloamericano.—Al grupo del Derecho francés se le opone tradicionalmente el grupo del Derecho inglés, que se designa en general con el nombre del "Common Law".

Para los ingleses la fuente esencial del Derecho es la jurisprudencia. ¿Qué papel juega la ley? Un autor ha dicho que las leyes son "las adiciones y la fe de erratas del Common Law" (Geldart). El jurista francés, afirma René David, busca en la ley escrita los principios de su Derecho; el inglés sólo ve en ella las excepciones aportadas a los principios del Common Law.

Es que los ingleses han desconfiado siempre de la ley escrita, a la que consideran el vehículo más seguro del despotismo y de la arbitrariedad, en lo cual se asemejan a los chinos, como se verá más adelante.

Pero lo que realmente hace del "Common Law" un grupo jurídico aparte, enteramente distinto del grupo del Derecho francés, es precisamente la diferencia de conceptos a que han recurrido los juristas franceses e ingleses. Es aquí donde reside la principal originalidad del "Common Law" respecto al derecho francés: en la singularidad de sus conceptos, de su ordenación de las normas de Derecho.

Ahora bien, diferencia fundamental entre el derecho inglés y el norteamericano es que para aquél el fundamento de todas las libertades y el organizador de sus garantías es el "Common Law"; para éste es la Constitución del país. El profesor David anota también algo que es bueno transcribir: "El derecho norteamericano, aunque ligado por su lengua y su estructura general al sistema del Common Law, está metido en lo concerniente a su teoría de las fuentes del Derecho en una evolución que lo aproxima a las concepciones francesas; en ciertos aspectos es un Derecho intermedio entre el grupo del Common Law y el grupo del Derecho francés" (ps. 299 y 300).

Son Derechos intermedios entre el grupo del Derecho romano y el del "Common Law" los de Louisiana, Quebec, Escocia, Africa del Sur y las Filipinas.

2o. Sistema del Derecho Soviético. El sistema ruso anterior a la revolución bolchevique de 1917 pertenecía al sistema del Derecho romano, igual que el francés. Ahora, después de tal suceso, no existe separación de poderes sino unidad de poderes; el contrato no tiene un valor económico sino psicológico pues los contratantes no son libres para celebrar o no el contrato ni para discutir sus condiciones, vale decir, no juega el principio de la autonomía de la voluntad: es, si se quiere, un contrato impuesto o "dirigido"; el único sector importante en la economía socialista soviética es el de la propiedad pública o colectivizada; y, en fin, "el Estado soviético, no encuentra una razón de ser, y el Derecho soviético no haya otra justificación más que en el marxismo-leninismo, cuyos principios están fuera de toda discusión en la U.R.S.S., aunque su aplicación pueda dar lugar a controversias en ciertos casos" (p. 316).

3o. Sistema del Derecho Musulmán. El Derecho Musulmán no es otra cosa, en el fondo, que el derecho canónico del Islam. Un estrecho lazo le une con la religión. Su fuente principal es el libro santo del Islam: el Corán, base de la instrucción en todos los países musulmanes. Este Derecho es exclusivo de los musulmanes.

4o. Sistema del Derecho Hindú. Los "Vedas", libros sagrados escritos en sánscrito, son la base de todo el Derecho hindú. Otros libros, los Dharmasastras y los Nibandhas, reproducen o comentan los textos antiguos. Mas junto a ellos la fuente principal práctica sigue siendo la costumbre, múltiple y cambiante. Por eso afirma René David: "El Derecho hindú es esencialmente consuetudinario, y en él las costumbres sólo han sufrido la influencia de una ideología constituida por los preceptos religiosos y morales de la religión brahmánica".

Sin embargo, la influencia del D. Inglés en la India, especial-

mente en los campos de la jurisprudencia y la legislación, ha hecho pensar a los hindúes en la necesidad de la codificación. Es que, como nota René David, "la incertidumbre del Derecho actual, su mala adaptación a las formas actuales de pensar la población, un fuerte movimiento de opinión favorable en particular a la emancipación de la mujer, exigen reformas de gran alcance en el Derecho hindú. El proyecto de Código Civil presentado al parlamento en 1947 no duda en proponerlas; su aceptación sería un gran paso hacia la modernización del Derecho hindú sin sacrificar las instituciones tradicionales, que siguen vivas en la civilización hindú actual" (p. 370).

5o. Sistema de Derecho Chino. En la concepción china el Derecho sólo juega un papel secundario, pues el fundamento del orden social está constituido por los ritos, "que prescriben a los individuos en todas las circunstancias de la vida un comportamiento que esté en armonía con el orden natural de las cosas". Para los chinos el Derecho perturba ese orden natural, luego no debe hacerse uso de él sino en casos de extrema necesidad y en la menor medida posible. En otros términos, "no son las reglas jurídicas las que aseguran esencialmente el buen funcionamiento de la sociedad y del gobierno del país".

La costumbre, entre las fuentes del Derecho, ocupa el primer lugar. La ley no es más que una fuente secundaria que no se aplica sino en último extremo, toda vez que el deseo de los gobernantes es que jamás haya de aplicarse. Mas como en todo caso prima la costumbre, "la ley positiva sólo se acepta en la medida en que representa una costumbre, juzgada a su vez como conforme a la ley natural" (Comerlinck, citado por R.D.). De acuerdo con este orden de ideas, las controversias entre los individuos deben resolverse mediante honrosas transacciones.

Hacia 1930, sin embargo, se han redactado varios Códigos. Pero las concepciones tradicionales han subsistido, y salvo algunas limitaciones son éstas las que han seguido dominando la realidad de la China; pues resulta que la promulgación de los Códigos ha traído como consecuencia la multiplicidad de los litigios —desfavorablemente mirados por la sociedad—, lo que ha parecido a los chinos una señal de decadencia. Es que si, como con acierto explica René David, el Derecho tradicional chino, que se diferencia mal de la moral, resulta insuficiente en la hora actual y plantea un problema que urge solución, ésta no puede buscarse en la pura y simple adopción de las normas occidentales, que para funcionar convenientemente suponen una tradición filosófica y jurídica extraña a la civilización china. Por lo tanto, si se desea que los Códigos actuales subsistan, es menester que se interpreten y apliquen

teniendo en cuenta ante todo la tradición y las instituciones chinas, así como el sentimiento jurídico de ese pueblo, el de mayor población sobre la tierra.

Importa asimismo notar que desde 1947 la China se ha convertido en una República popular bajo la dirección de Mao-tse-toung, deseoso de implantar el socialismo de acuerdo con las doctrinas del marxismo-leninismo, lo cual abre un gran interrogante. Por lo pronto, el problema parece seguir siendo "el de encontrar la fórmula que combine la eficacia occidental con la prudencia china".

Termina el libro (Título III) con un informe de orden práctico para los estudios de Derecho Comparado.

Y aquí terminamos nosotros, no sin antes decir a nuestros lectores algo que consideramos de sumo interés: que esta estupenda obra del profesor René David, hombre que ha dedicado su vida con amor de estudiante y curiosidad de investigador al Derecho Comparado, por la vasta erudición que revela dentro de un estilo claro y sencillo, y por las luminosas disertaciones que proyecta sobre materia tan vasta y complicada, merece ser leída con detenimiento por todo aquel que desee penetrar al edificio, todo luz y belleza, de la ciencia del Derecho.

