

EL DERECHO COMPARADO COMO METODO UNIVERSAL DE INTERPRETACION *

Ya se entienda la palabra "Jurisprudencia" en el sentido alemán, es decir, como "Ciencia del Derecho"; en el francés, como "declaración del Derecho"; o en el inglés como "teoría general del Derecho", uno de sus problemas esenciales, que hace constantemente necesaria una nueva reflexión, es el referente al método y las medidas que deben emplearse para interpretar la ley y salvar sus lagunas. Porque se reitera una observación elemental, que no necesita explicación alguna, cuando se comprueba que nuestra ciencia solamente puede reclamar el rango de tal, desde el momento en que la norma jurídica, en su pureza, no puede resolver directamente un problema, o sea, cuando la duda se suprime a través de la interpretación de la ley y el silencio legislativo mediante la integración de las lagunas. Bien sabemos que en este mundo la norma inequívoca o la codificación sin lagunas es una utopía, porque la vida es infinitamente más rica en la formación de nuevas posibilidades, que la previsora fantasía del más genial legislador; pero cuando el trabajo práctico preliminar del juez, es decir, la investigación de los hechos, se hace a un lado — y tal método de investigación es solamente un requisito accesorio de la ciencia—,¹ entonces la ciencia del Derecho equivale a interpretación de normas e integración de lagunas.

* Este artículo reproduce, en forma más extensa, la cátedra inaugural pronunciada por el autor en Tübingen, y su publicación en nuestro "Boletín", se hace con la debida autorización del autor y de la "Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht" en la que apareció originalmente, en el volumen correspondiente al año xv, 1949 fasc. 1, pp. 5-21.

1 Tampoco la disciplina del Derecho procesal civil dice nada definitivo sobre este arte de la averiguación de los hechos, sino que se limita a abrir paso al procedimiento que culmina con la "fijación de los hechos" y la "aplicación del Derecho"; mientras que aquel método más artístico de investigación de los hechos es tema principal de otras obras, que interesan a la formación práctica del jurista; en

I

Cuando observamos el desarrollo adquirido por el método jurídico en el campo del Derecho privado desde el momento en que nosotros, los alemanes, obtuvimos una base jurídica común para el mismo, es decir, desde la publicación del Código civil alemán, nos percatamos de que existe un camino que, a través de una estrecha entrada, conduce cada vez más a la inmensidad. Inmediatamente después de cualquier fijación jurídica, predomina, al principio, el método exegético o el histórico puro.² La palabra del legislador, el mundo de nociones por él proporcionadas, el aparente juego lógico de la analogía, el argumento a contrario, la voluntad fijada temporalmente por ese legislador anónimo, ellos y solamente ellos, dan a la ciencia jurídica la manera de cumplir su labor.

Como mal subsiguiente hemos vivido la "Jurisprudencia de conceptos", generalmente reconocida en la actualidad como un mal método, ya que a pesar de todo el poder de concreción que puede desarrollar, su defecto estriba en que el concepto adquiere vida propia, se multiplica y crece por sí mismo y el jurista se expone al peligro de perder el contacto vital con su fundamento real, es decir, con la idea de justicia.

La ciencia jurídica se dio cuenta de estos peligros y dio un paso adelante hacia un "méthode sociale" de interpretación; hacia una "livre recherche scientifique" (Gény). Este método revistió en Alemania diversas variantes: una orientación jurídica liberal, que en el fondo desconocía toda vinculación a la ley; una investigación de los hechos jurídicos, de orientación sociológica; y la orientación de efectos más poderosos entre ellas, la "Jurisprudencia de intereses", que encontró en Tübingen, en Philipp Heck, su creador e infatigable defensor.

Alemania, sobre todo, el clásico libro de STÖLZEL, *Schulung für die zivilistische Praxis* (1894-97).

2 Se debe a François GÉNY: *Méthode d'interprétation et sources en Droit Privé* (2ème éd. 1919), el descubrimiento del desarrollo del método de interpretación, subordinado a las distintas etapas de una codificación: véase para Francia, a partir de la publicación del Código Civil, t. I, Nos. 9 y ss. y t. II, Nos. 188 y ss.; para Alemania, t. 2, Nos. 205 y ss. La probabilidad de que aquí se trate no sólo de un desarrollo condicionado nacionalmente, sino simplemente de una ley de desenvolvimiento, a la cual queda sometida la interpretación de las leyes en sus diferentes fases, no disminuirá porque la codificación respectiva sea por sí misma capaz de señalar el punto de partida del desarrollo en una fase más adelantada, mediante la aceptación de normas propias de interpretación salvando las primeras etapas, como acontece en el Código Suizo (ZGB) en su artículo 1º.

Este difundido método tenía, en todas sus variantes, algo de común: admitía que la voluntad del legislador, que parece ser decisiva para interpretar la ley y salvar las lagunas, no debería ser rígida. Ninguna voluntad puede quedar fija en el momento de la promulgación de la ley, sino que debe cambiar con los hechos sociales. Debería, por decirlo así, ser siempre actual y permitir interpretar la ley como la situación actual lo exige, "hic et nunc", en forma tan amplia como su enunciado lo permita.

Ninguna de esas variantes metódicas pudo imponer realmente la pretensión de exclusividad que suponía; pero cada una de ellas contribuyó al enriquecimiento y extensión de la teoría y de la práctica, de tal modo que, como última fase del desarrollo, se puede apreciar un cierto sincretismo metódico; es decir, que la decisión considerada como justa se funda tanto en la antigua modalidad del concepto, como en la consideración de los intereses en pugna expresados por la norma; en las experiencias sociológicas o, finalmente, en los resultados de la investigación de los hechos jurídicos, sobre todo en la teoría de las condiciones generales del comercio.

Es muy difícil decir si esta ampliación del método constituye realmente un verdadero enriquecimiento o, mejor, un signo de escepticismo debido a la falta de renovación de la disciplina.

Sin embargo, el gran impulso de las meditaciones que sobre el Derecho natural observamos desde hace largo tiempo,³ nos muestra que la ciencia del Derecho no desea obstinarse en esta rutina posiblemente probable, sino que quiere librarse de ella tratando de renovar sus bases fundamentales.

II

Nada, o sólo indirectamente, vamos a referirnos a estas preocupaciones iusnaturalistas, que la mayoría de las veces son invocadas *a priori*. Lo que nos parece importante es la investigación del problema de si una nueva estructura del mundo, que diariamente se nos presenta como más apremiante, no requiere una ampliación del método de interpretar la ley y de salvar sus lagunas; es decir, una extensión más allá del ámbito nacional, ya que el método jurídico, en relación con la interpretación de las normas nacionales de Derecho, se encuentra hasta ahora esencialmente limitado. El nuevo fenómeno que nos impulsa a esta meditación está en boca de todo el mundo, como una trivialidad periodística, en la frase:

³ Véase la nueva literatura alemana Erich FECHNER, "DRZ" 4 (1949) 7 y ss. y F. WIEACKER, "SüddJZ" 4 (1949) 295 ss.

“el mundo es cada vez más pequeño”. Este fenómeno significa también bastante para nuestro campo de acción; significa que las distancias terrestres han sido dominadas técnicamente sin dificultad; que bienes y hombres se acercan y efectúan sin ningún impedimento intercambios; que, en conjunto, todo esto ha hecho que la limitación autártica del espacio nacional se convierta en una cosa inútil. La ciencia ha recogido estas manifestaciones de la época o se ha adelantado a ellas al romper, desde hace tiempo, con las restricciones nacionales e iniciar con mayor rapidez que cualquier otra rama de la vida humana, un intercambio sin fronteras, con excepción de algunos efímeros casos.

En la ciencia del Derecho, los comparatistas, sobre todo, realizaron un amplio trabajo y desde el primer Congreso de Derecho Comparado en París, en los primeros años de este siglo, la ciencia del Derecho comparado recibió un nuevo impulso que no ha cesado desde entonces. Es de notarse, no obstante, que los frutos prácticos de estas investigaciones de Derecho comparado son hasta hoy menores que los esperados, dado el esfuerzo y la calidad del trabajo desarrollado. Sin embargo, y a pesar de sus componentes de naturaleza contemplativa, el Derecho comparado no ha permanecido como pura meditación, sino que ha dado, principalmente en el terreno de la legislación, buenos frutos. Su influencia, empero, sobre la interpretación del Derecho nacional vigente, en la ciencia y en la práctica, ha sido relativamente escasa.⁴ Ello es debido, en parte, a la cuestión de saber hasta qué punto el Derecho comparado puede ser empleado para la interpretación de las normas nacionales, cuestión formulada en el primer decenio de este siglo por el gran sabio francés Raymond Saleilles⁵ y sos-

4 En este sentido, la opinión demasiado superficial de BINDER, *Philosophie des Rechts* (1925) 948, que caracteriza la comparación jurídica como “una acumulación de materiales de construcción que permanecen sin ser utilizadas”.

5 *Conception et objet de la Science du Droit Comparé*, en Congrès International de Droit Comparé, “Procès-Verbaux des Séances et Documents”, t. I (París 1905) (citado después “Doc”) p. 167 y ss., principalmente p. 182 y ss.; *Ecole historique et Droit naturel*. “Rev. Trim. Dr. Civ.”, t. I (1902), pp. 80 y ss., principalmente pp. 109 y ss., y *Le Code Civil et la méthode historique*, en “Le Code civil livre du Centenaire”, t. I (París 1904), p. 127, nota contra Esmein, quien en la “Rev. Trim. de Dr. Civ.”, t. I (1902), pp. 17 ss., se había manifestado en contra del uso de la comparación jurídica en la interpretación de las normas nacionales, debido a las características técnicas de los sistemas nacionales. Los siguientes trabajos de Saleilles sobre este problema no han estado a mi disposición: *Droit civil et droit comparé*, en “Revue Internationale de l'enseignement”, t. 61, p. 5, ss.; “*La fonction juridique du Droit comparé*”, en “Rechtswissenschaftliche Beiträge, Juristische Festgabe des Auslands zu Joseph Kohlers 60. Geburtstag (Stuttgart 1909)”, pp. 164 y ss. También

tenida con razonamientos convincentes, sin que se haya llegado a ningún acuerdo en cuanto a los límites de este nuevo método de interpretación, y ocasionalmente abordada por los comparatistas, en los años posteriores, sin haberle podido dar una solución satisfactoria.

Al tratar de dar respuesta a la pregunta formulada sobre la interpretación y la forma de integrar las lagunas, nos encontramos con un buen ejemplo de método jurídico-comparativo. Se ha generalizado, en la ciencia continental europea del Derecho, la idea de que las lagunas de la ley deben ser salvadas según el principio del artículo 1º del Código civil suizo, formulado en los siguientes términos: el juez tiene que decidir, en definitiva, conforme a la regla que él establecería si fuera legislador, "Para ello —continúa— debe inspirarse en la tradición y en las soluciones consagradas por la doctrina." No cabe duda que aquí se pensó, ante todo, en salvar las lagunas acudiendo al espíritu del propio orden jurídico, apoyándose los suizos⁶ en las frases, que ellos juzgan correctas, de los Códigos de *Waadt* y *Neuenburg*, que incluso prohíben al juez citar una ley o autoridad extranjera como fundamento de su sentencia; pero sabido es que el escaso valor de tales restricciones impuestas por el legislador respecto a la interpretación y cita, permiten dudar de su obligatoriedad. La historia del Derecho nos enseña que no duraron mucho. El legislador no puede impedir la aspiración natural del jurista a perfeccionar su método. Para fundamentar la aseveración de que hoy el Derecho comparado es indispensable en la interpretación de las normas jurídicas nacionales y para colmar sus lagunas, podríamos pensar en la expansión general que de nuestro criterio se logra merced a las investigaciones de Derecho comparado, y en la eliminación de restricciones nacionales, que es ya una característica mundial. Pero aun cuando no quisiéramos darnos por satisfechos con estos fenómenos generales y buscáramos, como es típico de nuestra disciplina, una fundamentación más exacta, no nos veríamos comprometidos. Como dice el Código civil suizo que el legislador debe, en caso de lagunas, elegir la regla que él establecería si fuera el legislador, tenemos que hacernos, consecuentemente, la siguiente pregunta: ¿cómo elabora el legislador moderno sus reglas? La observación de las realizaciones legislativas y especialmente codificadoras de los decenios pasados, nos enseña que el legislador

en el trabajo de CAPITANT: *Conception méthode et fonction du droit comparé d'après R. Saleilles* en, "L'oeuvre juridique de Raymond Saleilles" (París 1914), pp. 67 y ss., sobre todo pp. 96 y ss. Véase además: LAMBERT, "Doc.", p. 37 y ss.; WEISS, "Doc.", pp. 353 y ss.; JOSSERAND, "Doc.", pp. 240 y ss.

6 HUBER-MUTZNER, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*. (2a. ed., t. I, 2a. entrega, Basél 1933), p. 194.

moderno, en sus mejores realizaciones, se ha convertido en un ecléctico del Derecho comparado. El sistema concursal alemán, el Código civil brasileño, las nuevas codificaciones de los Balcanes, son ejemplos de cómo el moderno legislador aprovecha las investigaciones de Derecho comparado, esforzándose por unir las instituciones invariables del propio Derecho nacional con los resultados convincentes y las soluciones aportadas a los problemas por la comparación científica de derechos extranjeros. Así pues, si el juez tiene que salvar las lagunas con la regla que él establecería como legislador, debe servirse del método de mayores perspectivas del legislador moderno, es decir, del Derecho comparado. Y si esto es válido para salvar lagunas no puede serlo menos para la interpretación, ya que interpretación e integración no pueden oponerse una a otra, son una sola cosa. Es la actividad jurídica la que da luz a las normas, sólo que con diferente intensidad. La interpretación se enfrenta a una norma que no es lo suficientemente clara o que no dice lo suficiente. La integración supone un conjunto de normas que no brindan respuesta a la pregunta formulada. La respuesta a la pregunta de si el Derecho comparado debe ser empleado en la interpretación y en la integración de las normas jurídicas, no puede ya ofrecer dudas y el problema, ahora, es el de precisar "hasta dónde" deben llegar sus límites.

1. Algo definitivo existe ya al respecto. La observación obtenida a través del Derecho comparado de que una norma extranjera es mejor que la propia correspondiente, nunca puede conducir a privar de validez a la norma nacional. El claro enunciado de las leyes ha sido hoy y siempre uno de los fundamentos más importantes de nuestro ordenamiento jurídico; esta validez positiva del enunciado de las leyes no tiene vigencia absoluta, como nos lo demuestra el pasado más reciente. La obligatoriedad de la norma que tiene validez como ley, sólo puede ser negada cuando choca en forma intolerable con las normas fundamentales del Derecho natural; pero no cuando el Derecho comparado demuestra la existencia de una norma extranjera mejor. En tal caso, la comparación crítica del Derecho únicamente puede propiciar una modificación de la norma, en los términos habituales de la legislación. Sin embargo, el Derecho comparado puede influir en determinada dirección en la interpretación de las normas netamente nacionales. Así Heinrich *Titze*, en su última obra,⁷ ha criticado la doctrina del Código civil alemán sobre el error, basándose en el Derecho comparado y los resultados de esta crítica habrán de influir

7 *Vom sog. Motivirrtum* (Del llamado error de motivo) en: *Festschrift für Ernst Heymann* (1940), II, 72 y ss.

forzosamente en la interpretación actual del artículo 119 del Código civil alemán. *Titze* demuestra que, en los negocios jurídicos, la distinción corriente de los posibles casos de error, en error de declaración, que puede ser impugnado y error de motivo, jurídicamente intrascendente, carece de fuerza demostrativa psicológica, y que, en realidad, no existe tal distinción, como lo han demostrado las vacilaciones de la jurisprudencia alemana en casos dudosos.

Ulteriores investigaciones jurídico-comparativas inclinan a *Titze* a considerar que el problema del error no puede ser resuelto mediante esa distinción, sino a través de la cuestión relativa a quién debe soportar en realidad el riesgo del error; el declarante que se equivoca, o la contraparte. Y como el error recae sobre la esfera de riesgos del declarante, *Titze* llega a la conclusión de que la impugnación del error debe ser fundamentalmente rechazada y que, a lo sumo, puede aceptarse en casos excepcionales, sobre todo cuando el error ha sido causado por la contraparte.

Una vez convencidos de esto (y en mi opinión la genial y metódica fundamentación de *Titze* debe convencer),⁸ sabemos que el hecho de disponer de un mejor criterio, no puede llevarnos a eliminar simplemente el artículo 119 del Código civil alemán, sino que el análisis jurídico-comparativo de *Titze* nos conduce a interpretar dicho artículo 119 en forma restringida, es decir, que allí en donde el enunciado de la ley nos haga dudar, debemos, de preferencia, rechazar la impugnación, en vez de darle cabida. Igualmente, la interpretación jurídico-comparativa del principio alemán fundamental relativo a la nulidad de los contratos basados desde su formación en una prestación imposible (artículo 306 Código civil), debe conducirnos a una interpretación restringida de esa infortunada norma, porque en esta materia siempre se hallan ocultos los siguientes casos por diferenciar: falta de seriedad, error de ambas partes y, finalmente, el más común, el error unilateral. En este último caso, sobre todo, es precedente la responsabilidad contractual por los intereses de la contra

8 No me dejaré engañar por la crítica de SCHMIDT-RIMPLER; "Arch. Ziv. Pr." 174 (1941), pp. 188 y ss. y FLUME, *Eigenschaftsirrtum und Kauf* (1948), pp. 27 y ss., sobre la cual volveremos en otra ocasión. Lo que FLUME critica en su obra citada, p. 28, nota 61, sobre el desarrollo de TITZE (*Verzicht auf Dogmatik*) es en realidad aquella "liberación de prejuicios incomprobados y depuración de conceptos", que muy justamente elogia Ernst Rabel, como mérito especial del Derecho comparado. Véase también FLUME, *op. cit.*, pp. 98 y ss.; además SIMONIUS, *Festgabe für Goetsinger* (Basel 1935), pp. 240 y ss. y *Festschrift für Koschaker*, I (Weimar 1939), pp. 358 y ss.

parte,** de acuerdo con los principios fundamentales de la culpabilidad. También aquí los conocimientos de Derecho comparado, especialmente los procedentes del Derecho austríaco y del inglés, pueden conducirnos no a la eliminación del artículo 306 del Código civil alemán, sino a una interpretación de "lege lata", que duda en extender el concepto de "imposibilidad" del artículo 306 del Código civil alemán, más allá de su contenido legal puro, hasta hechos de "imposibilidad económica".⁹

2. Otra cuestión que surge en este campo es la de si todas las materias de Derecho privado pueden ser sometidas a este método de interpretación basado en el Derecho comparado o solamente algunas determinadas. La respuesta a ella se apoya en las siguientes consideraciones: no podemos negar que el método jurídico-comparativo de interpretación y de integración, no tiene como única meta el mejoramiento del propio ordenamiento jurídico, sino también el más ambicioso objetivo de preparar un acercamiento internacional del Derecho, en forma callada y sin ostentación.

La pregunta, pues, respecto a las materias aptas para una interpretación basada en el Derecho comparado, queda, con mucho, incluida en la referente a las que sean susceptibles de unificación jurídica internacional. Sobre este punto todo el mundo está acorde en que las metas no deben establecerse utópicamente, sino que para la unificación (y también, creo yo, para una interpretación basada en el Derecho comparado) deben escogerse únicamente zonas jurídicas que por su naturaleza sean de índole

** La doctrina alemana refiriéndose al derecho de exigir la indemnización por daños y perjuicios ("damnum emergens" y "lucrum cesans") por causa de invalidez de un negocio jurídico, distingue dos situaciones a las cuales se extiende este derecho: 1. El llamado interés positivo, también nombrado interés de cumplimiento, que comprende la indemnización de los daños y perjuicios a que el acreedor tendría derecho si el negocio fuese plenamente válido; 2. El llamado interés negativo, conocido igualmente como interés de confianza, que comprende los daños y perjuicios que el acreedor ha experimentado en virtud de haber creído en la validez del negocio y que, por tanto, no hubiera padecido si hubiera sabido que el negocio era nulo. Ambos intereses, el positivo y el negativo, pueden comprender tanto el "damnum emergens" como el "lucrum cesans". Véase más ampliamente: "Tratado de Derecho civil", L. Enneccerus, T. Kipp, M. Wolff, traducción al español por Blas Pérez González y José Alguer, Barcelona 1933, t. II, vol. I, p. 63, N° 6. (N. T.)

9 Véase más explícitamente al respecto, mis anotaciones a una decisión del Tribunal Superior de Stuttgart en la "SüddJZ" 4 (1949), columna 412 y ss.; además, BLOMEYER-DUDEN-WAHL, *Schuldverhältnis* en el "Rvgl. Hwb." (Diccionario de Derecho Comparado), 6 (1938), p. 298; RABEL: *Das Recht des Warenkaufs* (1936), 121 y ss.

internacional. Creo, de acuerdo con Walter Erbe,¹⁰ que para este método de interpretación se prestan de preferencia las materias jurídicas que tengan una función cosmopolita o una tendencia al universalismo. La marcha del tiempo, que tiende a rebasar las fronteras nacionales, trae como consecuencia que esas zonas aumenten de día en día. Tales materias de índole internacional son, sin duda, el Derecho cambiario, el industrial, el de seguros y, sobre todo, el Derecho internacional privado. En la jurisprudencia alemana y en la norteamericana ha habido decisiones, sobre todo en el campo del Derecho internacional, que ya han utilizado el método jurídico-comparativo. Pero todavía han de buscarse más materias apropiadas para la interpretación fundada en el Derecho comparado. Con el crecimiento del comercio interestatal han adquirido también ese carácter internacional amplios campos de la doctrina de los negocios jurídicos y del derecho de las obligaciones. Por lo menos en la compraventa de mercancías es imposible negar esa tendencia hacia el universalismo. Frente a estas materias de índole internacional existen otras, en cada sistema jurídico, que expresan justamente particularidades nacionales de la cultura jurídica y en las cuales las tendencias unificadoras del Derecho, así como un método de interpretación jurídico-comparativo, podrían conducir fácilmente a una nivelación de las culturas nacionales, que traería como consecuencia la destrucción de las características que nos parecen imprescindibles en provecho de la riqueza de la cultura humana. Tales materias son, sobre todo, el Derecho familiar y sucesorio. En general, no se puede excluir aquí tampoco el método de interpretación comparativa, aunque debe emplearse con especial cuidado, con suma atención, en lo que se refiere a las particularidades irrenunciables de la cultura jurídica nacional.

Por ejemplo, las investigaciones del Derecho comparado hubieran podido enriquecer la interpretación del artículo 55 de la antigua Ley Matrimonial alemana; es decir, del principio del divorcio después de tres años de separación, si se hubiera tomado en cuenta la jurisprudencia francesa y belga relativa al divorcio de común acuerdo, por lo que respecta a la cuestión de hasta qué punto la existencia de hijos menores del matrimonio puede impedir el divorcio. Conforme a una jurisprudencia que bajo la vigencia de la antigua Ley Matrimonial no estuvo exenta de controversia, se aclaró expresamente este punto en el artículo 48, párrafo 3º de la nueva Ley Matrimonial.

¹⁰ *Der Gegenstand der Rechtsvergleichung*, en esta misma revista ("Rebels Z") 14 (1942), p. 222, nota 142.

Que esta tendencia a aplicar el método de interpretación jurídico-comparativo, audazmente en las materias de carácter internacional y con prudencia¹¹ en las materias de colorido nacional, es correcta, se comprueba también con la actitud del moderno legislador, que en la redacción de sus codificaciones ha hecho uso ecléctico del Derecho comparado. También es de notarse aquí, que estas codificaciones se han mantenido libres de la influencia del Derecho comparado en materias nacionales: por ejemplo, Derecho familiar y de sucesiones.

3. Especialmente los autores franceses *Lambert* y *Gény*,¹² han defendido otra limitación. Piensan ellos que sólo puede ser empleado este método de interpretación respecto de ordenamientos jurídicos extranjeros, que, en su espíritu, estén emparentados con el nacional; es decir, que estén íntimamente ligados, tanto en el grado de civilización como en sus concepciones jurídicas. Esto significaría, principalmente, según la antigua concepción de Lambert, que a nosotros nos interesarían únicamente los ordenamientos jurídicos extranjeros basados en las concepciones del Derecho romano y no los sistemas heterogéneos, en espíritu y concepciones, del círculo angloamericano. No creo que esta limitación sea correcta. Si lo es, en cambio, que sólo pueden ser fructíferos, para una interpretación basada en el Derecho comparado, aquellos ordenamientos jurídicos que se hallen en el mismo nivel cultural que el nacional. Las lagunas de una legislación moderna no pueden salvarse correctamente con los conceptos de un Derecho extranjero primitivo. Utilizar, de entre los ordenamientos jurídicos del mismo nivel cultural, sólo aquellos que estén íntimamente ligados, significa un empobrecimiento del método que no se puede justificar con nada. El Derecho comparado moderno, que afortunadamente nunca se ha sujetado a estas estrechas limitaciones, ha demostrado, precisamente, que el aparente estilo heterogéneo del Derecho angloamericano —en sus concepciones fundamentales de justicia y en la solución de sus problemas más profundos—, llegó a decisiones que concuerdan mucho con las nuestras y únicamente son diferentes los medios utilizados para alcanzarlas. Precisamente porque en el Derecho angloamericano los con-

11 Esta tendencia corresponde a la convicción de IHERING, *Geist des römischen Rechts*, 1 (3a. edición), p. 12, de que "la idea de nacionalidad tiene el mismo valor que la de universalidad", pensamiento que ya se encuentra en Feuerbach. Véase RADBRUCH, *Anselm von Feuerbach und die vergleichende Rechtswissenschaft*, en "SchwZ. f. Strafrecht", 54 (1940), p. 25.

12 E. LAMBERT, "Doc.", pp. 44, 48; F. GÉNY, *op. cit.*, t. 2, N° 193, en especial, p. 275.

ceptos y construcciones se desarrollan en forma más independiente de la tradición romana que entre nosotros, en el Continente, las investigaciones de Derecho comparado han sido especialmente fructíferas y nos han librado de prejuicios, mostrándonos cómo un mismo problema puede tener una solución satisfactoria en forma completamente distinta. Debe recordarse aquí el enriquecimiento logrado por el Derecho privado y público con la doctrina angloamericana del "trust", o el beneficio que hubiera podido lograr la legislatura civil francesa, que no cede aún en este punto, por la observación comparativa de las instituciones que en Alemania se designan como *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (negocios sin causa) y que en Inglaterra y los Estados Unidos de Norteamérica quedan comprendidos bajo el concepto más amplio de *implied condition*.¹³ Estoy convencido de que el método de interpretación basado en Derecho comparado, debe servirse de todos los ordenamientos jurídicos que se encuentren más o menos en el mismo nivel cultural que los países del mundo occidental. Qué únicamente se empleen de ellos los más sobresalientes, significa una simplificación del trabajo que no debe justificarse con tendencias restrictivas esenciales, sino, simplemente, por el hecho de que, de acuerdo con la experiencia, los ordenamientos jurídicos derivados no pueden tener soluciones más profundas y originales que los que les sirvieron de base.

4. *Salcilles* y *Gény*¹⁴ suponían que las indagaciones de Derecho comparado emprendidas para la interpretación de una norma jurídica nacional, habían de proporcionar, en consecuencia, una "expérience universelle", una doctrina que imperaría en el mundo civilizado sobre determinados problemas, y que la fuerza de convencimiento que de ella resultase, legitimaría el empleo de dicha solución para la interpretación de la norma nacional o para salvar una laguna del propio Derecho. Pero ¿sería realmente correcto que también en este caso, de acuerdo con un principio democrático, tuviera preponderancia solamente la mayoría de soluciones extranjeras? La historia de la comunidad humana nos enseña que la decisión mayoritaria puede ser utilizada cuando se trata de decisiones voli-

13 Véase, con respecto a la rigidez de la jurisprudencia francesa en el problema de las "dificultades en el cumplimiento de las prestaciones" —la jurisprudencia del *Conseil d'Etat* es más avanzada—, KEGEL-RUPP-ZWEIGERT, *Die Einwirkung des Krieges auf Verträge* (Berlín 1941), pp. 252 y ss., además con respecto al problema en conjunto, últimamente KEGEL, *Abwicklung von Vorkriegsverträgen* (1948, 3er. Suplemento de la DRZ).

14 SALEILLES, "Doc.", pp. 173, 177 y ss. 181; CAPITANT, *op. cit.*, p. 110, GÉNY, *op. cit.*, t. 2, pp. 270 y ss., 275.

tivas en la esfera de la "vita activa". La justicia pertenece al reino de los valores éticos, en el cual la opinión de las mayorías no es decisiva, sino solamente el sentimiento cualitativo de una minoría selecta.

Por ello se debe, en mi concepto, dejar a la decisión del juzgador, teórico o práctico, ante quién se plantee el problema concreto, la tarea de aprovechar la mejor de las soluciones que ofrezca el Derecho comparado para interpretar su sistema de Derecho y colmar sus lagunas. En primer lugar, el propio ordenamiento jurídico únicamente le señala límites a través de la norma escrita. Determinar cuál sea, entre las extranjeras, la mejor solución, no puede hacerse en abstracto. De cualquier manera, el tenor del artículo 1º del Código civil suizo nos permite considerar que esa solución tiene que estar aceptada en su país de origen; tiene que ser, por lo menos allí, "doctrina consagrada". Y para encontrar la mejor entre varias soluciones aceptables, se debe valorar en cada caso el pro y el contra. El legislador moderno, al cual nos remite siempre el artículo 1º del Código civil suizo, no procede de otro modo cuando puede hacer uso del Derecho comparado. Las más modernas codificaciones hechas conforme a este método han tomado sus ideas basándose no en el criterio de la mayoría, sino en los principios de los derechos extranjeros que más les convinieron y podemos enorgullecernos de que en el terreno del Derecho privado las fuentes preferidas fueron justamente las codificaciones del área del Derecho alemán, es decir, el Código civil alemán y los Códigos suizos.

5. La última cuestión, que se refiere a los límites inmanentes del método jurídico-comparativo en la interpretación jurídica y en la integración de lagunas, ha sido ya contestada anteriormente en un caso elemental: la norma jurídica nacional claramente formulada, debe prevalecer aún frente a la consideración de que una concreta solución extranjera del problema sea indudablemente mejor. Pero con esto no se han delimitado aún las fronteras del método; además del claro enunciado de una norma nacional, hay exigencias actuales menos manifiestas fijadas por la ley y especialmente por la codificación. Estas exigencias estriban en que una moderna codificación pretende que los conceptos cuidadosamente elegidos por ella sean interpretados unitariamente; es decir, conforme a la unidad fundamental del conjunto de los conceptos legales. Por otra parte, ciertas exigencias se encuentran también en algunas de las relaciones constructivas fundamentales que dan carácter al ordenamiento jurídico nacional y cabe preguntarse si el método de interpretación fundado en el Derecho comparado queda limitado por las estructuras fundamentales del propio orde-

namiento jurídico en la interpretación de una norma internacional concreta, o hasta qué punto puede traspasar estos límites.

Por lo que respecta a la supuesta unidad de los conceptos jurídicos nacionales, vemos que aún en el propio ordenamiento se elaboran conceptos jurídicos. Nadie puede negar que la propiedad en el Derecho civil alemán posee una significación diferente a la que tiene en el Derecho fiscal; en el primero, tiene un sentido jurídico perfectamente determinado, mientras que en el segundo reviste un significado más bien económico.¹⁵ De la misma forma, en el propio Código civil alemán, la posesión significa, en general, dominio efectivo sobre la cosa; en el artículo 857, sin embargo, en el que dice que la posesión pasa sin más al heredero, la palabra tiene otro alcance: el de conjunto de derechos que pueden referirse a una situación posesoria.¹⁶ La exigencia de unidad en el ordenamiento jurídico es un postulado de justicia material; pero no la exigencia de una significación unitaria de los conceptos jurídicos dentro de cada ordenamiento. Esta unidad de los conceptos es más bien un principio de orden formal, un deseo de facilitar el trabajo; pero no una cuestión de justicia.¹⁷ La violación de este concepto de unidad, para alcanzar metas más altas, es absolutamente legítima y no se halla en contraposición con el principio de unidad del ordenamiento jurídico. La escuela autónoma de Derecho comparado, fundada por Ernst Rabel,¹⁸ fue la primera en dar rigor al Derecho internacional privado, merced a esa elaboración autónoma de conceptos. Aun cuando los autores del Código civil alemán quisieron que las normas de conflicto de leyes fuesen interpretadas de la misma manera, tanto en la ley de introducción al Código civil alemán (EGBGB) como en el texto de éste, fue Rabel el primero en reconocer que esas normas solamente podrían ser interpretadas con método jurídico-comparativo y sólo en forma autónoma, pues de otro modo quedarían aprisionadas en el conjunto de

15 En general, con respecto a la formación autónoma de conceptos en el Derecho fiscal, BÜHLER, *Lehrbuch des Steuerrechts* (1927), pp. 105 y ss.; en relación a la "propiedad" en Derecho fiscal, pp. 243 y ss.; WENGLER, *Beiträge zum Problem der internationalen Doppelbesteuerung* (1935) 4, 11. Ambos con más referencias.

16 Martin WOLFF, *Sachenrecht* (1932) § 3, II y III, § 12, I, 4.

17 Acertadamente ENGISCH, *Die Einheit der Rechtsordnung* (1935), pp. 43 y ss., 72.

18 *Das Problem der Qualifikation*, en "Rabels Z", 5 (1931) 241 y ss. A este respecto ZWIEGERT, *Die dritte Schule im Internationalen Privatrecht* en: *Festschrift für Leo Raape* (Hamburg 1948, pp. 73 y ss.).

conceptos del propio Derecho y no podrían alcanzar el nivel de los Derechos extranjeros.

La necesidad de una formación autónoma de conceptos se explica a este respecto, debido a las características especiales del Derecho internacional privado, que al tener por objeto situaciones de Derechos extranjeros se ve forzado a emplear especialmente una determinada metodología internacional. Me parece, sin embargo, que también podría actuarse en forma similar en otras materias del Derecho privado. Así, por ejemplo, parece admisible y hasta aconsejable interpretar el concepto de domicilio en el Derecho cambiario desde un punto de vista comparativo, para liberarlo de los contenidos equívocos de las diferentes concepciones nacionales de domicilio. Se puede decir, en general, que de acuerdo con su naturaleza, la tendencia de todas las materias del Derecho interno que son de carácter supranacional, es la de rebasar los conceptos nacionales para obtener una mejor comprensión internacional; de mayor importancia que el principio formal de unificación de aquéllos. Una interpretación comparativa de las normas nacionales no debe rechazarse por el hecho de que proporcione a éstas un nuevo significado, que se aparte del concepto habitual de las mismas conforme al Derecho internacional privado.

Algo distinto acontece cuando se trata del conjunto de relaciones fundamentales del ordenamiento jurídico nacional. En caso de que ese conjunto fuese menospreciado, en virtud de una interpretación comparativa, se produciría el desmembramiento de todo el sistema y, con ello, la completa disolución del ordenamiento jurídico nacional originando su fraccionamiento en partes heterogéneas. Ese conjunto de relaciones internas fundamentales tiene la misma validez que el claro enunciado de la ley, que señala el límite del método comparativo de interpretación. Es para nosotros perfectamente claro, por ejemplo, que la marcada separación alemana entre el negocio causal y el negocio abstracto de disposición, es decir, concretamente, entre el contrato de venta y el acto traslativo de propiedad, por una parte, y la validez del negocio dispositivo por sí mismo, por la otra, no es una afortunada particularidad del Derecho alemán.

Precisamente, la comparación jurídica nos enseña que el Derecho puede corresponder a la necesidad popular de considerar los negocios traslativos como unidad, sin perjudicar la estabilidad interna de los derechos reales. Esto nos puede conducir únicamente a argumentar "de lege ferenda" y, en todo caso, excepcionalmente, en favor del tratamiento unitario de los llamados *Handgeschäften* (negocios con tradición manual) en el Derecho vigente. Si nos decidiéramos a suprimir esta separación por medio

de una interpretación comparativa, sin modificar la legislación, contravendríamos muy poco el claro enunciado de una norma determinada de nuestro Código civil alemán (BGB); pero sí grandemente el conjunto del sistema, prescrito en forma inequívoca por el legislador. Este conjunto se manifiesta claramente como Derecho válido en la conexión entre derecho personal y derecho real y en la institución del enriquecimiento sin causa. La restricción de los principios fundamentales del Derecho civil alemán, a los cuales no podemos renunciar al interpretar el Derecho derivado de la ocupación de Alemania¹⁹ *** —redactado con conceptos extraños para nosotros—, es también válido en caso de que se trate de una interpretación comparativa de nuestras propias normas de Derecho.

III

No debe entenderse que el método de interpretación que yo propongo, tomado del Derecho comparado, desplace al método practicado hasta ahora y lo sustituya, más bien parece que le corresponde sobre todo una función de control, naturalmente de carácter esencial. Este método puede conducir así, en casos aislados, a confirmar los resultados obtenidos con el método hasta ahora habitual.²⁰ Igualmente puede poner al descubierto sorprendentes errores y desenmascarar el equívoco juego de la analogía y del "argumento a contrario", la consideración de los intereses expresados en la norma y otros razonamientos similares. El trabajo de *Titze* sobre la discutibilidad de nuestra regulación del error²¹ viene a demostrarlo. El De-

19 DÖLLE-ZWEIGERT, *Kommentar zum Mil. Reg. Ges.* N° 52 (Stuttgart, 1947) N° 245; a este respecto KLEINRAHM, "D. R. Z." 3 (1948), pp. 73 y ss.

*** El autor se refiere aquí, al Derecho dictado para Alemania por las Potencias ocupantes de su territorio al final de la guerra pasada (1938-45) (N. T.).

20 Así las investigaciones jurídico-comparativas demuestran que la figura alemana de la vinculación a la oferta (art. 145, Código civil alemán) en el sentido de su irrevocabilidad, aventaja a la del sistema angloamericano de la no vinculación y también a la del sistema romano, relativa a los efectos de la obligación; de la misma manera que el artículo 130 del Código civil alemán (recepción de la declaración de voluntad), supera las discordantes doctrinas extranjeras que entre nosotros conducen a la conocida teoría jurídica general que otorga eficacia a la simple declaración de voluntad, mera reminiscencia histórica. Véase RABEL: *Warenkauf*, pp. 69 y ss., 86 y ss. WEISS, "Doc.", p. 354, recomendó a los tribunales franceses, ya en el año de 1900, seguir el punto de vista alemán en el problema de la recepción.

21 Véase *supra*, nota 7.

recho comparado, en mi opinión, como aquí nos limitamos a apuntar, puede también demostrar por ejemplo, que la "tercera" responsabilidad propugnada por *Haupt y Dölle*, proveniente del contrato de hecho o del simple contacto social,²² es un problema de sana política jurídica, pero con una peligrosa tendencia dogmática de disolución, que puede muy bien ser resuelto con arreglo a la antigua responsabilidad bipartita: por contrato o por acto ilícito. Aun cuando quizá no sea estrictamente correcto que la mayoría de los ordenamientos jurídicos extranjeros subsuman²³ bajo la muy amplia esfera de los hechos ilícitos y de la igualmente ilimitada responsabilidad humana, todos los casos a que aquí nos referimos, la progresista institución de la "culpa in contrahendo" ofrece suficientes posibilidades para resolver satisfactoriamente los casos que pertenecen fenomenológicamente a la esfera de los contratos. Los hechos que rebasan esta esfera, pertenecen al campo de lo ilícito y cuando no se les puede subsumir satisfactoriamente en los artículos 823 y 824 del Código civil alemán (BGB), no es, en mi opinión, por el desconocimiento, hasta ahora, del fundamento de una "tercera" responsabilidad, sino por la estrecha formulación de esos hechos en el Derecho alemán, que, como precisamente el Derecho comparado enseña, exigen un ámbito más amplio. Con la inequívoca redacción de estas normas, la comparación jurídica tiene aquí solamente un valor de sugerencia político-legislativa, de "lege ferenda".

1. De todos modos, al método de interpretación aquí propugnado se le puede objetar algo muy sencillo: no es practicable. Esto, por el momento, es seguramente correcto. No se puede pedir ni al juez de primera instancia ni al del más alto tribunal, que para cada problema de interpretación haga estudios sublimes de Derecho comparado. Sin embargo, no se puede negar que el constante empequeñecimiento del mundo y la consiguiente internacionalización del Derecho, hace necesaria la cooperación de ciencia y práctica en proporciones hasta hoy desconocidas. Conocemos, sin embargo, decisiones judiciales basadas en argumentos de Derecho comparado. Junto a las decisiones alemanas y norteamericanas sobre Derecho industrial deben citarse también, sobre todo, las inglesas. Ya en una decisión de 1822.²⁴ se cita el "Traité des obligations" de *Pothier* como autoridad y el

22 HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse* (1941). DÖLLE, *Aussergesetzliche Schuldpflichten*, en "Zeitschr. f. d. ges. Staatswissensch", 103 (1943), 67 y ss.

23 En vez de numerosas referencias, véase BLOMEYER, DUDEN-WAHL, *op. cit.*, p. 273.

24 *Cox v. Troy* (1922) 2 B & Ald. 474, 480, citado por C. K. ALLEN, *Law in the making* (Oxford, 1927), p. 152.

proceso se repite más tarde incluso en la Cámara de los Lores.²⁵ Esto es tanto más notable cuanto que el juez inglés se encuentra estrechamente vinculado, en su argumentación, por el sistema de "precedents". Sin embargo, el método de interpretación jurídico-comparativo, aquí definido, es hasta hoy, sobre todo, un mero programa de trabajo. Contamos actualmente con excelentes investigaciones aisladas de Derecho comparado, aunque en su mayoría diseminadas en revistas. En Alemania tenemos además el valioso "Diccionario de Derecho comparado".*** Pero tanto aquéllas como éste se ocupan exclusivamente de Derecho comparado puro, es decir, no tienen el propósito inmediato de enriquecer la interpretación del propio Derecho a través de la comparación jurídica. Después de todos estos trabajos preliminares, parece llegado el momento para la formación de un sistema de Derecho comparado que revise la interpretación del Derecho nacional mediante investigaciones comparativas y que resulte así fructífero para la interpretación del propio Derecho. Hasta que las más importantes materias jurídicas de uso internacional no sean sistematizadas, no podrá aplicarse en la práctica el método aquí defendido. El reproche acerca de su impracticabilidad tiene, pues, sólo una justificación efímera.

2. Una última y fundamental objeción puede hacerse a este método de comparación jurídica en la interpretación de las leyes e integración de sus lagunas. ¿Se pueden acaso extraer conclusiones de una norma o de una solución extranjera, para resolver una cuestión de Derecho? Esta pregunta se conoce en la Ciencia del Derecho Comparado como duda general sobre la utilidad de su existencia. Ya *Salcilles*²⁶ defendió la tesis de que la comparación jurídica tiene como principal objetivo encontrar el *Droit idéal relatif*. Es decir, que mientras las doctrinas del Derecho natural se proponen deducir apriorísticamente el Derecho ideal absoluto, la comparación jurídica debe construir en forma inductiva y empírica un nuevo Derecho natural, partiendo de la experiencia jurídico-comparativa. O, dicho de otro modo, mientras que las doctrinas clásicas del Derecho natural construyen su Derecho ideal de arriba a abajo, basándose en principios fundamentales *a priori*, la doctrina del *droit idéal relatif* quiere formar el Derecho natural de abajo a arriba, con la experiencia de las soluciones

25 Véase ALLEN, *op. cit.*

*** Suponemos que el autor se refiere a la obra de F. SCHLEGELBERGER y otros, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, 6 vols., Berlín, 1929-38.

26 *École Historique et droit naturel*, cit., pp. 101, 106, 109 y ss.

extranjeras. *Binder*,²⁷ sobre todo, ha objetado que la comparación jurídica nunca podrá originar un Derecho ideal, porque del “ser” —es decir, de la existencia de una solución determinada—, nunca se puede llegar al “deber ser”. Esto seguramente no es correcto en esa forma apodíctica y unilateral. Corresponde a una antigua y prácticamente acreditada tradición científica, que el investigador no desprecie nunca lo que otros han pensado antes que él y, por consiguiente, siga construyendo sobre los conocimientos ya adquiridos por la Humanidad. El tipo de ciencia jurídica nacionalmente limitada, trajo consigo que este principio haya sido descuidado en extensión horizontal. Hasta la aparición de la investigación jurídico-comparativa fueron descuidados los conocimientos y experiencias de otros ordenamientos jurídicos que hubieran podido fructificar en favor de las propias experiencias nacionales. Esto significa, en contra de *Binder*, que de la superioridad de un ordenamiento jurídico extranjero en la solución del problema “X”, o de la superioridad de nuestro propio ordenamiento jurídico en la solución del problema “Y”, puede determinarse la dirección en que probablemente se halle el “deber ser”.²⁸ Precisamente, el jurista especializado sabe que la fantasía de los hombres resulta por sí sola, insuficiente para conocer *a priori* el “deber ser”, en todos sus matices; y el Derecho es precisamente el “deber ser”, pero no en principios fundamentales rígidos, sino finamente matizados. Aquí sí puede la comparación jurídica lograr lo que se propone: estimular empíricamente el fenómeno jurídico al abordarlo en toda su extensión. Me parece señalar así un camino susceptible de mostrar cómo se podría llenar, con un cierto grado de

27 *Philosophie des Rechts* (1925), p. 950. En el mismo sentido, KADEN, artículo “Rechtsvergleichung”, en “Rvgl. Hwb”. (Diccionario de Derecho Comparado) 6 (1938) pp. 17 y ss.

28 Así entiendo a RADBRUCH, “Monschr. f. Krim. Psychol. und Strafrechtsreform”, 2 (1906), p. 423, cuando aquí, evidentemente en forma distinta a Saleilles, vé el valor relativo del Derecho Comparado en la tensión que éste pone de manifiesto entre el “tipo jurídico” (*Rechtstypus*) (es decir, entre el sistema empírico-experimental resultado de las características medias del sistema jurídico de determinado ámbito cultural y de una cierta etapa de desarrollo) y del ideal jurídico, apriorísticamente desconocido. La expresión “el deber-ser jamás se deduce del ser”, la toma Binder de Radbruch; pero en Radbruch no tiene la agudeza —fundamentalmente trivial— que tiene en Binder. Véase también un balance escéptico en RABEL, *Die Fachgebiete des Kaiser Wilhelm-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht*, en “25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften”, tomo 3 (1937), 101 y ss.

conocimientos de origen suprapositivo, el cuadro recientemente ideado por Eduard Spranger,²⁹ de un Derecho natural histórico-elástico.³⁰

Se sobreentiende que el *droit idéal relatif* así obtenido no reemplaza ni substituye al eterno ideal humano del Derecho natural. El espíritu humano es tan rico, que podría prescindir, en último término, de acudir, en nuestro caso, al Derecho comparado; pero nada nos impediría aceptar como bueno un método que recorriese, en primer lugar, el camino de la comparación jurídica empírica y, después, en una segunda etapa, emanada de la abundancia de sugerencias adquiridas, ir más allá de las regiones del Derecho natural, hasta un Derecho ideal absoluto que estuviese por encima de todo conocimiento empírico. Es decir, parecería provechoso no quedarse en el resultado empírico obtenido, sino arrojarse, después de agotar este trabajo inductivo preliminar, a la arriesgada empresa de las últimas deducciones. Este sería el último paso, que habría de realizarse con una profunda inspiración, tras de agotar los trabajos jurídico-comparativos.

Konrad ZWEIGERT.

Trad. Héctor Pérezamador.

²⁹ *Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts*, en "Universitas" 3 (1948), 405 y ss.

³⁰ El Derecho natural desarrollado empíricamente por Walter ERBE, en *Von der angeblichen Unverbindlichkeit der Jurisprudenz* (Tübingen Universitätsreden, fasc. 39, Tübingen 1948), p. 25 y ss., 43, se sitúa en el mismo plano.