

CIENCIA JURIDICA EUROPEA *

*Por el Dr. Enrico ALLORIO, Profesor
de la Universidad Católica de Milán.
Traducción del Dr. Niceto ALCALA-
ZAMORA Y CASTILLO.*

SUMARIO: *I. Carácter sistemático de la ciencia jurídica europea: 1) Premisa; 2) Justificación del concepto de ciencia jurídica europea; 3) Delimitación de la ciencia jurídica europea; 4) ¿Unidad en el objeto o en el método?; 5) Esencia del método sistemático; 6) Peculiar orientación de la ciencia francesa; 7) Necesidad del método sistemático, y su expansión. II. Porvenir de la ciencia jurídica europea: 8) ¿Suficiencia del Derecho positivo?; 9) ¿Método científico o método empírico?: ¿jurídico o sociológico?; 10) Función de la ciencia jurídica en la unificación internacional del Derecho; 11) Tendencias codificadoras en el Derecho angloamericano; 12) La unidad de la ciencia jurídica como presupuesto para la futura unidad del Derecho. III. Tarea de la ciencia jurídica europea en el estudio de ordenamientos histórica o espacialmente remotos: 13) Unidad del problema relativo al método de estudio de los Derechos antiguos y de los Derechos extranjeros; 14) La disputa en Italia acerca del método histórico-legal; 15) El estudio de los Derechos antiguos y de los Derechos extranjeros, considerados en la convergencia de su fin educativo; 16) Perspectivas para el injerto del método sistemático en la tradición de la "common law"; 17) Examen de algunas posibles aplicaciones del método sistemático a la resolución de problemas de la "common law"; 18) Epílogo.*

* Texto del cursillo desarrollado en la Facultad de Derecho de México, en los días 18, 19 y 20 de agosto de 1952.

I

CARACTER SISTEMÁTICO DE LA CIENCIA JURÍDICA EUROPEA

1) *Premisa*. Es bien singular la situación en que me hallo para meditar sobre la ciencia jurídica europea y para exponer públicamente, en virtud de la grata invitación de la Facultad de Derecho mexicana, que con toda cordialidad agradezco, el resultado de mis reflexiones. En efecto, lejos de Italia, ambiente normal de mis estudios, donde el método de la Jurisprudencia europea acaso se manifieste hoy día en las formas y modos más típicos y significativos y donde, por lo general, se le sigue a causa de una costumbre tan arraigada, que triunfa en la aplicación, a veces inadvertida, mi atención se concentra con avidez en la experiencia inagotable del Derecho angloamericano. En el esfuerzo para penetrarlo y comprenderlo a fondo, fascinado por esa potente manifestación de vida, sucede, de cuando en cuando, que me abstraiga en la "common law" y que por todas partes ella me absorba, como objeto exclusivo de mi atención intelectual, incapaz de tolerar ninguna otra consagración.

Podría entonces parecer que no me encontrase en el mejor estado de ánimo para discurrir acerca de la ciencia jurídica europea; pero no hay tal cosa, y creo poder dar la explicación de ello, que es, ante todo, psicológica. Cuando mi mente se dirige al examen de las instituciones de Derecho común anglosajón, siento que no se aproxima a ellas, casi *tabula rasa*, haciendo echazón de las formas lógicas subvenidas, o mejor dicho: infusas en aquélla por una larga y no vana educación, recibida en las directivas del método europeo. Se acerca, por el contrario, *mediante* dichas formas lógicas, con el auxilio y el instrumento de las mismas; y tiene conciencia de que tales formas, tales ideas, tal método, ayudan a *comprender* y a hacer que la materia así entendida sea una duradera adquisición de la inteligencia, incluso cuando el objeto de la investigación no es el habitual, cuando no es, en suma, el Derecho del continente europeo, sino el tan distinto Derecho angloamericano.

Si resulta o no legítima semejante trasposición geográfica del método para el estudio del Derecho, es problema que en el desarrollo del presente y brevísimo curso intentaré plantear y resolver. Mientras tanto, he debido y querido exponer esta postura, todo lo subjetiva que se quiera, de mi pensamiento, para mostrar cómo la lejanía de Europa representa

para mí un factor desfavorable en lo material, pero propicio en lo espiritual para la investigación, a que me dispongo, de la ciencia jurídica europea como hecho y como valor, en la síntesis de sus vicisitudes pasadas, de la realidad presente y de las perspectivas futuras.

2) *Justificación del concepto de ciencia jurídica europea.* Al iniciar cualquier exposición, es buena costumbre la de delimitar la noción que nos proponemos desenvolver en ella. Y por de pronto surge ante nosotros un problema preliminar, o sea el de si resulta correcto hablar de ciencia europea del Derecho. En plano de principio, la cuestión ha sido indirectamente suscitada por YNTEMA, el profundo comparatista norteamericano, cuando escribe: "Con referencia a las ciencias físicas y a las demás ciencias sociales (excepción hecha, acaso, de lo que pueda ser el pensamiento soviético), aparece suficientemente pacífico que sería un absurdo una ciencia nacional (por ejemplo: una Física holandesa o una Sociología suiza). Pues bien: ello es también verdad respecto del Derecho. Como han puesto en claro IHERING y cualquier otro estudioso dotado de sentido de responsabilidad, que se haya ocupado de este extremo, la ciencia jurídica es, necesariamente, general: una ciencia local o nacional, envuelve una *contradictio in adiecto*." ¹

Sin embargo, aun estando plenamente de acuerdo con esa observación de principio, ella no es obstáculo para la definición de una ciencia jurídica europea, como un algo autónomo y distinto. Entendámonos. Aun reconociendo que la ciencia del Derecho rebasa los límites nacionales y llama a las energías de los estudiosos que vivan en cualquier latitud, porque razonar bien no es privilegio de clima o de progeñe, de hecho se comprueba que no siempre se establece una plena y perfecta comunicación entre los ambientes científicos de las diferentes naciones. No es este el momento de examinar de qué dependa ello, aun cuando no efectúemos ningún descubrimiento al señalar como razón predominante la diferencia de los ordenamientos, cuya interpretación con fines prácticos consideran los juristas de los diversos países como su tarea más importante, e incluso, con demasiada frecuencia, como su cometido exclusivo. De ahí deriva un sistema de trabajo en compartimentos estancos. Como dice YNTEMA, la ciencia de las leyes debería ser una, pero de hecho no lo es. Ahora bien: ello encierra otra consecuencia: la de que, mientras ciertos grupos de países

¹ Así YNTEMA, en "American Journal of Comparative Law", vol. 1, p. 13 (1952).

trabajan conjuntamente en cuanto a la ciencia del Derecho —que es lo que sucede con los países de tradición jurídica romana, facilitados por esta común tradición—, otros permanecen aislados, como acontece con los países de “common law”, favorecidos, a su vez, por el mérito intrínseco y por la expansión lógica, más aún que espacial, de su ordenamiento. Se puede, por tanto, observar que el estudio del Derecho alcanza en un grupo de países niveles científicos, no diré más progresivos, pero sí más avanzados que en otras naciones. Entonces, cuando se habla de ciencia jurídica europea, no se quiere circunscribir indebidamente en el espacio el significado de tal ciencia, ecuménico por naturaleza, sino tan sólo designar, dentro del común grado de perfección logrado, la doctrina legal de las naciones habitualmente llamadas europeas.

Hecha esta aclaración, estimo que el empleo de una categoría históricamente concreta, como es la de la ciencia jurídica europea, puede conciliarse con el antes referido pensamiento de YNTEMA, con tanto más motivo cuanto que este investigador tiene, por su parte, clara conciencia de la especial situación, poco propicia a un acelerado desenvolvimiento científico, en que el ambiente jurídico norteamericano se ha encontrado hasta hace poco. Me parece que da muestras de esa conciencia, cuando, en otro lugar, escribe: “Hasta tiempos recientes, el apego histórico a la “common law” como prenda de unidad anglosajona, el concepto autoritario del Derecho, desenvuelto por AUSTIN¹ como instrumento de reforma utilitaria, y el examen de los problemas referentes al Gobierno desde el puro punto de vista de la ciencia (político)-social, fuera del Derecho propiamente dicho, todos estos factores se combinaron para dar lugar en los Estados Unidos a una Filosofía del Derecho que, en tanto subsistiese, condenaba la ciencia del Derecho a la impotencia de la exégesis.”²

Si respecto de la Jurisprudencia inglesa no me siento en condiciones de expresar un juicio, acerca de la doctrina legal norteamericana, de la cual creo poseer mayores elementos de conocimiento, me atrevería a afirmar que se halla en vías de superar, merced a múltiples e inteligentes esfuerzos, el estado científico que YNTEMA explica y describe en el pasaje citado. En el curso de estas lecciones, pienso volver sobre este prometedor desenvolvimiento del pensamiento legal norteamericano. Mientras tanto, permitidme destacar un fenómeno al que la independencia de las dos ciencias legales, la europea y la angloamericana, o mejor dicho: su recíproco desconocimiento, confiere a veces aspectos sorprendentes e ins-

2 Así YNTEMA, en “Michigan Law Review”, vol. 43, pp. 549-550 (1944).

tructivos: aludo al paralelismo en cuanto a los desenvolvimientos teóricos en las dos orillas del océano, a la coincidencia, no provocada, de doctrinas, reveladoras de una misma *forma mentis*, y también de la inevitabilidad de ciertos problemas y de determinadas soluciones. Un ejemplo solo, sacado de mi reciente experiencia de lector: hace días, al comparar dos concepciones propuestas para resolver el problema de la identificación de la demanda en el proceso civil, la una del norteamericano C. E. CLARK y la otra del alemán Karl MAYER,³ las encontré sensiblemente análogas, puesto que ambas se refieren a los hechos aducidos y discutidos en el litigio, como término principal para la individuación de la demanda (*cause of action*, *Prozessanspruch*). Huelga aclarar que no sólo los dos expositores se ignoraron mutuamente, lo que en abstracto podría depender de contingencias de tiempo, sino que la consonancia, hasta donde existe, de sus opiniones no fué advertida por los posteriores estudiosos de tal problema en los respectivos países.

El ejemplo aducido me brinda la oportunidad de destacar que la literatura jurídica europea olvida, en el fondo, la experiencia jurídica angloamericana, tanto como la doctrina angloamericana suele ignorar la experiencia europea. Si la observación de SCHLESINGER conforme a la cual la humanidad civilizada está dividida entre una minoría de "common law" y una mayoría de "civil law", y ésta, o sea el Derecho codificado, rige casi mil millones de almas, tiene elocuente valor de admonición para que los estudiosos norteamericanos no se desentiendan de una experiencia jurídica tan difundida,⁴ exhortaciones semejantes no faltan en la doctrina de los países europeos por lo que se refiere al estudio de la "common law" e inclusive a la imitación de algunas de sus instituciones.⁵

3) *Delimitación de la ciencia jurídica europea.* De lo hasta ahora dicho se desprende, por lo demás, que la fórmula adoptada como título para las presentes lecciones, debe interpretarse, a la vez, en sentido restrictivo y extensivo. Pocas palabras bastarán para comprobarlo:

3 Véase C. E. CLARK, en "Yale Law Journal", vol. 33, p. 817 (1924), y en *Handbook of the law of Code Pleading* (St. Paul, 1947), pp. 127 y ss. (la primera ed. es de 1928); K. MAYER, en "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", 1928, p. 209, y en la posterior monografía *Der Prozessanspruch* (Tübingen, 1933).

4 Véase SCHLESINGER, en el prefacio a *Comparative Law, Cases and Materials* (Brooklyn, 1950), p. xi.

5 Véase, por ejemplo, DAVID, *Traité élémentaire de droit civil comparé* (París, 1950), pp. 136-138, con especial referencia al *trust*.

a) la restricción en cuanto al sentido de la fórmula, consiste en que por ciencia jurídica europea ha de entenderse, claro está, la de la Europa continental;

b) la extensión de significado estriba, en cambio, en el hecho de que la expresión utilizada comprende, como es obvio, la doctrina jurídica de América Latina. Nadie mejor que mis oyentes de hoy pueden apreciar la unidad fundamental en el método para el estudio del Derecho entre los países de Europa continental y los iberoamericanos. Añadiré que pocos fenómenos son hoy más reconfortantes para el jurista europeo, como el de ver el propio método sistemático plena y felizmente absorbido en los ambientes de América Latina. En una crisis que pone en riesgo todos los valores europeos, sin excluir los jurídicos, parece ésta una garantía de que no se perderá el fruto de un trabajo científico de muchos siglos.

Sería, pues, más correcto contraponer a la ciencia jurídica anglo-americana, no tanto una ciencia europea, cuanto una ciencia europeo-americana, con la particularidad de que el segundo término de ambos binomios aludiría, como es natural, dentro de su exterior identidad, a dos Américas distintas.

4) *¿Unidad en el objeto o en el método?* Sin embargo, la unidad de la ciencia dentro de ese vasto conjunto de naciones que designamos como europeo-americano, aparece hasta este momento de nuestra exposición más bien intuída que claramente justificada. En sentido a la vez lato y superficial, podríamos observar que ciencia "europea" significa tanto como ciencia jurídica de los países de Derecho codificado, mientras que ciencia anglo-americana equivale a doctrina jurídica de las naciones de Derecho no escrito. Hallaríamos, pues, la unidad de la ciencia europea en el común objeto, o sea los códigos. Pero aquí surge bien pronto una objeción: la de que en rigor los códigos, al ser muy diferentes entre sí, no proporcionan un fundamento realmente unitario a la ciencia.⁶ Y aun cuando esta objeción se superase en parte invocando la común descendencia romana de dichas leyes, quedaría en pie una más fuerte objeción de principio: la de que la unidad de varias escuelas científicas no puede consistir en la verdadera unidad de su objeto, si no en una más intrínseca y substancial identidad de método.

6 Sobre las divergencias entre las legislaciones de los países de Derecho codificado insiste MOSES, en "Fordham Law Review", vol. 4º, pp. 253-256 (1935). En cambio, la unidad del pensamiento jurídico en los países de "Civil Law" es reconocida por POUND, en "Seminar", vol. 4º, p. 6 (1946).

Unidad de método, entonces, y no unidad de objeto; y veamos en qué plano se establece esa unidad e identidad metódicas. Pero sí es cierto que una primitiva unidad de objeto fué el origen o, por lo menos, la ocasión de la unidad del método.⁷ Todos sabemos que el objeto unitario de la ciencia europea del Derecho se identificó durante siglos con el Derecho romano común. Por una doble razón, la existencia y la unidad de dicho objeto debía facilitar la formación de un método científico, y éste, a su vez, no podía ser sino sistemático: porque el "Corpus Iuris Civilis", texto desenterrado de una antigüedad que entonces, y sobre todo al principio, podía parecer menos remota, pero que, en todo caso, resultaba de varios siglos (hasta el punto de que numerosas disposiciones suyas no podían satisfacer las nuevas exigencias sociales), tenía necesidad de interpretación sistemática, substancialmente más libre, y de tal índole, que permitiera una adaptación creadora. Las necesidades sistemáticas aparecen ya ampliamente tenidas en cuenta en los trabajos de los primeros intérpretes, de la Glosa y de los comentadores, pese a la forma literaria adherente al orden externo del texto. Esas necesidades quedaron aún más conscientemente satisfechas en las obras de síntesis, que el Derecho común supo ofrecer en la fase más avanzada y en la fase extrema del propio desenvolvimiento internacional: pienso en DE LUCA para Italia, en los pandectistas holandeses y en los sistemáticos franceses. Por otra parte, la necesidad de la interpretación sistemática venía confirmada por la circunstancia de que el texto en vigor no se apoyaba en una autoridad que pudiese renovarlo y colmar sus lagunas: ni en una autoridad legislativa, puesto que el renacido "Impero", fantasma del antiguo, no supo, ciertamente, asumir la tarea de continuar la obra legislativa del mismo; ni menos aún en una autoridad jurisprudencial, a la que, en principio, no se reconocía otro poder que el de aplicar el texto.⁸ Por tanto, sólo la interpretación sistemática podía intervenir para, con su amplitud, convertir

7 Acerca del empleo de una terminología causalista de la historia de las transformaciones espirituales (tal es la terminología que conduce a los vocablos "origen" y "ocasión"), véase recientemente CALASSO, en "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 1950, pp. 399-401, en disputa con CHECCHINI, en los "Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto" (Milán, 1951), II, pp. 427 y ss.

8 Hay que formular aquí una reserva respecto del caso de formación de una verdadera y propia costumbre judicial correctiva del Derecho preexistente: acerca de ello véase BIGIAMI, *Appunti sul diritto giudiziario*, sobretiro de los "Studi Urbinati", 1933, pp. 15 y ss., 45-49.

el texto en menos remoto respecto de las necesidades presentes, en más tolerable en su aplicación, especialmente mientras se dudó acerca de la eficacia derogatoria de leyes y costumbres locales.⁹

Si ahora se preguntase si la presencia de ley escrita facilita la formación del método sistemático en el estudio del Derecho, o si no es más bien la presencia de un método sistemático válido la que suele encarrilar el Derecho por el camino de la codificación, la respuesta habría de ser una sola: la de que ambas correlaciones son exactas. La fijeza del texto, al que, en principio, los jueces no pueden aportar derogaciones, hace que la interpretación sistemática se convierta en una necesidad, y exalta, a la vez, la función de la ciencia, porque el científico no recibe guía del juez, sino que se la ofrece y se la impone. En otro sentido, la madurez del método sistemático permite, frente a un texto vetusto y prolijo, llevar a cabo la simplificación y renovamiento del mismo. Tal fué la obra codificadora del siglo XIX: los códigos resultaron de un tejido de principios, sacados de textos más amplios (principalmente del "Corpus Iuris Civilis" y, en segundo lugar, de costumbres de procedencia germánica, ya redactadas en forma escrita, como las "coutumes" francesas) por obra de la ciencia, antes que por los compiladores de los códigos.

Consideremos, en cambio, el ejemplo de la "common law". En el período de afirmación y crecimiento, ella fué un Derecho esencialmente experimental, que procedió por tentativas y con frecuencia valiéndose del instrumento de la ficción.¹⁰ Esas tentativas y artificios fueron principalmente obra de los jueces, armados de un empirismo que no dejaba, desde luego, amplio juego a una hipotética obra sistematizadora del intérprete. No había mucho que "sistematizar", y los puntos dudosos eran resueltos por la propia jurisprudencia, a la que se reconocían poderes incomparablemente más vastos que en los países de Derecho escrito. En nuestros días, esta secular labor parece haber producido un ajustamiento formal del Derecho, inclusive en los países de "common law", porque el ave de Minerva suele precisamente salir por la noche. Es la hora del sistema y de la legislación, aun cuando para la plena libertad reconstructiva del primero, constituya algo de impedimento la más rígida firmeza del precedente, y

9 Cfr. CALASSO, *Il concetto del diritto comune*, sobretiro del "Archivio giuridico", 1934, pp. 26 y ss.; así como "Studi di storia e diritto in onore di E. Besta" (Milán, 1939), II, pp. 490 y ss.

10 Léanse las penetrantes páginas de POUND sobre el empirismo judicial, en *The spirit of the common law* (Boston, reimpression, 1925), pp. 116 y ss.

aun cuando al genio empírico de dichas naciones pueda repugnar la extensión de la segunda.¹¹

5) *Esencia del método sistemático*. Pero ¿qué entendemos por “método sistemático”? En su exterior, es esquema de ordenamiento, jerarquía expositiva, clasificación de fenómenos: en suma, tratado científico. Pero no es ese exterior lo más importante. Puede haber, y lo hay con frecuencia, método sistemático más genuino en el planteamiento monográfico que en la ordenación tratadística de una materia. Pese a que en los actuales estudios jurídicos italianos el método sistemático ha alcanzado un notable grado de finura, los “tratados” escasean: y no quiero decir que esto represente una ventaja, sino lo contrario. Y menos todavía un mérito. Pero, en parte, significa una fatalidad inevitable. Como quiera que el método sistemático se propone, según veremos pronto, una adecuación racional de toda la materia normativa, y por lo mismo, la total reelaboración bajo dicho ángulo visual, la composición de trabajos de gran aliento resulta, si no preclusa, sí desde luego gravemente obstaculizada por la plena adopción del método sistemático. Cuando en el prólogo al *Traité élémentaire de droit commercial*,¹² obra que sin reserva alguna mental reputo excelente, RIPERT advierte que el libro, preparado por años de enseñanza en la Facultad de París, le ha costado “meses de trabajo”, pienso que ningún tratado de Derecho mercantil podría ser redactado en “algunos meses de trabajo”, por quien sometiese la propia investigación a una fidelidad plena hacia el método sistemático: muchos años serían necesarios al efecto. Así pienso y hablo, aun lamentando sinceramente que mi país no posea hoy un manual de Derecho mercantil comparable, por lo útil y completo, al *Traité* que Francia debe a Ripert.

A mi entender, la característica esencial del método sistemático consiste en la actitud de *crítica formal* en que el intérprete se coloca ante el texto codificado. El intérprete arranca del presupuesto de que en la norma existe una *racionalidad recóndita*, que no siempre se ha sabido expresar en el texto de la norma, pero que no por ello resulta menos íntimamente operante: el intérprete se esfuerza en descubrir y explicar esa racionalidad, con todas las consecuencias prácticas que de la misma derivan respecto de casos no claramente regulados. La actitud parece, y

11 Para una definición del sistema de los precedentes obligatorios como compromiso entre lógica y experiencia, conforme al genio nacional, cfr. ALLEN, *Law in the making* (Oxford, 1946), p. 153.

12 Cfr., autor y obra cits. en la nota anterior, p. VII.

es, perfectamente legítima, puesto que no es sino la de la ciencia frente a cualquier creación de la naturaleza o de la vida. El jurista reconoce en el autor de la norma un instinto racional, que ha impreso en ella una lógica substancial, aunque no lo sea también formal; pero está pronto a proclamar la irracionalidad, inclusive substancial, siempre que la norma no sea susceptible, con medios objetivos, de una explicación racional. La observación de JEMOLO de que “por lo general, el jurista propende, en un sentido a creer demasiado en la racionalidad de las normas, mientras que en el otro tiende a exigir demasiado del legislador”,¹³ no me parece que pueda realmente lesionar la aplicación del método sistemático. Se trata de llevar al límite la búsqueda de la racionalidad de la norma, y no de obstinarse en la indagación cuando el éxito de la misma se considere desesperanzado.

Ahora bien: entendido y defendido de ese modo, el método sistemático constituye precisamente la nota distintiva de la ciencia europea del Derecho. Si cabe hablar de ciencia jurídica europea, es tan sólo en cuanto está unificada por dicho elemento, o sea por la adopción del método sistemático: en definitiva, desde la crítica constante, a la formulación de la norma, para elevarse a una concepción general retrospectiva, de la que la norma es la expresión imperfecta; por último, del rechazo de toda definición teórica encerrada en ella, como “contenido no vinculativo” de la norma, para volver a examinar, con ojos bien abiertos, el problema clasificatorio y resolverlo, a la luz de las disposiciones substanciales, en sentido eventualmente divergente del que la norma teorizante haya creído formular.

Así, mientras en su ideal el método sistemático se dirige, desde luego, a sintetizar el Derecho en pocos principios supremos, que son sus formas perennes, desde el punto de vista de su concreta aplicación tropieza con desviaciones e inconsecuencias, cuya presencia le incumbe precisamente poner de manifiesto.

6) *Peculiar orientación de la ciencia francesa.* Una posición especial es la de la doctrina francesa, que ya otras veces traté de explicar.¹⁴ Es

13 Véase JEMOLO, *I concetti giuridici*, p. 10 del sobretiro, en “Atti Accad. Scienze Torino”, vol. 75° (1939-40); y algunas críticas a él dirigidas, v. G. PUGLIESE, *Diritto romano e scienza del diritto*, pp. 29-31, del sobretiro, en “Annali Univ. Macerata”, vol. 15° (1941).

14 En los “*Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*” (Padua, 1950), I, pp. 446-448.

cierto que las obras de los juristas franceses no parecen preocuparse de realizar el método sistemático en toda su coherencia, y de ahí que en ese sentido puedan encontrarse en una posición más accesible para la mentalidad legal angloamericana. Puesta ante su propio objeto, su sistemática rehuye los atrevimientos: se contenta con ser la sistemática del código o códigos a que se aplica. En este sentido, ello significa que sigue siendo exégesis, así como también que allí donde se encuentra menos vinculada a la fijeza de una ley, como en Derecho público, legalizado pero no codificado, e igualmente en algunas materias de Derecho privado vagamente reguladas por el código, como la de responsabilidad civil, esa doctrina ha logrado elevarse a criterios de principio, dotados de valor sistemático.

Conviene meditar que si bien el código civil francés no fué el primero en el tiempo entre los códigos modernos, sí fué, en cambio, el primero en introducirse, no ya como ley territorial sobre el fondo de un Derecho común en el que hubiese necesidad de cambiar las categorías generales del pensamiento jurídico, fundamento de la interpretación, sino como fuente única de regulación de las relaciones a él sometidas. La sistemática antigua, en la que también la escuela francesa había brillado, no pareció, pues, utilizable a los intérpretes del nuevo texto.¹⁵ Fué un comenzar de nuevo por la hermeneútica puntual, literal. Por otra parte, el código napoleónico apareció como la coronación de las aspiraciones de dos siglos de fe en el Derecho natural. Se presentaba como el Derecho racional, manifestado en un texto que había que respetar en la forma no menos que en el fondo, puesto que ni se imaginaba siquiera que en las formas del código hubiese hallado expresión irracional una substancia que se reputaba absolutamente conforme a la razón.

Cuando a fines del pasado siglo ese mito comenzó a perder prestigio y contornos en las mentes despiertas de los juristas franceses, la reacción se desenvolvió, no tanto en el terreno de la metodología jurídica, como en el de la negación del estatismo jurídico, extraño, desde luego, a dicha metodología, y oscilante entre la Filosofía política y la Sociología del Derecho. Se afirma (y la idea se desenvuelve en obras ricas de pensamiento) que el Derecho no está todo en la ley, y que la jurisprudencia posee, sin duda, eficacia

15 Me parece una excentricidad la tesis de AMOS y WALTON (en *Introduction to French law* —Oxford, 1935—, p. 3), cuando afirman que la ciencia jurídica francesa habría carecido de eficacia real con anterioridad al código (¿y POTHIER?) y que la irradiación del pensamiento jurídico francés habría comenzado tan sólo merced al código.

creadora del Derecho, de tal modo que a través de ella el Derecho positivo recibe una integración indispensable. Afirmación ciertamente meritoria; pero que no habría debido dispensar del perfeccionamiento en cuanto a la propia metodología del Derecho positivo. Ese perfeccionamiento se ha producido, sí, en la doctrina francesa de los últimos decenios; pero, a mi entender, en medida que no se corresponde con las altas cualidades especulativas mostradas en otros tiempos por la doctrina jurídica francesa. Existen campos, como el del proceso y el de las finanzas (contemplada esta última, huelga aclararlo, desde el punto de vista jurídico), que permanecen completamente estancados. Admito que es bien distinta la situación del Derecho privado, campo en el cual Francia exhibe obras ilustres, enriquecidas por la historia y por la comparación; pero problemas que han suscitado interés conspicuo en la doctrina italiana y en la alemana, como los de autorización y procuración, como el de la relación entre voluntad y declaración, como el de los negocios sobre el patrimonio ajeno, como la definición y clasificación de los derechos subjetivos, como el encuadramiento sistemático del Derecho de familia, no vibran en la literatura jurídica francesa. Tampoco el ligamen sistemático entre Derecho privado y Derecho público resulta explorado así como recientemente lo ha sido en Italia. Sobresalen, en cambio, las obras de Sociología aplicada al Derecho: las obras, según creo, en que el Derecho viene considerado por el exterior, conforme a una visión "concreta" al ser histórica, como hecho social sujeto a las corrientes económicas e ideológicas. En esta dirección, los escritores franceses dominan realmente, por la excepcional capacidad de percibir y por la potencia de síntesis en la evocación: me refiero a RIPERT y a SAVATIER. Pero huelga casi advertir que las obras de esta clase no pertenecen a la ciencia del Derecho propiamente tal, aun cuando su importancia sea, como es natural, grandísima también para el jurista.

7) *Necesidad del método sistemático, y su expansión.* Que el método sistemático fuese, y sea, una necesidad fuertemente sentida por parte de la jurisprudencia teórica y práctica de todos los países de Derecho codificado, se demuestra con las vicisitudes de su expansión.

Con el código y con las primeras obras de hermenéutica, Francia ofreció a los demás países los primeros y valiosos modelos para una legislación escrita y para una jurisprudencia sistemática.

Italia y los demás países de tradición latina, se acomodaron al principio con mayor plenitud al modelo francés, mientras que Alemania reaccionaba frente a él con mayor independencia. En la duda suscitada por

la Escuela histórica acerca de la oportunidad de la codificación, ésta fué aplazada;¹⁶ y mientras tanto, tenía lugar la obra sistemática de la doctrina alemana a base del Derecho romano común. Incluso quienes no compartan la tesis, que resulta bastante exagerada, del civilista italiano PUGLIATTI, para quien con anterioridad a la ciencia alemana del pasado siglo, no existió ciencia del Derecho merecedora de tal nombre,¹⁷ habrán, sin embargo, de confesar la propia admiración por la obra inigualada de los juristas de aquella nación y de dicha época. Esa obra fué contemporánea de amplia frondosidad en todos los campos del saber y, por supuesto, no sin relación con ella. Precisamente en el campo del Derecho, la Escuela alemana tuvo tal fuerza, que supo al mismo tiempo promover la más extensa y resuelta profundización del Derecho y los estudios más varios y exhaustivos sobre la historia del mismo. Ahora bien: puesto que acabo de citar a la escuela histórica, no puedo dejar de recordar que a ella se debe el error de quienes ligan la profesión del método sistemático en los estudios jurídicos y la creencia en la estatalidad del Derecho. La escuela histórica rechazó, sí, la tesis que reconocía en el Estado la fuente exclusiva del Derecho;¹⁸ pero lejos de oponerse, promovió el estudio sistemático del Derecho, no sólo mediante la obra que todos saben, sino, sobre todo, al suministrar al esfuerzo de los sistematizadores el alimento de la siempre rica y varia experiencia histórica.

El influjo de los estudios alemanes se hizo sentir profundamente en Italia, donde contribuyó a renovar la escuela del Derecho, tan pronto como las enseñanzas brindadas por las exégesis francesas fueron reputadas

16 Carl SCHMITT, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* (Tübingen, 1950), p. 27, recuerda que SAVIGNY contradujo sus propios postulados teóricos cuando, como ministro de Federico Guillermo IV de Prusia, elaboró poco antes de la Revolución de 1848 un precipitado proyecto para simplificar la legislación.

17 Léase PUGLIATTI, en los "Atti del XX Congresso Nazionale di Filosofia" (Messina, 1948), p. 506.

18 Para una conciliación (hipotética) entre escuela histórica y estatismo jurídico, personificados en SAVIGNY y AUSTIN, en el sentido de que la primera resolvería el problema del contenido de las leyes y el segundo el de su eficacia formal, cfr. KANTOROWICZ, en "Law Quarterly Review", vol. 53, pp. 334 y ss. (1937), aun cuando critica las dos citadas opiniones. Una acentuación nacionalista de la escuela histórica puede verse en el ruso KORKUNOV, *General theory of law* (Boston, 1909), pp. 152-153. Y una reciente interpretación del valor de la escuela histórica (mejor dicho, de SAVIGNY) en función antilegislativa se manifiesta en C. SCHMITT, *Die Lage*, cit., pp. 21 y ss.

insuficientes.¹⁹ A su vez, la escuela italiana elaboró más tarde su propia personalidad y ha podido, con el correr del tiempo, ejercer, junto con la escuela alemana, singular influencia sobre los estudios de los países ibéricos y latino-americanos, que con anterioridad habían experimentado, como dijimos, el de la hermenéutica francesa, y que van ya creando su originalidad en el cuadro que bien podemos llamar de la ciencia jurídica común.

Ahora bien: precisamente en lo que hemos considerado su elemento unitario, o sea el método sistemático, la ciencia europea del Derecho atraviesa una crisis, pese a su profundidad intrínseca y a su expansión geográfica. Deberíamos, pues, hablar en la próxima lección de la crisis de la ciencia jurídica europea; lo haremos, sin embargo, de su porvenir.

II

PORVENIR DE LA CIENCIA JURIDICA EUROPEA

8) *¿Suficiencia del Derecho positivo?* El peligro mayor que en los momentos actuales se cierne sobre la ciencia jurídica europea, estriba en las numerosas instancias o lisonjas para que deje de ser fiel a su método sistemático, es decir, a sí misma como ciencia.

Para orientarse entre las numerosas tendencias de pensamiento en que se fragmenta la oposición al método sistemático, y que en su interior están con frecuencia en pugna, es necesario que el estudioso se plantee un dilema preliminar: ¿qué es lo que se pretende: criticar el actual método de la ciencia jurídica europea tan sólo en el plano científico, o bien desplazar la discusión desde el terreno científico a la pregunta acerca de si el sistema de reglas a que los juristas sistemáticos consagran su atención preferente, o sea el Derecho positivo del Estado, constituye realmente todo el Derecho; a si éste no requiere, por el contrario, integración, al no formar, en contra de lo que se ha creído durante largo tiempo, un sistema completo? Quien enuncie esta última aserción no es, en rigor, adversario efectivo del método sistemático. Con especial fuerza por parte de los juristas que sienten y piensan cristianamente, se va delineando hoy en día en Europa la tendencia a subordinar el Derecho positivo al Derecho natural; la apreciación de WINDSCHEID, válida en su tiempo, de que el

¹⁹ Exactos y objetivos los reconocimientos de DAVID, *Traité élémentaire de droit comparé*, cit., pp. 131-132.

“Derecho natural es un sueño desvanecido”,²⁰ no tendría hoy actualidad. No la tendría ni siquiera en América, donde como ha escrito la doctora ROONEY en un penetrante artículo,²¹ la cuestión del día es la de qué sea el Derecho natural, ya que el reino del positivismo jurídico ha terminado. El hecho de que el Derecho positivo, cualquiera de ellos, no resuelva todos los problemas concretos, y de que para integrarlo sea necesario acudir a las eternas enseñanzas del Derecho natural,²² no parece oponerse a la aplicación del método sistemático en el manejo de cualquier Derecho positivo. Pleno o con lagunas, el Derecho positivo no puede prescindir, en la fase adulta de desarrollo alcanzada por el pensamiento jurídico, de la reconstrucción sistemática, ya que sus vacíos no impiden que en su seno operen principios.

A mi entender, tampoco puede oponerse a la exigencia sistemática el hecho indudable de que conforme a la doctrina del Derecho natural, éste, lejos de agotarse en la integración del orden positivo deficiente, sustituya al Derecho positivo cuando por el mismo se violen las leyes de la naturaleza: ilimitado en su competencia (como antes se creía) o limitado por el Derecho natural, como se subraya ahora, el Derecho positivo necesita, para ser lógicamente entendido, estar encuadrado en forma sistemática. En otro sentido, el recurso al Derecho natural para colmar algunas “lagunas” excepcionales del Derecho positivo, no excluye que el intento de expresar la esencia lógica del propio Derecho positivo se lleve a sus límites máximos.²³ Mi opinión, pues, es la de que la reafirmada exigencia del Derecho natural, que representa, sobre todo, un acto obligatorio de la conciencia moral, no puede determinar un cambio substancial en los métodos de estudio hoy adoptados respecto de la jurisprudencia. Algún aspecto de la literatura italiana reciente, en que la doctrina del Derecho natural encuentra acogida y desenvolvimiento, no está libre de motivos de perple-

20 V. la cita del pasaje entero, en C. SCHMITT, *Die Lage*, cit., p. 14.

21 Cfr. ROONEY, en “Loyola Law Review”, vol. 5º, pp. 1 y ss. (1949). Ahorro otras citas remitiendo al lector, entre otras, a la bibliografía de la Dra. ROONEY. Recuerdo, mientras tanto, el escepticismo mostrado por HOLMES respecto del Derecho natural, en “Harvard Law Review”, vol. 32º, p. 40 (1918).

22 Así BARBERO, en “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1949, pp. 310 y ss.

23 Quisiera recordar aquí la advertencia de HÖRNLE, en “Harvard Law Review”, vol. 31º, p. 808 (1918), de que el lógico no ha impuesto nunca al jurista el fetichismo de la ley.

alidad. Hay obras de Derecho civil de conjunto, en las que el concepto del predominio del Derecho natural sobre el Derecho positivo está, *in limine*, claramente proclamado y agudamente justificado: pero desde el punto de vista práctico, no se hace casi ninguna aplicación del mismo a los problemas especiales de la disciplina, lo que, por una parte, o sea en cuanto al método, confirma lo que hace poco decía; y por otra, en cuanto a la substancia, demuestra que el Derecho positivo actual de los países de occidente no presenta casi, tras las dolorosas desviaciones de la era totalitaria, reales discrepancias respecto de las reglas del Derecho natural, que merezcan ser destacadas por los juristas.

En algunos autores, se observa una tendencia a positivizar el Derecho natural, que, a mi entender, culmina en las meritorias investigaciones de GARBAGNATI, las cuales aspiran a atribuir validez al Derecho natural a través de la Corte constitucional, a la que incumbiría competencia para aplicarlo, y que, en definitiva, subordinan el Derecho natural a una institución de estricto Derecho positivo, como lo es, sin género alguno de dudas, según mi parecer, la cosa juzgada.²⁴

9) *¿Método científico o método empírico?: ¿jurídico o sociológico?* Insisto, en todo caso: la discusión acerca de la suficiencia del Derecho estatal para regular las relaciones humanas, no puede prejuzgar, sea cual fuere su éxito, la legitimidad ni la conveniencia del método sistemático. La oposición a tal método no puede, en su caso, desenvolverse más que en el plano del *método mismo*, o sea en el de ciencia; y en este campo parecería, en efecto, que querrían situarla los partidarios de corrientes como la "jurisprudencia de los intereses" en Alemania, o como el realismo de fondo sociológico en los Estados Unidos.

Sólo que al sugerir que se proceda a la interpretación del Derecho con elementos a él extraños, mediante la apreciación autónoma del juez, esparcida en el vasto campo de los "intereses" y de los valores (inclusive de intereses y valores no considerados por el legislador), doctrinas como las ahora mencionadas acusan, por lo general, una debilidad esencial por el lado de la legitimación, o sea de su justificación constitucional. En virtud de tal poder el juez, o en términos más amplios el intérprete, ¿habría de prescindir, si no de la letra, sí de las categorías lógicas de la ley que esté aplicando, para valorar a su modo los intereses contrapuestos? La jurisprudencia, se dice, es fuente del Derecho; pero el exceso de una

24 Véase GARBAGNATI, en "Jus", 1951, pp. 431 y ss.

afirmación como la examinada estriba, tomada en su crudeza, en que se obstina en querer atribuir a la jurisprudencia una potestad de que ésta, en los países de Derecho codificado, está bien resuelta a no reconocerse investida.

Una doctrina como la de la "jurisprudencia de los intereses", quizás podría prestar algún útil servicio para comprender la conducta del juez angloamericano, en las amplias zonas en que no está vinculado al Derecho escrito; pero surgida en los países de ley escrita, ha olvidado, sencillamente, que una costumbre jurisprudencial tendiente a afirmar, si no la libertad del juez frente a la ley, sí, por lo menos, la posibilidad para el juez de rechazar la serie de las consecuencias lógicas implícitas en el texto legislativo, no existía en modo alguno. Acaso haya intentado provocar la formación de una práctica de ese género, pero sin haberlo conseguido. A su vez, los escritores pertenecientes al ambiente legal angloamericano estiman, de cuando en cuando, poder afirmar que la conciencia de los poderes del juez en la creación del Derecho está penetrando en el mundo legal de la "civil law";²⁵ pero si algunas escuelas del pensamiento, desde luego importantes, se pronuncian por la existencia de estos poderes, es igualmente cierto que los jueces no sólo no se arrogan el poder de crear Derecho, sino que rehuyen los métodos interpretativos aproximables a los de la "jurisprudencia de los intereses". Se revela agudo observador el norteamericano VON MEHREN, cuando escribe:²⁶ "El juez continental buscará siempre racionalizar los resultados de la decisión en términos de aplicación del texto legal." En el halagador pero vano "vente conmigo", en la invitación a la infidelidad hacia la ley, dirigida a la magistratura pero no aceptada por ella, radica el fracaso y, permítaseme el término, lo grotesco de la jurisprudencia de los intereses.

25 Véase, por ejemplo, en POUND, *The spirit of the common law*, cit., p. 176, la alusión a un abandono de la concepción "bizantina" (o sea autoritaria) de las relaciones entre ley y juez por parte de los juristas europeos, para volver a la "doctrina más liberal" del Derecho romano clásico. Es de señalar el equívoco en que incurre POUND, *The spirit*, cit., p. 181 (véase también, pero en términos más exactos, ALLEN, *Law in the making*, cit., pp. 173-174), cuando interpreta como indicio de consolidación de la jurisprudencia como fuente del Derecho la vinculación, introducida en Francia en 1837, del juez de segundo reenvío a la sentencia de la Corte de casación.

26 VON MEHREN, en "Harvard Law Review", vol. 63º, p. 373 (1949), al ocuparse precisamente de la "jurisprudencia de los intereses" alemana.

La verdadera víctima de ésta ha sido la certeza de la ley como garantía de libertad: bien conocida la vinculación entre la jurisprudencia de los intereses y el pensamiento totalitario del nacionalsocialismo, de ella fué madrina de boda la "concepción del ordenamiento concreto", propugnada por Carl SCHMITT. Y como recuerda asimismo VON MEHREN, "ciertas doctrinas basilares de la jurisprudencia de intereses han sido adaptadas a los requisitos de la teoría marxista en la Alemania oriental".²⁷

A diferencia de los partidarios de las modernas tendencias aquí examinadas, considero que la jurisprudencia puede *de hecho* ejercer una eficacia creadora en el acto mismo de remontarse a los principios de la ley, para establecer así el espíritu de la misma, venciendo con frecuencia a su letra; para dilatar su significado y facilitar su desenvolvimiento. Pero tengo serias dudas en cuanto a la conveniencia (aun prescindiendo de la legitimidad) de que la jurisprudencia se atribuya abiertamente semejante potestad creadora.

El mismo razonamiento creo que debo hacer a propósito de la ciencia del Derecho. Tampoco ésta "crea" el Derecho o es su fuente, ni debe auspiciarse que lo sea o se convierta en él, como parece que quiere augurar Carl SCHMITT.²⁸ Los científicos del Derecho han ejercido la eficacia más intensa (de hecho "creativo") sobre la formación del Derecho, no cuando han pretendido reemplazar a la ley o apreciar "intereses", sino cuando han atendido a la difícil, docta y técnica obra de interpretación sistemática de la ley.

Respecto de la jurisprudencia de los intereses, acontece otro hecho paradójico: el de que reconociendo esta escuela, a regañadientes, la eficacia de la ley escrita tan sólo respecto de lo que en ella se encuentra literalmente

27 En la *rev. cit.*, p. 372, con referencia a los escritos de SUCH.

28 *Die Lage*, cit., especialmente p. 23 (donde reconstruye el pensamiento de SAVIGNY) y p. 25. En la p. 7 de la breve obra, se dirige a la ciencia jurídica europea de este siglo el reproche de que, partiendo del punto de vista de la "mera validez formal", o sea de la aplicación del Derecho positivo, haya reducido a términos de Derecho nacional "el llamado Derecho internacional privado". Semejante crítica parece tener toda la apariencia de una posición preconcebida. En presencia de normas preestablecidas en los códigos o incluidas en éstos o en otras leyes, que contengan la regulación de las situaciones de hecho que caigan dentro del concepto de Derecho internacional "privado" (como es natural, desde el punto de vista y en el ámbito del Derecho del Estado), no se comprende cuál podría ser la actitud de la ciencia, sino la de considerar tales disposiciones en su efectiva naturaleza, de normas de Derecho interno.

dispuesto, y rechazando las consecuencias lógicas conceptuales del texto, viene en definitiva a someter la ley escrita al mismo canon de la interpretación restrictiva y literal a que quedan sujetos los "statutes" según la opinión dominante en los ambientes de "common law",²⁹ pero sin las razones que en dicho ordenamiento, predominantemente no escrito, pueden de manera obvia apoyar el susodicho canon.

Las consideraciones precedentes podrán parecer un escrito de acusación contra la jurisprudencia de los intereses. No sería mi primer pecado en la materia,³⁰ y mis oyentes se dan perfecta cuenta de que las discusiones científicas no se hacen con cumplidos ni pretendiendo conciliarlo todo. No sé interpretar el movimiento de la jurisprudencia de los intereses en las varias manifestaciones en que se ha presentado, sino como una expresión puramente negativa, quizás de estancamiento de la admirable y formidable escuela alemana tras el esfuerzo científico a que se sometió en el transcurso de todo el siglo pasado y que, por lo demás, ha proseguido también en éste, con apreciables resultados. Por otra parte, no puedo tampoco olvidar u omitir que la "jurisprudencia de los intereses" es responsable de muchas críticas injustas contra el método sistemático (o "jurisprudencia de los conceptos", como ha sido llamado, de acuerdo, por lo demás, con la caracterización del mismo hecha por HIERING): y al hablar de "método sistemático", aludo al método en sí y a sus aplicaciones. Tómese como ejemplo el reciente libro de BOEHMER. Este autor, por lo demás culto y respetable, tiene, al menos, el mérito de descender a lo concreto, de formular, por tanto, cargos precisos a la sistemática en relación con el erróneo planteamiento y solución que ella habría provocado en orden a cuestiones definidas de Derecho privado.³¹ Veámoslos. Son esencialmente dos problemas: el de la adjudicación privativa de deuda, y el de la dación en pago. Cualquiera preguntará: ¿pero por qué estas dos instituciones han sido precisamente escogidas como ejemplo de los estragos

29 Esta opinión ha sido, sin embargo, recientemente criticada y con vigor: véase el artículo de FORDHAM y LEACH en la "Vanderbilt Law Review", vol. 3º, pp. 638 y ss.; POUND, en la "Harvard Law Review", vol. 21º, p. 402 (1908), sostuvo que el canon de que se habla en el texto, se formó en Norteamérica, mientras que le era desconocido a la "common law" inglesa; véase, sin embargo, FORDHAM y LEACH, *ob. cit.*, pp. 440-441.

30 Cfr. los cits. "Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti", I, pp. 451-456.

31 Léase BOEHMER, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung* (Tübingen, 1951), I (2), pp. 75 y ss.

que habría producido la adopción del método conceptual? La razón es muy personal: la de que ambas instituciones fueron objeto de dos anteriores monografías de nuestro autor:

a) Acerca de la *adjudicación privativa de deuda*, WINDSCHEID habría incurrido en el error de construir su figura en régimen de paralelismo excesivo con la cesión de créditos, sin tener en cuenta que crédito y deuda son cosas bien distintas, hasta el punto de que hablar de cesión de deuda no tiene ningún significado aceptable. BOEHMER ilustra las consecuencias inadmisibles de este error en cuanto a la resolución de cuestiones prácticas. Las observaciones de BOEHMER tienen cierta fuerza; pero ¿por qué poner la cerebral e insatisfactoria concepción de WINDSCHEID en la cuenta de la jurisprudencia sistemática? La confusión o la indebida equiparación entre dos nociones tan opuestas como las de crédito y deuda, ¿deriva precisamente de la adopción del método sistemático? Entiendo que no.

b) Pasemos ahora a la *dación en pago*. Aquí la censura de BOEHMER se dirige contra el código civil alemán, que equiparó la situación jurídica del dador *in solutum* y la de un vendedor, con la correspondiente responsabilidad en cuanto a los defectos de la cosa,³² sin tener en cuenta las hipótesis en que la dación *in solutum* se produzca respecto de una deuda asumida originariamente a título gratuito. Desde el punto de vista práctico, la cuestión no parece de gran importancia, y además, tampoco en este caso se comprende por qué el error de perspectiva, llamémosle así, del legislador alemán deba justamente atribuirse al pensamiento sistemático.

BOEHMER³³ muestra también desdén por las controversias teóricas, disputadas en gran número en los libros de la jurisprudencia conceptual, acerca de la naturaleza jurídica y de ciertas calificaciones generales de las instituciones de Derecho privado, discutidas con fervor por los juristas sistemáticos. Al profano, tales cuestiones pueden parecerle, desde luego, académicas, incluso frívolas, sin "asidero" en las relaciones legales concretas. Pero ¿por qué el competente habría de obtener la misma impresión? De la orientación que se asuma respecto de la mayoría de los problemas de calificación recordados por nuestro autor, depende la solución de bien concretas cuestiones de la jurisprudencia práctica. Pensemos en el problema de la personalidad jurídica de las sociedades de personas: en

32 Véase el § 365 del Cód. civ. alemán, recordado por BOEHMER.

33 P. 82.

Italia ha sido objeto de una vasta literatura,³⁴ pero también en el campo de la jurisprudencia las consecuencias no han tardado en dejarse sentir.

En resumen: las censuras de principio que la "jurisprudencia de los intereses" dirige a la "jurisprudencia de los conceptos", no parecen lógicamente acertadas (pero ¿cabe esperar eficacia de razonamiento, incluso polémico, por parte de quien propugna la renuncia a la Lógica como sistema?) Pueden, eso sí, tener el valor de advertencia contra exageraciones particulares del método sistemático, contra planteamientos académicos e infructuosos de problemas: en la crítica de tales desviaciones y aberraciones, todos los juristas estamos acordes con lo que escribe HOLMES: "Debemos pensar cosas y no palabras... , traducir constantemente nuestras palabras en los hechos, en lugar de los cuales son proferidas, si queremos atenernos a la realidad y a la verdad."³⁵

En oposición menos directa que con la "jurisprudencia de los intereses" estimo que se encuentra el método sistemático con la tendencia, característica de los estudios norteamericanos, hacia el "realismo" jurídico, o sea el injerto de los estudios sociológicos sobre el viejo tronco de la ciencia jurídica. Esta dirección, al subrayar la importancia de la observación experimental y de la síntesis estadística respecto de los fenómenos conexos con la vida del Derecho (viene a la mente el "Derecho viviente" de EHRlich), me parece útil y fecunda. Pero es preciso que estos estudios de Sociología jurídica y a veces de Psicología no se confundan con la ciencia del Derecho. Cuando TIMASHEFF,³⁶ refiere los experimentos de PIAGET y CARUSO sobre el desenvolvimiento de los impulsos retributivos en el niño, todos aplaudirán tales investigaciones, pero a condición de diferenciarlas de la ciencia jurídica, y no se podrá por menos de darle la razón a KANTOROWICZ,³⁷ cuando deplora que el "realismo jurídico" pierda de vista la distinción entre las ciencias naturales y las morales. Ello permite asimismo preguntarse si no se ha precipitado ALLEN, cuando reprocha a KELSEN de abatir una puerta abierta con su insistente diferenciación

34 Véase últimamente y en forma resumida, F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società* (Milán, 1952), pp. 131 y ss. Para amplias referencias de jurisprudencia italiana, véanse las notas de la redacción, en "Giurisprudenza Italiana", 1951, I, 1, cols. 127, 401, 721; 1952, I, 1, col. 387.

35 Cfr. HOLMES, en "Harvard Law Review", vol. 12º (1899), p. 443; véase también GOBLE, en "Columbia Law Review", vol. 23º, pp. 546-547 (1935).

36 En el "American Journal of Sociology", vol. 43º, p. 225 (1937).

37 En el "Yale Journal Law", vol. 43º, p. 1240 (1934).

entre el punto de vista jurídico y el metajurídico.³⁸ Estos dos puntos de vista se hallan superpuestos no raras veces, ni inocuamente.

Por lo demás, los fáciles ataques a la Lógica formal son frecuentes en la literatura jurídica angloamericana, pero sin que la escuela o la teoría pretendan hacer a manera de la "jurisprudencia de los intereses" alemana. La posición "antilógica" se vincula voluntariamente a HOLMES y, como es natural, se cita y se recita un poco por todos la famosa advertencia de este gran juez y escritor de que "la vida del Derecho no ha sido Lógica, sino experiencia":³⁹ obsérvese el empleo del pretérito. La admiración por HOLMES alcanza un particular diapasón por parte de FRANK, para quien la aparición de HOLMES señalaría el paso a una jurisprudencia "copernicana" y no "euclidiana".⁴⁰ Si se permite a un admirado observador europeo expresar su apreciación, desde luego desprovista de autoridad, HOLMES aparece como un analítico exquisito y genial, como un humanista, un historiador y un estadista sensible y refinado: pero su figura no debiera obscurecer la de algunos grandes juristas sistemáticos que honran la tradición cultural de los países de "common law" y que ejercieron sobre el desenvolvimiento del Derecho una influencia inigualada, comenzando por COKE y BLACKSTONE, pero no sin recordar, desde el punto de vista, sobre todo, de la eficacia poseída, aunque en un plano de menor fama, al norteamericano STORY, quien tras la separación de las antiguas colonias respecto de la Gran Bretaña, supo realizar la re inserción de los principios de "equity" en su gran obra sistemática, dedicada precisamente a la misma.⁴¹

Por otra parte, la más o menos reciente doctrina norteamericana elogia no pocas sólidas defensas del método sistemático, es decir, racional, en la interpretación y exposición del Derecho: bien cuando DEWEY objeta a HOLMES que la Lógica del silogismo, contra la que éste se alza, no es toda la Lógica, o cuando MORRIS COHEN recuerda el amplio desenvolvimiento de las doctrinas sistemáticas en la jurisprudencia norteamericana

38 Cfr. ALLEN, *Law in the making*, cit., p. 50.

39 *The Common Law* (Boston, 1951), p. 1.

40 Cfr. J. FRANK, *Law and the modern mind* (New York, 1935), pp. 253 y ss.; "Cornell Law Review", vol. 17º, p. 568 (1932). HOLMES tendría el mérito de haber sido el primero en entender que los derechos y los deberes no derivan de las normas legales.

41 Cfr. a este propósito la reciente alusión de POUND, en el "American Journal of Comparative Law", vol. 1º, pp. 2-3 (1952).

de fines del XVIII y comienzos del XIX y muestra la insuficiencia de instrumentos distintos de la Lógica (como el buen sentido, la experiencia y otros semejantes) para resolver las cuestiones técnicas del Derecho, o cuando, en fin, ADLER confirma esta última observación y define la crítica a la Lógica formal como ataque a un fantoche construído adrede y objeto a FRANK, quien reputa incompatible la Lógica formal y la evolución de la ley, que no ha de confundirse la "law in action" con la "law in discourse".⁴²

10) *Función de la ciencia jurídica en la unificación internacional del Derecho.* Toda esta premisa polémica, que se ha hecho luego más larga que una simple premisa, me ha parecido necesaria a fin de establecer que la ciencia del Derecho no tiene necesidad, para afrontar las tareas que le aguardan, de renegar de sí misma, siguiendo el halago de los pretendidos nuevos métodos.⁴³ Tendrá, eso sí, que renovarse, pero en su interior, mediante el progreso del propio método sistemático y mediante la adquisición por éste de una mayor experiencia. La naturaleza misma de la tarea que la ciencia jurídica europea esté llamada a cumplir en el futuro próximo, me parece que determinará el sentido en el que haya de orientarse el pronosticado desenvolvimiento.

Pienso que este porvenir, no ciertamente inmediato, pero no por ello menos cierto, consistirá en retornar a la unidad del Derecho en un plano mundial, en la formación de un nuevo Derecho común: en cumplimiento de un ritmo alternativo, dialéctico, de unificación, descomposición y reunificación, que es ritmo de historia y de vida, el cual nos ha obsequiado ya dos veces con el donativo de la unidad del Derecho en el mundo civilizado: la primera vez con el Derecho romano imperial, y después de nuevo con el resurgimiento de aquél en la madurez de la Edad Media. Hace dos

⁴² Léase DEWEY, en la "Cornell Law Review", vol. 10º, p. 17 (1924); M. COHEN, en la "Harvard Law Review", vol. 29º, p. 622 (1916); ADLER, en la "Columbia Law Review", vol. 31º, p. 91 (1931). Creo oportuno recordar aquí también el ponderado juicio de SERENI, contrario a la contaminación de los puntos de vista: "Aun cuando el estudio del Derecho como institución social sea tema importante, pertenece al campo de las ciencias sociales más bien que al *curriculum* de una escuela de Derecho, puesto que trata el Derecho como aspecto del comportamiento social": "Harvard Law Review", vol. 64º, p. 776 (1951).

⁴³ Insisto en este concepto: que la ciencia jurídica debe permanecer igual a sí misma "como disciplina interpretativa y clasificadora" ("*Scritti giuridici in onore di Carnelutti*", cit., I, p. 464). E insisto incluso después de las corteses objeciones de R. ORESTANO, en "*Rivista italiana di scienze giuridiche*", 1950, p. 177.

años escribí: “la unidad jurídica del mundo civilizado quedó fragmentada con el abandono del Derecho romano como ley común de los pueblos civilizados; pero podría reconstruirse merced a una ciencia realmente universal, a una verdadera jurisprudencia integral”.⁴⁴ Ese pensamiento va a ser ahora rectificado y puntualizado. Estimo hoy día que el impulso hacia la formación de un Derecho unitario de los países civilizados marcha por buen camino, entre numerosos obstáculos, y que la ciencia jurídica debe, sencillamente, darle escolta y facilitarlos.

La unificación del Derecho es compañera, en el mundo moderno, de la unificación de la costumbre, de la incesante uniformidad de la vida bajo diversos cielos, en países hasta ayer remotos, pero hoy en día aproximados por la creciente facilidad de las comunicaciones y por la universal participación de las ideas. Hablo, como es natural, de la parte del mundo en que todo ello es libremente posible, y debo forzosamente prescindir de posibles o temibles catástrofes políticas, que tengan como consecuencia detener ese ritmo de vida, destruyendo sus premisas.

Pues bien: ¿qué síntomas concretos me permiten descubrir el indicado proceso de unificación en acto y en movimiento? Me autorizan a ello de manera especial los esfuerzos de los Estados, apoyados por la opinión de los juristas o de las categorías interesadas, y con frecuencia coronadas por convenciones, para adoptar legislaciones uniformes en numerosos campos del Derecho privado; la actividad de comisiones y entidades internacionales a ello adscritas y, como más importante entre todas, el Instituto para la Unificación del Derecho Privado, con sede en Roma; el creciente interés de los ambientes culturales del Derecho por los estudios comparativos.

No se me ocultan, como es natural, los obstáculos. Cuando se me ocurre pasar revista a las instituciones de Derecho privado (prescindiendo del Derecho público, sujeto a las cambiantes influencias de la opinión política), me quedo a veces pensativo en presencia de las profundas diferencias, hasta el punto de parecer insalvables, entre mentalidades y conductas de las diversas naciones en relación con problemas no secundarios de la vida. Países con y sin divorcio; países en los cuales las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se inspiran en el concepto de la separación de bienes y países que adoptan el complicado sistema de la

44 En los cits. “Scritti giuridici in onore di Carnelutti”, I, p. 468.

comunidad de bienes;⁴⁵ países que limitan la cuota disponible y países de plena libertad testamentaria: nos encontramos frente a concepciones de la vida que parecen pertenecer a eras diversas. ¿Y qué decir de instituciones como la contribución de los *plures concubentes* al sostenimiento del presunto hijo, en los Derechos danés y noruego, donde los criterios de moralidad, en otras partes más obvios y admitidos, parecen borrarse;⁴⁶ o como, en el Derecho sueco, la perfecta equiparación del padre y de la madre en el ejercicio de la patria potestad, sin que la autoridad judicial pueda intervenir para la elección entre decisiones discrepantes,⁴⁷ en donde, según el criterio dominante en otros países, la familia parecería disolverse irremisiblemente?

Los ejemplos han sido sacados del Derecho de familia y de las sucesiones, y viene a la mente el pensamiento de BRYCE: "Cuanto más se conecta una rama del Derecho con la esfera de los intereses económicos, tanto más tienden las normas que pertenecen a dicha parte del ordenamiento a uniformarse en todos los países, porque en el campo del interés económico, razón y ciencia tienen libre juego. Pero cuanto más penetra en el Derecho la pasión humana, como en las relaciones entre cónyuges, o entre padres e hijos, o en la posición de libertad del individuo frente al Estado, tanto más probable resulta en tales sectores del Derecho la persistencia de las divergencias existentes entre los Derechos de los diversos países e incluso la delineación de nuevas divergencias."⁴⁸ Ello no debe, por otra parte, hacernos olvidar que incluso en el Derecho del tráfico la unificación deviene a veces difícil, por la tenacidad de ciertas tradiciones nacionales: así, factores diversos han hecho que la unificación del Derecho cambiario no haya podido extenderse a los países de Derecho anglosajón.

45 En cuanto a la introducción de este régimen, de origen franco-español, en los Estados norteamericanos del Sur y del Oeste, léase a KIRKWOOD, en "Selected essays on family law" (Brooklyn, 1950), pp. 514 y ss., así como el cap. IV (p. 70), de DE FUNIAK, *Principles of community property* (Chicago, 1943), I; acerca del régimen particular del Estado de Luisiana, cfr. el vol. de la sra. DAGGETT, *The Community Property System of Louisiana* (Baton Rouge, 1945).

46 Véase la crítica del sueco Folke SCHMIDT, en la antología *Einführung in das schwedische Rechtsleben* (Lund, 1950), pp. 144 y ss.

47 Véase de nuevo F. SCHMIDT, *ob. cit.*, pp. 134 y ss.

48 Véase BRYCE en los "Select essays in Anglo-american history" (Boston, 1907), I, pp. 620 y ss.

Mi pensamiento no es, sin embargo, que la "unificación del Derecho" vaya a significar, ni siquiera en un futuro no próximo, supresión de toda diferencia. La fórmula a alcanzar es más bien la del Derecho común, que no la de la unificación mecánica y total. Así funcionó ya el Derecho romano imperial en relación con los Derechos provinciales, acerca de los cuales las recientes investigaciones han llamado tan poderosamente la atención; asimismo, el Derecho romano modernizado de la Edad Media y de la Edad Moderna, en relación con las leyes y costumbres particulares de las naciones que lo adoptaron;⁴⁹ y análogamente se comporta también hoy la "common law" respecto del Derecho escrito de los varios países en que rige. Como es natural, el Derecho común del porvenir, si se llega a él, será Derecho codificado, tal como la vocación de nuestro tiempo lo requiere, y en su formulación la ciencia tendrá, desde luego, una gran parte.

11) *Tendencias codificadoras en el Derecho angloamericano.* He querido reservar para el final la referencia al síntoma que juzgo más elocuente dentro de la señalada orientación hacia la unidad mundial del Derecho. Creo individuar ese síntoma en la tendencia que se manifiesta en el seno del Derecho angloamericano hacia la modernización y la codificación del ordenamiento vigente.⁵⁰ Un destacadísimo magistrado escocés, COOPER, tras haber puesto de relieve que es cuestión importante para cualquier jurista de hoy la de saber cuál de los dos sistemas domi-

49 Acerca de la diversa relación entre el Derecho común, por un lado, y las leyes y costumbres, por otro, en las diversas fases históricas, me remito de nuevo a CALASSO, en "Archivio giuridico", 1934, pp. 19 y ss. del sobretiro, y en "Studi in onore di Besta", cit., II, pp. 485 y ss., 499 y ss.

a) Un fenómeno en cierto modo semejante al que el autor refiere en el texto, se produjo asimismo en la aplicación de la Legislación de Indias en los diferentes virreinos y capitanías generales de la América española, según están poniendo de relieve los investigadores del Derecho indiano. (*Nota del traductor.*)

50 La tendencia codificadora de los Estados Unidos culmina en FIELD, de quien ha quedado como memorable la polémica con CARTER en defensa de dicha tendencia [FIELD, en la "American Law Review", vol. 20º, pp. 1 y ss. (1886), y vol. 24º, pp. 255 y ss. (1890); CARTER, ibidem, vol. 24º, pp. 1 ss. (1890), y "Reports Am. Bar Association" (1890), pp. 217 y ss.]. GRAY, *The nature and sources of the law* (New York, 1927), p. 233, atribuye a CARTER el mérito de haber evitado al Estado de Nueva York la adopción del código civil preparado por FIELD. Pero desde un distinto punto de vista, FIELD debe aparecer como un valiente precursor.

nará el futuro, si el de la "common law" o el de la "civil law", se pregunta: "¿Es tradición extinguida la de la 'civil law'?" La respuesta es perentoria: "Mi opinión es que el mundo futuro estará regido en medida creciente por los códigos, redactados y aplicados según los criterios racionalistas de la "civil law"; llegará un día en que la posteridad contemple el gran experimento de la "common law" como una brillante improvisación, que antes de cumplir su jornada fué útil en algo y que después ha sido colocada en un nicho honroso en el Walhalla de los expedientes de gobierno."⁵¹

Acaso las palabras transcritas sean demasiado severas. Al observador extranjero, la "common law" ofrece la impresión de un monumento insigne del pensamiento legal, animado por verdadera genialidad creadora, más que el de simple prontitud improvisadora. Sin embargo, cuanto hemos referido tiene pleno valor de testimonio en torno a la vocación legislativa y codificadora que en la actualidad se afirma incluso en los países de "common law", aunque, desde luego, más en los Estados Unidos que en Inglaterra (es notable que COOPER haga destacar, en parte, esta tendencia hacia la acentuación publicista del ordenamiento jurídico). En apoyo de su opinión por lo que concierne a los Estados Unidos, COOPER cita asimismo los "restatements", con los cuales se ha encauzado, en forma hasta ahora privada, a cargo del "American Law Institute" la obra de la codificación.⁵² Podría haber citado también las leyes uniformes, pro-

51 COOPER, en "Harvard Law Review", vol. 63º, p. 474 (1950).

52 Véase COOPER, *ob cit.*, p. 472; bibliografía varia, en SHARTEL, *Our legal system and how it operates* (Ann Arbor, 1951), p. 397, en nota. Los "restatements" comprenden las siguientes ramas del Derecho: *agency, conflicts of law, contracts, judgments, property, restitution, security, torts, trusts*. W. D. LEWIS, que como Director del "American Law Institute" ha contribuido en forma intensa a la preparación de los "restatements", escribe que el "restatement" tiende a promover la unidad del Derecho en forma similar a un código: "Nebraska Law Review", vol. 25º, p. 216 (1946). El artículo de LEWIS lleva por título *The first restatement of law and how we did it*. Es sumamente importante desde el punto de vista metodológico el docto estudio de FRANKLIN, *The historic function of the American Law Institute: restatement as transitional to codification*, en la "Harvard Law Review", vol. 47º, pp. 1367 y ss. (1934), cuyo título muestra claramente el pensamiento del autor, FRANKLIN (especialmente en las pp. 1387 y ss.) juzga los "restatements" inferiores a los códigos europeos, a causa de su menos sistemático ordenamiento de conceptos. Acerca de los "restatements", véase últimamente también SERENI, en "Rivista italiana per le scienze giuridiche" (1950), pp. 123 y ss.

b) Acerca del "American Law Institute" y de sus *restatements*, véanse en la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núm. 37 (enero-marzo de 1948),

puestas para su adopción a todos los Estados de la Unión y, en parte, ya entradas en vigor en un creciente número de ellos.

Es característico del moderno pensamiento racional, mejor dicho: fatal en el ámbito suyo, incluso en los países de "common law", un movimiento de revisión del proceso que ha precedido a la formación de la "common law". Y mientras ese proceso fué, históricamente, del todo normal y fecundo, es también perfectamente comprensible que mirado con los ojos de hoy aparezca desprovisto de justificación plausible. ¿Cómo explicar la eficacia del "precedente" jurisprudencial? Aun considerando como una cínica salida de tono la explicación de Lord ELLENBOROUGH⁵³ de que "si estas reglas de Derecho hubiesen de ser cambiadas, los juristas que se encuentran bien provistos de ellas caerían al mismo nivel del hombre corriente, desprovisto de las mismas", la explicación tradicional que se solía dar de la obligatoriedad de los precedentes, descubriendo su fundamento en la tutela de la igualdad entre ciudadanos, ofendida cuando en juicios diversos fuesen objeto de trato opuesto, se admite ahora que pierde eficacia con el transcurso de un cierto tiempo, es decir, cuando cesada la simultaneidad de los procesos, la desigualdad no sea ya flagrante.⁵⁴ Por otra parte, entendido con excesivo rigor el principio del carácter vinculativo de los precedentes, no se sabe qué quedaría de la "flexibilidad" de la "common law". También acerca de este tan importante tema COOPER es drástico en sus propios juicios, y escribe que "la elogiada flexibilidad de la "common law" formaba, ya en el pasado, una triste figura en comparación con los códigos europeos".⁵⁵ Esta afirmación se podría profundizar y documentar de varios modos, y arribaríamos probablemente a la conclusión de que la ley escrita ha asumido modernamente en los países de Derecho anglosajón la tarea de transformación del Derecho, que en otros tiempos venía siendo desempeñada por las cortes de equity; mejor dicho, una tarea aún más vasta.

pp. 283-290, el artículo de William Draper Lewis, *La obra del Instituto Norteamericano de Derecho* (traducción nuestra de la versión francesa publicada en el "Bulletin Trimestriel de la Société de Législation Comparée", julio-diciembre de 1946, pp. 202-211), y la nota introductiva que le pusimos, coincidente con los puntos de vista que sustenta Allorio. (Nota del traductor.)

53 Citado por J. FRANK, *Courts on trial* (Princeton, 1949), p. 271.

54 Cfr. de nuevo FRANK, *ob. cit.*, pp. 267-269, que se refiere a WIGMORE.

55 Cfr. "Harvard Law Review", vol. 63º, p. 474 (1950).

Quien tenga presente la esencial función desempeñada por los tribunales de equity en el desenvolvimiento del Derecho angloamericano, función tanto más libre cuanto que estaban poco o nada vinculados al precedente, no dejará de darse cuenta de cómo se ha convertido en fundamental la tarea del legislador en el cuadro de dichos ordenamientos.

En relación con un sistema de líneas anticuadas, obstruído por soluciones intolerables en los tiempos modernos, como lo era todavía la "common law" a comienzos del siglo XIX, el conjunto de reformas introducidas por vía legislativa, tanto en Gran Bretaña como en Estados Unidos, no resulta ciertamente menos significativo que el llevado a cabo por medio de la equity en siglos anteriores.

Jamás habría podido la jurisprudencia efectuar, como lo ha hecho la ley escrita, la emancipación de la mujer casada, cuya personalidad patrimonial (no sólo la capacidad de obrar) aparecía hace poco más de cien años todavía fundida e incorporada a la del marido. Sólo un meditado esfuerzo legislativo podía renovar profundamente, como ha sucedido en Gran Bretaña, el régimen privatista de la propiedad territorial, mediante esas leyes de 1925 que suscitan la merecida admiración de un jurista como LAWSON,⁵⁶ y que, entre otras cosas, introducen el principio radicalmente nuevo de la sustitución del objeto (mediante enajenación y reinversión) sin necesidad de consentimiento del titular, en la mayoría de los derechos sobre cosa inmueble ajena. Otros ejemplos surgen de la lectura de la excelente obra de ALLEN. Una doctrina irracional, como la recogida en la máxima *actio personalis moritur cum persona*, de la que absurdamente se hacía derivar la denegación a los supérstites del resarcimiento del daño por la muerte de una persona, fué hecha tolerable sólo merced a una serie de derogaciones a ella aportadas mediante leyes.⁵⁷ Y únicamente la ley sobre accidentes del trabajo puso término a la despiadada jurisprudencia que excluía el resarcimiento del daño a favor del operario accidentado por negligencia de sus compañeros de trabajo, so pretexto de que aquél, al asumir el puesto, había aceptado el riesgo.⁵⁸

Dentro del mismo orden de ideas, no creo que la reforma de la *consideration*, a la que, consciente de las múltiples irracionalidades de

56 *The rational strength of the English Law* (Londres, 1951), pp. 75 y ss.

57 Cfr. ALLEN, *Law in the making*, cit., p. 281, con referencia a POLLOCK.

58 Véase ALLEN, *ibidem*, p. 282.

la institución aspira el mundo legal angloamericano, pueda realizarse más que mediante ley.^{59 60}

12) *La unidad de la ciencia del Derecho como presupuesto para la futura unidad del Derecho.* Llegado a este punto, a la convicción adquirida de la tendencia del Derecho hacia la reunificación, puedo sentar la conclusión de que a la ciencia del Derecho incumbe precisamente la tarea

59 De la reforma de la *consideration* se ocupan los dos buenos artículos de HAYS y de LLEWELLYN en "Columbia Law Review", vol. 41º, pp. 849 y ss. y 863 y ss. Una clara síntesis de principios críticos sobre la *consideration* anglosajona se hallará en BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico* (Torino, 1950), pp. 170 y ss., en nota.

60 Parece como si POUND, *The spirit of the common law*, cit., pp. 185 y ss., quisiera distribuir en partes iguales entre legislación y jurisprudencia el mérito de algunos de los más importantes cambios jurídicos en la reciente evolución; pero estimo que el análisis de los ejemplos por él aducidos no corrobora del todo tal aserción. Recuerda, ante todo, la afirmación de los límites sociales de la propiedad por obra de la jurisprudencia, especialmente por cuanto atañe al uso de las aguas colativas y superficiales. Pero mientras que en la jurisprudencia norteamericana falta la elaboración de un principio general, represivo del abuso de los derechos, como el enunciado en el código civil italiano (art. 833), la jurisprudencia inglesa ha excluído expresamente toda tutela contra el abuso de la propiedad, en la sentencia *Mayor of Bradford v. Pickles* (1895), A. C. 587, acerca de la cual véase TIFFANY, *The law of property* (3a. ed., Chicago, 1939, III, § 747, p. 179), el cual hace hincapié en el concepto de la "malicious interference" (que, sin embargo, no se encuentra desenvuelto fuera de ese caso particular).

Son notables los ejemplos, que POUND cita inmediatamente después, de intervención de la jurisprudencia para limitar la libertad contractual en el campo de los seguros, de las "security companies" (sociedades de fianzas) y de las empresas que asumen servicios públicos: sin embargo, cualquiera ve que se trata de instituciones conexas con la moderna técnica de los negocios, respecto de los cuales la *case law* ha podido libremente, al no estar vinculada por precedentes, establecer las reglas que ha creído más convenientes, mientras que la legislación se ha encontrado en condiciones de ejercitar, con sus intervenciones, una eficacia harto más profunda, renovando *funditus*, y respecto de situaciones contractuales ya conocidas y practicadas (como los contratos de trabajo), una regulación que podía parecer consolidada.

POUND admite que la tendencia a contener, en algunos de los casos por él citados, el poder de disponer de la propiedad; la de limitar la garantía del crédito, atemperándola con el derecho del deudor a la vida, y, en fin, la directiva para restringir los derechos naturales de los progenitores respecto de los hijos, han sido llevadas a cabo principalmente por las leyes.

Considero, por tanto, que en la enumeración de POUND la atención debe, sobre todo, concentrarse (aparte los problemas por él recordados de las aguas co-

de preparar tal unificación. No puede ulteriormente presentarse como ciencia de Derechos particulares, sino que debe mostrarse como jurisprudencia general.

No se trata, propiamente, de desenvolver los estudios de Derecho comparado; o mejor dicho, no se trata de ello tan sólo. Estamos acostumbrados a considerar el Derecho comparado como materia de información y de erudición. Entendido de esa manera, el Derecho comparado no puede servir más que de preparación a la jurisprudencia general que estoy esbozando y cuyas tremendas dificultades no se me ocultan: porque esta jurisprudencia general, que se nutre de las experiencias no sólo de una multiplicidad de países, sino de los tiempos más diversos, habría de proponerse (siempre según mi entender) no tanto cotejar todas esas experiencias, cuanto construirlas desde su interior, conforme a un común denominador.

En la última lección examinaré hasta qué punto ello sea legítimo y resulte posible, y de qué modo.

III

TAREA DE LA CIENCIA JURIDICA EUROPEA EN EL ESTUDIO DE ORDENAMIENTOS HISTORICA O ESPACIALMENTE REMOTOS

13) *Unidad del problema relativo al método de estudio de los Derechos antiguos y de los Derechos extranjeros.* Hablaré hoy más brevemente. Las cosas que he de decir tienen, en el fondo, simple valor de

rrientes y de la caza) en el tema del acto ilícito (*torts*), respecto del cual la actividad innovadora de la jurisprudencia práctica (casos de responsabilidad objetiva: responsabilidad de la Administración pública) resulta realmente relevante (en esta materia de *torts* ha sido también considerable la elaboración de doctrinas generales por parte de los teóricos: léase M. COHEN, en "Harvard Law Review", vol. 29º, pp. 624-625, 1916; notable asimismo la aportación de la jurisprudencia inglesa: cfr. LAWSON, *The rational strength*, cit., pp. 109 y ss.); pero no estará de más recordar que el terreno de la responsabilidad civil ha sido igualmente uno de los más fecundos para la jurisprudencia de los países continentales.

En conjunto, estimo que la actividad legislativa posee, en el estado actual de la situación en los países de "common law", y por tanto, después de la reabsorción de la *equity* por la *law* (fenómeno que me parece ha sido poco observado a estos particulares efectos), una eficacia para la renovación del Derecho harto mayor que la actividad jurisprudencial.

corolario respecto de las cosas ya dichas. Puse de relieve que el Derecho se dirige hacia la unidad dentro de un plano mundial; añadí que la ciencia jurídica debe acompañar ese movimiento y facilitar tal resultado, acentuando el carácter propio de jurisprudencia general encaminada, no a la esporádica comparación de los diversos ordenamientos, sino a su construcción unitaria y sistemática. Se trata ahora de aclarar la legitimidad de este proceder, cuya adopción auspicio, puesto que puede delinearse una doble incertidumbre:

a) la de si es correcta, desde el punto de vista del método, la exposición y la interpretación de varios ordenamientos sobre una base común, o sea partiendo de conceptos comunes;

b) la de si el sistema de ideas generales a utilizar en el encuadramiento y para la inteligencia de esos dispares ordenamientos, haya de ser precisamente el elaborado y ofrecido por la ciencia jurídica europea, y por qué causas.

Pero planteada así la cuestión, ella recuerda la análoga debatida en orden al método de estudio de los Derechos del pasado; me sorprende, mejor dicho, que no hayan sido con mayor frecuencia aproximadas (acaso el acercamiento más lúcido es el que encuentro en el inglés ALLEN, cuyas palabras recordaré más adelante).

Bien miradas las cosas, resuelta en sentido afirmativo la primera incertidumbre, la respuesta a la segunda duda ha de ser también afirmativa. Admitido, pues, que un ordenamiento jurídico pueda ser tratado e interpretado según criterios sistemáticos no elaborados en el seno de dicho ordenamiento, no elegidos, en suma, por parte de los legisladores, de los jueces y de los escritores que pertenezcan al ambiente geohistórico en que el ordenamiento esté localizado, se desprende que esos criterios no indígenas no deban y no puedan ser sino los aportados por una escuela jurídica más desarrollada (de propósito no digo: progresiva), cosa que cabe afirmar de la escuela legal europea respecto del Derecho romano o del antiguo Derecho germánico, o de otro sistema jurídico pretérito, pero que se puede sostener también de la escuela jurídica europea respecto del Derecho angloamericano. Más aún: el problema no puede surgir, y no tiene sentido, sino en cuanto, en un determinado momento, el pensamiento jurídico adulto y que haya alcanzado la perfección racional de una determinada escuela, afronte el análisis de ordenamientos histórica o espacialmente remotos, ávido de una nueva experiencia. Inicia y conduce ese estudio con los propios criterios, desconocidos de la escuela

autóctona del ordenamiento estudiado. Surge entonces la pregunta de si el procedimiento adoptado, conscientemente antihistórico, sea legítimo. Lo contrario no es imaginable: la hipótesis de que alguien pueda intentar reconstruir el Derecho moderno con la dogmática de los juristas romanos es tan absurda, que hace sonreír (pero si es absurda la hipótesis de una reconstrucción intencional, no es menos cierto que las categorías dogmáticas originarias del Derecho romano han pesado a veces dañosamente en la interpretación del Derecho moderno, falscando su significado y obstaculizando indirectamente su desenvolvimiento). Mas tampoco resulta que se haya intentado la interpretación del Derecho continental europeo según las categorías dogmáticas propias de la "common law".

El problema queda así circunscrito y aclarado: la solución parece que no puede ser otra sino aquella en virtud de la cual la ciencia jurídica europea, no sólo puede, sino que debe tomar sobre sí esta carga de la construcción sistemática de los Derechos del pasado (cosa que ya se hace) y de los derechos modernos de distinta tradición (cosa que se hará cada día con mayor frecuencia, siempre con más intensidad; tal es, por lo menos, mi creencia). Advierto en este punto (y se me antoja advertencia esencial) que cuando señalo a la escuela europea del Derecho como más avanzada, no pretendo, en modo alguno, enunciar una apreciación de superioridad del Derecho europeo respecto del angloamericano. Afirmemos claramente también que este último sistema presenta gran número de instituciones más valiosas y eficientes que las nuestras "continentales", y que el ambiente jurídico angloamericano aparece, en numerosos aspectos, animado de un más vivo y puro sentido de la justicia, de una mayor reverencia hacia el Derecho y hacia las autoridades llamadas a aplicarlo. A lo que quiero referirme es, por el contrario, al mayor progreso en que la ciencia del continente europeo se encuentra por haber marchado hacia la simplificación y la sistematización racional, tomando, como ha tomado, las directivas de un sistema ya formado, como lo era el de los juristas romanos, mientras que en ambientes de "common law", se ha tenido que atender, antes que a la sistematización, a forjar y dictar los preceptos.

14) *La disputa en Italia acerca del método histórico-legal.* Que yo sepa, la conveniencia y la necesidad del empleo de conceptos sistemáticos modernos en la exposición de los Derechos antiguos, ha sido discutida en los últimos años, con predominio absoluto, por los juristas italianos. Este es un título de honor para la escuela científica de mi país, con tanto

más motivo cuanto que la disputa ha originado trabajos fervientes de pensamiento, iluminantes: un espléndido exponente de la preparación y de la inteligencia de tales escritores.

Campo propicio de observación ha sido el Derecho romano, ya que aquí el pensamiento sistemático estaba en situación de realizar las más abundantes pruebas, dada la extensión y la riqueza del ordenamiento considerado y la larga tradición de estudios.⁶¹ El mérito de haber sentado las bases para un estudio provechoso del tema corresponde sobre todo a BETTI, en la serie de trabajos que arrancan de la lección inaugural, de hace un cuarto de siglo, pero siempre de actualidad, sobre "Derecho romano y dogmática de nuestro tiempo":⁶² acontecimiento tanto más memorable en la historia de los modernos estudios sobre el método de la ciencia jurídica, cuanto que ese ensayo revela, a mi entender, su singular valor, más aún que en la enunciación de principio, en la cabal demostración que en él se ofrece de la fecunda renovación que el uso de la sistemática actual consiente para la comprensión de las más diversas instituciones del Derecho romano, a las cuales se encamina difusa y doctamente el análisis del profundo estudioso. En la disputa que siguió a la exposición de las ideas de BETTI, tengo la impresión de que los discrepantes prefirieron, por lo general, abordar la cuestión de principio, proporcionándole, por obra del contraste, útiles aportaciones, que no impugnar con argumentos válidos la exactitud y la utilidad de las particulares reconstrucciones dogmáticas propuestas por BETTI para las instituciones romanas.

El fundamento especulativo de la tesis bettiana es siempre el indicado por el propio autor: "La realidad histórica de las creaciones jurisprudenciales, como en general la del Derecho positivo clásico, exige también una sistematización científica. Ahora bien: una determinación histórica abstractamente objetiva, en la que se nos pueda librar de nuestra mentalidad de juristas modernos, es una utopía gnoseológicamente absurda.

61 Acerca de la aplicación de las categorías mentales actuales al estudio del Derecho intermedio, véase CALASSO, en "Studi in onore di Besta", cit., I, pp. 464 y ss., en discusión con BESTA.

62 En "Archivio giuridico", vol. 99º, pp. 125 y ss., 100º, pp. 27 y ss. Con referencia a lo que más adelante escribo en el texto, en orden a las aplicaciones concretas propuestas por BETTI para su método, he de recordar también su reciente artículo en "Rivista italiana per le scienze giuridiche" (1952), p. II, dedicado al análisis de instituciones particulares y de su defectuosa reconstrucción dogmática por parte de los historiadores del Derecho.

Un moderno que sea jurista, no puede, sin privarse de los medios necesarios para construir su propia visión, prescindir de realizar la mentalidad que es realmente suya: su preparación, su cultura, su educación de jurista moderno...⁶³ No debiera ser ya materia de verdadera discusión el que una reconstrucción dogmática por parte de un jurista moderno no esté ligada necesariamente a las esporádicas tentativas de sistematización doctrinal esbozadas a veces por los mismos juristas romanos. Esas tentativas, con frecuencia deficientes y no siempre felices, pueden, sí, ser índice precioso de la concepción romana y, por tanto, ellas mismas objeto de reconocimiento, pero no instrumento adecuado de éste... El Derecho positivo efectivamente vigente y aplicado en una determinada sociedad, es considerado como distinto por la dogmática de los juristas contemporáneos, hasta que ésta, dentro de la tendencia a configurarlo según las propias exigencias, no haya entrado a formar parte integrante suya";⁶⁴ y prosigue diferenciando, en el plano histórico, el *ethos* realmente practicado y la ética de los moralistas coetáneos, el lenguaje y la gramática de la época, la poesía y la poética contemporánea.

Estas últimas consideraciones del jefe de la escuela permiten, a mi entender, encuadrar exactamente el problema, a cuya inteligencia ha contribuido, como es natural, en no pequeña parte la obra de los escritores sucesivos. Se trata de reconocer que la jurisprudencia es ciencia de formas; y que estas formas, en su conceptualización que abarca sus variedades y unifica sus alternativas, son suprahistóricas. Giovanni PUGLIESE, tras haber señalado la relatividad y el continuo cambiar de las normas, subraya exactamente que "el elemento jurídico que hace permeables todas estas normas y que, por tanto, influye decisivamente sobre la estructura intrínseca de las instituciones, no sigue los mismos irracionales cambios. En él cabe individuar constantes, iguales en todos los ordenamientos positivos y unidas entre sí por relaciones lógicas de tal índole, que se

63 Cfr. BETTI, *Diritto romano* (2a. ed.), (Padua, 1935), p. 16.

64 *Ibidem*, pp. XIII y XIV. Cfr. también R. ORESTANO, en "Jus", 1951, p. 27 del sobretiro, donde tras haber admitido, con DE FRANCISCI, que todo Derecho tiene su dogmática, añade que ésta "representa y va considerada como un elemento del *dato*" y que "este dato y su correspondiente conceptualización no podremos nunca expresarlos a través de esa misma conceptualización y hacer consistir en ello el ideal de la reconstrucción". Coherente el ejemplo allí aducido de la compleja figura romana del pretor, cuya multiplicidad de funciones sólo es comprensible a través de las modernas distinciones en cuanto a las funciones del Estado.

componen en sistemas".⁶⁵ Acaso, más que a "constantes", convendría referirse a parámetros estables de confrontación:⁶⁶ a matrices permanentes de soluciones alternativamente posibles.

Cierto que la "historia" de estas formas es "historia" de abstracciones; y surge la duda de si la ciencia del Derecho, cuando se dedica, en la integridad de los propios criterios sistemáticos, al estudio de los Derechos antiguos, no cambie de naturaleza, transformándose en "historia", tan sólo por la vetustez del objeto. Probablemente no; probablemente continúa siendo ciencia, al no estar dirigida a representar un flujo ininterrumpido de manifestaciones espirituales, sino una serie finita de estados normativos en una sucesión a saltos. "La ciencia —observa BERGSON— no considera más que sistemas aislados: se coloca en la extremidad de los intervalos y no a lo largo del curso de los mismos".⁶⁷ Bien distinto es el punto de vista "concreto" de la historia; pero precisamente por ello, surge la cuestión de hasta qué punto la "historia del Derecho" pueda calificarse como historia en sentido genuino. Tiene tanto más de historia cuanto menos tiene de jurídica, lo que explica que respecto de problemas como el aquí discutido, se puedan encontrar en pugna mentalidades como la de los juristas y los historiadores.⁶⁸

15) *El estudio de los Derechos antiguos y de los Derechos extranjeros, considerados en la convergencia de su fin educativo.* En sus ensayos, juristas como PUGLIESE y BRANCA coinciden en la identificación de las razones por las que el mecanismo educativo europeo conserva el

65 Cfr. Giovanni PUGLIESE, en "Annali R. Università di Macerata", vol. 15° (1941), p. 20 del sobretiro.

66 Véanse las observaciones de BRANCA, *ob. cit.*, pp. 143-145, que coinciden esencialmente con mi pensamiento, aun cuando con ciertas diferencias de matiz.

67 Léase BERGSON, *L'évolution créatrice* (62a. ed.; Paris, 1946), p. 9.

68 Acerca de la contraposición entre el punto de vista dogmático y el histórico en el estudio del Derecho (en otros términos: Derecho en éxtasis o Derecho en movimiento), cfr. CALASSO, *Storia e sistema delle fonti del diritto comune*, I (Milán, 1938), pp. 20 y ss., según el cual los dos aspectos se compenetran en definitiva. Me pregunto, sin embargo, si no queda siempre un dualismo irreductible entre dos posibles modelos de la Historia del Derecho: sucesión de representaciones dogmáticas del Derecho en su mutación, o bien "historia especial" (recuerdo el capítulo VIII de la *Teoria e storia della storiografia* de CROCE), o sea estudio del desenvolvimiento de esa especial manifestación espiritual que es el Derecho, en conexión necesaria y, en definitiva, en una relación de identidad con la historia general.

estudio de los Derechos pasados, y especialmente el del Derecho romano, como parte de la educación legal.⁶⁹ Substancialmente, se trata de suministrar al estudioso moderno del Derecho una experiencia adicional, un más vasto campo de observación, a fin, sobre todo (me valgo de las propias palabras de PUGLIESE, referidas a los estudios romanistas), de la construcción de conceptos, de la formulación de los principios y también (¿por qué no?) del que PUGLIESE llama "el descubrimiento de las vías misteriosas de la evolución del fenómeno jurídico".

Sin embargo, individuada de este modo la finalidad del estudio de los Derechos antiguos, no hay razón para considerar éste como el único medio para tal fin, ya que a análogo resultado llega, conducido según los mismos cánones, el estudio de los Derechos extranjeros. La formulación más amplia de esta idea me parece la de ALLEN: "Ya se confronten ordenamientos diversos de la misma edad, o bien instituciones particulares pertenecientes a períodos diversos de desarrollo en el seno del mismo o de distintos ordenamientos, el fin es obtener datos que conduzcan inductivamente a principios jurídicos."⁷⁰ Pero COOPER da un paso más allá, cuando después de haber descrito el hábito de los viejos juristas escoceses de tomar a préstamo sus concepciones del Derecho romano o del canónico, prosigue literalmente: "Ese tiempo ha pasado. Los préstamos continúan: pero bajo el impulso del novel interés por el Derecho comparado, el jurista en busca de ideas nuevas tiene hoy a su disposición todo el mundo civilizado y no debe limitarse a JUSTINIANO y a GREGORIO IX."⁷¹

No puedo seguir en todo a COOPER. Encontraríais extraño que viniendo ante vosotros desde el país más latino de la tradición latina, fuese a proponeros el abandono del Derecho romano como instrumento de estudio.⁷² Por otra parte, veo en el estudio de los Derechos extranjeros un factor educativo hoy en día no menos importante que el ofrecido por el estudio de los Derechos históricos, y quisiera ver al primero de

69 Cfr. PUGLIESE, *ob. cit.*, pp. 46-48, y BRANCA, *ob. y lug. últimamente citados*.

70 Cfr. ALLEN, *Legal Duties* (1931), p. 12, al que hace referencia YNTEMA, en el "American Journal of comparative law", I, p. 22 (1952).

71 COOPER, en "Harvard Law Review", vol. 63º, p. 469 (1950).

72 Por lo demás, COOPER acaso haya querido referirse tan sólo al préstamo de ideas legislativas del Derecho romano y no a su estudio como tal en los países de tradición romanista.

esos estudios adquirir una importancia científica y didáctica no inferior a la reservada, en los países europeos, a la Historia del Derecho. Impregnada de comparación y de historia, la ciencia del Derecho dará lugar realmente a una jurisprudencia superior. Entonces, no será ni siquiera más exacto escribir que el jurista moderno, o el jurista europeo, aplique la propia sistemática a los Derechos del pasado y a los de otros pueblos, porque la sistemática del Derecho resultará de la cooperación, desde el comienzo, de todas esas experiencias; no trasplante, sino concepción unitaria y solidaria.⁷³ Por este camino de la ampliación de la experiencia, y por el de un extraordinario esfuerzo de generalización, es por el que creo que la ciencia del Derecho puede y debe progresar.⁷⁴

16) *Perspectivas para el injerto del método sistemático en la tradición de la "common law"*. Si este cursillo mío hubiese conseguido como único resultado el de llamar con cierta energía vuestra cortés atención de oyentes acerca de la importancia formativa del estudio comparativo del Derecho, igual a la del estudio histórico del mismo, sentiría no haber abusado de vuestra paciencia. Sin embargo, mi tarea no puede considerarse terminada aquí, porque en mi auspicio de una nueva orientación de la ciencia, que se dirija a estudiar los Derechos extraños al sistema europeo continental con los métodos hoy en día propios del análisis de este Derecho, resuena implícito el voto de que también el Derecho angloamericano sea estudiado con dichos métodos. Y aquí las objeciones, adormecidas en sus términos generales, imagino que puedan resurgir en relación con la aplicación particular del principio. Me figuro, por tanto, que se me va a preguntar cómo pienso poder encuadrar dentro de reglas racionales la "common law", que es toda ella experiencia casuística y que recoge los criterios normativos en la inédita fisonomía de cada uno de los casos en cuestión. La objeción, que tiene su importancia, es menos empírica de lo que a primera vista parece, como indicaré más adelante. A ella prefiero responder, en todo caso y por lo menos en un primer tiempo, con el hecho.

73 Véase PUGLIESE, *ob. cit.*, pp. 47-48.

74 Recojo el pensamiento de R. ORESTANO, en "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 1950, p. 240.

Tienen singular importancia en torno a este problema de la experiencia comparatista, por su riqueza de pensamiento y su variedad de desenvolvimiento, las *Premesse allo studio del diritto comparato* de ASCARELLI, en *Saggi giuridici* (Milán, 1949), pp. 3 y ss.

Y el hecho es éste: la historia de las disciplinas legales angloamericanas, incluso si nos limitamos a considerarla, para simplificar, tan sólo a partir del siglo pasado, muestra un filón ininterrumpido de estudios sistemáticos y revela, por tanto, una necesidad insistente y vital de tales estudios. Mi observación se refiere, sobre todo, a los cultivadores de Teoría general del Derecho, o sea de *jurisprudence*, según se le llama: desde el clásico AUSTIN y desde HOLLAND, a través de TERRY y de SALMOND, hasta KOCUREK y a la singular figura científica de HOHFELD, cuya muerte prematura impidió una influencia que habría sido profundísima sobre la doctrina jurídica de los Estados Unidos: HOHFELD, digo, en cuya obra teórica, la rígida y biunívoca correspondencia entre las cuatro figuras activas de calificación jurídica (*right, privilege, power, immunity*, que se podrían traducir, respectivamente, por derecho, facultad, poder, y no sujeción) y las cuatro correspondientes figuras pasivas (*duty, no right, liability, disability*, o sea deber, ausencia de derecho, sujeción y ausencia de poder) recuerda, en cuanto al acentuado espíritu de simetría que la impregna, la obra teórica de CARNELUTTI.⁷⁵

Pero esos nombres en sí pueden decir poco. Veámoslos trabajando, a estos constructores de conceptos:

Comencemos por HOLMES, un aparente adversario del conceptualismo: sin embargo, la idea de la sucesión se encuentra, en su *Common law*,⁷⁶ elaborada con verdadero empeño dogmático;

También en HOLMES⁷⁷ se halla la observación de que los deberes jurídicos son un antecedente lógico de los derechos, mientras que éstos no son el inseparable correlativo de aquéllos: observación ésta que compendia toda una Teoría general del Derecho, construída conforme a un determinado y discutible ángulo visual.⁷⁸

75 Respecto de HOHFELD, me refiero a los dos primeros ensayos (pp. 23 y ss., 65 y ss.) de la colección *Fundamental legal conceptions, etc.* (New Haven, 1923) (obra póstuma al cuidado de W. W. COOK); respecto de CARNELUTTI, como es obvio, a la *Teoria generale del diritto* (3a. ed.; Roma, 1951).

76 Pp. 340 y ss. La observación del texto no es sólo mía: procede, ante todo, de un estudioso del Derecho norteamericano de tanta autoridad, como M. COHEN, en "Harvard Law Review", vol. 299, p. 622 (1916).

77 *The common law*, cit., pp. 219 y ss.

78 HOLMES, *ibidem*, p. 214, propone una concepción del derecho subjetivo que acaso pueda considerarse ecléctica (en el sentido menos favorable de la palabra), pero que, en todo caso, compendia con satisfactoria claridad las alternativas posibles en la definición del concepto (como las que, por ejemplo, encontramos dis-

HOLMES, por último, expresa perfectamente el mecanismo de la norma jurídica, tal como la doctrina continental está acostumbrada a concebirlo, cuando señala, entre otras cosas, que “todo derecho es consecuencia que la ley asocia a uno o más hechos por ella definidos”, y que “toda palabra que indique tal grupo de hechos, designa al mismo tiempo los derechos, religados como consecuencias a esos hechos”, y viceversa.⁷⁹

Deben recordarse los finos análisis de casos concretos de Derecho privado, con el propósito declarado y a la vez polémico de demostrar la eficacia práctica de las concepciones de teoría general del Derecho: investigaciones conducidas por W. W. COOK,⁸⁰ y de las que sería muy largo dar cuenta, así fuese parcial.

Pasando a la materia procesal, ya nos hemos referido, con otro propósito, a la tesis de C. E. CLARK acerca de la identificación de la demanda judicial: la exposición de CLARK se inspira, desde luego, en estrictos propósitos sistemáticos.⁸¹ Para terminar esta ejemplificación, recordaré, por último, la tesis de STEVENS,⁸² que niega personalidad jurídica a las corporaciones privadas y propende a llenar el vacío teórico dejado por esa negación, con la teoría de la doble personalidad jurídica de los socios (todo lo discutible que se quiera, pero de carácter inequívocamente dogmático): como particulares y como socios; tesis que en la sistemática europea choca con la tendencia a considerar la personalidad jurídica de las sociedades comerciales como “un instrumento para la identificación de los bienes, intereses y responsabilidades comunes y para la consiguiente y diversa regulación de los derechos de crédito surgidos de la actividad común y de los derivados de la actividad particular” de los socios como individuos.⁸³

cutidas en el reciente y sutil artículo de BALLADORE PALLIERI, en “Jus”, 1952, pp. 1 y ss.). Escribe HOLMES que el derecho subjetivo es “la facultad (*permission*) de ejercitar ciertos poderes naturales y, dentro de ciertas condiciones, de obtener tutela, reintegración o resarcimiento con la ayuda coactiva del poder público”.

79 Lug. últimamente cit. Esta observación sirve a HOLMES para superar la cuestión, cara a la doctrina alemana de Derecho común, acerca de si la posesión es un derecho o un estado de hecho.

80 *Lectures on legal topics* (New York, 1928), pp. 338 y ss.

81 Véase lug. cit. en la nota anterior.

82 *Handbook on the law of corporations* (St. Paul, 1949), pp. 43 y ss.

83 Cfr. acerca de dicha tendencia, ASCARELLI, *Studi in tema di società* (Milán, 1952), p. 157.

He sacado los ejemplos de obras prácticas y no de textos de "jurisprudence". Si estos rasgos de vivaz interés sistemático se generalizasen en las obras de los juristas de "common law", no tendría ya sentido la queja expresada en 1896 por el Lord Chief Justice de Inglaterra⁸⁴ de que "con pocas excepciones, nuestros tratados son análisis de controversias decididas, nuestros escritos forenses son sutiles distingos de precedentes, y las sentencias poco más que hábiles esfuerzos para establecer analogías o discrepancias entre el pleito a decidir en concreto y el precedente invocado". Y tiene razón el Lord Chief Justice, porque sólo una fuerte ciencia sistemática permite a la práctica forense y curial liberarse de la rutina.

En el fondo, la distancia que separa la sistemática del "common law" y la europea es, en buena parte, una diferencia de grado. La sistemática angloamericana posee, en muchos problemas, conceptos de no menor amplitud que los establecidos por la teoría general europea. No es exacto que esté satisfecha de la casuística y que estime el método casuístico más que el racional. Cierto que la consideración casuística viene, hasta cierto punto, impuesta por la génesis y por la estructura del propio Derecho positivo. Pero se siente el sistema como una exigencia. Falta sólo el impulso para realizarlo en vía general, la percepción de una racionalidad recóndita de todo el ordenamiento, a fin de ponerla al descubierto: ese impulso y esa percepción que son caracteres principales de la ciencia europea. Ello depende un poco de una extraña cualidad de la "analytical jurisprudence": la de ser, acaso como de inicial planteamiento alemán, un tanto abstracta para las instituciones vivas de la "common law". La "jurisprudence", no da la sensación de ser la teoría general de la *common law*, y deja, por tanto, sin resolver muchos problemas constructivos de ésta. HOHFELD había comenzado a establecer un contacto más estrecho entre la teoría general y el Derecho vigente; pero es preciso reconocer que después de su muerte, la cuerda de la "jurisprudence" ha tenido una vibración más débil.⁸⁵

Mas según el pensamiento de POUND,⁸⁶ "durante gran parte del pasado siglo nosotros (entiéndase: nosotros los juristas norteamericanos)

84 Consignada en la p. 161 de los *Collected legal papers* de HOLMES (New York, 1920).

85 Para una elogiosa apreciación de la obra de HOHFELD, cfr. ASCARELLI, *Saggi giuridici*, cit., p. 81.

86 En el "American Journal of comparative law", vol. 1º, pp. 4-5 (1952).

intentamos constreñir la doctrina y preceptos de la common law anglo-americana dentro de las categorías sistemáticas del Derecho romano, que con demasiada frecuencia no se adaptaban a él". Se habría producido una recepción de tales categorías merced al empleo de "tratados sistemáticos de la Europa continental"; pero no resultó benéfica. No creo tampoco que POUND, el profundo jurista y heredero de una grande y humana tradición de estudios, pretenda con esa observación rechazar la adopción del método sistemático para la exposición de la "common law", sino tan sólo criticar el empleo de categorías conceptuales inadaptables. Recordemos la distinción acerca de la que al principio insistimos: extensión de formas lógicas, sí, pero con la debida consideración a la diferencia de los contenidos normativos. En los ejemplos ofrecidos por POUND, el empleo de la sistemática continental no aparece responsable, en cuanto puedo apreciar, de los resultados, para él no satisfactorios, alcanzados por la doctrina norteamericana hace algunos decenios. Veamos esos ejemplos:

a) "planteamiento del Derecho de los servicios públicos sobre la base de un contrato entre empresa ejerciendo el servicio y usuarios, o de un negocio jurídico que supone para la empresa la prestación de tal servicio": este es el primer ejemplo aducido, y respecto de él, dudo mucho que la concepción contractual de la relación entre empresa concesionaria y usuarios haya sido realmente superada en la reciente concepción jurisprudencial norteamericana. Se dice que el contrato está sujeto a las regulaciones establecidas por la administración del Estado y que su eficacia cede ante una divergente disposición por parte de la autoridad: pero mientras tanto, el contrato está ahí y es obligatorio entre las partes, en cuanto no venga modificado por la superioridad;⁸⁷

b) "inexistencia de la *agency* dentro de una concepción contractual": es obvio que la "agency", con la amplitud con que antes fué concebida y más todavía con la que lo es hoy, no puede reducirse a la idea de contrato, puesto que "agency" es toda colaboración gestora que atribuya al agente el poder de obligar (hasta *ex delicto*) al principal, incluidas en ella las formas que en la doctrina europea se llaman a veces, con locución

87 Menciono: Clute v. Nassau and Suffolk Ligthning Co., N. Y. S. 84; Shaffer Oil etc. Co. v. Creek County Gas Co., 246, p. 630; Southern Utilities Co. v. Palatka, Fla. 268 U. S. 232; Union Dry Goods Co. v. Georgia Public Service Corp., Ga. 248 U. S. 372. Según POUND, *A treatise on the law of public utilities* (Indianapolis, 1932), 1º, § 120, p. 283, el propio acto de concesión (*franchise*) tendría carácter de contrato.

considerada impropia, de representación orgánica.⁸⁸ Por lo demás, también la sistemática europea, e inclusive la legislación, ha ido bastante más allá de la noción estrictamente contractual (propia, en cambio, de la relación de mandato) al concebir el poder de representación; y a decir verdad (son superfluas las citas), la ciencia jurídica alemana se había lanzado por esta vía bastante antes de los últimos cincuenta años;

c) "persistencia de una teoría subjetiva" (o sea voluntarista) "del contrato";⁸⁹ en la forma extrema en que solía ser sostenida (eficacia de la voluntad no declarada), la teoría "subjetiva" parecía relacionarse más bien con el Derecho canónico que con la tradición romanista. En todo caso, la concepción voluntarista del contrato o, en términos más generales, del negocio, ha sido enérgicamente impugnada también, como es sabido, dentro de la sistemática europea;⁹⁰

d) "oposición a la tesis de la responsabilidad sin culpa": es el cuarto y último ejemplo. Tanto la doctrina sistemática como la jurisprudencia práctica de la Europa continental, discuten desde hace tiempo esta figura jurídica, aunque sin ponerse de acuerdo sobre la admisibilidad de la misma.⁹¹ Por tanto, la ciencia europea suministra a los juristas norteamericanos elementos adecuados para un examen del problema de la responsabilidad objetiva, en cuanto substan en la "common law" los presupuestos para afirmar su existencia.

17) *Examen de algunas posibles aplicaciones del método sistemático a la resolución de problemas de la "common law"*. Al término de mi exposición, voy a adentrarme en un terreno sumamente arduo, en el que los puntos de vista que voy a proponer sólo pueden tener carácter estrictamente experimental. La modestia de mis conocimientos, la brevedad de mis profundizaciones en Derecho angloamericano en general, y especialmente en las cuestiones que voy a señalar, me imponen las más pru-

88. Acerca de este amplio concepto de la *agency*, me remito a la introducción (pp. 1-11) de STEFFEN, *Cases on the law of agency* (St. Paul, 1952).

89. Abandonada en sus efectos: cfr. WILLISTON, *A treatise on the law of contracts* (New York, ed. de 1936), I, § 22, pp. 41-43; *Restatement, Contracts*, § 20. Acerca de algunas supervivencias de la concepción, cfr. PAPALE, en "Yvona Law Review", vol. 4º, p. 113 (texto y nota) (1948).

90. Cfr. la *Teoria generale del negozio giuridico* (2a. ed.) de BETTI (Turín, 1950), especialmente las pp. 50 y ss.

91. Me limito a recordar, en el ámbito de la doctrina italiana, los autores citados por BARBERO, *Sistema istituzionale del diritto privato* (2a. ed.; Turín, 1943), I, pp. 734 y ss.

dente reserva y también la más absoluta concisión, al indicar que las más no son tesis presentadas con una cualquier certeza, sino simples hipótesis de trabajo, o mejor dicho, enunciados de cuestiones.

¿Existen problemas de "common law" que puedan recibir nueva luz mediante la aplicación del método sistemático, propio de los estudios legales europeos? Me atrevo a responder que sí. Pienso, en ese sentido, en dos problemas principalísimos que el Derecho angloamericano plantea a su investigador: *a*) el de la génesis jurídica de la propia "common law", y *b*) el de la relación entre "common law" y "equity". Comencemos por el primero.

Doy por conocido que en la apreciación del procedimiento formativo de la "common law" se han sucedido dos concepciones opuestas: la más antigua, que remonta a BLACKSTONE, la del carácter puramente declarativo del precedente; la más reciente, que puede decirse viene a parar en la crítica de AUSTIN a BLACKSTONE, la del carácter creativo de la jurisprudencia.⁹² El predominio de la tesis más reciente sobre la más antigua, acusada de "ficción", es absoluto en la literatura de los últimos decenios.

⁹² Un jurista italiano, BIGIAMI, en sus doctos y ya recordados *Appunti sul diritto giudiziario* (sobretiro de los "Studi Urbinati", 1933; pp. 64 y ss.) ha investigado con atento cuidado este problema, y puedo, simplemente, remitirme a sus datos, inclusive a los bibliográficos. Indicaré tan sólo algunas fuentes recientes: ALLEN, *Law in the making*, cit., p. 220, en relación con el pensamiento de BLACKSTONE; SHARTEL, *Our legal system*, cit., p. 405 y ss.; GRAY, *The nature and sources*, cit., pp. 222 y ss., 233 y ss. (en oposición a CARTER, que ve en los jueces los descubridores del Derecho consuetudinario); FRANK, *Courts on trial*, cit., pp. 262 y ss., *Law and the modern mind*, cit., pp. 32 y ss.; DILLON, en "Pol. Sc. Q.", vol. 29, p. 91 (1894), que admite que los jueces se refieran a principios de Derecho natural o de justicia universal. En general, la tesis más antigua aparece generalmente abandonada. Puede decirse que HOLDSWORTH, en el artículo sobre la *Case law* (en "Law Quarterly Review", vol. 50^o, pp. 180 y ss.—1934—) es el único autor reciente que se atiene a la concepción blackstoniana: a su estudio hace referencia crítica MICHELLI, *Contributo alla storia della formazione giudiziale del diritto: "case law" e "stare decisis"*, sobretiro de los "Studi nelle scienze giuridiche e sociali" de la Universidad de Pavia, 1938, p. 37, en nota.

En este último y docto trabajo, el procesalista italiano refiere la opinión hoy dominante entre los escritores de "common law" y se adhiere a ella. Pero, si no me equivoco, su razonamiento no está libre de las mismas objeciones que dirijo aquí a la opinión dominante angloamericana. No nos encontramos ante una doctrina que mire a interpretar *con rigor jurídico* el fenómeno de la formación del Derecho inglés y norteamericano, sino, por el contrario, ante una fórmula descriptiva, ante una diagnosis (acaso) históricamente valiosa; pero no ante una doctrina jurídica. Cuando leemos expresiones como ésta: "Las decisiones de cortes inferiores vinculan

Ahora bien: admito que la tesis de la creación del Derecho por parte del magistrado contenga la explicación *sociológicamente* más satisfactoria y "real" del fenómeno; pero desde el punto de vista estrictamente *jurídico*,

a los jueces de igual grado, o de grado superior, sólo cuando sean consideradas justas", o bien: "El juez... conserva siempre su pleno poder discrecional para seguir o no un determinado procedimiento; se declarará vinculado por él en cuanto lo imponga la conveniencia y especialmente en cuanto considere justo el principio así fijado" (MICHELI, pp. 38 y 41), entonces acude a nuestros labios la exclamación: "¡Pero si ésta es una doctrina *jurídica* de los precedentes, entonces cuando nuestra Casación, o el Reichsgericht (Bundesgericht) alemán o el Tribunal Supremo español (especialmente este último, si nos atenemos a la interpretación autorizada que se da en España al motivo de casación definido como violación de la "doctrina legal": cfr. PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, II, Zaragoza, 1949, p. 367), crean precedentes vinculativos en el sentido *jurídico* del término!" [en orden al Derecho alemán, habla GARLAND, citado por MOSES (en "Fordham Law Review", vol. 4º, p. 264, nota 74 —1935—) de un sistema de criptoprecedentes].

En el fondo, de lo que se trata es de diferenciar la posición del juez de "common law" en la regulación del caso concreto, y su función, o pretendida función, de elaborador de *normas* jurídicas en el sentido estricto del término: juicios (o preceptos, como se prefiera) *abstractos*, generales. Desde luego, el citado juez posee la autoridad de regular el caso concreto; y la ejerce aplicando a dicho caso una regla general que elabora y enuncia *para* dicho caso. Mas para que se le pudiese reconocer también la segunda potestad, haría falta que el precedente fijado por dicho magistrado fuese inderogable por obra de los futuros jueces: derogable sólo mediante ley escrita. Desde el punto de vista lógico, podemos perfectamente imaginar un ordenamiento montado de ese modo; aunque no creo que, de hecho, sea la "common law". A un solo vínculo derivado en ella del precedente parece posible atribuir naturaleza propiamente jurídica, o sea naturaleza rígida, y es el vínculo del juez inferior a los principios de Derecho resultantes de anteriores sentencias de jueces de grado superior. Pero ese vínculo aparece como de naturaleza *procesal* (panprocesal, diría REDENT), al hallarse limitado a las fases inferiores del proceso.

En definitiva, el problema fundamental consiste en saber si con independencia del proceso existe en la *case law* una regla de conducta para los ciudadanos. Me parece que sí: es la regla de razón. Que ese reconocimiento lleve, en cierto modo, hacia una concepción iusnaturalista, no debe sorprendernos ni extrañarnos hoy, en que los estudios sobre el Derecho natural van enseñando la importancia y la realidad de éste. Y en cuanto a que sea difícil reconocer por anticipado este "derecho de razón", es precisamente problema de conocimiento y no de existencia del Derecho; por otra parte, el sistema de los precedentes constituye una inapreciable fuente de conocimiento (con mínimo margen de error) del Derecho no escrito, aplicado por los jueces (incluso si tal sistema no constituye, por las razones expuestas, una fuente de producción): con tanto más motivo cuanto que, como se dice en el texto, la certeza, o sea la substancia de la regla, se convierte en un determinado momento, en uno de los factores de su racionalidad [Acerca de la deducción racional del Derecho natural, cfr. KELSEN, en los "Nuovi studi di

sospecho firmemente que la antigua concepción "declarativa" encierra siempre una fuerte dosis de verdad.⁹³

En su notable exposición, BIGIAMI se manifestaba consciente de las dificultades lógicas que la tesis de la eficacia creadora de la jurisprudencia

diritto, economia e politica", 1930, pp. 392 y ss., especialmente 394, y el estudio publicado como apéndice de la *General theory of law and State* (Cambridge, Mass.), especialmente p. 392].

Como es natural, se puede también sostener en abstracto que *no* existe una regla de Derecho (substancial) con independencia de su aplicación en el proceso; que la regla de Derecho surge, en otros términos, sólo en el instante en que el juez la manifiesta, extrayéndola de las tinieblas de su entendimiento o de su arbitrio, a las partes litigantes, hasta ese momento empañadas en una especie de partida de dados. Prácticamente, cuando se afirma que en un determinado ordenamiento el derecho subjetivo se reduce a mera expectativa, precisamente por la incertidumbre acerca de la aplicación de la regla al caso (MICHELI, pp. 14-17, 59-60), se formula con eufemismos el mismo concepto. Pero semejante concepción me parece más bien propia de algunos estadios totalitarios del Derecho (recuerdo lo que escribió CALAMANDREI, en la "Rivista de diritto processuale civile", 1938, I, p. 339, acerca de orientaciones afloradas en el régimen nacionalsocialista), que no de un sistema respetuoso de las libertades individuales, como siempre se reveló el que consideramos. Y esa concepción, y no la de BLACKSTONE (como le parece, en cambio, a MICHELI, pp. 34 y ss.), se me antoja verdaderamente antihistórica.

c) 1º, A propósito del recurso por violación de la "doctrina legal", se ha discutido en España si promulgado el Código civil (1888) con posterioridad a su Ley de enjuiciamiento (1881), el artículo 6º del primero no habría debido suponer la derogación del 1691 de la segunda, en orden a la casación basada en la infracción de la jurisprudencia (cfr. Alcalá-Zamora, *Estudios de Derecho Procesal* —Madrid, 1934—, pp. 185-186, 318-326 y 377-380).

2º A los países que el autor cita con régimen de precedentes vinculativos, debe sumarse México, en virtud de la obligatoriedad legalmente atribuida a la jurisprudencia de su Suprema Corte de Justicia (cfr. arts. 193-194 de la Ley de amparo, según las últimas reformas) en el ámbito jurisdiccional (¿quid fuera de él?); sin perjuicio de que semejante fórmula implique el riesgo de deformación y aun sustitución de la voluntad legislativa por la voluntad jurisprudencial.

3º, El artículo de Calamandrei a que Allorio alude es el titulado *Abolizione del processo civile?*, en que combate la tesis, propiciatoria del reemplazo del proceso por la jurisdicción voluntaria, sustentada por Baumbach en su trabajo *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (en "Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht", 1938, pp. 583 y ss.). (*Nota del traductor.*)

93 En los citados *Saggi giuridici*, pp. 60 y ss., ASCARELLI observa que desde el punto de vista "jurídico-dogmático", no puede corresponder a la jurisprudencia más que una eficacia declarativa, mientras que bajo el aspecto "histórico-filosófico" se pone de manifiesto el valor creativo de la misma.

debe superar en relación con la fuerza retroactiva del *overruling*.⁹⁴ Sin embargo, será lícito preguntarse si a dicha tesis no se oponga, más aún que el valor retroactivo del *overruling*, la posibilidad misma, implícita en su práctica, de desatender el precedente. ¿No demuestra esta práctica que el valor del precedente, si bien infinitamente más intenso que en los sistemas de Derecho codificado, es más bien valor psicológico, corroborado por un uso social y profesional, que no jurídico?; y que el juez de "common law" aplica también siempre, no el Derecho de los precedentes, sino un *Derecho de razón* (más bien que de naturaleza), revelado por la serie de los precedentes, pero de modo no decisivo ni definitivo? Adviértase que ningún juez está ligado de manera absoluta a la regla del *stare decisis*. ALLEN muestra cómo, en definitiva, no lo está siquiera la "House of Lords", pese a que rara vez modifica las propias máximas.⁹⁵ Por otra parte, es evidente que el precedente no es nunca substancialmente vinculativo en materia de interpretación de la ley escrita, ni (en los Estados Unidos) en la interpretación de la Constitución.⁹⁶ El jurista europeo, educado (y quizás sea un defecto) en la precisión sistemática de los conceptos (que *acaso* sea rigidez), no se resigna muy fácilmente a considerar el Derecho como algo que pueda ser seguido pero que también pueda no serlo, a la manera de una máxima "debilitada", a la que el juez del proceso subsiguiente puede prestar o no acatamiento. Razonando siempre en términos de categorías sistemáticas, familiares a la jurisprudencia europea, ese jurista no ama degradar el Derecho, desde sistema de juicios a mero sistema de probabilidades o de predicciones, como, en otro sentido, no se siente impulsado a elevar el incierto *stare decisis* a "norma fundamental" (en la acepción kelseniana) de la "common

94 Véase BIGIAMI, *ob. cit.*, pp. 78^o y ss., quien justamente hace notar que en el Derecho de formación judicial la eficacia de la nueva regla es siempre retroactiva, debiendo aplicarse por lo menos al supuesto decidido por el magistrado. Ese argumento se podría oponer a la tesis de CALAMANDREI sobre la eficacia no retroactiva de las decisiones de la nueva Corte constitucional italiana (*La illegittimità costituzionale nel processo civile* —Padua, 1950—, pp. 70 y ss.).

95 ALLEN, *Law in the making*, cit., pp. 285 y ss. El pensamiento de la "House of Lords" se refleja con amplitud en las decisiones mencionadas por FAIRLE, en "Michigan Law Review", vol. 35^o, pp. 946 y ss. (1937).

96 Cfr. GOODHART, en "Cornell Law Quarterly", vol. 15^o, p. 188 (1930); WARREN, *The Supreme Court in U. S. history* (Boston, 1932), pp. 748 y ss.; abundantes indicaciones, en distintos sentidos, en HORACK, *Cases and materials on legislation* (Chicago, 1940), p. 593.

law", cuando, aun prescindiendo de otras dudas, no se sabe cuál sería la "norma fundamental" en el caso de ausencia de precedentes.

La hipótesis de un Derecho de razón que el juez deba aplicar parece, por tanto, necesaria para regir todo el sistema. Este "Derecho de razón" resultará de varios elementos, que se ponen en contraste cada vez, hasta ver cuál es el que prevalece; y el respeto al precedente (como razonable homenaje a la certeza jurídica) será uno de esos elementos, con el cual habrán de armonizarse cada vez, sometiéndose o, por el contrario, logrando el predominio, otros factores, como la lógica del sistema y las exigencias substanciales del caso. En lo que —dicho sea de paso y resolviendo una anterior reserva—⁹⁷ se ve cómo la interpretación sistemática no puede ofrecer, en un ordenamiento de *case law*, una base por completo cierta al exégeta: esa interpretación, al desenvolver el sistema en toda su coherencia, individúa en rigor la solución conforme con la lógica del sistema; pero como ésta puede en concreto ser vencida por la exigencia del respeto al precedente, no es cierto que dicha solución sea la efectiva a adoptar en el caso.

No menos difícil es el problema del encuadramiento sistemático de la "equity".⁹⁸ Este conjunto de reglas, pretorias en amplio sentido, elaboradas durante siglos por la "Court of Chancery" para integrar o corregir la "common law", tal como era administrada por los otros tribunales, constituye hoy parte integrante del sistema jurídico. Una fase de lucha entre organizaciones judiciales, a veces exteriorizada en verdaderos y propios conflictos que debieron ser arbitrados por la autoridad regia, ha sido seguida de una situación, que es la actual, de compenetración y fusión de los dos ordenamientos. Allí donde, como en algunos Estados norteamericanos, los tribunales de equidad se han mantenido aparte, o por lo menos, donde como en otros Estados, se ha conservado un distinto procedimiento, surgen problemas de competencia o de rito, que han de ser tratados como tales. Pero las cuestiones verdaderamente graves y fascinantes se presentan en el terreno del Derecho sustantivo. ¿Cómo armonizar entre sí, tras la fusión de los dos sistemas jurídicos, las instituciones originarias de ambas y que a un tiempo rijan una misma materia? Se

97 Formulada, como el lector recordará, al comienzo del precedente núm. 16.

98 Acerca de la cual me remito, mientras tanto, al clarísimo y reciente trabajo de SERENI, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1952, pp. 311 y ss.

d) Se refiere Allorio al trabajo de Angelo Piero Sereni, *L'equity negli Stati Uniti*, publicado en la revista citada, pp. 312-342 y 1112-1145. (*Nota del traductor.*)

disputan el campo dos directivas: una, la tradicional, asociada con los nombres de MAITLAND, LANGDELL y ADAMS,⁹⁹ habla de convivencia de dos cuerpos de reglas, mientras que para HOHFELD,¹⁰⁰ en muchos casos las reglas de *law* y de *equity* están en pugna, y las segundas han derogado a las primeras. Pero esta discrepancia de doctrinas, que nos parece esencial, no semeja haber interesado mucho al ambiente de los estudios angloamericanos, cuando, por ejemplo, en el difundido manual de MAC CLINTOCK,¹⁰¹ la opinión de HOHFELD es apenas esbozada y no se afronta substancialmente el problema.

El observador europeo tiene la impresión de que se sigue ligados a la vieja concepción de la separación entre ordenamientos, y no se preocupa de ilustrar, desde el punto de vista jurídico, la situación resultante de la fusión. De ese modo, se permanece en las fórmulas descriptivas. Sabemos bien que el *trustee* es el propietario *at law* y que el *cestui que trust* lo es *in equity*; pero el problema es otro. Sobre la cosa coexisten dos derechos reales, cuyo contenido procede establecer, prescindiendo de la obligación del *trustee* hacia el *cestui que trust*, de procurar a éste el goce económico de la cosa. *El trustee* reclama contra los terceros la tutela de la cosa, como si fuese propietario pleno, y en un juicio fundado en la afirmación de la propiedad, los terceros no pueden rehusar el contradictorio: tan sólo delante del *cestui que trust* el *trustee* sucumbiría en cuanto a la afirmación judicial de la propiedad. Viceversa: el *cestui que trust* no puede actuar contra los terceros, más que subrogándose al *trustee* inerte. La noción sistemática que sirve para explicar estas dos propiedades concurrentes, acaso sea la de la propiedad relativa: propietario el *trustee* (haciéndose consistir la propiedad no en el goce, sino en el derecho a la tutela en relación con la cosa) respecto de los terceros; propietario, en cambio, el *cestui que trust* en relación con el *trustee*. En cuanto al poder de disposición que normalmente acompaña a la propiedad, cabe decir que pertenece al *cestui que trust*, mientras que al *trustee* compete el poder de administrar.¹⁰² Dicho se está que estas líneas sólo tienen carácter de conjetura; pero lo que resulta indudable es que la concepción más

99 Véanse las citas en HOHFELD, *Fundamental legal conceptions*, cit., pp. 120-121.

100 *Fundamental legal conceptions*, cit., pp. 115 y ss.

101 *Handbook on equity* (St. Paul, 1936), p. 9.

102 Sobre los poderes del *trustee* y del *cestui que trust*, cfr. los capítulos XI-XIV del elemental *Handbook on the law of trust* de BOGERT (St. Paul, 1921).

correcta, que sustituya a esa conjetura, habrá de formularse con base dogmática: no se puede aceptar la tesis de que una institución como el "trust" no sea reducible a las líneas del pensamiento sistemático. Si era, desde luego, infantil la concepción escocesa, sometida a conceptos romanistas, a tenor de la cual, el "trust" resultaba de la combinación de depósito y mandato,¹⁰³ se tratará de encontrar una noción más rigurosa y satisfactoria, y a ello es necesario atender estudiosamente.¹⁰⁴

18) *Epílogo*. Avanzo ya rápidamente hacia el final. Me fijé como tema para hablaros el de la ciencia jurídica europea; ilustré primero su carácter sistemático; tracé después el cometido futuro de la misma en la preparación de una nueva unidad mundial del Derecho y, por último, he mostrado su aptitud para encuadrar sistemas jurídicos antiguos o espacialmente remotos.

La ciencia jurídica europea es, por tanto, intrínsecamente vital, siempre que subsistan las condiciones de paz y de civilización que forman su soporte. ¿Podemos esperar que éstas perduren?

103 Cfr. DAVID, *Introduction à l'étude du droit privé de l'Angleterre* (Paris, 1948), p. 204.

104 Un estudio dirigido a la interpretación sistemática de las instituciones equitativas y en especial del *trust*, parece tanto más urgente cuanto que se hallan incorporadas, por influjo del Derecho anglosajón, a sistemas de "civil law". Acerca del *trust*, me refiero al Derecho de Luisiana (título 9º de los Revised Statutes", §§ 1791 y ss.), y al mexicano ("Ley general de títulos y operaciones de crédito"; "Ley general de instituciones de crédito y organizaciones auxiliares", título 2º, capítulo 5º, y título 2º, capítulo 6º, respectivamente.)

Muy interesante, sobre *A trust Code in the civil law*, el artículo de J. MINOR WISDOM acerca del *trust* en Luisiana, en la "Tulane Law Review", vol. 13º, pp. 70 y ss. (1938), en que se advierte que un país de "civil law", como Luisiana, ha sido el primero en poseer una ley escrita sobre "trust", basada en el "restatement" y en los "uniform acts".

La dogmática europea y latinoamericana ha advertido, por supuesto, el problema sistemático del "trust", con los trabajos meritisimos del francés LE PAULLE, del italiano FRANCESCHELLI y del mexicano SERRANO (cuya reciente *Aportación al fideicomiso* discute con amplitud crítica las diversas opiniones expuestas). Las objeciones del texto se dirigen, por tanto, a auspiciar, más que el comienzo de estudios sobre el "trust" bajo el ángulo visual sistemático —estudios, en realidad, ya autorizadosmente iniciados y encauzados—, el encuadramiento de esta particular cuestión dentro del más vasto problema constitucional de la relación entre la *equity* y la restante parte del sistema jurídico. Al "fideicomiso angloamericano" (o sea al *trust*), "en el ámbito de sistemas jurídicos de origen romano" está dedicado un capítulo expreso (pp. 441 y ss.), en el reciente *Derecho anglo-americano* de RABASA (México, s. f.).

Recojo la advertencia de MAC DOUGAL;¹⁰⁵ “La urgencia de estos estudios sigue siendo la misma, tanto si aguardamos un porvenir de paz, como si tenemos un inminente desencadenamiento de violencia en el plano mundial; tanto si se considera como zona de cooperación el mundo entero, o tan sólo una parte suya.” Para mí, esta admonición tiene, además, otro valor sobreentendido: que se debe trabajar para hacer progresar los valores civilizadores de que dispongamos, si no queremos que por nuestra inercia y por su ofuscación, esos valores dejen de ser dignos de defensa. Y es ciertamente un altísimo valor de civilización, la ciencia del Derecho.

105 En el “American Journal of comparative law”, vol. 1º, p. 27 (1952).