

REVISTA DE REVISTAS

Derecho comparado 1105

Pero, ¿qué ocurre si la sociedad conyugal no obtiene utilidades? En estos casos, el cónyuge cooperador no obtendría compensación alguna por su trabajo.

Con respecto a los cónyuges separados de bienes, estos conceptos han sido atenuados por la jurisprudencia, dice el autor, que ha considerado procedente el pago de una retribución a la mujer, cuando la colaboración de ésta ha producido un enriquecimiento sin causa al marido.

El estudio de esta materia tiene importancia entre nosotros, porque el artículo 216 del Código Civil del Distrito Federal dispone: "Ni el marido podrá cobrar a la mujer ni ésta a aquél, retribución u honorario alguno por los servicios personales que le prestare, o por los consejos o asistencia que le diere". La ley que aparece publicada en el *Diario Oficial* de la Federación, el día 27 de diciembre de 1983, fijó el texto definitivo de esta norma, la cual es necesario concordar con los artículos 189 fracción VI y 213, del mismo cuerpo de leyes.

En Francia, con fecha 10 de julio de 1982 se dictó la ley 82.596 relativa a los "cónyuges artesanos y comerciantes que trabajan en la industria familiar". Dispone esta ley que el cónyuge de un comerciante no se reputará comerciante, sino cuando ejerza una actividad comercial separada de su esposo.

Las expresiones "actividad comercial separada" que se consignan en esta ley, han despertado polémicas entre los intérpretes, y son analizadas por el autor, quien termina diciendo:

Balance en forma de conclusión: esta ley debería haber dotado a los cónyuges colaboradores de un estatuto nuevo poniendo término a los arcaísmos y a las injusticias del pasado. El cónyuge no puede reclamar su parte en los beneficios cuando explota un establecimiento de comercio con su esposo. El cónyuge de un jefe de empresa no puede reclamar la remuneración que le deniega su esposo. El cónyuge que oficialmente ha declarado su voluntad de colaborar en la empresa de su esposo, no puede pretender remuneración. Incertidumbre, injusticia, regresión, ¿qué clase de ley es esta?"

Lisandro CRUZ PONCE

DERECHO COMPARADO

PUGLIESE, Giovanni, "Leyes, jueces, juristas, en la formación del derecho romano y del *common law* inglés", *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, núm. 2, abril-junio de 1984, pp. 437-449.

Se trata de una preciosa conferencia pronunciada en varias universidades españolas, traducida con la ayuda del profesor Armando Torrent y ahora publicada en el *Anuario de Derecho Civil*. A través de su lectura, Giovanni Pugliese, una de las grandes figuras de la romanística mundial (quien visitó nuestro instituto a finales del mes de agosto de 1982 con motivo del "I Coloquio Italo-Mexicano de Derecho Romano"), nos hace sentir esa claridad de enfoque que tiene el hombre de amplia visión; la amplia y humanística visión del derecho romano.

Nuestro autor desarrolla una conferencia ágil, sin notas o excesivos datos concretos (salvo unas pocas citas de fuentes romanas) dividida en ocho puntos.

El tema de la conferencia se refiere a la comparación del derecho romano y del *common law* en sus fuentes desde el punto de vista de la trilogía "leyes, jueces y juristas". Su objetivo es "poner en evidencia el peso de su respectiva contribución a la formación de uno y otro de los sistemas jurídicos tomados en examen" (p. 437).

Esta reflexión es sumamente valiosa puesto que:

los caracteres de cada sistema jurídico y particularmente el grado de su capacidad de percibir y satisfacer las exigencias sociales con prontitud, constancia y equilibrio, que sin duda son componentes esenciales de lo que llamamos justicia, dependen en gran medida de las fuentes que los han formado y los forman.

El autor principia por analizar el trinomio que escoge, el cual aparentemente no es homogéneo puesto que si bien las "leyes" son actos, los "jueces" y los "juristas" son órganos o personas. Señala que la opción por el término "legisladores" en vez del de "leyes", es falsa dado que este tipo de fuente está más "despersonalizado" que las fuentes judiciales y jurisprudenciales. En éstas los juristas forman la fuente más personal ya que el modo de producción de las respuestas está más ligado a las cualidades personales del jurista; "de hecho la objetividad no excluye mínimamente la influencia de las cualidades del jurista; es más, ella misma es una de estas cualidades" (p. 438).

Pugliese da al término "ley" un significado más amplio que el que se le suele dar: es "cualquier acto de una autoridad pública (al margen de la decisión judicial de una controversia) que pueda prescribir imperativamente a uno o varios sujetos" (p. 438), y sin importar si tiene carácter general o abstracto, específico o concreto. Se trata de un significado útil para el derecho romano.

La afirmación de que el derecho romano y el *common law* tienen en

común la tendencia a no asignar a las leyes una posición central en las fuentes del derecho (p. 439), es en líneas generales una opinión correcta; sin embargo, es necesario distinguir épocas y apuntar el importante papel de la ley en el derecho público y en el derecho penal de fines de la República. De cualquier forma, la expresiva sentencia de Schulz refleja el estado de la cuestión "Roma que es el pueblo del derecho no es, sin embargo, el pueblo de la ley".

El desarrollo jurídico se produjo en Roma por obra de fuentes que de ninguna manera pueden recibir el nombre de "leyes". Este desarrollo se realizó por obra de los *mores*; usos y costumbres, actos de los juristas.

Los magistrados no eran jueces ya que no juzgaban. Los pretores participaban en la producción del derecho al establecer los presupuestos que el juez debía declarar como ciertos o no y se consideraban libres de no aplicar el derecho vigente en aquel momento. Los jueces al hacer "fluir" el derecho lograron hacer operantes interpretaciones de los juristas.

Los juristas romanos "tuvieron más autoridad que poder en el sentido de sus *responsa* y sus escritos no constituían derecho inmediatamente, sino que regularmente eran seguidos por los órganos que producían derecho, no tanto por los legislativos como por los magistrados y jueces" (p. 443). Esto explica por qué en un derecho en que la ley tiene una posición central, el papel del jurista en la formación del derecho sea más reducido.

La contribución del jurista ocupa un papel central para la historia del derecho romano.

En la época posclásica en cambio, el papel de la ley es central y no surgen nuevos juristas. Permanece la jurisprudencia ¡sin juristas! pero no como derecho nuevo. La concepción moderna de la ley tiene algo de esta concepción posclásica.

Una vez establecido su marco de referencia sobre el derecho romano el autor pasa a analizar el *common law*.

Destaca el punto común entre derecho romano y *common law*, de la escasa contribución dada a su formación por las leyes y la importancia preponderante que estos sistemas reconocen a los jueces y a los juristas, aunque haya una diversa relación entre ellos (p. 445).

Las leyes no han constituido ni constituyen la trama del derecho privado. Éste está constituido por los pronunciamientos judiciales y por el laboreo que jueces y juristas han realizado en torno a aquéllos durante siglos.

El juez, a diferencia del derecho romano, nos puede crear la regla para

el caso; ha de encontrarla. Su actuación aparecía y aparece como un acto reconocedor y declarativo del derecho ya existente, no como un acto de voluntad creador de un derecho nuevo. Pero en realidad el juez creaba y crea todavía hoy, cuando se da el caso, derecho nuevo (p. 445).

El arte de distinguir la *ratio decedendi* fue el camino de libertad para superar el *rule of precedent*.

Nuestro autor destaca la analogía entre la *equity* inglesa y el *ius honorarium*, sin embargo marca sus diferencias. El pretor tiene una competencia más amplia puesto que no sólo puede tratar pretensiones del *ius honorarium* sino también de *ius civile*. No fue hasta 1877 cuando la Judicature Act suprimió la duplicidad de órganos judiciales.

En un sistema en que es tan vasta y tan importante la obra creadora de los jueces, la función de los juristas es más modesta.

Es por ello que la relación entre jueces y juristas sea muy diferente en los dos tipos de derecho ya que los juristas ingleses "no han desarrollado la función creadora de la jurisprudencia romana" (p. 448).

A su conclusión de que no es una casualidad que del *humus* cultural de la tradición romanística nutrida con el pensamiento de los juristas romanos haya nacido en los siglos xviii y xix la savia de las codificaciones y que esto no se halla dado en el *humus* cultural del *common law* (p. 449), nosotros acotamos que probablemente no se deba a una casualidad que del estudio del derecho romano clásico hayan salido y salgan los mayores críticos de la codificación y del positivismo legalista, que preconizan una vuelta al método casuístico y a la herencia realista romana, corriente que cuenta con un gran futuro por la misma "novedad del derecho clásico", punto en el que seguramente Pugliese estará de acuerdo.

Francisco VILLALÓN

DERECHO CONSTITUCIONAL

BORN, Richard, "Partisan Intentions and Election Day Realities in the Congressional Redistricting Process", *American Political Science Review*, Iowa, núm. 2, junio de 1985, pp. 305-319.

El artículo que se reseña trata sobre la demarcación territorial que se lleva a cabo periódicamente para el establecimiento de distritos electorales en las entidades federativas que componen los Estados Unidos de