

EL DERECHO ROMANO EN EL NUEVO MUNDO ¹

Sandro Schipani

Sumario: I. Premisa: «Derecho romano» y «Nuevo Mundo», una puntualización; II. Observaciones sobre el concepto jurídico romano de «hombre» en el Nuevo Mundo; III. El Derecho romano como base de la Legislación Universal; IV. Una necesaria puntualización: la creación del nombre compuesto América Latina; V. Algunos ejemplos sobre el uso actual del Derecho romano en América Latina; VI. Conclusión: «Esquemas jurídicos creados para el hombre».

I. PREMISA: «DERECHO ROMANO» Y «NUEVO MUNDO», UNA PUNTUALIZACIÓN

a). *Derecho romano*. La romanística italiana contemporánea ha puesto en discusión la denominación «Derecho romano». En el marco de una reflexión encaminada a considerar al Derecho como una realidad integralmente histórica, iniciada en esta Universidad de Génova por el profesor Orestano, cuyo curso: *Introducción al estudio histórico del Derecho Romano* inició precisamente aquí hace cuarenta años y del cual emanó un llamado a la pluralidad de significados que se incluyen con tal denominación ². Ésta es una lección que no puede ser ignorada, y que me es grato recordar en una ocasión como ésta, donde el tema propuesto por los organizadores del Congreso, invita a reconstruir hazañas de las más variadas facetas, unidas por la exigencia, fundamental en el discurso jurídico, de realizar una elaboración proyectada hacia el futuro.

¹ Esta conferencia, dictada en la ciudad de Génova durante el Congreso «El derecho de los Nuevos Mundos», fue fruto de una investigación llevada a cabo gracias a la contribución del CNR para «El derecho romano y la tradición romanística en la historia de los países extra-europeos, con especial referencia a la América Latina»; y al Proyecto especial Italia-América Latina.

² Cfr. Orestano R., *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 1ª. ed. 1953; 2ª. Turín, 1961, y posteriormente, con profundas modificaciones, Bolonia, 1987.

La postura de Orestano ha conducido a verificar el análisis, en las fuentes, de las condiciones del uso de la denominación *ius Romanum*, diferenciando analíticamente los diversos contextos textuales y metatextuales en la que ella se encuentra. El colega Catalano ha sacado a relucir el valor técnico que en esta denominación se ha fijado para la elaboración del Derecho hasta Justiniano, y ha demostrado que en las mismas fuentes «el concepto de *ius Romanum* tiene una función sistemático-histórica de unificación de los *iura Romana* en devenir expansivo»³.

En efecto, de frente al plural *iura*, usado por los juristas de la Edad Republicana y del Principado, aparece el singular en Livio, a propósito de la Ley de las XII Tablas, *fons omnis publici privati* que es *iuris corpus*, como *corpus omnis Romani iuris* y que constituyen un *corpus* legislativo ordenado por el pueblo y que incluye el principio que al pueblo mismo compete dictarse el Derecho. Así anticipada, en textos históricos y filosóficos de síntesis, a partir de Diocleciano la expresión *ius Romanum* viene utilizada también en textos jurídicos para elaborar y fijar conceptualmente la continuidad y la unidad en la innovación. Justiniano posteriormente, en el momento en que codifica tal *ius Romanum*, todo incluyéndolo, del *principium* hacia *omne aevum*, lo identifica con el *ius commune* para todos los hombres. Dicho *ius*, emanado de la Ley de las XII tablas, gracias a la cual, después del «comienzo de nuestra ciudad» (*civitas*), ésta «se fundara en leyes» o emanado de las *quingenta decisiones*, o de las *novellae constitutiones* que serán necesarias; aquel «derecho que consiste en las cosas sagradas, los sacerdotes, y los magistrados» o el que «se refiere a la utilidad de cada individuo»; «el derecho civil, de gentes y natural»; «el derecho honorario» o elaborado por el Príncipe a través del proceso *extra ordinem*; el derecho constituido por causa de los hombres y a quien el consenso de la divinidad otorga un valor que lo proyecta también hacia las *eterai politeiai* por las que la Iglesia tiene un papel propio; tal *ius*, en la designación *ius Romanum* encuentra la

³ Cfr. Catalano, P., *ius Romanum. Note sulla formazione del concetto*, en A.A.V.V. *La nozione di «Romano» tra cittadinanza e universalità*, Napoles, 1984, 531 ss.

expresión sintética, puntual y operativa que asegura el perfeccionamiento de la construcción de la unidad del sistema de Justiniano ⁴. Operativa también para unificar el *processus* (uso del termino utilizado por Pomponio y citado en **D.** 1.2, 2 pr.) de tal *ius* después de Justiniano. Lo que permitirá profundizar en este término, entendiéndolo como lo entendía Justiniano, en la problemática de este congreso para afrontar el futuro.

b). *Nuevo Mundo*. La expresión Nuevo Mundo está presente en el léxico jurídico del derecho romano hasta Justiniano, y me parece que también en otros textos conexos, aunque elementos para tal locución se encuentren presentes. En el presente trabajo no los examino, simplemente presento un bosquejo: si tomamos en consideración *Mundo*, entendemos, por ejemplo, la denominación del aspecto espacial de la idea de imperio universal, de Augusto a Teodosio, *mundus* aparece muy raramente, prefiriéndose las expresiones *orbis*, *terra marique*, *oikuméne*, *kósmos*, *ge kai thálassa* ⁵; aunque los juristas evitan tal acepción, aparece en una Constitución de Teodosio y Valentiniano y más tarde, en algunas constituciones y Novelas de Justiniano. Tanto en una acepción más general de *orbis*, para designar a toda la creación, sea como equivalente del conjunto *orbis*, para referirse a las tres partes: *Europa*, *Asia* y *Libya* ⁶. Sin embargo *Mundus* se utiliza en otros textos de gran resonancia: baste pensar en las palabras de Cicerón en **De Legibus**: «Habría tenido conciencia de no ser miembro de un pueblo de un lugar circunscrito por muros, sino ciudadano de todo el mundo, como si esto fuera una única ciudad» (1, 61). *Nuevo*. La expresión *Novus* conlleva una gran resonancia: baste pensar en la «Nueva Alianza» ⁷ y al uso técnico jurídico de *nova Roma*, para referirse a Constantinopla (C. 8,11, 5).

⁴ Cfr. también Schipani, Sandro, *I codici latinoamericani dell'«transfusión» del diritto romano e dell'«indipendenza. Verso codici della «mezcla» e «codici tipo»* en **Dalmacio Vélez Sarsfield e id diritto latinoamericano**. Coordinador S. Schipani, Padua, 1991, pp.467 y ss.

⁵ Cfr. Mastino, A., *Orbis, kosmos, oikoumene: aspetti spaziali dell'idea di impero universale da Augusto a Teodosio*, en A.A. V.V., **Popoli e spazio romano tra diritto e profezia**, Napoles. 63 ss.

⁶ Cfr. Lanciotti F., *Lo «spazio romano» nella terminologia delle fonti giuridiche giustininee in lingua latina*, en A.A.V.V., **Popoli e spazio** cit. [n.4] 356 s.

⁷ Cfr. 2 **Co.** 3, 6 etc. y Behm, J., s. v. *néos*, en **Theologisches Wörterbuch zum Neuen Testament**, trad. it., 7 Brescia, 889 ss.

Se sabe que las tierras, originalmente llamadas *Indias* por Colón (1492); fueron reconocidas como *quarta orbis pars*, por Américo Vespucio (cuyas cartas, aun considerándose apócrifas, datan de tales años) constituyendo así un *Mundus Novus* ⁸.

Si pensamos en el amplio sentido de las palabras de Américo Vespucio: «en aquel hemisferio he visto cosas, no concebibles a la razón de los filósofos», percibimos en el carácter aparentemente clasificatorio de la designación, un riquísimo valor concreto y revolucionario: la ruptura del universo cerrado medieval, que venía a acompañar al estupor, de aquello que había visto y había suscitado («tanto que me parecía haber sido llevado al paraíso terrestre») ⁹.

Después de que la aparición real del Nuevo Mundo abrió la era de las grandes revoluciones, y, gracias al cosmógrafo M. Waldseemüller, tal *pars orbis* adquirió el nombre de *Ameriga/América*, la designación del continente como Nuevo Mundo continua a desarrollar «tanta riqueza semántica en su juego dialéctico con el Viejo Mundo –desde

⁸ La división bipartita del mundo (Norte y Sur) de Homero, fue sustituida por la tripartita de Ecateo, con la distinción geográfica entre Europa y Asia, de una tercera parte: la Libia. La tripartición parecía inmodificable basada en argumentos que interpretaban citas bíblicas. La concepción de un mundo cerrado, no se contradecía necesariamente con la doctrina sobre la redondez de la tierra, o sobre la existencia de «otros mundos» (Strabone) o de una «cuarta parte» (San Isidoro). A tal concepción cerrada correspondía la definición del Emperador como *Dominus totius mundi* y de su *ditio* como aquella *quae ascendentem videt et descendentem solem* (Baldo 1320/1327-1400), *In primam digesti veteris partem commentaria, in prooemium digestorum*, n. 20, ed. Venetiis, 1599, f. 2v -a) que como todos sabemos después fue sustituida por la perspectiva por la cual sobre el Imperio «nunca se oculta el sol».

⁹ Cfr. la primera cita en *Alberico Vespucci a Lorenzo di Piero de 'Medici*, en *Relazione delle scoperte fatte da C. Colombo, por A. Vespucci y otros de 1492 al 1506, Tratte dai manoscritti della Biblioteca di Ferrara*, bajo la supervisión de Ferraro, G., Bolonia, 1876 (reed. Bolonia, 1968), 147; y, en latín, en *Mundus Novus. Albericus Vespuccius Laurentio Petri de Medicis*, en *Prime relazioni di navigatori italiani sulla scoperta dell'America. Colombo-Vespucci-Verrazzano*, bajo la supervisión de L. Firpo, Turín, 1965, 90; la segunda cita en *Lettera a Lorenzo di Pierfrancesco de 'Medici del 1502 da Lisbona*, en Vespucci, A. *Il Mondo Nuovo. Vespucci autentico e apocrifo*, bajo la supervisión de Pozzi, M. Milán, 1984, 79; y en Vespucci, A. *Lettere di viaggio*, bajo la supervisión de Formisano, L., Milán, 1984, 22 (La idea expresada en esta segunda cita, se encuentra también, con otras palabras, en el otro texto, p.145).

lo geográfico y lo histórico hasta lo filosófico— que se ha mantenido vivo a través de las épocas»¹⁰.

Tomás Moro en realidad no pone en boca del marinero Rafael Iltladeo tal denominación, ni la usa en el título de su obra¹¹; aunque haga una expresa referencia a los viajes de Vespucio. El filósofo mexicano Leopoldo Zea anota que «paradójicamente, lo encontrado era un lugar sin lugar, una utopía, que sólo podía ser realidad acomodándola dentro de la concepción del mundo y de la historia de sus descubridores y la realización de las utopías de éstas», de tal forma que «Europa representa frente a América un estado avanzado del devenir histórico» y entonces Hegel puede sostener no tomar en consideración la América en el interno de la Historia¹².

López de Gómara subraya para Carlos V: «La mayor cosa después de la creación del mundo, sacando la encarnación y muerte del que lo creó, es el descubrimiento de las Indias»¹³. Se usa todavía el nombre de «Indias», equívoco al que la administración castellana y española permaneció siempre fiel. Pero la intensidad y dimensión de la novedad se desbordan y es claro también el sustrato común y la diferencia respecto a los textos en que encontramos: *Nuevo Mundo*.

No abordo el examen de ninguna de las diferentes perspectivas que se expresan en estas diferentes denominaciones; busco, en cambio,

¹⁰ Ardao, A. *Génesis de la idea y el nombre de América Latina*, Caracas, 1980, 17.

¹¹ *Libellus vere aureus nec minus salutaris quam festivus de optimo reipublicae statu deque nova insula Utopia*. Lovaina, 1516. (No abordo el problema del significado que la ausencia de tal uso tiene para Moro).

¹² Cfr. Zea, L., *El descubrimiento de América y la universalización de la historia*, en *El Descubrimiento de América y su Impacto en la Historia*, bajo la supervisión de Zea, L., México, 1991, 6 ss.; ID., *Latinoamérica en la encrucijada de historia*, México, 1981; en afinidad, Abellan, J.L., *La idea de América*, Madrid, 1972, 38: «Se trata de hacer de América otra Europa... y esta concepción de América por Europa, se traduce en una doble actitud: primero se la considera un inmenso territorio apropiable y explotable, en beneficio propio y, segundo, como mundo de liberación, de promesa y de futuro»; Macstre Alfonso, J. *Las ideas que originaron el descubrimiento. América como necesidad en El descubrimiento*, cit., 73.

¹³ Cfr. López De Gomara, F. *Primera Parte de la Historia General de las Indias*, Bibl. Autores Esp., 22, Madrid, 1852, 156.

aludir a algunos puntos de lo que sucedió al derecho romano en su transfusión al continente que así estaba percibido.

II. OBSERVACIONES SOBRE EL CONCEPTO JURÍDICO ROMANO DE «HOMBRE» EN EL NUEVO MUNDO

«Tratemos primero de las personas. Porque es poco haber conocido el derecho, si se desconocen las personas, por cuya causa se ha constituido» (J. 1,2,12).

Varios han sido los puntos tomados en consideración para el análisis de la especificidad del sistema jurídico latinoamericano; sin embargo la atención se ha centrado sobre todo, en la concepción del hombre, artífice de su pre-concepción jurídica en un contexto de herencia histórica y de conceptos jurídicos complejos: ciudadanía (y el principio de *ius soli*), titularidad y tutela de los derechos civiles reconocidos a todos, inicio de la vida humana y tutela de la misma desde el momento de su concepción, derecho de asilo y condición jurídica de los trabajadores inmigrantes, etcétera ¹⁴. Esta orientación parece expresar la intuición de que la unidad y la específica originalidad del sistema emanen del derecho de las personas de esta «raza cósmica» (expresión del mexicano Vasconcelos) ¹⁵.

¹⁴ Cfr. v.g.: Eichler, H., *Privatrecht in Lateinamerika*, en **Fest. Hellbling**, Berlin, 1981, 481 ss.; *Idem*, **Personenrecht**, Viena-Nueva York, 1983; Limongi F., R., **Do nome civil das pessoas naturais**, 3 ed. Sao Paulo, 1975; Catalano, P., *Los concebidos entre el derecho romano y el derecho latinoamericano (a propósito del artículo 1 del Código Civil Peruano de 1984)*, en **El Código Civil Peruano**, cit., 229; *Ibidem*, *Os nascituros entre o direito romano e o direito latinoamericano (a propósito do artículo 2 do Projeto do Código Civil Brasileiro)*, en **Rev. Direito Civil**, 45, 1988 (Sao Paulo), 8 ss.; Fernández, C. S., **La persona en la doctrina jurídica contemporánea**, Lima, 1984, 43 ss.; Busnelli, F.D., *Persona e sistema in Pontes de Miranda*, en **Scienza giuridica e scienze sociali in Brasile: Pontes de Miranda** (Atti del Seminario di studio, Roma, 1985 a cura di Carcaterra, G. - Lelli M. - Schipani, S.), Padova, 1989, 53 ss.; Valladao H., **Direito Internacional Privado**, 3 vol., Río de Janeiro, 1980; J. Samtleben, *Der Territorialitätsgrundsatz in internationalen Privatrecht Lateinamerikas*, en **Rabels Z.**, 35, 1971, 72 ss.

¹⁵ Vasconcelos, J., **La raza cósmica**.

1. Consideración Jurídica del Hombre (Conocido y Desconocido) en el Derecho Romano: su Esencial Unidad Más Allá de las Divisiones

Para el Derecho romano, la noción de hombre y persona coincidían y se referían a todos los hombres. Piénsese en la sistemática de las Instituciones de Gayo (**Gai.** 1, 8 ss.) y de Justiniano (**J.** 1, 3), del **Digesto** (**D.** 1. 5-6), que incluye dentro de tal categoría a los «libres y esclavos, ciudadanos y extranjeros, personas que son de su propio derecho, y personas sujetas a ajeno derecho, los que están en útero y los nacidos varones, y hembras». Entre éstos existen diferencias en la consideración jurídica, que en el marco de una elaboración del discurso sistemático (*generatim*), se ponen de manifiesto a través de *divisiones*, que conducen a reflexionar sobre la importancia de la categoría general. Ya que si *summa* es la *divisio* entre *liberi* y *servi*, aun de mayor importancia es la categoría que los une.

Esta concepción y esta construcción sistemática, reflejan datos esenciales del Derecho romano, que están siempre presentes y que encuentran su raíz en los orígenes. O sea la relevancia jurídica del reconocimiento a todos los hombres de caracteres comunes, de que existe una igualdad de base, independientemente de que también estén presentes diferencias.

En efecto, si por ejemplo, consideramos instituciones presentes desde el *principium*, encontramos en la *manumissio*, en la *adoptio/adrogatio*, instrumentos estrictamente coherentes entre ellos, por los que cada pater familias podía integrar como libre y *civis* en el *populus*, o podía acoger en la familia, *seminarium rei publicae* a otra persona; encontramos también en el *asylum*, en las diversas formas de concepción de la ciudadanía varios modos con los que una persona podía ser acogida en el *populus*, o en los que podía integrarse una comunidad, prescindiendo de toda común referencia al *origo* territorial o vínculo de sangre. Encontramos la posibilidad de pasar de un *status* a otro, lo que expresa la general igualdad de base, que viene ratificada precisamente en relación con la *summa divisio* desautorizable desde

sus fundamentos. Precisamente la extraordinaria eficacia de la *manumissio* del Derecho romano es considerada por el historiador griego Dionisio de Halicarnaso, como una de las razones del éxito de Roma durante su expansión¹⁶. Ella constituye el elemento institucional y normativo de la cual ha sido intérprete la reflexión posterior que la ha reconocido como la otra cara de la misma *servitus* (J. 1, 5 pr; D. 1, 1, 4; «después que apareció la esclavitud, siguióse el beneficio de la manumisión») ¹⁷ y ha afirmado que «por el derecho natural [que es más antiguo: J. 2, 1, 11], todos los hombres al principio nacían libres». Pero por las guerras «originanse las captividades y esclavitudes, que son contrarias al derecho natural» (J. 1, 2,2; 1.5 pr)¹⁸. Justiniano, «pues en los primeros días de la ciudad de Roma competía la única y simple libertad», la confirma plenamente (J. 1, 5, 3 a quien *adde Nov.* 78) y hace coincidir nuevamente el otorgamiento de la *libertas* y de la *civitas*¹⁹.

¹⁶ **Dion. Halic.** 1, 9, 3: «Los romanos trabajaron para que con el paso del tiempo llegaran a ser el pueblo más grande [...] concediendo asilo con liberalidad a quienes lo necesitaran, concediendo la ciudadanía a los esclavos manumitidos, sin despreciar a nadie». v. también 4, 22, 4-24.

¹⁷ Muchas otras son las normas que consideran al esclavo como persona y enriquecen de contenido la elaboración dogmática en cuanto a ellos resguarda: pensamos en la tutela penal y contra los abusos del *dominus*, a la capacidad de celebrar actos negociales y al *peculium*, al papel que puede tener en el proceso, a la esfera religiosa, etcétera; cfr. para todo Robleda, O., **Il diritto degli schiavi nell'antica Roma**, Roma, 1976; Albanese, B. **Le persone**, cit., *passim* y especialmente p.108 ss., también si este autor no deduce las consecuencias al nivel de la construcción dogmática.

La insistencia de la mayor parte de la romanística contemporánea en negar «valor técnico/ dogmático» para el Derecho romano al uso en las fuentes de la categoría sistemática de «persona»-«hombre» y por lo tanto a la cualidad como tal del esclavo es el fruto de una línea interpretativa madurada en Europa en la Edad Moderna con relación a la construcción de la noción de «sujeto de derecho», de la que trataré más adelante algunos puntos en concreto; ella conduce a graves malentendidos de las fuentes, puesto que la identificación terminológica implica también la identificación del *suum* esencial de cada uno, mismo que el derecho respeta (considérese, por ejemplo, la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* que sanciona *qui hominem occiderit* y que viene aplicada al homicida del esclavo justamente por la importancia dogmática de la cualificación de éste como *homo*. **D.** 48, 8, 1, 2; **Gai.** 3, 213; el principio por el cual también la sepultura del esclavo convierte el *locus religiosus*; etcétera).

¹⁸ Por el valor dinámico, expansivo de la igualdad de base por la que se eliminan normas «que degradan a la naturaleza», cfr. v.g. en la misma legislación justineana, la Nov. 21 relativa a las sucesión hereditaria, por la cual debe «*nullam esse differentiam masculi et feminae*».

¹⁹ En la obra de Justiniano, las nuevas fuentes de la esclavitud maduras en la época tardía y posclásica ocultan la contradicción entre la permanencia de la esclavitud y la eliminación de la categoría de *peregrinus*, de la existencia de la cual dependía radicalmente la posibilidad de la esclavitud, como ya ha sido subrayado.

Dentro de una perspectiva complementaria, la esencia de la expansión de Roma –ciudad que tenía a Júpiter como principio y fin del sistema²⁰–, sea como existencia inter-étnica, custodia del sistema jurídico-religioso del cual ya formaban parte, virtualmente también los otros pueblos²¹, Livio la expresa como «dar a los pueblos sus derechos» (**Liv.** 30, 32). Misma que se desarrolla de manera plena, con la progresiva y futura concepción general de la ciudadanía, que en la famosa **Constitutio Antoniniana de civitate** del 212, adquiere un momento de gran significado y, después, con la codificación de Justiniano, se llega a la eliminación de la categoría clásica de *peregrinus*, con la calificación del *ius Romanum como commune*²² y con el paralelo uso de «Romano» para indicar «una noción “política” y no “ética”, normativa e institucional»²³.

El *ius Romanum commune* codificado por Justiniano, incluye al *ius naturale, ius gentium* y *ius civile* (J. 1, 2 pr.-2), obtiene su unidad en el desarrollo de su *principium*: destinado a todos, indistintamente, a los *omnes, universi, cuncti* hombres, personas concretas, de quienes asegura y proyecta hacia el futuro su propia participación

²⁰ Cfr. v.g. Liv. 1, 2, 4: «Oh, Júpiter –dice [Rómulo]– he puesto los primeros fundamentos de la ciudad aquí en el Palatino como me lo ordenaron las aves por ti enviadas». «En la tradición de la realeza romulea se encuentran no sólo concretos elementos históricos (y quizá un deseo de una explicación histórica), sino también la radical exigencia religiosa y jurídica, de encerrar el ordenamiento romano (visto históricamente en movimiento) una total y exclusiva voluntad divina. Y esto sobre todo es el motivo por el que Rómulo cumple por sí mismo la inauguración, y ésta es una elección divina (y no una aprobación): Rómulo preexiste al ordenamiento y lo genera por voluntad divina» (Catalano, P., **Contributi allo studio del diritto augurale**, I, Turín 1960, 585).

²¹ Cfr. v.gr. Cic., de **Nat. Deorum**, I, 116: «*Est enim pietas iustitia adversus deos*»; o la fórmula de la *indictio belli* en Liv. 1, 32, 10: «*Audi Iuppiter, et tu, Iane quirine, diique omnes coelestes vosque, terrestres, vosque, inferni, audite: ego vos testor populum illum - quicumque est nominat - iniustum esse neque ius persolvere*». «Por lo que el *ius* era considerado [por los Romanos] vinculante también para el pueblo extranjero [...] como (virtualmente) válido para todos los pueblos» (Catalano, P., **Linee del sistema sovranazionale romano**, I, Turín, 1965, 37 y 43). (Con referencia a las palabras de Livio citadas en el texto, tal «virtualidad» explica la aparente contradicción entre *iura* que deben ser «dados» y que vinculan al pueblo extranjero constituyendo el presupuesto de la calificación jurídica, sea de su conducta, sea también de las armas romanas).

²² Considérese, v.gr. la importancia de la transformación de la expresión de CTh 2,1,10 «que viven bajo el Derecho romano y el común», en C. 1, 9, 8 «que viven bajo el Derecho romano común»: Catalano, P., **Ius Romanum**. cit., 548 n. 1.

²³ Cfr. Catalano, P., [Intervento introduttivo - *Seduta preliminare*] en A.A.V.V., **La nozione di «Romano»**, cit., p.XXIII.

fundamental. Su *principium* codificado constituye un impulso para una igualdad, en cuanto hombres, que siempre se debe buscar superando las divisiones.

Resulta interesante examinar qué sucede tanto durante el primer encuentro entre el Derecho romano y la realidad del Nuevo Mundo, como en el momento de la Independencia. Me limito a indicar algunos puntos de partida, muy parciales y limitados, pero que confirman la necesidad de un profundo examen ²⁴.

2. La Unidad de la Consideración Jurídica del Hombre en el Primer Contacto con el Nuevo Mundo: Prefiguración de una Sociedad sin Esclavos

A primera vista me parece que sería útil considerar algunos aspectos inherentes al debate que acompañó al acontecimiento del «descubrimiento» y de la «conquista» y que es sin duda, el más brutal; pero que, precisamente por su radicalidad se presenta particularmente revelador: el debate sobre la libertad de los indios, que llega a implicar el concepto de unidad o no de la naturaleza del hombre y su relación con el Derecho.

Resumo de manera esquemática los principales datos, por demás conocidos ²⁵:

²⁴ En cuanto a la segunda hazaña, cfr. primeros esbozos en Schipani, S. *Alcune osservazione sulla concettualizzazione giuridica dell 'uomo nel sistema romanista in Europa e in America Latina, Principi per un «codice tipo» di diritto delle persone per l'America Latina*. Actas del Seminario de Bogota, Bogota (en prensa).

²⁵ La literatura sobre el tema es abundantísima: v. recientemente las actas de los dos congresos: *La ética en la conquista de América (1492 - 1572)*, Salamanca, 1984; *I diritti dell'uomo e la pace nel pensiero di Francisco de Victoria e Bartolomé de Las Casas*, Milán, 1988.

Las primeras relaciones que Colón y los reyes de Castilla tuvieron con los indios, se presentaron sobre el presupuesto de la libertad de esta «gente» y su vasallaje político ²⁶.

²⁶ Cfr. **Las Capitulaciones concedidas por los Reyes Católicos a Colón, para descubrir en el Océano**, Santa Fe, 17 abril 1492 (reproducidas en Morales, Padrón, F., **Teoría y Leyes de la Conquista**, Madrid, 1979, 47 ss.) y la Carta de los Reyes Católicos a un Príncipe indeterminado de Oriente presentan a Colón como enviado suyo, 30 abril 1492 (reproducida en García Gallo, A. **Manual de historia del Derecho Español**, 2, **Antología de fuentes del Antiguo Derecho**, Madrid, N. 851), con las diferencias de enfoque a quien resultan adaptadas: la primera relativa «a islas y tierras firmes» que «se descubrirán o ganarán»; la segunda, relativa a un contrato con un pueblo y un poder político que se aceptan y, según la sistematización de Bartolo, *infra* en esta misma nota a título ejemplificativo, serían de ubicarse dentro de la última categoría, donde se hace referencia a *illi, de India*. Cfr. también, v. gr. **Diario del primer viaje de Colón** (según el extracto de Bartolomé de las Casas, reproducido parcialmente en García Gallo, A. **Fuentes cit.**, N. 852), y la Carta de Colón, anunciando la llegada a las Indias y a la provincia de Catayo (reproducida en Morales Padrón, F. **Teoría y Leyes cit.** 140 ss.), etcétera. Cfr. en contrario también las Bulas pontificias, y en primer lugar la **Inter cetera**, 3/5/1493 y 4/5/1493. Para la impostación general del sistema del derecho romano, con relación a la aplicabilidad del *ius civile*, el fundamento se constituye por la **Glossa ordinaria** (cap. 12 **ius Quiritium**, dist. 1, s vv. *quod nulli*) que afirma claramente: «También los paganos se someten al imperio romano: porque en efecto, el emperador es príncipe de todo el mundo». Esta afirmación general se articula posteriormente. Me parece interesante recordar v.gr. Bartolo De Saxoferrato (1314 - 1357) (**In primam Digesti veteris partem, in legem 1 post actiones, de rei vindicatione, § per hanc autem = D. 6, 1, 1,3**) que afirma: «Yo digo, que el emperador es señor (*dominus*) de todo el mundo... motivo por el que, si otros detienen el mundo, el emperador puede reivindicarlo», más adelante pone de manifiesto que el Emperador mismo se autolimita de hecho al imponer leyes a los gentiles con el fin de que no «se tome en broma a las leyes», es decir, que de su no-aplicación, la ley no se desvirtúa frente a sí misma. Además *Idem* (**In secundam ff. novi partem, in legem hostes, de captivis et postliminio, D. 49, 15, 24, n. 8 ed. Venecia, 1585, f. 20 v- b**) distingue: «Vosotros debéis saber que existen dos géneros de pueblos: al primero pertenece el pueblo romano y al segundo los pueblos extranjeros». En este ámbito reconocía una situación diferente: la de los griegos «quienes no reconocen que el Emperador Romano sea señor universal, sino que dicen que el señor de todo el mundo es el Emperador de Constantinopla», pero que no obstante pueden ser aliados, «como eran aliados nuestros los griegos contra los turcos»; después están los príncipes infieles: «como los tártaros, que dicen que el Gran Kan es señor universal: y los sarracenos, quienes dicen que su señor es señor de todo el mundo»; entre éstos sin embargo existe diferencia, porque con algunos, como con los tártaros, «estamos en paz y de hecho nuestros comerciantes acuden a ellos, y los suyos vienen a nosotros»; con otros «estamos en guerra declarada, como con los sarracenos y hoy con los turcos»; existen finalmente pueblos como «aquéllos de lo indio» con quienes no existen relaciones firmes: «con quienes no estamos ni en paz ni en guerra, ni en ninguna otra relación».

Para el *ius canonicum*, la doctrina de Sinibaldo de Fieschi, Papa Inocencio IV (-254) y de Enrique de Susa, Cardenal Ostiense (-1271), así como la filosofía de Tomás de Aquino (1225-1274) articulan una concepción paralela, que considera al Pontífice como «monarca universal de todos los pueblos cristianos, y *de iure* de todo el mundo» y para De Aquino Tomas (**Summa theologica**, II-II, q. 10 a 10): «La señoría y la supremacía son de derecho humano», y en consecuencia, si ellos preexisten puede también admitirse que «los infieles puedan tener supremacía y señoría sobre los

La esclavitud a la que vienen reducidos algunos indios, y el número de éstos que se incrementa rápidamente, hace surgir la pregunta: «¿Qué poder mío tiene el Almirante para dar a nadie mis vasallos?», según las palabras atribuidas a la reina Isabel ante la asignación de esclavos efectuada por Colón en el 1500, palabras que reflejan, sin embargo, el problema presente hacia ya cinco años, frente a los primeros actos de reducción a la esclavitud de indígenas y su envío para ser vendidos²⁷. El mismo hecho de detectar el problema y la solución

fieles», porque esta distinción es de derecho divino, «el derecho divino, que depende de la gracia, no elimina el derecho humano, que depende de la razón natural [...] Sin embargo, la Iglesia, que recibe su autoridad de Dios, puede decidir privar de tal señoría o supremacía [...] Pero no siempre la Iglesia actúa así, unas veces sí y otras no»; para Sinibaldo (*Apparatus, in cap., 8 quod super his, X, de voto et voti redemptione*, 3, 34, n. 1 - 4): «Señorías, posesión y jurisdicción, pueden existir con los infieles lícitamente y sin pecado [...] por eso decimos que no es lícito al Papa, o a los fieles despojar a los infieles de sus señorías o jurisdicciones, porque las poseen sin pecado»; mientras que para el Ostiense (*lectura in cap., quod super his, de voto*, n. 26): «A mí me parece que con la venida de Cristo toda magistratura, todo principado, toda señoría, toda jurisdicción [...] han sido despojadas a los infieles y transferida a los fieles», con la derogación por otra parte, que cuantos de ellos reconocen el *dominium* de la Iglesia pueden además «tener posesiones y colonos cristianos y también jurisdicción gracias a la tolerancia de la Iglesia» y que de este fundamento, madurado prevalentemente en cuanto toca a las relaciones con los turcos y a las cruzadas, han existido desarrollos novedosos, sobre todo en relación con las empresas marítimas del 1400, y en particular a las Canarias y a las hazañas políticas internas a la «*res publica gentium christianarum*».

En tercer lugar, la aplicabilidad tanto de las **Siete Partidas** 2, 1; 2.23 ss. y particularmente 2, 29; 4, 21 ss., relativas a «*De los Emperadores, e de los Reyes e de los otros grandes Señores*»; «*De la guerra de que deven fazer todos los de la tierra*»; «*De los captivos e de las sus cosas, e de los lugares que caen captivos, en poder de los enemigos*»; «*De los vasallos*»; etcétera, ya sea de otras leyes y principios que eran estrictamente ligados al debate general sobre el *ius commune* y varía con relación a las diversas impostaciones que se siguen de los supuestos del *bellum iustum*, a los patrones de los conceptos generales citados y de su desarrollo (cfr. v.gr. la amplísima glosa de Gregorio López a Particula 2, 23, 2 ad *Acrescentar el pueblo su fe*).

Cfr. para todo Bellini, P., *Bellum Romanum: sulla fondazione canonistica della crociata in Terra Santa*, en **La nozione di «Romano»** cit., 63 22.; *Idem*, *Dominus totius mundi. L'Imperatore dei romani e i popoli estranei al popolo romano (sec XII - XIV)*, en **Popoli e spazio**, cit. 247 ss.; Murillo Rubiera, F., *La Conquista de América y el derecho de gentes*, en **La Ética en la Conquista de América (1492 - 1573)**, en **Actas**, Salamanca, 1984, 14 ss.; Castañeda Delgado, P., *La ética de la Conquista en el momento del Descubrimiento de América*, en **La Ética**, cit., 37 ss.; García Gallo, A., *Las Bulas de Alejandro VI y el ordenamiento jurídico de la expansión portuguesa y castellana en África e Indias*, en **Anuario de Historia del Derecho Español**, 27 - 28, 1958, 461 ss.; *Idem*, **Manual** cit., par. 1185 s. y 2, **Antología de Fuentes**, cit., N. 844 - 848.

²⁷ Cfr. v.gr. la *Carta de los Reyes Católicos a don Juan de Fonseca, obispo de Badajoz y encargado de los asuntos de Indias (13 abril 1495)*, en García Gallo, A. **Analogía**, cit., N. 953; De Las Casas, B., **Historia de las Indias**, 1, caP., 176. En general, cfr. Ramos Pérez, D., *Las conquistas americanas anteriores a 1534 a la luz de la ética oficial*, en **La Ética**, cit., 133 ss.

en favor de la libertad de los indios, salvo para aquéllos capturados en buena guerra, se encuadraban dentro de los principios generales del derecho común civil y se apoyaban sobre el doble presupuesto lógico-dogmático de su vigencia en las relaciones con ellos y de la unidad de base, prevista por tal derecho, del *genus* «hombre» que se divide en *liberi* y *servi*, naciendo esta segunda condición de unos presupuestos de hecho típicos²⁸. La Real Cédula del 20 de junio de 1500, que disponía la libertad para todos los indios que Pedro de Torres tenía en depósito, es después un ejemplo de las dudas relativas a los abusos.

Las consecuencias extremas que el contacto con el sistema implicaba para la libertad de los hombres, ponían en movimiento un proceso de verificación de actos que se estaban cumpliendo, y de sus presupuestos²⁹. El reconocimiento inicial de la libertad de los habitantes de los territorios sometidos entonces, reiterada, implícita o explícitamente recordada con una primera producción de normas que, sobre la base de la opinión de los expertos, venían elaboradas para buscar traducir ese conocimiento en exactas disposiciones legales aptas para las

²⁸ Cfr. (**Partículo**, 4,21,1: «Servidumbre es postura, e establecimiento, que fizieron antiguamente las gentes, por lo qual los omes que eran naturalmente libres se fazen siervos e se meten a señorio de otro, contra razon de natura [...] E son tre maneras de siervos. La primera es, de los que cativan en tiempo de guerra, seyendo enemigos de la fe [...]», para sus fuentes cfr. **J. I.**, 3; **D.** 1, 5, 3. 4, y, para la limitación vinculada a la condición de «enemigos de la fe», la glosa que reenvía **Partículo** 2, 29, 1: «Entre los cristianos no se observa el derecho de aprisionar relativa a las personas capturadas en guerra». El origen de la prohibición de reducir a la esclavitud a los prisioneros de guerra cristianos se remonta, como se sabe, al III Concilio Lateranense de 1179.

²⁹ Esta prioridad de la problemática de los hombres la subraya también Murillo Rubiera, F. **La Conquista**, cit., 21: «De las dos grandes cuestiones que llenaron la llamada “Polémica Indiana”, la referente a la legitimidad de los títulos para las conquistas, de un lado, y, de otro, la licitud de las acciones contra los indios, pese a la estrecha vinculación existente entre ellas», fue esta última la que suscitó «dificultades inmediatamente». Él así puntualiza que es el hombre quien debe ser tutelado, el factor impulsor, históricamente prioritario en la dinámica del sistema. Pérez-Prendes, J. M., *La solución legal de la «duda indiana»*, en **La Ética**, cit., 497 s. Complementariamente sintetiza: «Las cuestiones concretas y sucesivas con la que se enfrentará el Derecho indiano desde 1512 al menos, serán reducibles a una sola, el estatuto jurídico que los Reyes de Castilla deban reconocer al indio americano [...] todas las facetas que integran el mosaico de la gigantesca perplejidad jurídico-política a la que llamamos la “duda indiana” deben ser orgánicamente concebidas a través del hilo conductor que en última instancia las liga, la construcción de un estatuto jurídico aplicable al indio, tanto en el plano jurídico-público como en el jurídico-privado».

circunstancias particulares que se presentaban. La observancia de tales normas, entre las cuales las más orgánicas, son ciertamente, las llamadas **Leyes de Burgos** de 1512-1513 y la redacción de la nueva formulación del Requerimiento, hubiera hecho posible la esclavitud a condición de que se sujetara a los principios del sistema del derecho común ³⁰.

Pero el mismo esfuerzo de precisar los presupuestos necesarios en las nuevas circunstancias y la noticia de las situaciones que derivaban de la aplicación de las normas dictadas, o de su inaplicabilidad, venían a involucrar también la reconsideración de los mismos principios: Se desarrollaba lo que viene calificado como el debate de los «justos títulos», «la duda indiana» ³¹. Aquella concepción del «derecho común había resultado insuficiente para resolver los problemas planteados» ³². Aquella concepción del Derecho romano común, en su dimensión de *ius civile* y de *ius gentium*, no parecía ser suficiente y se presentaba la cuestión nuevamente, de si era necesaria una relectura.

³⁰ Cfr. *Las Ordenanzas para el tratamiento de los indios (leyes de Burgos) del 1512-1513 y la redacción de la Nueva formulación del Requerimiento* en Morales Padrón, F. **Teoría y Leyes**, cit., 303 ss.; 329 ss. García Gallo, A. **Fuentes** cit., N. 965 y 860; al N. 859 v. también el *Informe emitido por la Junta de teólogos y juristas reunida en Burgos en 1512*, según el texto referido por De Las Casas, B., **Historia**, cit., 3 cap 8. En cuanto se refiere al Requerimiento, cfr. Ramos Pérez, D., **Las conquistas**, cit., 140 ss. La producción normativa es abundantísima; cfr. una reseña en Muro Orejón, A., *Normas de justicia de las guerras contra los Indios*, en **La Ética**, cit., 561, y en cuanto a la guerra contra los indios caribes, 555 ss. Para el examen de los presupuestos que originaban la esclavitud, cfr. Ramos Pérez, D. **Historia de la colonización española en América**, Madrid, 1947, 284 ss., y más analíticamente Seco, J.A. **Historia de la esclavitud de los indios del Nuevo Mundo**, La Habana, 1932.

³¹ En cuanto al pensamiento de Alonso de Loaysa, Matías de Paz, Juan López de Palacios Rubios, Bernardo de Mesa, Martín Fernández de Enciso, Juan de Quevedo, Miguel de Salamanca, etcétera, cfr. síntesis en García y García, A. *La ética de la Conquista en el pensamiento español anterior a 1534*, en **La Ética**, cit., 77 ss.; para Cayetano, cfr. De La Hera, A., *La ética de la Conquista en el pensamiento europeo anterior a Vitoria*, en **La Ética**, cit., 125 ss. En cuanto a la polémica llamada generalmente como de los «*justos títulos*» y de la «*duda indiana*» etcétera, con relación a la cual destacan las aportaciones de Francisco de Vitoria, Diego de Chaves, Vicente Barrón, Domingo de Las Cuevas, Diego de Covarrubias, Domingo de Soto, Melchor Cano, Ledesma, y en general las de la Universidad de Salamanca, cfr. Pereña Vicente, L., *Respuestas universitarias a la «duda indiana»*; Hernández Martín, R., *Revisionismo de Francisco de Vitoria: hipótesis de la conquista*; Brufau Prats, J., *La primera generación de la Escuela de Salamanca: Soto, Cano, Covarrubias*; Pérez Fernández, J., *Análisis extrauniversitario de la Conquista americana en los años 1534-1549*, en **La Ética**, cit., respectivamente p.177 ss.; 201 ss.; 223 ss.; 239 ss; Hernández Martín, R., *Francisco de Vitoria en la crisis de su tiempo*; Pereña Vicente, L., *La escuela de Francisco de Vitoria en la promoción de la paz*, en **I diritti dell'uomo**, cit., respectivamente 31 ss.; 81 ss.

³² González, M. del Refugio, *El descubrimiento de América y el derecho*, en **El Descubrimiento**, cit., 95.

En este contexto de examen general, también de las doctrinas y de los principios relativos, alguno pone en duda la misma idoneidad de los indios para la libertad, confirmada en la misma legislación. Se examinan una serie de casos de los que se tenía conocimiento, sobre su comportamiento, organización y costumbres, de las cuales, se deduce, implícita o explícitamente, la calificación de los mismos indios como «incapaces», «viciosos», «bárbaros» y «brutos». Se intenta justificar la no-aplicación, los abusos o las violaciones de las leyes existentes con base en las consideraciones tradicionales (v.g. la incapacidad), pero reinterpretadas innovadoramente; o basándose en consideraciones nuevas o extrañas al sistema. Se afirma la necesidad de normas que reducen gravemente tal libertad, o la niegan completamente a aquellos que son «esclavos por naturaleza», según la división de los hombres de la que se le atribuye la paternidad a Aristóteles³³.

Consideremos argumentos contrapuestos como, por ejemplo:

«según se á visto por luenga ispiencia [...] de su natural son inclinados a ociosidad y malos viçios»; «Agora nos somos informados que los dichos caçiques e indios [...] se han fecho tan capaces y tienen tanta habilidad que podrán bivar por si politica y hordenadamente»; «no merecen libertades [...] comen carne humana [...] son como asnos, abobados, alocados, insensados [...] no son capaces de doctrina ni castigo [...] en fin digo que nunca crió Dios tan cocida gente en vicios y bestialidades sin mezcla de bondad y policia»; «diciendo que eran bestias y que tenían pecados e que Dios los había sentenciado y que todos perecerían»; «los tardíos y perezosos de entendimiento [...] son por naturaleza siervos y es justo y útil que lo sean»; etcétera³⁴.

³³ Cfr. el conocidísimo pasaje de la *Política*, 1, 5, 1254 b, 16 ss.

³⁴ Respectivamente: el prólogo de las cit. *Leyes de Burgos*; el prólogo de la *R. Provisión de la Reina Juana y de su Hijo Carlos V al Lcdo, Rodrigo de Figueroa, juez de residencia de la isla Española (9 diciembre 1518)*, en García Gallo, A., *Fuentes*, cit., N. 968; Ortiz, Tomás y De Betanzos, Domingo, ambos cit. en Hanke, L., *La lucha por la justicia en la conquista de América*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, respectivamente 97 y 122; Gines de Sepúlveda, J., Mair, Juan. Esta última «*opinión diabólica*» es presentada como difundida por ejemplo por Dávila Pradilla, A., *Historia de la fundación y discurso de la provincia de Santiago de México, de la Orden de Predicadores y cosas notables de la Nueva España*, Madrid, 1595, 109; Remesal, A., *Historia de la Provincia de San Vicente de Chiapa y Guatemala de la esclarecida Orden de nuestro Glorioso Padre Santo Domingo de Guzmán*, Madrid, 1619, 140, que cito de Lobato Casado, A., *El Obispo Garces, O.P., y la Bula «Sublimis Deus»*, en *Los Dominicos y el Nuevo Mundo*. Actas del Congreso. Sevilla 1987, Madrid, 1988, 749. Cfr., sobre Sepúlveda, Andreotti, R., *La Teoría del «bellum iustum» en Juan Ginés de Sepúlveda antagonista de Las Casas y Cappagli*, P., *Juan Ginés de Sepúlveda e il descubrimiento*, en *I Diritti dell'uomo*, cit., respectivamente 173 ss.; 247ss.

Las palabras de la conocidísima homilía del IV domingo de Adviento de 1511 de Fray Antonio de Montesinos: «¿Con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿estos no son hombres? ¿no tienen ánimas racionales?»³⁵, son el testimonio del núcleo de un problema nuevo, y si no fuera una cita textual y fuera más bien una reformulación posterior de Fray Bartolomé de las Casas³⁶, a mayor razón representarían el meollo. La exacta concepción filtrada del largo debate, y retóricamente traída a colación con toda su fuerza³⁷, es la unidad de base del concepto de hombre, propia del sistema, que reacciona; ella constituye el núcleo contra el que se enfrentan las diversas especulaciones.

Los puntos de arriba más significativos me parecen, la Bula pontificia **Sublimis Deus** del 2 de junio de 1537 y las llamadas **Leyes Nuevas** de 1542.

La primera responde a la conocidísima afirmación:

«que los indios como verdaderos hombres, no solamente son capaces [...] los referidos indios y todos los demás pueblos que en adelante vengán al conocimiento de los cristianos, aunque se encuentren fuera de la fe de Cristo, no han de estar privados, ni se han de privar de su libertad, ni del dominio de sus cosas»³⁸.

Se confirma la existencia de la unidad de la categoría jurídica de «hombre» afirmando incidentalmente el perfeccionamiento en los indios del presupuesto de hecho, necesario para englobarlos. Y se subraya las inmediatas consecuencias jurídicas sobre su libertad, disfrute

³⁵ Cfr. De Las Casas, B., **Historia**, cit., 1, 3, 4.

³⁶ Cfr. las dudas sobre la lectura por parte de Antonio de Montesinos de un texto escrito, expresadas por García y García, H., **La Ética**, cit., 78 ss.

³⁷ Más allá de cierta terminología e imágenes retóricas, de hecho no se negaría la naturaleza humana a los indios, pero se buscaría acreditar una pluralidad natural de categorías de hombres: cfr. Ortega y Medina, J. A., *La novedad americana en el Viejo Mundo*, en **El Descubrimiento**, cit., 25 ss.

³⁸ Como se sabe, ésta es la traducción de B. de las Casas, que ha circulado, puesto que el texto latino original permaneció inaccesible por siglos debido a la oposición que presentó Carlos V y de la que obtuvo el retiro. Cfr. en particular Lobato Casado, A., **El Obispo Garcés, O.P.**, cit. 739 ss. véase también 791 ss. el texto de la Bula, que es reproducida también por García Gallo, A., **Fuentes**, cit., N. 956.

de bienes y por lo tanto, la calificación jurídica de la ocupación de sus tierras y de las otras cosas; de la guerra, etcétera.

La segunda, constituye un renovado esfuerzo de traducción en un complejo orgánico de disposiciones, destinadas a la aplicación, de la ininterrumpida línea del derecho común; de su concepto unitario de hombre, que por lo tanto, no se modifica, pero que sí viene conscientemente readquirido. Con base en esto, se afirma la libertad natural de los indios. Reaccionando ante las citas polémicas y en conformidad, con el documento pontificio, éste adquiere un dinámico y mayor pulso.

En efecto, para el Nuevo Mundo, se da un paso adelante desde el punto de vista normativo, porque, madura en las relaciones con los indios, la prohibición general de reducirlos a la esclavitud, por cualquier causa ³⁹, prohibición que en el sistema ya existía para las relaciones entre cristianos (v. *supra*), y que ahora no requiere más

³⁹ Cfr. las *Leyes nuevas de Indias*, en Morales Padrón, F., **Teoría y Leyes**, cit., 421 ss.; v. especialmente cap., 20- 25. V. también la ya citada R.P., dada en Madrid el 2 de agosto de 1530, y dirigida a las Reales Audiencias de Santo Domingo y México, en que «para evitar los extraordinarios abusos ocurridos, consultado el Consejo de Indias, ordena el emperador que aunque sea en guerra justa, y mandada por el Rey, nadie cautive a los indios ni los tenga por esclavos, revocando todas las licencias anteriores [...] en cuanto a los indios esclavos de sus caciques, la R.P., dada en Fuensalida a 26 de octubre de 1541, manda que nadie compre, ni rescate estos indios. Y de la misma fecha otra R.P., que ordena que los caciques, ni principales no puedan hacer indios esclavos» (Muro Orejón, A., **Normas de justicia**, cit. 561 s. con remisión a la **Copulata de las leyes de Indias**, Col. Doc. de Ultramar, 1530, 1531, 1542 y 1552 ley 13, I del III, tomo II, p.171, y a De Encina, D., **Cedulario Indiano**, 4, 364-367); En cuanto a esta R.P., cfr. también Pérez-Prendes, J.M., *La solución legal de la duda indiana*, en **La Ética**, cit., 501; cfr. además **Rec. de Indias**, 6, 2, I nota con la serie de los antecedentes de la promulgación ahí referidos. No examino en este trabajo la resistencia que suscitaron las Leyes Nuevas, las modificaciones que sufrieron y todas las sucesivas reafirmaciones de la disposición citada, ni a las numerosas derogaciones dictadas para situaciones diversas, que vienen emanadas o que estuvieron vigentes por mucho tiempo, cfr. Pérez Prendes, J.M., **La solución**, cit., y **Rec. de Indias**, 6, 2, 12. 13.

de tal presupuesto de orden religioso, y por tanto se extiende a todos con base en la sola naturaleza humana apta de recibir la fe ⁴⁰.

Las normas que han sido emanadas, a lo largo de contradicciones e incertezas, expresan un enfrentamiento directo con una condición humana concreta que se quiere regular; que en la pasión de las circunstancias históricas también se distorsiona; que se intenta descifrar, pero de la cual no se puede llegar a prescindir, en cuanto se sostiene que el hombre tiene un significado jurídico intrínseco esencial respecto a un orden al cual presupone la vigencia.

Ellas se apoyan sobre la base constitutiva del sistema del Derecho romano, y utilizan las diversas perspectivas, presentes en sus articulaciones, en *ius naturale, ius gentium, ius civile* (J. 1, 2 pr.-2; D. 1, 1, 1, 2-4). Es el Derecho romano que se quiere hacer efectivo en las nuevas relaciones, sobre la base del principio de la natural y esencial igualdad de todos los hombres, que eran ya potencialmente incluidos, y frente a los cuales era, por tanto, fundamental la necesidad de valorar en términos de justicia, todas las acciones que venían realizándose. Se renueva y actualiza en modo global la experiencia que el actuar frente a lo desconocido, debía ser acompañado de una «pre-comprensión» de esto, en términos jurídicos que, en un universo en el cual se tiene como vértice la divinidad, permitiese con

⁴⁰ De Solórzano Pereira, J., **Política Indiana**, 1648 1b.2 cap.1, así resume aquel histórico debate (10): «y para convencer a los que los tenían por tan bárbaros ó brutales que aún les hacían indignos del nombre de hombres racionales, y en esto fundaban, ó con esto tiránicamente introducían su esclavitud, escribió larga, docta, y no mal limada carta en latín D. Fr. Juan Garcés [...] a la Santidad del Papa Paulo III [...] en que con vivas razones, y eficaces exemplos, procura mostrar cuánto se engañan los que siembran tan mala doctrina (11), un Breve [...] en substancia declara que es malicioso, y procedido de codicia infernal, y diabólica, el pretexto que se ha querido tomar para molestar, y despojar los Indios, y hacerlos esclavos, diciendo que son animales brutos (13) Pero, como ya llevo dicho, el cuidado de nuestros Reyes tenía prevenido, declarado y mandado esto con particular aprietos, como se puede ver [...]» (18). No se puede pasar en silencio el capítulo, de las que llamaron **Nuevas Leyes**, del año 1542, que ciñendo todo esto con gran generalidad de palabras; «dixo las que se siguen»: [*Ítem*] ordenamos y mandamos, que de aquí adelante, por ninguna causa de guerra, ni otra alguna, aunque sea só título de rebelión, ni por rescate, ni de otra manera, no se pueda acer esclavo Indio alguno».

ello una relación de justicia, fundada en la «perenne superación de las barreras étnicas»⁴¹.

Este debate, estas normas, esta concepción del derecho por los hombres, «por causa de los cuales ha sido constituido», no impidieron que las viejas relaciones se llevaran a los nuevos territorios, esclavos y esclavitud; tampoco impidieron que surgieran otras *divisiones* de los hombres⁴². Sin embargo, éste fue un dique para el surgimiento de nuevos esclavos y una nueva esclavitud, inmodificable, fundada sobre la naturaleza; y colocaron en la base del sistema, conscientemente, el fundamento del rechazo de la esclavitud.

La novedad de este Nuevo Mundo elevó a un primer plano la normativa emanada directamente de la *natura*⁴³: «Todos los hombres al

⁴¹ Cfr. las referencias ya desarrolladas *supra* y bibliografía citada.

Sobre la raíz de otros principios, como el de la soberanía popular, el derecho de resistencia, la licitud del tiranicidio, sobre las que ha reflexionado la Segunda Escolástica Española (F. Suárez; Mariana, etcétera), en este trabajo no resulta posible ni siquiera hacer una referencia.

⁴² Es la normativa que emana de la supuesta incapacidad que se presenta extremadamente ambigua: para algunos aspectos se resuelve efectivamente con la exoneración de la observancia de la norma, o en instituciones de tutela de la parte «débil» (cfr. García Gallo, A. **Manual**, cit., § 1277 y 1280; Castañeda Delgado, P., *La condición miserable del indio y sus privilegios*, en **Anuario de Estudios Americanos**, 28, 1971; Cattán Atala, A., *El derecho romano como derecho singular de los Indios en la «Política Indiana» de Solórzano y Pereira* ponencia presentada en el VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Santiago, 1992 (actas en preparación); desde otros puntos de vista, en cambio provoca graves limitaciones de la libertad, como en la disposición sobre los repartimientos y sobre las encomiendas (cfr. García Gallo, A., **Manual**, cit. § 1281 ss.; Pérez Prendes, J.M., **La solución**, cit., 498 ss), y preocupaciones encaminadas a garantizar la libertad y más adelante, sobre todo la justa reglamentación del trabajo que, me parece, individualizan una nueva rama del derecho, precisamente el del trabajo (cfr. Schipani, S., *Parole di saluto*, in **Principi per un «codice tipo» di diritto del lavoro per l'America Latina**, bajo la supervisión de Perone, G.-Schipani, S., Padua, 1993).

⁴³ No se puede dejar de recordar que, en la misma época, en la consideración jurídica del hombre, en Europa en cambio, se verificaba una ruptura entre «naturaleza» y «derecho»: baste recordar los desarrollos emanados de posiciones como la de Donellus (1517-1591): «*Servus [...] homo est, non persona; homo naturae, persona iuris civilis vocabulum*» (**Comment. de iure civili**, 1b. II, cap., 9), en general para todos Coing, H., **Zur Geschichte des Privatrechtssystems**, Francfort Francfort/M, 1962; *Idem*, **Europäisches Privatrecht**, Francfort/M., 167 ss; Orestano, R., **Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano**, I, Turín, 1968 cuya primera parte es reproducida, con otros artículos interesantes para el tema, en *Idem*, **Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche**, Bologna, 1978. Cfr. después Schipani, S., **Alcune osservazioni**, cit.; Catalano, P., *Alle radici del problema delle persone giuridiche*, en **Rassegna di Diritto Civile**, 1983, 941 ss.; *Osservazioni sulla «persona» dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, en **Rass. Dir. Civ.**, 1988., 45 ss. (reproducidas ambas en ID., **Diritto e persone**, cit., 163 ss.; 195 ss.; Busnelli, F.D., *Il Diritto delle persone*, en A.A.V.V., **I 50 anni del codice civile**, con consideraciones sobre las consecuencias en la dogmática de los códigos.

principio nacen libres» (J. 1, 2, 2) y ha hecho madurar la prohibición que viniera aplicada a los hombres, que allí se encontraran, la normativa relativa a la esclavitud, que había sido creada «por exigirle el uso y por las necesidades humanas» (J. 1, 2, 2), uso que ya había sido interrumpido entre los cristianos (en quienes ya vivía el «hombre nuevo»⁴⁴). Tal novedad manifestó la imposibilidad de extender la normativa sobre la esclavitud a las nuevas relaciones entre los hombres y la encerró dentro de las viejas relaciones del viejo universo; ha prefigurado un Mundo de hombres, en donde la esclavitud fuera erradicada, y en el cual se valorase la convivencia de los pueblos. Me refiero, a las disposiciones de Carlos V de 1530 y de 1555, relativas a las «formas de vivir de los indios» [Rec. de Indias 2, 1, 4; 5, 2, 22] y a la teoría de las dos repúblicas en la Instrucción de Cañete de 1556⁴⁵.

Esto no se mantuvo sin consecuencias.

3. Una Sociedad sin Esclavos por la Independencia y el Reconocimiento General de la *Civitas sine Suffragio*

En esas mismas tierras del Caribe, en el momento de la Independencia vemos otra hazaña de lo que sucede con la concepción unitaria de la persona, que se conecta íntimamente con lo ya visto.

La Independencia, en efecto, se coloca precisamente allí: como afirmación de aquel mundo en donde la esclavitud fue abolida. y con ella la correlativa calidad de extranjero (por el principio por el cual el ciudadano no puede ser esclavo, sólo de la existencia de extranjeros puede nacer la esclavitud), por lo que madura en la nueva codificación el reconocimiento a todo hombre del goce de sus derechos civiles. La percepción concreta de la unidad de los tres significados clásicos de *libertas* conforma el modelo deseado, con base en la relación antigua entre *libertas* y *civitas* (v. *supra* la referencia, por ejemplo, a la

⁴⁴ Efe. 4, 24; Col.3, 10 etc.; cfr. *supra*.

⁴⁵ Cfr. Morales Padrón, F., *Teoría y Leyes*, cit., 461 ss. y Pérez-Prendes, J.M. *La solución*, cit., 505 s.

eficacia de la *manumissio*), en donde *civitas* implica también independencia y democracia ⁴⁶.

A.- La revolución de los «jacobinos negros» de Saint Dominique (luego Haití, desde 1804) fue inspirada por la Revolución Francesa, pero entra en confrontación con ella, el motivo de la colisión, el signo de contradicción: la esclavitud ⁴⁷.

La esclavitud en Saint Dominique, es el resultado de múltiples derrotas de la concepción jurídica unitaria de persona. Como ha sido detalladamente precisado, era la esclavitud moderna en donde el dato numérico se combinaba con el prejuicio de una jerarquía de razas en una confusión entre raza negra y condición servil donde el color de la piel se convierte en sello indeleble de su inmodificable ⁴⁸ condición servil y también de la esclavitud en un territorio dominado.

⁴⁶ Martín, P.M., *Esclaves*, cit., 195, observó en líneas generales que: «La palabra libertad significa tanto independencia nacional, en el sentido de dominación extranjera; como independencia personal, en contraposición a esclavitud; y como pleno ejercicio de los derechos civiles, en contraposición a toda forma de monarquía», tendiendo a coincidir, en este último significado, con ciudadanía (*libertas* en oposición a *dominatio*; *libertas* en oposición a *esclavitud*; *libertas-civitas* en oposición a *regnum*), y también ha puesto de relieve que «en las colonias, durante el período revolucionario, la interferencia entre los diversos significados de la palabra “libertad” llegó a su culmen y, en Haití por lo menos, los llevó a confederarse» (p.212).

⁴⁷ Cfr. Mariñas Otero, L., *Las Constituciones de Haití. Recopilación y Estudio preliminar*, Madrid, 1968, 14 ss.; Martín, P., M., *Esclaves ou citoyens? La référence à Rome dans le débat sur les esclaves noirs avant et pendant la Révolution française en La nozione di «Romano»*, cit., 195 ss.

⁴⁸ Martín P.M., *Esclaves*, cit., 201 ss; cfr. también Mariñas Otero, L., *Las Constituciones*, cit., 13. En 1789 la isla era habitada por más de 630,000 esclavos negros, 30-35,000 mulatos, 25 a 35,000 «*petit-blanc*», proletariado blanco de artesanos y trabajadores de las plantaciones, 800-1000 propietarios blancos de plantaciones de caña de azúcar y café.

El factor racial estaba seguramente presente en la raíz de la prohibición de toda manumisión sancionada en 1790, que encuentra sus antecedentes en toda una línea de restricciones respecto al derecho romano. Constituye un claro documento a este respecto el *Code Noir* de Colbert de 1685, que dispone (artículo 56) que el esclavo podía ser manumitido sólo después de 20 años de esclavitud sin fugas (posteriores limitaciones fueron añadidas en 1713, al establecer el requisito de la autorización escrita del Gobernador o del Intendente de la Colonia). Al respecto subraya Martín (*loc.cit.*): «La segunda diferencia entre la esclavitud antigua y la esclavitud moderna se refiere a la relativa facilidad con la que el esclavo antiguo, al menos en Roma, podía ser liberado. Tal facilidad sólo se encuentra en las colonias españolas, que, en vísperas de la revolución francesa, contarán más los liberados que los esclavos. En la misma época, en las colonias francesas en cambio, se encontraba un liberado por cada veinte esclavos. No hablamos de las colonias inglesas donde la proporción disminuía a uno por cada sesenta y cinco» en términos generales, sobre el tema «jerarquía de razas», cfr. Deschamps, H., *Histoire de la Traite des Noirs de l'Antiquité à nos jours*, Paris, 1971; Duchet, M., *Anthropologie et histoire au Siècle des Lumières*, Paris, 1971; Meyer, J., *Les européens et les autres, de Cortès à Washington*, Paris, 1975.

Para la abolición de la esclavitud, afloran contrastes profundos en el seno de la Revolución francesa; la dinámica de la voluntad de igualdad retrocede y es necesario un rescate de la plenitud de su significado⁴⁹. Como es sabido, el fundamento jurídico-ideológico de los derechos de los esclavos estaba contenido en los artículos 1 y 2 de la Declaración⁵⁰. Pero en tales artículos, y particularmente en el artículo 2, estaban también contenidas las bases para un contraste, pudiéndose contraponer libertad y resistencia a la opresión, a la propiedad, en un contexto cultural y continental explosivo («barril de pólvora», según la expresión del marqués de Rouvray, en su carta del 25/12/1785⁵¹).

El decreto de la Asamblea Constituyente del 15/5/1791 garantiza a los propietarios contra la supresión de la esclavitud y el del 24/9 del mismo año remite a la Asamblea de las colonias la competencia para elaborar las leyes sobre el estado de las personas «*non libres*»⁵².

El complejo proceso revolucionario que estalla en Saint Dominique la noche del 22-23/8/1791, desemboca en la declaración del 29/8/1793 de abolición de la esclavitud por obra de Santhonax,

⁴⁹ Martín, P.M. *Esclaves*, cit. observa con precisión que: «Las Asambleas revolucionarias [...] intentan eludir las consecuencias políticas, económicas y sociales de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano».

⁵⁰ Artículo 1 ya mencionado *supra*; artículo 2: «El fin de toda asociación política es la salvaguardia de los derechos naturales e imprescriptibles de los hombres; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión».

⁵¹ Cit. en Martín, P.M., *Esclaves*, cit., 201.

⁵² Inútilmente Robespierre había denunciado que: «Desde el momento en que, en uno de vuestros decretos, sea pronunciado el término “esclavo”, vosotros habréis pronunciado tanto vuestro deshonra como el revés de vuestra Constitución» (*Discours à l'Assemblée Constituante, 12/ 5/ 1791* «*Sur la condition des hommes de couleur libres*», cit. en Martín, P.M. *Esclaves*, cit., 197). La misma «*Société des Amis des Noirs*» procedió a través de oscilaciones e incertezas y Brissot llegaba a precisar que él y sus amigos «Sólo solicitaban la abolición del comercio de negros, porque esto llevaría inevitablemente a que los plantadores trataran mejor a los suyos. No sólo la “*Société des Amis des Noirs*” en este momento no solicitaba la abolición de la esclavitud, sino que temía que fuera propuesta. Los negros no estaban aún maduros para la libertad: era necesario prepararlos para ella». (Brissot, *Le patriote français*, 24, 24/8/1789, cit. en Martín, P.M. *Esclaves*, cit. 214).

comisario de la Asamblea Legislativa, quien armaba a los ex-esclavos liberados haciéndolos ciudadanos que defendían su propia libertad⁵³. Las contradicciones no habían terminado. En la fase sucesiva, la lucha, que inicialmente había sido realista, llega a incluir también el objetivo de la libertad como independencia del país⁵⁴ que, después de la desastrosa expedición del general Leclerc, concluida con la evacuación de las últimas tropas francesas el 4/12/1803, es declarada el 1/1/1804 y representa la dimensión comunitaria e internacional de la primera; complemento históricamente necesario⁵⁵. A ésta se acompaña una radical reforma agraria, «primera reforma agraria de América» implementada «a raíz de la independencia»⁵⁶, que completa la correspondencia con el modelo de una sociedad de ciudadanos libres.

La idea de una jerarquía de las razas viene a ser combatida con la revolución de Haití que la transforma simbólicamente y polémicamente, y que llega a constituir así, un signo para su plena superación⁵⁷ y que

⁵³ «La esclavitud quedaba abolida por primera vez en un país americano» (Mariñas Otero, L., **Las Constituciones**, cit. 15).

⁵⁴ El lluvioso 16 del año II (1794) la Convención ratificaba sustancialmente la providencia de Santhonax, pero la ley 30 floral del año X (20/5/ 1802) ratificaba la esclavitud, y a continuación se efectuó la desastrosa expedición del general Leclerc, con un ejército de 25,000 hombres.

⁵⁵ Mariñas Otero, L., **Las Constituciones**, cit. 21 s.

⁵⁶ Mariñas Otero, L., **Las Constituciones**, cit., 22. Cfr. Decreto 2/ 1/ 1804 y artículo 33 Const. del 1816; Ley agraria del 1814; v. **Code Domaniale. Contenant les Lois et Actes relatifs aux droits de propriété en Haïti, à l'Arpentage et au Notariat, 1804-1930**, supervisión de Nau, M., Port-au Prince, 1930.

⁵⁷ La Constitución de 1801 prevé (cito de Mariñas Otero, L., **Las Constituciones**, cit., 107 ss): artículo 3: «No podrán existir esclavos en este territorio [...]»; artículo 4: «Toda persona, cualquiera que sea su color, será admitida a todos los empleos»; artículo 5: «No existe otra distinción que la de las virtudes y de los talentos [...]». Y son éstos mismos principios los que vuelven a ser formulados a causa de la tensión del conflicto, en la Constitución de 1805, así en los artículo 2: «La esclavitud queda abolida para siempre»; artículo 9: «Nadie es digno de ser haitiano, si no es buen padre, buen hijo, y, sobre todo, buen soldado»; artículo 12: «Ningún blanco, cualquiera que sea su nacionalidad, podrá poner los pies en este Territorio, a título de amo o de propietario y no podrá, en el futuro, adquirir en el mismo propiedad alguna»; artículo 13: «El artículo precedente no surtirá efectos ni con respecto a las mujeres blancas naturalizadas haitianas por el Gobierno ni respecto a sus hijos presentes o futuros: Se incluyen en las disposiciones del presente artículo a los alemanes y polacos naturalizados por el Gobierno» (La segunda parte del artículo se refiere a los soldados del ejército francés que se pasaron a la causa de la independencia de la isla); artículo 14: «Todas las distinciones de color deben necesariamente cesar entre los hijos de una misma familia cuyo padre es el Jefe del Estado. Los haitianos sólo serán conocidos en adelante bajo la denominación genérica de negros» (V. también los artículos 1, 18, 27 y 28 de la Const. del 1806).

encuentra su cimiento en una clara jerarquización, en nombre de la persona, entre libertad, resistencia a la opresión y propiedad, y además en el estrecho nexo entre libertad de la persona y del pueblo.

El **Code Napoleón** fue adoptado el 27/3/1825 por Haití, con ligerísimas modificaciones, y entró en vigor el 1/5/1826, después de diez años, en los cuales, con un acto del Presidente de la República, se había recomendado a los jueces la aplicación en todos los casos en que esto fuera posible⁵⁸. Tal adopción fija la unificación de la «persona» (aquella que con la terminología pandectística ha sido calificada «unificación del sujeto de derecho» y «realización de la capacidad jurídica general») y, así mismo, con sus límites al reconocimiento de la capacidad jurídica igual para todos los hombres, expresa, por tanto, el específico contenido de este proceso revolucionario⁵⁹.

⁵⁸ Cfr. Blanchet, M., *Notice sur la législation civile en Haïti*, en De Saint-Joseph, A., **Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Français**, Bruxelles, 1852, 318; Leger, A.N., *L'influence du Code Napoléon à Haïti*, en **Le droit français. Livre souvenir des Journées du droit civil français**. Montreal, Paris, 1936, 755 ss.

⁵⁹ También el **Código Napoleón** no prevé tal capacidad general para todos los hombres, puesto que subordina el goce de los derechos civiles del extranjero a lo previsto en los tratados firmados por Francia con la nación a la cual pertenecen (la llamada reciprocidad diplomática); y se ha comentado que tal negación representaba «una reincidencia en los principios del *Ancien Régime*» (H. Conrad, *Individuo e comunità nel diritto privato del XVIII e del principio del XIX secolo*, en **Nuova Rivista di Diritto Commerciale**, 9, 1956, p.1. 31 ss.).

La unificación se habría alcanzado mejor por el ABGB en el parágrafo 16: «*Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als ein Person zu betrachten*». («Todo ser humano nace con los derechos que la razón ha hecho evidentes y, por ello se le considera persona»).

Pero también se ha observado que la «unificación» y la «generalización» en el ABGB derivan de una «Permanente voluntad sistemática», no de la «voluntad revolucionaria» de la «Nación igualitaria» que, en cambio, «ha hecho posible que el texto de su código asumiese aquel tinte general y supranacional, sobre el que se sostiene su marcha victoriosa por el mundo del siglo XIX» (Wieacker, F., **Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung**, 2 ed., Göttingen, 1967, 343 s.).

Efectivamente sostengo que podemos, y debemos, leer tales normas del Code a la luz del Derecho Romano antiguo (cfr. Nicolet, C., *Citoyenneté française et citoyenneté romaine: essai de mise en perspective*, en **La nozione di «romano»**, cit., 145 ss; Benoehr, H. P., *Le citoyen et l'étranger en droit romain et en droit français et l'étranger dans la Constitution de 1791 et le Code civil*, en **Index**, 14, 1986, 109 ss.) y en particular sostengo que el artículo 11 debe ser leído a la luz de la lógica de la Revolución: «No es para esta pequeña parte del globo que se llamó Francia, para quien hemos realizado la conquista de la libertad» (Debate en la Asamblea Constituyente cit., en Benoehr, H. P., **Considerations**, cit., 112 y n. 14. Me parece de gran interés la interpretación de quien hoy sostiene que las limitaciones establecidas en el Code no se refieren a los derechos humanos: cfr. Maury J.-Legarde, P., *Etranger*, en **Enc. Dalloz. Répertoire de Droit Civil**, 2 ed., IV, Paris, 1972, concretamente los números 39-59).

B.- Un momento fundamental lo constituye, evidentemente, la obra de Bolívar.

Como es sabido, Bolívar encontró en Haití gran ayuda, por parte de Petion: hospitalidad; apoyo material y militar; pero también el estímulo para una profunda revisión ideológico-política. Pasado el fracaso de la lucha simplemente independentista de la primera y de la segunda *República de Venezuela*, en Haití, Bolívar madura el descubrimiento de lo que podría definirse la «dimensión interna» de la revolución anticolonial⁶⁰, la solidaridad de los tres niveles de la *libertas* de la que ya se ha señalado. Así, desembarcado en el puerto de Juan Grieco, gracias a la ayuda de Haití, Bolívar decreta en Carúpano el 3/6/1816 la libertad de los esclavos que se unan a la causa republicana, y sucesivamente, a Ocumare de la Corte, él ratifica tal libertad en una proclama dirigida a los habitantes de la provincia de Caracas. Tal iniciativa se repite sucesivamente.

Aquí se debería hacer por lo menos, un bosquejo de la experiencia de lo que sería una organización compleja de la sociedad americana que Bolívar, y con él una significativa parte de ella, elaboraron e intentaron realizar, y del Derecho romano en esta obra, en un contexto por lo demás extenso y diverso de la pequeña isla de Haití. La iniciativa de Bolívar de 1829 de adoptar el **Código Napoleón**⁶¹ al que indirectamente se liga su traducción, simplificación, modificaciones parciales y promulgación el 28/10/1830 en Bolivia (en vigor el

⁶⁰ Sabbatini, M., *Pensiero e linguaggio politico boliviano 1810-1818 (América, Patria, Pueblo, República, Nación, Estado)*, en **Quaderni Latinoamericani**, 8, 1981, **Rivoluzione Bolivariana. Istituzioni - Lessico - Ideologia**, 37 ss.

⁶¹ Me refiero a la carta de Quito del 13/5/1829 de José Domingo Espinar, Secretario General de Bolívar, dirigida a José Manuel Restrepo, Ministro del Interior de Colombia; cfr. Pérez Vila, M., *El Código Napoleón en la Gran Colombia. Una iniciativa trascendental del Libertador*, en **Rev. Soc. Bolív.**, 19, 1960, 819 ss. y, en general, Quevedo, N., **Bolívar legislador y jurista**, Caracas, 1974.

1/1/1831 como **Código civil de Santa Cruz**)⁶², se coloca, con sus límites relativos al trato del extranjero en un marco constitucional complejo y se encuadra en un proceso revolucionario que Bolívar concebía todavía en acto, y donde el centro motor lo constituían los «esclavos [...], cautivos con cadenas y compañeros con armas para romperlas» y llegar a ser «hombres libres»⁶³.

Podemos considerar como punto de llegada, parcial, de tal movimiento impreso al sistema, el **Código civil de la República de Chile**, aprobado el 14/12/1855, en vigor a partir del 1/1/1857, obra de Andrés Bello, el gran jurista romanista⁶⁴, venezolano, profundamente vinculado al pensamiento de Bolívar. El artículo 55 brinda la definición de persona como «todos los individuos de la especie humana», y por otro lado presenta la división entre «chilenos y extranjeros» y más adelante el artículo 57 (norma que, como la precedente, aparece por primera vez, ya en la redacción que después resulta definitiva, en el proyecto del 1853) «no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles que regla este Código» (texto igual al código de Ecuador de 1860, artículo 41, y 43; en el C.c. de Venezuela de 1862, Tit. I, Ley I artículos 1 y 5, reproducidos también en el código de 1867, artículos 19 y 23 y con leves modificaciones en el código civil de 1873, artículos 13 y 17 y en los códigos sucesivos, en los códigos de la Confederación

⁶² Cfr. Trigo Félix, C. **Derecho Constitucional Boliviano**, La Paz, 1952, 430 ss.; Sandoval, R.R., **Derecho Civil**, La Paz-Cochabamba, 1986, 95 ss. Su Santa Cruz, cfr. De Santa Cruz-Schuhrafft, A., *Breves apuntes para la biografía del Mariscal de Zepita General Don Andrés de Santa Cruz y Calahumana*, en **Bol. Ac. Nac. Hist.**, 249, 1980 (Caracas), 159 ss.

⁶³ Bolívar, S., **Mensaje dirigido al Congreso Constituyente**, 25.5. 1826.

⁶⁴ Sobre la obra romanística de Andrés Bello, cfr. Hanisch Espindola, H., **Andrés Bello y su obra en Derecho Romano**. Santiago, 1983 e *Ídem*, *El derecho romano en el pensamiento y la docencia de don Andrés Bello*, en **Studi Sassaresi**, 5, 1981, **Diritto romano, codificazioni e sistema giuridico latinoamericano** (bajo la supervisión de Schipani S.), 21 ss.; en particular, sobre la obra de «institucionalista» cfr. mis trabajos *Andrés Bello romanista institucionalista*, en **Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano**. Congreso Internacional Roma 1981, Caracas, 1987, 205 ss., y **Antecedentes**, cit.

Granadina, como por ejemplo, el Código Civil del Cauca de 1869, los artículos 56 y 58, etcétera, también sobre la base de la Constitución de 1858 65 y que viene recogido también en códigos que no reciben en bloque la obra de Bello, como por ejemplo, el C.c. de Uruguay de 1868, artículo 21 inc. 1 y 22 inc. 2). Esta norma, del Cc. de Bello, adopta sobre este punto, los esquemas conceptuales del **Code Napoléon**, pero lo supera, poniendo a manera universal, a favor de todos, la «salvaguardia de los derechos individuales (...) la libertad, la igualdad, la seguridad (...) las cosas propias, las cosas de los individuos»⁶⁶.

Esto también, coincide con la elaboración, del grande jurista romanista brasileño Augusto Teixeira Freitas, que a propósito de la polémica sobre el **Code Civil**, escribía en 1858, en la introducción a la **Consolidação das Leis Civis**:

«A diferença entre estrangeiros e cidadãos foi sucessivamente desaparecendo, houve grãos intermediários, até que foi abolida (L. 17 Dig. De stat. hom.) Tendo cessado esta diferença, cessou a distincção entre o jus civile e o jus gentium, os quaes se identificaram. Em sentido inverso, nao tendo nunca existido em Portugal, nem existindo entre nós, um Direito Civil dos cidadãos em contraste com outro Direito Civil de estrangeiros, cessou a diferença entre cidadãos, e estrangeiros, na arena do Direito Civil, e portanto nao existe mais a capacidade restricta dos estrangeiros. A este mesmo resultado chega Savigny[...]»⁶⁷.

De acuerdo a los artículos 36-38 del **Esboço** que influye directamente en el artículo 53 del C.c. argentino de 1869 (mismo que entró

⁶⁵ Este principio se abandona posteriormente en Colombia en la Constitución de 1886, artículo 11, al disponer la reciprocidad legislativa, y que así lo comenta v.gr. José M. Samper, quien formó parte del Consejo de Delegatarios que la decretó: «[...] la reciprocidad. Así, por ejemplo, ya los norteamericanos no podrán adquirir bienes raíces en Colombia, por cuanto esto es prohibido a los colombianos y demás extranjeros en los Estados Unidos; a menos que se modifique la legislación americana, o que por tratados se estipule otra cosa: Esto es lo justo y conveniente» (cit. en Vélez, F., **Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano**, 2ed., I, Paris, 1926, 60).

⁶⁶ Bolívar, S., **Mensaje dirigido al Congreso Constituyente**, 25/5/1826.

⁶⁷ Teixeira De Freitas, A., **Consolidação das Leis Civis**, 5 ed., Río de Janeiro, 1915, P., XC n. 213. Al respecto, cfr. Catalano, P., *Parole di saluto*, en **Augusto Teixeira de Freitas**, cit., 10 ss.

en vigor el 1/1/1871), y en el C.c. de Brasil de 1916, aunque la formulación del artículo 3 se asemeje aún más al código de A. Bello ⁶⁸.

El principio que se ha codificado expresa una respuesta del Derecho romano común del Nuevo Mundo a la pluralidad de repúblicas y de autoridades legislativas que aprueban los códigos, y ofrece un fundamento para los proyectos de unidad continental en los que éste se podría incluir ⁶⁹. Más tarde se abre a las grandes inmigraciones.

La abolición de la esclavitud, y por tanto, de toda división entre los hombres, prefigurada al *principium* de este Nuevo Mundo, que se demuestra esencial en función de la conquista de la independencia, encontró su centro motor en el desarrollo del modelo antiguo, de unidad de libertad-ciudadanía-independencia y que llega a codificarse, en lo que me atrevería a calificar una clase de ciudadanía sin derechos políticos. Misma que se abre a una integración étnica y cultural, global que se proyecta en una perspectiva universal. Misma que históricamente se concreta en *patriae, civitates, res publicae* (sobre el problema de los derechos, y las instituciones políticas, v. *infra* § V, 2).

III. EL DERECHO ROMANO COMO BASE DE LA LEGISLACIÓN UNIVERSAL

1.a) «Los que lo miran como una legislación extranjera, son extranjeros ellos mismos en la nuestra».

b) El Derecho romano en el sistema de las fuentes del Derecho común americano y el estímulo contrastante a la afirmación del Derecho del Reino/patrio.

⁶⁸ Cfr. también para otras referencias, Valladao, H., *Le Droit International Privé des Etats Américains*, La Haia, 1952, 71; *Idem, Paz. Direito*, Tecnica, Río de Janeiro, 1959, 304; *Idem, Direito Internacional Privado*, Río de Janeiro, 1980, 390 s.

El *Código Bustamante* en su artículo 1 limita el alcance del principio a «los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes», resaltando posteriormente la dificultad que encuentra tal principio y la necesidad, en ciertas ocasiones, de soluciones intermedias.

⁶⁹ En Europa, es el C.c. italiano de 1865 el que primero declara, en su artículo 3: *«lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini»*; sería interesante recordar el proceso histórico de superación de la fragmentación, primero comunal y luego estatal; el Derecho Romano común y las guerras de independencia nacional que se encuentran a espaldas de esta norma.

c) El Derecho romano como sistema de principios que ofrecen el criterio de selección en la reelaboración del Derecho a codificar. Códigos de la «transfusión» del Derecho romano y de la Independencia.

A). «[...] los que lo miran como una legislación extranjera, son extranjeros ellos mismos en la nuestra»; esta afirmación de Andrés Bello (1834) puede ser considerada como una primera indicación de la postura de los juristas latinoamericanos frente al Derecho romano durante el proceso de redacción de los códigos de la Independencia (1826-1917), frecuentemente previsto en las constituciones. Misma que adquiere un particular relieve, no sólo por el prestigio de su autor ⁷⁰, sino también por la profunda conciencia de su misión, que emerge de una comparación significativa.

Efectivamente, Andrés Bello ⁷¹, a propósito del estudio de la historia, vino a subrayar que es «una ciencia concreta, que de los hechos de una raza, de un pueblo, de una época deduce el espíritu peculiar». Y el mismo Bello en su primer trabajo **Resumen de la historia de Venezuela** (1810) iniciaba con la palabra «Colón», con referencia al tercero de sus viajes, casi como expresar emblemáticamente que lo que se encuentra a espaldas de aquel descubrimiento no era la historia de una realidad específica, no constituía parte del «nuestro» a que hacía referencia. Diversa es, en cambio, la dimensión que asume sobre el estudio de la lengua, a propósito de la cual sostiene la importancia del latín, pero concentra su atención en el castellano, del que subraya la diferencia con aquél («el que haya aprendido el latín [...] sabrá el latín [...]; pero no sabrá por eso la gramática del castellano»).

⁷⁰ Andrés Bello, 1781-1865, venezolano, vivió un largo período de su vida en Londres (1810-1829) y más tarde en Chile, donde fue profesor de Derecho Romano y de Derecho Internacional, fundador de la Universidad de Chile, que viene considerada como el modelo de universidad latinoamericana de la Independencia (cfr. H.-Steger, A., *Universidad de abogados y universidad futura*, en *Index*, 4, 1973, 59 ss.) y autor de estudios en varios campos del saber; autor del **Código Civil** y de otros numerosos proyectos y leyes; guía de la política diplomática chilena y miembro del Senado de gran autoridad: cfr. A.A.V.V., **Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano**. Congreso Internacional. Roma 10/12 diciembre 1981, Caracas, 1987.

⁷¹ Cfr. Schipani, S., *Andrés Bello romanista-istituzionista*, en *Sodalitas. Scritti Guarino*, Napoles, 1984, 3447 ss (trad. español en A.A.V.V., **Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano**, cit., 241).

Y por lo cual afirma: «el estudio de nuestra lengua me parece de una alta importancia» de otra forma «nuestra América reproducirá dentro de poco la confusión de idiomas [...] de la edad media; y diez pueblos perderán uno de sus vínculos más poderosos de fraternidad, uno de sus mas preciosos instrumentos de correspondencia y de comercio». Para garantía de esto escribe una **Gramática de la lengua Castellana destinada al uso de los Americanos**, en la que, fundamenta sus estudios en las fuentes del castellano, del **Poema del Mío Cid** a las **Siete Partidas**. Otro es el «nosotros» de cada «pueblo», actor de la historia en la Independencia, dotado de un pasado propio, que no se puede ignorar aún en la tensión a una superior unidad; otro el «nosotros» de los usuarios de un código común de comunicación que encuentra su raíz en la «hispanidad» que Bello hace propio al llamar «nuestra América». Esta misma sensibilidad conduce a Andrés Bello a individuar, por el derecho, en el Derecho romano, la «fuente» del Derecho «que nos rige» y su mejor comentario, y posteriormente el instrumento necesario «para el derecho de gentes», o para satisfacer «la noble curiosidad de explorar las instituciones y leyes de otras naciones [...] (de toda la Alemania, de la Italia, la Francia, la Holanda, y una gran parte de la Gran Bretaña)». En el derecho, no existe, para Bello, una fractura análoga a aquella que existe entre el latín y el castellano; no existen fronteras entre las diversas «patrias».

Esta posición frente al pasado y al presente merece ser tratada con mayor profundidad.

B). Para el sistema de las fuentes del derecho, antes de la Independencia en Iberoamérica, debe distinguirse entre Hispanoamérica y Brasil ⁷².

A grandes rasgos, se puede decir que en la primera se aplicaban las normas del Reino de Castilla a las cuales se anteponían las que se dictaban

⁷² Cfr. Schipani, S., *Sistemas jurídicos e direito romano. As codificações do direito e a unidade do sistema jurídico latino-americano*, en A.A.V.V., *Direito e Integração*, Brasília, 1981, 35 ss.

concretamente para las Indias a nivel general y local, la «costumbre» y , como ya he recordado, «las leyes y buenas costumbres, que antiguamente tenían los Indios [...] y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran en contraste con nuestra sagrada Religión ni con las leyes» (**Rec. de Ind.** 2, 1, 1, y 2; 2, 2, 2; 2, 1, 4; 5, 2, 22). En el Reino de Castilla, a su vez el sistema comprendía la compilación de leyes como las **Leyes de Toro** y más tarde las **Recopilaciones**, y el anterior **Fuero Real** del siglo XIII, **Fuero Juzgo**, **Siete Partidas** de Alfonso X el sabio, y en última instancia la referencia al rey (**Rec. de Ind.** 2, 1, 2; 2, 1, 40). Para el Derecho romano se disponía sin embargo «que los libros de los Derechos que los sabios antiguos fezieron, se lean en los estudios generales de nuestro sennorio, porque à en ellos mucha sabiduría», y la fundación de universidades en las Indias ve la creación de cátedras de Leyes así como de Cánones que ven florecer generaciones de ilustres juristas en la época del Barroco (**Rec. de Ind.** 1 1, 22) ⁷³. Por tanto, el Derecho romano está presente primariamente como doctrina ⁷⁴, y la «doctrina de los doctores» era ampliamente utilizada ⁷⁵.

En Brasil, el sistema de las fuentes era el del Reino de Portugal: **Ordenações Afonsinas** (1446-1447), **Manuelinas**; y en segundo

⁷³ Cfr. Rodríguez Cruz, A.M., **Historia de las Universidades Hispanoamericanas. Período Hispánico**, 2 vol., Bogotá, 1973; ID., **Salamtica docet. La proyección de la Universidad de Salamanca en Hispanoamérica**, Salamanca, 1977; García Gallo, A., *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII*, en A.A.V.V., **La formazione storica del diritto moderno in Europa**, I, Florencia, 1977, 316 ss.; Bravo Lira, B., *Apogeo del derecho y de la literatura jurídica indiana. 1571-1750 y Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en América y Filipinas*, en ID., **Derecho Común y Derecho Propio en el Nuevo Mundo**, Santiago, 1989, 27 ss y 147 ss.; v. también, Tau A., V., **Casuismo y sistemática**, Buenos Aires, 1992, 231 ss.

⁷⁴ Sobre las bibliotecas cfr. Dolezalek, G., *Libros jurídicos anteriores a 1800 en la Biblioteca de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Bases para la formación jurídica de los abogados latinoamericanos del siglo XIX*, en **Diritto romano, codificazioni e unitá del sistema giuridico latinoamericano**, bajo la supervisión de Schipani, S., (=St. Sassaesi, 5), Milán 1981, 491 ss.

⁷⁵ Cfr. Solórzano, J., **De Indiarum jure sive de iuste Indiarum Occidentalium inquisitione acquisitione et retentione**, 1b, 2 caP., 21 / 72 (ed. Madrid, 1777, t. 1, 316); Del Corral, J., **Commentaria in libros Recopilationis Indiarum**, L. 2, Tit. 1 § 45 (ed. Madrid, 1756, t. 3 - 4, 23); *arg. e contrario* da **Nov. rec. Esp.**, 3,2,11 n.2).

lugar «*sendo materia que traga pecado*» los «*Sagrados Canones*», diversamente las **Leis Imperiaes** que por otra parte deben ser observadas «*somente pela boa razao em que sao fundadas*»; después «*as Glosas de Accursio, incorporadas nas ditas Leis, quando por comun opiniao dos Doutores nao forem reprobadas*» y posteriormente «*a opiniao de Bartolo, por que sua opiniao comunmente he mais conforme a razao*»; en última instancia existía la referencia al rey (**Ord. Filip.** 3, 64). Naturalmente sobre éstas se inserían las fuentes destinadas expresamente a Brasil ⁷⁶. Como puede verse aquí la referencia al Derecho romano es directa.

El Derecho romano por tanto es un elemento unificador, también en las diversas posiciones formales en las que se encuentra ⁷⁷.

El siglo XVIII había acentuado el impulso hacia la afirmación del Derecho «real» «patrio», respectivamente español o portugués, cuyo significado esencial no era tanto la modificación de normas, como del fundamento de su vigencia ⁷⁸. Se venía desarrollando aquel proceso que, en la segunda mitad del siglo sucesivo, dio lugar en Europa al nacionalismo jurídico estatual-legalístico. Pero esta tendencia se enfrenta con la resistencia de las universidades, de ambos extremos del Océano ⁷⁹ y el romanismo de los codificadores latinoamericanos se separa de esta tendencia, no de la tradición ibérica y de su romanismo.

⁷⁶ Cfr. Braga Da Cruz, G., *O Direito Subsidiário na História do Direito Português*, en **Rev. Port. Hist.**, 14, 1975 (trad. it. en **I.R.M. Ac.**, V 3 b, Milán, 1981).

⁷⁷ Cfr. Guzmán B., A., *Sobre la historia de las nociones de derecho común y derecho propio*, en Bravo Lira, **Derecho común**, cit., p.XI ss.

⁷⁸ Cfr. v.gr. Clavero, B., «*Leyes de la China: orígenes y ficciones de una Historia del Derecho Español*», en **Cultura iberica e Diritto romano**, bajo la supervisión de S. Schipani (= St. Sassaresi, 8), Napoles, 1981, 349 ss (Cfr. también mi *Nota introductiva*, XXIX s); Tau A.V., *El pensamiento español en el proceso de la codificación hispano-americana: los «Discursos críticos» de Juan Francisco de Castro*, en **Index**, 14, 1986, 80ss.; Bravo Lira, B., *Afirmación del derecho patrio o nacional frente al Derecho común en España, Portugal e Hispanoamérica durante el Siglo XVIII y primera mitad del Siglo XIX*, en ID., **Derecho común**, cit., 297 ss.

⁷⁹ Levaggi, A., *La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano*, en **Rev. Hist. Der.**, 6, Buenos Aires., 1978, 45 ss.; ID., *Derecho Indiano y Derecho Romano en el Siglo XVII*, en **An. Hist. Jur. Ec.**, 5 Quito, 1980, 269 ss.; S. Schipani, **Andrés Bello**, cit., 3436 (231 s.).

Los juristas que participan en el proceso de codificación en América efectivamente se proveyeron de las diversas fuentes, con libertad todavía más plena de la permitida por el citado sistema de las fuentes. Los códigos ya elaborados en otros países «cuya civilización es un destello de la nuestra», y con los cuales «la independencia (...) nos ha puesto en contacto inmediato», también son estudiados. «¿Qué nos impide aprovecharnos de tantos materiales preciosos?»⁸⁰. Y con los códigos vienen estudiadas las obras que les preceden o les comentan. La común pertenencia al Derecho romano en la actividad codificadora de la Independencia y su común búsqueda por reformularlo es lo que caracteriza el trabajo, lo delimita y guía⁸¹.

C). Tan amplia reflexión implica que posteriormente debe realizarse una selección crítica, para la cual el Derecho romano constituye la primera guía: «la ley romana dice» cita innumerables veces, por ejemplo el codificador argentino, D. Vélez, cuando fundamenta los artículos de su código, también respecto a las lecturas del Derecho romano del momento, en ocasiones fruto del «ideario del racionalismo iusnaturalista» o de los desarrollos pandectísticos (cfr. las observaciones ya apuntadas en materia de personas⁸², o piénsese en el

⁸⁰ Cfr. respectivamente la editorial de **El Araucano**, n. 561 del 21/ 5/ 1841 y el discurso del Presidente de la República con motivo de la apertura del Congreso de 1834, a colación por A. Bello (cfr. Guzmán B., A., **Andrés Bello Codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile**, 2, Fuentes, Ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana. Coordinador Levaggi, A., Buenos Aires, 1992. 176 ss.; 110 s.

⁸¹ Cfr. Schipani, S., **I codici latinoamericani**, cit., 665 ss.; ID., **Andrés Bello**, cit.; ID., *Il «Méthodo Didáctico» di Augusto Teixeira de Freitas*, en **Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano**, supervisión de Schipani, S., Padua, 1988, 533 ss.

⁸² Cfr. Schipani, S., **I codici latinoamericani**, cit., 667 n. 108 y 678 n. 155.

Un ejemplo muy significativo es el relativo a la consideración jurídica de aquellos *qui in utero sunt*, para la cual el comentario de Teixeira De Freitas, A., **Esboço**, notas a los artículos 53 y 221, y la postura de D. Vélez Sarsfield, nota al artículo 63 del C.c. argentino, se encuentra en oposición a Savigny, marcando una línea característica del derecho latinoamericano. En el mismo sentido podemos citar al reciente C.c. peruano, artículo 1, fruto lozano del colega C. Fernández Sesarego. Cfr. Catalano, P., *Osservazioni sulla «persona» de nasciturus alla luce del diritto romano (da Giuliano a Teixeira de Freitas)*, en ID., **Diritto e persone**, cit., 195 ss.; ID., **Los concebidos**, cit.; ID., **Os Nascituros**, cit.; Russomanno, M.C., *El «nasciturus» en el derecho romano y el criterio de Freitas*, en **Rev. Bras. Dir. Comp.**, 10, Río de Janeiro, 1991, 79 ss.; Rinaldi, N., *El Derecho Romano acepta el comienzo de la existencia de las personas desde la concepción en el seno materno*, en **Rev. Bras. Dir. Comp.**, 13, 1992, 122 ss.

requisito de la *traditio* para transferir la propiedad). Ella no niega el papel de la tradición ibérica⁸³, ni tampoco el de la comunicación con la totalidad de la experiencia europea y de sus diversos códigos que aparecían poco a poco y se sometían a examen⁸⁴, sino que las aclara, colocándoles en el centro de la discusión e investigación de soluciones técnicamente mejores al interno, del punto de vista latinoamericano⁸⁵, del gran movimiento de independencia, renovación de la pertinencia al sistema del Derecho romano.

«Herederos de la legislación del pueblo rey, tenemos que purgarla de las manchas que contrajo bajo el influjo maléfico del despotismo; tenemos que despejar las incoherencias que deslustran una obra a que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias. Tenemos que acomodarla, que restituirla a las instituciones republicanas»⁸⁶.

La crítica al Derecho vigente, que se desarrolla en el período precedente a la codificación, no implica al Derecho romano, sino a diversas características de la legislación española⁸⁷. Dejando atrás la contraposición entre «consolidación» y «codificación»⁸⁸, la codificación

⁸³ Bravo Lira, B., *Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización*, en **Fuentes Ideológicas**, cit. 79 ss.

⁸⁴ Cfr. De Los Mozos, J. L., *Perspectivas y Método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado latinoamericano*, en **Rev. Der. Priv.**, 60, 1976, 777, quien de frente a la amalgama de las diversas influencias, apunta oportunamente la importancia de la necesidad de llevar a cabo la comparación articulando el análisis por grupos de normas y por instituciones, más que buscando la presencia de modelos globales.

⁸⁵ Sobre las necesidad de adoptar un criterio no eurocéntrico; sino que asuma la dimensión latinoamericana y sus criterios internos como punto de partida, cfr. Eichler, H., **Privatrecht in Lateinamerika**, en **Fest. Hellbling**, Berlin, 1981, 481 ss.

⁸⁶ Bello, A., **Discurso de Instalación de la Universidad de Chile**, Santiago, 1843, 28 (reed. en A.A.V.V., **Il pensiero pedagogico di Andrés Bello**, Napolcs, 1984, 60).

⁸⁷ Cfr. Guzmán B., A., *Crítica del derecho como presupuesto de la codificación en Chile en torno al primer tercio del siglo XIX*, en **Index**, 14, 1986, 129 ss.

⁸⁸ Las reflexiones de Bello; la **Consolidação das Leis civis** de Freitas; las **Notas** de Vélez me parece que son un testimonio de la unidad de base del tipo de obra codificadora al interno del modelo justinianeo; cfr. Schipani, S., **I codici latinoamericani**, cit., 665 ss. Cfr. también sobre el problema Guzmán, B., A., **Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el pensamiento de A. Teixeira de Freitas**; Pecorella, C., **Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana**; Villela, J.B., *Da Consolidação das Leis civis a Teoría das consolidações: prolemas histórico - dogmáticos*, en **Augusto Teixeira de Freitas**, cit., 255 ss.; 221 ss.; 241 ss.

desarrolla una obra purificadora y simplificadora pues cimienta sus raíces en la «fuente»⁸⁹.

En esta línea –sintetizado por las palabras citadas de A. Bello, en las que se realiza un esfuerzo de autónoma apropiación del Derecho romano y restitución a las instituciones republicanas–, se coloca, desde mi punto de vista, también la latinoamericanidad del último de estos códigos de la «transfusión del Derecho romano y de la independencia», me refiero al código civil de Cuba de 1988⁹⁰, mismo que se caracteriza por las peculiares aportaciones provenientes de la experiencia europea y también de los países socialistas⁹¹, pero aún más, por la cultura de los juristas cubanos –doctrinarios o prácticos del Derecho–. Este código, en consecuencia, reafirma la búsqueda de *suis legibus uti*⁹² colocándose así en el arco de la misma empresa de articulación del sistema romanista, representada por la afirmación de la Independencia de la América Latina, al mismo tiempo que busca ser compatible con aquella otra experiencia del mismo sistema romanista, representada por la experiencia de los países socialistas⁹³.

⁸⁹ Cfr. Bello, A., *Latín y Derecho Romano*, en **El Araucano**, N. 184 del 21/3/1834, reeditado en **Obras completas de Andrés Bello**, Caracas, 8, 1858, 487 ss. considera al derecho romano «fuente de la legislación española que nos rige, es su mejor comentario» (cfr. Schipani, S., **Andrés Bello**, cit., 3459 ss). Para Freitas, cfr. Moreira Alves, J.C., *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito inovador*, en **Teixeira de Freitas**, cit., 17 ss.

⁹⁰ Cfr. A.A.V.V., **Il codice civile di Cuba e il diritto latinoamericano, Ricerche Giuridiche e politiche**. Materiali, X, 1992; v. la aportación de Rescigno, P., **Il Código civil de Cuba, l'ultimo codice socialista**, también en **St. R. Sacco**.

⁹¹ Cfr. **Concordancias del articulado del Anteproyecto de Código civil**, 1983, y las referencias que se encuentran a los códigos soviéticos, de la República Democrática Alemana, Checoslovaquia, Polonia, Hungría y también en gran número, al código español, que era el vigente hasta el momento de entrada en vigor del nuevo.

⁹² Bajo este aspecto, sería necesario confrontar esta empresa con la llevada a cabo en Luisiana y con la que actualmente se lleva a cabo en Puerto Rico: cfr. Triás Monge, J., **El choque de dos culturas jurídicas en Puerto Rico. El caso de la responsabilidad civil extracontractual**, ed. Butterworth - USA 1991.

⁹³ Cfr. Schipani, S., *El Código civil de Cuba de 1988 en el marco de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, en **Il Codice civile di Cuba**, cit., 3 ss. Sobre el romanismo de los Códigos Civiles de los Países socialistas de Europa, cfr. R. Sacco, *Il substrato romanistico del diritto civile dei paesi socialisti*, en **St. Grosso**, 4, Turín, 1971, 737 ss.; Wolodkievicz, W., *The Continuity of Roman Law in Socialist Countries*, en **Est. J. Iglesias**, Madrid, 1991.

Evidentemente no es éste el lugar para un confrontación analítica del modo en que estos códigos hacen propias las fuentes del Derecho romano, de modo que podemos calificarlos como «códigos de la “transfusión” del Derecho romano y de la independencia». Me parece que sea necesario llamar la atención sobre el hecho de que estos códigos se preocupan de garantizar su permanente y propia relación con el Derecho romano, en un modo renovado y más pleno respecto al del precedente sistema de las fuentes.

2. La Referencia a los «Principios Generales del Derecho» y el Derecho Romano para la Heterointegración, el Orientamiento Interpretativo y la Comunicación con los otros Sistemas.

Los códigos latinoamericanos, y a través de ellos, la íntegra legislación de los países latinoamericanos, se caracterizan generalmente por la posibilidad de heterointegración a través de la referencia a los «principios generales del derecho».

Prescindamos del C.c. de Luisiana de 1808, artículo 21 con su referencia a la «*équité*», una derivación del artículo 11 del **Projet de l'an VIII** del Cc. de Napoleón, cuya consideración en este trabajo es únicamente marginal ⁹⁴; del Cc. de Haití de 1825, artículo 8, dependiente del Cc. Napoleón; del Cc. de Oaxaca del 1827 cuyo artículo 12 de la misma forma reproducía el texto francés ⁹⁵. El Cc. boliviano de 1831 en su artículo 1570 en cambio prueba la formulación fiel de la

⁹⁴ Establece:

«*Dans les matières civiles à défaut de loi précise le juge est obligé de procéder conformément à l'équité. Pour décider suivant l'équité, il faut recourir à la loi naturelle et à la raison, ou aux usages reçus, dans le silence de la loi primitive*».

⁹⁵ Establece:

«El juez que rehusare juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley será castigado como culpable de no haber administrado la justicia».

necesidad del «referimento al legislador»⁹⁶, con su compleja ascendencia justineana, castellana, francesa-revolucionaria⁹⁷.

Al iniciar la segunda mitad del siglo pasado, la formulación es homogénea: el Cc. del Perú de 1852 en su artículo IX del Tit. Prel.⁹⁸, el de Uruguay de 1868 en su artículo 16⁹⁹, el de Argentina de 1869 en su artículo 16¹⁰⁰, establecen legislativamente la referencia a los «*principios generales del derecho*» que estuvieron presentes en el **Proyecto del Cc. para la República Oriental del Uruguay**, artículo 7 de 1852 de E. Acevedo¹⁰¹

⁹⁶ Establece:

«Por estas leyes serán decididos todos los pleitos civiles de los ciudadanos de la República, así en juicio escrito como verbal; y en caso de no haber ley expresa, o tener duda fundada sobre su inteligencia, los jueces y magistrados harán la consulta correspondiente al Poder Legislativo».

⁹⁷ Cfr. para todo Hufetau, Y.L., **Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi**, Paris, 1965; Guzmán Brito, A., *Historia del «referimento legislativo»*. I, **Derecho Romano**; II, *El Derecho nacional Chileno*, en **Rev. Estudios Histórico-Jurídicos**, Valparaíso, 6, 1981, 13 ss.; 7, 1982, 107 ss.; Coderch, P.S., *Materiales para la reconstrucción del Título Preliminar de la Compilación Catalana*, en **La Compilación y su Historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes**, Barcelona, 1985, p.256 ss.

⁹⁸ Establece:

«Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia, por falta, oscuridad o insuficiencia de las leyes; en tales casos resolverán, atendiendo: 1. al espíritu de la ley; 2. a otras disposiciones sobre casos análogos; y 3 a los principios generales del derecho; sin perjuicio de dirigir, por separado, las correspondientes consultas, a fin de obtener una regla cierta para los nuevos casos que ocurran».

⁹⁹ Establece:

«Cuando ocurra un negocio civil, que no pueda resolverse por las palabras, ni por el espíritu de ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho, y a las doctrinas más recibidas, consideradas las circunstancias del caso».

¹⁰⁰ Establece:

«Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso» (la variante «*del de derecho*» que en ocasiones surge, desde el punto de vista crítico-filológico de la historia de estos textos, no me parece que constituya una indicación a favor de una voluntad de afirmar significados diversos para aquello que respecta a las relaciones código-sistema que examino. Cfr. también *infra*, par. V, 1).

¹⁰¹ Establece:

«Cuando ocurra negocio civil que no pueda resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley de la materia, se acudirá a los fundamentos de las leyes análogas; y si todavía subsistiere la duda, se ocurrirá a los principios generales de derecho, consideradas las circunstancias especiales del caso».

y en el **Proyecto de Cc. de 1853**, artículo 4 de A. Bello ¹⁰² y que ya antes había sido codificado en el Cc. sardo de 1838 (este precedente se difundió en América Latina también por medio de la **Concordance** de Saint-Joseph) ¹⁰³.

No se expresa una elección diversa, ya sea en Chile, donde se hacía referencia, en la legislación procesal civil, a las «razones de equidad natural» y a los «principios de equidad» ¹⁰⁴, en la misma línea de la formulación propuesta por Andrés Bello en el citado artículo 4 el **Proyecto 1853**, a su vez ligado a la concepción, puntualizada por Delvincourt, del Derecho romano como expresión de la «*équité naturelle*» ¹⁰⁵; ya sea en Ecuador, donde al recibir el Cc. Chileno, en el punto en que Chile confía a las leyes procesales, se

¹⁰² Establece:

«En materias civiles, a falta de ley escrita o de costumbre que tenga fuerza de ley, fallará el juez conforme a lo que dispongan las leyes para objetos análogos, y a falta de éstas, conforme a los principios generales de derecho y de equidad natural».

Nótese que este artículo se encuentra en el título «*Interpretación de la ley*» que después llega a incorporarse como artículo 24 en la redacción definitiva, que establece:

«En lo casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural».

¹⁰³ Para la difusión del C.c. del Reino de Cerdeña, cfr. v.g. el **Catálogo de la biblioteca de Dalmacio Vélez Sarsfield**, Córdoba, 1940, 42 s., donde tal código está presente en la traducción francesa *précédé d'un travail comparatif avec la législation française, par M. le Comte Portalis*, 2 vol., Paris. 1844. En cuanto al significado de Saint-Joseph, A., **Concordance entre les Code Civil Étrangers et le Code Napoléon**, Paris, 1840 para las codificaciones latinoamericanas, cfr. además Nadelmann, K.H., *Kritische Notiz zu den Quellen der Rechte Sud-und Mittelamerikas. Anthoine de Saint - Josephs Tabellen*, en **Rabels Z.**, 20, 1955, 499 ss.

¹⁰⁴ Cfr. respectivamente, artículo 3 n. 3 L.12/9/1851 sobre la motivación de las sentencias, formulado por el mismo A. Bello y el artículo 170 n. 5. C.c. de Chile de 1902.

¹⁰⁵ Bello había precisado en nota: «C.L. 21. **Delv., Droit civil**, tomo I, p.8. Sobre el significado de este reenvío al C.c. de la Luisiana, ya citado, y al Delvincourt, **Cours de code civil, I**, Paris, 1834, 8 fundamental el examen de A. Guzmán Brito, *El significado histórico de las expresiones «equidad natural» y «principios de equidad» en el derecho chileno*, en **Revista de Ciencias Sociales**, 18 -19, 1981, Valparaíso, 111 ss. A la puntual reconstrucción de la génesis de la formulación en examen realizada por Guzmán, me parece que se pueda añadir congruentemente la referencia a los «*principios generales del derecho*» efectuada por Bello, en Santiago en 1831-1832, al referirse al Derecho romano en el debate sobre la enseñanza del derecho: Bello, A. en **El Araucano**, del 21/1/1832; cfr. S. Schipani, **Antecedentes del Código Civil Andrés Bello. De las Instituciones a los Principios Generales del Derecho**, Bogotá, 1989, 18.

integra con la referencia a los «principios del Derecho universal» (artículo 18 n. 7) ¹⁰⁶, con una expresión que recuerda claramente la concepción también expresada por Bolívar, quien se había referido al Derecho romano «como la base de la legislación universal»; es también el caso de Colombia, de frente a una exigencia de integración del Cc. de Bello paralela a la de Ecuador, recurriendo a la referencia del: «Derecho natural y reglas de jurisprudencia», «equidad natural», «doctrina constitucional», «reglas generales del derecho» ¹⁰⁷; el Cc. de Panamá, artículo 13 utiliza el término «reglas» que ya había sido utilizado también en Colombia, y que goza de una más antigua ascendencia, pero que no desea separarse de las líneas generales que ahora comparadas ¹⁰⁸.

En las otras codificaciones, la referencia a los «principios generales del derecho» se difunden a la letra de modo consciente y unívoco: artículo 20 Cc. del Distrito Federal de México de 1870 y de 1884 ¹⁰⁹ de donde pasa al artículo 10 del Cc. de 1932 ¹¹⁰; artículo 7 del Cc. de Brasil de 1916 ¹¹¹; artículo 4 del Cc. venezolano de 1916 ¹¹² artículo 4 Cc. Ven. 1922, artículo 4 Cc. Ven. 1942 (con solo pequeñas modificaciones de estilo de uno al otro); artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de Costa Rica de 1938 ¹¹³; artículo 1 inc. 2 y 193 del

¹⁰⁶ Establece:

«A falta de Ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal».

¹⁰⁷ Cfr. los artículos 4-8 y 48 de la ley n. 153 de 1887

¹⁰⁸ Cfr. Difernan, B., **Curso de derecho civil panameño**. I. Panamá, 1979, 119 ss.

¹⁰⁹ Establece:

«Cuando no se pueda decidir una controversia judicial, ni por el texto ni por el sentido natural o espíritu de la ley, deberá decidirse según los principios generales de derecho, tomando en consideración todas las circunstancias del caso».

¹¹⁰ Cfr. también, artículo 14 inc. 4 de la Constitución de 1917, y a manera de ejemplo el: C.c. de Puebla de 1901, artículo 18; C.c. Veracruz de 1932, artículo 14.

¹¹¹ Establece:

«*Aplicam-se, nos casos omisos, as disposicoes concernentes aos casos analogos, e, nao havendo, os principios geraes de direito*».

¹¹² El C.c. de 1862, artículo 14, preveía sólo la obligación de decidir; el C.c. de 1873 era omiso sobre este punto.

¹¹³ Establece:

«No habiendo ley aplicable al caso, fallarán con arreglo a los principios del derecho». Era omiso sobre este punto el C.c. de 1888.

Cpc. boliviano de 1976 que modificó la precedente formulación ¹¹⁴; artículo 6 inc. 2 Cc. del Paraguay de 1985 (el precedente fue el Cc. de Vélez) ^{115/116}.

El Derecho romano como «origen y fuente de todos los derechos», como identificado con los «principios generales del derecho» (Bello), no venía tomado como simple «material» utilizable, sino que renovaba la propia transfusión en la América Latina independiente, y daba forma a los códigos englobándoles en un único sistema, capaz de desarrollos propios específicos autónomos, llegando a desempeñar, en una relación con aquel complejo tipo de fuentes del Derecho que son los códigos, un papel de presencia para algunos aspectos más directa que en el precedente sistema de fuentes ¹¹⁷.

¹¹⁴ V. también artículo 9 inc 2. **Anteproyecto del Código civil boliviano**, de Ossorio, A. (Buenos Aires, 1943). La interpretación del artículo 1 inc. 2 y del artículo cit. del C.c. actual podría presentar algún problema: en ellos la referencia a la «equidad que nace de las leyes» se transforma en «equidad que nace del ordenamiento jurídico del Estado», con una terminología no carente de ambigüedad en de reconstrucción del sistema que sigo, en cuanto es signo de la presencia de estatual-legalismo; cfr. sin embargo Moscoso Delgado, J. **Introducción al Derecho**, 4 ed., La Paz, 1987, 421 ss.

¹¹⁵ Establece:

«Si una cuestión no puede resolverse por las palabras ni el espíritu de los preceptos de este Código, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos o materias análogas, y, en su defecto, se acudirá a los principios generales del derecho».

¹¹⁶ El C.c. de Cuba de 1988, artículo 2 establece: «Las disposiciones del presente Código se interpretan y aplican de conformidad con los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado cubano expresados en la Constitución de la República». Lo que presenta evidentemente problemas interpretativos nuevos en el marco del sistema latinoamericano, ligados al gran tema de relación entre sistema jurídico romanista, en este caso precisamente en su articulación constituida por el sistema latinoamericano y la revolución socialista, que de ello ha desarrollado una reinterpretación en parte diversa de la realizada en Europa Occidental (cfr. *supra*. v.g. para la República Popular de China, cfr. n. 93, *Il diritto romano nella Repubblica Popolare cinese*, en **Index**, 19, 1991, 343 ss.).

¹¹⁷ Por esta razón, valiéndome de la terminología usada por Díaz Bialet, A. *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI—XIX)*, y Dalmacio Vélez Sarsfield autor del *Código Civil Argentino (1864-1869)*, en **Diritto romano, codificazioni e unitá**, cit., 251 ss., me ha parecido que estos códigos pueden ser calificados como «códigos de la transfusión del derecho romano y de la independencia»; Schipani, S., **El Código civil peruano**, cit.; ID., *Die Zivilgesetzbücher im Lateinamerikanischen Rechtssystem: «Die Gesetzbücher der Übertragung des römischen Rechts und der Unabhängigkeit»*, «Gesetzbücher der "mezcla"», «Gesetzbücher "Tipo"», en **Velke Kodifikace**, 2, Praga, 1989, 71 ss.

Esto no es sólo válido para el momento de la codificación. La Comisión IX **Derecho Romano, Principios Generales del Derecho, Sistema Latinoamericano** de las XI Jornadas Nacionales [argentinas] de Derecho Civil, Buenos Aires, 19-22 de agosto de 1987, aprobó por unanimidad que «(I) Los Códigos civiles latinoamericanos imponen a los principios generales del Derecho como pautas integradoras o interpretativas de las leyes [...]; (III) La referencia del legislador a los principios generales del Derecho remite fundamentalmente a la obra de los jurisconsultos romanos, a la jurisprudencia, en la que se apoyan las modernas legislaciones. Ello es inexcusable con relación a los códigos civiles latinoamericanos, por ser todos ellos de base romanista»¹¹⁸.

La referencia a los «principios generales del derecho» representa la respuesta del Derecho común de América Latina al riesgo de fragmentación del Derecho en el espacio y en el tiempo

En América Latina, los códigos permanecieron inmersos en el Derecho común preexistente, en relación con el que fueron concebidos; permanecieron radicados en la Universidad, en la ciencia jurídica del Derecho común¹¹⁹, en una cierta clase de *abogados/bachareis* que

¹¹⁸ Cfr **El derecho privado en la Argentina. Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos treinta años**, Buenos Aires, 1991, 57.

Me parece, que aún ante la tentación tan difundida de estatual-legalismo, esta posición haya sido objetivamente subordinada a una menor presión por la inadecuación entre el Estado nacional y la solución cultural, y político-jurídica representada por el aparato estatal, que no tiene la fuerza expansiva para hegemonizar la sociedad y para absorber a los códigos y las nuevas leyes elaboradas, en una perspectiva doctrinaria que le circunscribiese dentro de su mismo ordenamiento.

¹¹⁹ Cfr., en esta línea reconstructiva, v.g. Schipani, S., *Römisches Recht, Unabhängigkeits revolutionen und Rechtskodifizierungen in Lateinamerika*, en **Studia Polay**, Szeged, 1985, 355ss.; *Ibidem*, *Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, en **Index**, 14, 1986, 1 ss. y las aportaciones ahí reunidas. En cuanto a los primeros comentarios al C.c. cfr. Guzmán Brito, A., *Derecho Romano e interpretación de los Códigos en los Juristas Latino Americanos*, y Levaggi, A., *El Romanismo de los primeros Comentaristas del Código Civil Argentino*, en **Rev. Bras. Dir. Comp.**, Río de Janeiro, 10, 1001, p.29 y ss., 12, 1992, pp., 1 y ss., *Ibidem*, *El Derecho Común en la jurisprudencia de los Tribunales de Buenos Aires en la segunda mitad del siglo XIX*, en **Chil. Hist. Der.**, 15, 1989, 173 ss. En cuanto a la circulación en los siglos XIX-XX en América Latina de las obras jurídicas, como expresión de derecho común, sería interesante realizar una investigación. Por otro lado, además resulta evidente que también en algunas obras latinoamericanas, más «dependientes» de la doctrina europea, penetra el estatual-legalismo.

conservó aquel modo común de regular jurídicamente las relaciones interpersonales, la sociedad civil, aunque sin la capacidad de involucrar a todas sus articulaciones ¹²⁰.

Por lo que, para estos «códigos de la transfusión del Derecho romano y de la independencia» y para el conjunto de leyes y otras normas correlativas, la referencia a los «principios generales del Derecho» constituye la formulación técnica del reconocimiento de la continuidad y unidad del sistema; sistema que se configura en la prolongada fase que va de las Ley de las XII tablas hasta Justiniano, que lo fija en sus códigos; sistema que después se desarrolló hasta nuestros días, con las bases del **Corpus Iuris**, particularmente en la fase de las grandes revoluciones y del cual los códigos y leyes son permanentemente formados y heterointegrados ¹²¹.

La citada norma del Cc. de Ecuador, con su reenvío a los «principios del Derecho universal» acentúa al máximo la tensión universal del Derecho romano. Ella es la clara resonancia también de la citada expresión de Bolívar, quien se había referido al Derecho romano «como base de la legislación universal». Ella corresponde también a la concepción general de la capacidad de todos los hombres de gozar

¹²⁰ Cfr. Steger, H., A., **Die Bedeutung des römischen Rechtes für die lateinamerikanische Universität im 19. und 20 Jahrhundert**, e Ídem, *Universidad de abogados y Universidad futura*, en *Index*, 4, 1973 (= *Diritto romano e Università dell'America Latina*), 22 ss. y 59 ss. respectivamente.

¹²¹ Cfr. Las atinadas palabras de Guzmán Brito, A., **El significado**, cit., 142 ss.: «A través de las fuentes de que ellas [las expresiones “equidad natural” y los “principios de equidad” en nuestro C.c. y Cpc] han sido tomadas nos hemos visto conducidos insensiblemente ha encontramos con una constante tradición, que puede resumirse en esto: cuando, en defecto de ley o para interpretarla se hace necesario recurrir a la equidad, a lo que debe recurrirse es al derecho romano, trasunto de aquella. [...] y como de acuerdo con los resultados del presente estudio [aquellas expresiones] significan finalmente *Corpus Iuris*, he allí, pues, el texto doctrinal al cual el juez deberá acudir en la búsqueda de soluciones equitativas para el caso de ley oscura o lagunosa. Si no se encuentra ahí una solución, el juez puede recurrir a los intérpretes del derecho romano, teniendo presente que los civilistas modernos en la medida en que trabajan con códigos romanistas son legítimos sucesores de los antiguos intérpretes directos del *Corpus Iuris*. Ciertamente es que el derecho moderno presenta amplias ramas frente a las cuales el romano poco o nada tiene que decir en concreto, si bien difícilmente los principios generales de esas ramas estarán en contradicción con los principios del derecho romano y del civil. En tales casos [...] acudir a la doctrina más autorizada en la respectiva rama».

de los derechos civiles reconocidos en los códigos de los países latinoamericanos. Es una universalidad que se amplía a todos, partiendo de una precisa perspectiva, que por tanto se encuentra inmersa en la Historia, de cuyas tensiones y límites de realización, de cuyas luchas e insucesos es además partícipe.

IV. UNA NECESARIA PRECISIÓN INCIDENTAL: EL NOMBRE COMPUESTO AMÉRICA LATINA

Inicialmente me he referido al sentido del nombre Nuevo Mundo. Mientras que el nombre Indias, aunque fue ampliamente utilizado en el lenguaje administrativo y jurídico de la Corona española, con la Independencia cayó en desuso, «en su condición descriptiva o explicativa, y hasta prospectiva, pudo subsistir el término Nuevo Mundo»¹²². Me ha parecido que el significado de esto se encuentre íntimamente unido a algunos usos del Derecho romano, tales como la utilización de la raíz de unos conceptos y principios, de su marcada universalidad, a la cual ya se ha apuntado.

Me parece que sin embargo sea útil referirse al nombre nuevo de *América Latina*. Y al Derecho romano en la situación histórica concreta que tal nombre representa.

Se ha puesto de relieve como en Europa, sobre todo en Francia¹²³, pero con una perspectiva supranacional, en la primera mitad del siglo pasado se ha retomado, en estudios atentos a los escenarios nuevos que se venían delineando, la referencia la «latinidad». A la dicotomía

¹²² Ardao, A. *Génesis*, cit., 18 Cfr., como texto ejemplar, Bolívar, S. *Carta de Jamaica*, *passim*.

¹²³ Ardao, A. *El encuentro lingüístico y la América Latina*, en *Quinientos Años de Historia, Sentido y Proyección*, bajo la supervisión de Zea, L., México, 1991, 48 cita Raynouard, *Choix des poésies originales des Troubadours*, 6, *Grammaire comparée des langues de la Europa Latine, dans ses relations avec la langue des Troubadours*, París, 1821 y recuerda que la expresión era utilizada por este autor ya en el 1816; él (*Génesis*, cit., 42 ss) analiza además el debate historiográfico y político de los años 1820-1840: Guizot, J. Michelet, A. Thierry.

historiográfica romano-germánica, todavía presente en Hegel ¹²⁴, se sustituía en aquellos decenios en una tetrapartición latino-germana-anglosajona-eslava. Este adjetivo «latino», con base etno-lingüístico, ha estado también presente como instrumento ideológico de los objetivos de expansión francés más allá de Europa ¹²⁵.

La referencia a la «latinidad» se usa en América con un carácter diverso.

De frente a la expansión de los Estados Unidos de Norte América que ocuparon más de la mitad de México en 1847 y a las empresas de William Walker en América Central, en Nicaragua y Costa Rica (1856), «estas acciones originaron la reacción del Continente entero que empezará a designar a sí mismo latinoamericano en contraposición con lo sajón de la otra agresiva América» ¹²⁶. El impulso en forma de unidad del Continente, ya presente desde los tiempos del Congreso Anfitrónico de Panamá convocado por Bolívar (1826), produce un debate político-institucional relativo a la creación de una Unión de las Repúblicas de América Latina (1859), liga Latinoamericana (1861), Unión Latinoamericana (1865), y encontramos un testimonio de su desarrollo en los escritos del chileno Francisco Bilbao, del colombiano José María Torres Caicedo en que aparece el nuevo nombre: América Latina ¹²⁷, donde «Latina» no es adjetivo, sino sustantivo, parte de un nombre compuesto. Los autores que lo utilizan lo hacen con plena conciencia de cuanto se dice en París, pero me parece que el contenido no racial, defensivo ¹²⁸, sea dominante en estos autores (por otra parte, el concepto de «latino»

¹²⁴ **Lezioni sulla filosofia della storia universale, 1822-1830.**

¹²⁵ Para América, la referencia más inmediata es a la empresa sostenida por Napoleón III en México.

¹²⁶ Zea, L., **El descubrimiento.** cit., 13.

¹²⁷ Cfr. las obras de Bilbao F. y Torres Caicedo, J.M. en Ardao, A. **Génesis**, cit., 171 ss. y su análisis, 65 ss., 99 ss.

¹²⁸ Vasconcelos, J. en Zea 14. En cuanto al uso del término «raza» por parte de los autores en examen es válida la observación del mismo Torres Caicedo: «Empleamos la palabra, aun cuando no es rigurosamente exacta, para seguir el espíritu y el lenguaje de la convención que hoy domina» (cit. en A. Ardao, **Génesis**, cit., 86).

desde la antigüedad no estaba ligado a bases genéticas o raciales como queda claro, aún sólo pensando en la posibilidad de otorgamiento del *ius Latii*) 129.

Una verificación efectuada en el universo lingüístico documentado por un autor, A. C. Sandino, hombre político de este siglo (1895-1934), que pertenece no a las *élites* cultas de la burguesía, sino al proletariado, mestizo, animador y guía de una batalla independentista, confirma tal perspectiva. En el léxico de Sandino, esta designación se hace progresivamente más insistente y supera las anteriores, como precisión de la más simple *Nuestra América*, después de varios intentos diversos (Nuestra América racial, Raza indo-hispana, Raza indolatina, Unidad racial, Nuestra América española, Nuestra América indohispana, Nuestra América Latina, Nuestra América Latina continental y antillana, Nacionalidad latinoamericana). Ella expresa la perspectiva de una toma de conciencia progresiva de los vínculos entre la independencia de su pequeño país (la joven patria), y la dimensión centroamericana, antes (la Patria Grande); que posteriormente incluye también a México; finalmente latinoamericana. Sandino llega a afirmar la necesidad de una ciudadanía latinoamericana ¹³⁰, que no presupone la afirmación de una unitaria «identidad» cultural de tipo nacional, lingüística, étnica, porque las naciones pueden ser y permanecer en su multiplicidad, y ella se caracteriza por el mestizaje por el pluralismo. Alcanza como un instrumento de solidaridad para garantizar tantas independencias; un instrumento que se remonta ciertamente al proyecto bolivariano («el Supremo Sueño de

¹²⁹ Cfr. La atinada precisión de Catalano, P., *El concepto de latino*, en A.A.V.V., **Migraciones Latinas y Formación de la Nación Latinoamericana**, Caracas, 1983, 533.

¹³⁰ Cfr. sobre todo el **Plan de Realización del Supremo Sueño de Bolívar**, de 1929, en Sandino, A.C., **El Pensamiento vivo**, bajo la supervisión de Ramírez, S. 2 vol., Managua 1981, 341 ss., y en A.A. V.V., **Augusto Cesar Sandino fra realismo e utopia**, Napoli, 155 ss.; aquí, pp 171 ss. y P., 129 ss., cfr. también Sabbatini, M., **Lessico «ideologico-politico» di Sandino**; Panebianco, M., **Il progetto internazionalistico di Sandino**.

Bolívar») como a un instrumento de resistencia sobre la base de una esencial comunión de los principios jurídicos-políticos ¹³¹.

V. ALGUNOS EJEMPLOS SOBRE EL USO ACTUAL DEL DERECHO ROMANO EN AMÉRICA LATINA

En el discurso jurídico, la concepción de la latinoamericanidad se perfila a partir de la reflexión sistemática de un gran comparatista brasileño: Clovis Bevilacqua, quien añade a los tres grupos de *legislações*, de la sistematización del comparatista francés Glasson, (respectivamente las de Inglaterra - Países escandinavos - Estados Unidos de América - Rusia; de España - Portugal - Italia - Rumania; y de Francia - Alemania - Bélgica- Suiza) un cuarto grupo:

«Composto das legislações dos povos latinoamericanos, que nao se podem logicamente incluir em qualquer das tres categorias enunciadas, porque, provindo ellas de fontes europeas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificáram diversamente esse elemento commum, por suas condições proprias».

Para este comparatista, el grupo de legislaciones de los «*povos latino-americanos*» se caracteriza por la mayor presencia del «elemento romano» ¹³².

¹³¹ Quizá para el transparente significado simbólico, sugestivo resulte recordar que, en la organización proyectada por Sandino, la «*Conferencia de Representantes de los veintidós Estados integrantes de la Nacionalidad Latinoamericana*», como primer órgano debe constituir una «*Corte de Justicia Latinoamericana*», que esté dotada de una fuerza propia, de un «ejército compuesto por 5,250 ciudadanos pertenecientes a la clase estudiantil, contando con Profesores de Derecho y Ciencias Sociales», que tengan la «Ciudadanía Latinoamericana» (Plan, cit., par. 7). Puede resultar interesante tener presente que el objetivo de «impulsar el desarrollo de los conceptos de ciudadanía europea y latinoamericana» se ha afirmado recientemente en la XI Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea/ América Latina, Sao Paulo, 1-7/ 5/ 1993, *Acta final*, 22.

¹³² Bevilacqua, C., *Resumo das lições de legislação comparada*, 2 ed., Bahia, 1897 73 ss (1 ed., 1893). Sobre la materia, cfr. Catalano, P., *Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano*, en ID., *Diritto e persone*, cit., 107 ss., con el examen del pensamiento también de otros autores, como Abelardo Saraiva da Cunha Lobo y J. Castán Tobeñas.

El reconocimiento de la unidad y la especificidad de un sistema jurídico latinoamericano hoy en día está ampliamente difundido.

Yo comparto la formulación del colega Catalano, según la cual tal sistema jurídico latinoamericano es un subsistema del sistema romanista y la base cultural de su unidad la constituye un «bloque romano-ibérico- precolombino»¹³³.

En este contexto, el uso actual del derecho romano desarrolla un papel central en América Latina, y de esto ya he indicado algunas manifestaciones; deseo ahora solo añadir breves esbozos de unos ejemplos relativos a algunos puntos que considero especialmente interesantes¹³⁴.

1. La Búsqueda de los «Principios Generales del Derecho», Aplicables a la Deuda Externa y al «*Favor Libertatis*»

Al centro del análisis está el tránsito de riqueza de América Latina hacia Europa en los siglos pasados –materia que también sería útil profundizar–. Después de la independencia, los países de América Latina fueron gravemente sujetos a una deuda externa, que en ocasiones encuentra su origen en el financiamiento de la misma guerra de Independencia, que en muchas ocasiones se trató de una cantidad considerable¹³⁵. Esto ha sido también objeto de controversias jurídicas y de la maduración de principios dirigidos a garantizar la integridad de tales países, por lo menos de frente al uso de las armas por parte de los acreedores que intentaban

¹³³ Catalano, P., *Diritto romano attuale*, cit., 114.

¹³⁴ Cfr. otros ejemplos en Catalano, P., *Il diritto romano attuale dell'America latina*, en ID., *Diritto e persone*, cit., 121 ss (= en Index, 6, 1976 [1983], 87 ss); ID., *Diritto romano attuale*, cit., 107 ss.

¹³⁵ Cfr. v.g. Marichal, C., *Historia de la deuda externa de América Latina*, Madrid, 1988.

valerse de ellas para hacer efectivas sus pretensiones (Doctrina Calvo y doctrina Drago) ¹³⁶.

En estos últimos decenios, la deuda externa de América Latina parece estar caracterizada por elementos nuevos que confluyen en la crisis que padeció México hace más de diez años, que le llevó a la suspensión de pagos en respuesta al imprevisible aumento en la tasa de intereses aplicables a su deuda y del extraordinario encarecimiento, también frente a las monedas de los otros países industrializados, de la moneda de referencia (el dólar USA) ¹³⁷. En consecuencia, el problema se afronta también en el ámbito político. Se llevan a cabo negociaciones, se solicitan moratorias, proyectos extraordinarios, encubiertos o patrocinados, o implementados en sus inicios; se sugieren directivas de política económica. Se enunciaron paralelamente, en el ámbito ético recomendaciones significativas y de gran autoridad para una adecuada consideración de las implicaciones de fondo que repercuten en la vida de los pueblos y de las personas que lo forman ¹³⁸.

Mientras que los gobiernos de los países latinoamericanos, parte débil del contrato, se adaptaban al modo de gestionar la crisis de la manera indicada por sus contrapartes, que ejecutaban un evidente poder de supremacía, la doctrina latinoamericana consideraba el problema también bajo el perfil jurídico de los principios del sistema aplicable. Ella se guió por la estrecha conexión entre Derecho romano y Derecho codificado, comparado y por aquel integrado, para

¹³⁶ Cfr. Biggs, G., *La Crisis de la Deuda Latinoamericana frente a sus Precedentes Históricos*, 1987 (trad. port., Sao Paulo, 1987, 78 ss); Marchisio, S., *Il debito estero dei Paesi in via di sviluppo nel diritto internazionale*, en *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori. Aspetti giuridici del debito internazionale dei Paesi Latinoamericani. Ricerche Giuridiche e Politiche*. Materiali, VII/1 Assla, Sassari, 1991, 420 ss.

¹³⁷ Sobre la deuda actual cfr. Caldera, R., *Relazione introduttiva* del Foro científico sobre «*La deuda externa de los Países Latinoamericanos: perfiles jurídicos, económicos, sociales*». XV Asamblea General de CEISAL, Viena, 17-18 octubre 1991, en el volumen de las actas, edición bajo la supervisión del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia, *Ensayos*, 2/ 1991, 11 ss. y en *Materiali*, cit., VII/2, 11 ss.

¹³⁸ Cfr. algunas atinadas referencias en Caldera, R. *Relazione introduttiva*, cit.

individuar el derecho aplicable a tales clases de relaciones jurídicas, con un análisis profundo del papel que juegan los principios generales del derecho.

El civilista peruano M. Arias Schreiber Pezet, quien fuera Ministro de Justicia de su país, ha puesto en consideración «la antigua institución romanista del *rebus sic stantibus*» recogida en el Cc.¹³⁹ En una línea de reflexión más articulada, pero atenta a la perspectiva antes citada, el civilista y romanista brasileño J. C. Moreira Alves, quien además es juez del Supremo Tribunal Federal de su País, en el VI Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Mérida, 1987, desarrolló un análisis del principio del *favor debitoris* en el derecho romano hasta Justiniano y por tanto de su presencia en el derecho español, en el antiguo derecho portugués y en el derecho de los países latinoamericanos, concluyendo que ello constituye un «*princípio geral de direito no campo das obrigações*» Y es particularmente interesante la relación entre *favor debitoris* y «*favor libertatis* en sentido amplio», que él subraya, que constituye la clave de lectura para situar técnica y sintéticamente las situaciones en que radica tal principio, y también delimitar el área de su operabilidad, como instrumento de tutela del «deudor débil» (y no de cualquier deudor)¹⁴⁰. El tema después ha sido profundizado por él mismo, y por otros romanistas y civilistas, entre los cuales se encuentra el colombiano F. Hinestrosa, también él, además de jurista, ha sido Ministro de Justicia de su país; el filósofo del derecho brasileño A. F. Montoro, senador y quien ha sido Ministro del Trabajo de su país¹⁴¹; la colombiana E. González de Cancino¹⁴².

¹³⁹ Arias Schreiber Pezet, M., *Deuda externa «excesiva onerosidad de la prestación»*, en **El Comercio**, 27/1 0/ 1985.

¹⁴⁰ Cfr. una reelaboración del mismo Moreira Alves, J.C., *As normas de proteçao ao devedor e o favor debitoris - do direito romano ao direito latinoamericano*, en A.A. V.V., **Principi generali del diritto**, cit., 191 ss.

¹⁴¹ Cfr. Hinestrosa, F., **La tutela del derecho de crédito y el favor debitoris a la luz del derecho privado colombiano**; Montoro, A.F., *Aspetti giuridici, etici e sociali del debito estero dell'America Latina* en **Principi generali**, cit., respectivamente 67 ss.; 39 ss.

¹⁴² *La protección del deudor en la tradición romanística: Una búsqueda de soluciones*, en **Rev. Bras. Dir. Comp.**, 10, Río de Janeiro, 1991, **VII Congreso Latinoamericano de Direito Romano**, 120 ss.

El Internacionalista argentino M. A. Espeche Gil ha analizado la violación de los principios en materia de represión de la usura, proponiendo la solicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia de La Haya ¹⁴³ y el constitucionalista J. R. Vanossi, diputado argentino, presentó a la Cámara de su país una orden del día, misma que fue aprobada, para apoyar tal iniciativa desarrollando el análisis de los principios romanísticos violados «moviéndose siempre en la corriente romanística incorporada al derecho positivo de las naciones civilizadas», como sintetiza otro historiador del derecho F. E. Trusso, actual embajador argentino ante la Santa Sede ¹⁴⁴. La misma tesis viene sostenida también por otros exponentes de la doctrina jurídica latinoamericana: cito a F. De la Rúa y F. H. Cardoso, quienes han presentado ordenes del día sobre el problema, respectivamente al Senado Argentino y Brasileño¹⁴⁵. E. Jiménez de Aréchaga, ex Presidente de la Corte Internacional de Justicia, y H. Gros Espiell, internacionalista y Ministro de Relaciones Exteriores de Uruguay después extiende la consideración

¹⁴³ Espeche Gil, M.A., **Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa**, Ihladi, Madrid, 1989.

¹⁴⁴ Cfr. también Vanossi, J.R., *Proyecto de declaración. Fundamentos*, Cámara de Diputados de la Nación [Argentina], 10/3/ 1989, en **Trámite Parlamentario**, 210, 4599 ss.; Trusso, E., *La deuda externa a la luz jurídica del derecho positivo*, en **La Nación**, 14/ 6/ 1990.

¹⁴⁵ De La Rúa, F., *Proyecto de Declaración. Fundamentos*, Senado de la Nación [Argentina], **Diario de Asuntos Entrados**, VI, 162, 19/ 3/ 1991, P., 1855; Cardoso, F. H. Senado Federal-República Federativa del Brasil, 16/ 8/ 1991.

Es interesante tener presente que la prohibición de usura se ha elevado a nivel de norma Constitucional en la reciente Constitución Brasileña de 1988, artículo 192/ 3:

«As taxas de juros reais, nelas incluídas comissoes e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas a concessão de crédito, não poderao ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar».

Cfr. del autor de tal propuesta: Gasparian F. y otros, **A luta contra a usura**, Sao Paulo, s.d.

El romanista, entre tantos textos sobre el tema, de las XII tablas (8, 18a = Tac. *Ann.* 6, 16, no es éste el lugar para entrar a detalles sobre su exacta interpretación), a las disposiciones de Justiniano (C. 4, 32, 26, 2), no puede dejar de pensar al problema de «derecho internacional privado» al que Liv. 35, 7 presta testimonio, y a la solución ahí recordada que establece el límite fijado en Roma a los intereses como tales que se imponía también a los contratos entre extranjeros («M. Sempronio, tribuno de la plebe con la autorización del senado propone a la plebe y la plebe decidió que por el dinero entregado en mutuo a extranjeros aliados o a Latinos valiese el mismo derecho que para los romanos») y fija aquello que hoy podríamos calificar, según del punto de vista de quién nos coloquemos, de núcleo de un «principio general» o de un «principio de orden público» inderogable por los privados, o de un «principio de *ius cogens*».

de los principios que deberían ser tomados en consideración, además de aquél de la prohibición de la usura ¹⁴⁶.

A propósito de problemas de este género, R. Sacco ha puesto de relieve que «no es la imponente del evento económico lo que desencadena la constitución de nuevas características jurídicas de un sistema» sino, por ejemplo, «el hecho de que el futuro abogado se forme en una universidad o en un *Inn* (tribunal inglés), el modo de reclutamiento del juez y cuestiones de este estilo» ¹⁴⁷. Pero lo que ahora efectivamente interesa destacar es cómo reacciona la formación de los juristas de frente a tales acontecimientos; el uso del sistema romanista, nacimiento de tal formación; el presupuesto de la preexistencia de los principios y normas según los cuales los jueces deben decidir optando por la justicia y la libertad; el entendido de que la persona es el eje central del sistema jurídico, especialmente cuando la misma persona es dramáticamente oprimida, y propone nuevamente la necesidad que la coherencia interna del derecho tenga como fin la defensa de ella ¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Jiménez De Aréchega, E., **Solicitud de un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia y Principios Generales del Derecho**; Gros Espiell, H., *La deuda externa y el derecho internacional. Principios Jurídicos aplicables*, en **Debito internazionale. Principi generali del diritto, Corte Internazionale di Giustizia**, bajo la supervisión de Andrés D. y Schipani S., Roma, 1993.

Diversos juristas europeos atentos del derecho latinoamericano también han afrontado el tema, particularmente con referencia a una investigación por mí coordinada, y a las iniciativas del ASSLA y del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del Ceisal (cfr. Schipani, S. *Principi generali del diritto e iniquità nei rapporti obbligatori*, en **Apollinaris**, 65, 1992, 627 ss.; *Necessità di richiesta alla Corte Internazionale di giustizia di un parere consultivo sui principi generali del diritto da applicare al debito internazionale*, en **Debito internazionale**, cit. y a numerosas aportaciones reunidas en **Materiali** cit., VII/ 1 y 2). Cfr. Rescigno, P., *Relazione conclusiva*, en A.A.V.V., **I principi generali del diritto**, Roma, 1992, 342 .

¹⁴⁷ Sacco, R., **Che cos'è il diritto comparato**. Milán, 1992. 160 s.

¹⁴⁸ Puede resultar interesante el hecho de que la ya citada XI Conferencia Interparlamentaria, haya adoptado la siguiente resolución sobre la materia:

«Pedir a los Estados miembros que estudien la propuesta que la Asamblea de las Naciones Unidas solicite a la Corte Internacional de Justicia de La Haya un dictamen que clarifique y estudie el marco ético y jurídico, que debe regular los términos de los préstamos internacionales».

2. El Debate sobre las Instituciones Políticas

No resulta aventurado afirmar que la crónica inestabilidad de las instituciones del Estado nacional moderno en América Latina esté ligada a vicios conexos a elementos ajenos a ella ¹⁴⁹. Malogrados los primeros intentos (bolivarianos; del Paraguay etcétera), inspirados en el «modelo antiguo» ¹⁵⁰, se difunde el modelo delineado por la experiencia europea del Estado liberal-moderado territorial nacional, en coincidencia con las divisiones esencialmente administrativas de la precedente forma de gobierno, pero, sea en ausencia de las correspondientes «naciones», sea en contraste con la legitimidad «aterritorial» de la concepción del poder de la población de origen precolombino. La posición del *civis* no alcanza a articularse en un complejo coherente de principios de un «constitucionalismo latino», principios que permanecen fragmentados ¹⁵¹; la búsqueda de una solución está todavía abierta, y con ella la sensibilidad para la posible aportación del derecho romano que «es un factor imprescindible de desarrollo crítico de los conceptos y de las instituciones del Derecho Público que nos llegan a través de la Revolución Francesa» ¹⁵².

De tal modo, resulta atinado hacer hincapié en el hecho de que:

«La organización del poder político en América Latina tras su independencia de las potencias europeas se guió, no sin algunas excepciones, por las reglas del Estado-nación con separación de poderes. Este modelo institucional, para su viabilidad, supone una serie de requisitos que emergen de la realidad histórica europea y norteamericana que transita hacia la gran revolución liberal.

¹⁴⁹ Cfr. Schipani, S. *A proposito di Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni*, en **Index**, 14, 1986, 5 ss.

¹⁵⁰ Cfr. Catalano, P., *Tribunado, Censura, Dictadura: conceptos constitucionales bolivarianos y continuidad romana en América*, en **Quaderini Latinoamericani**, 8, 1981 (*Rivoluzione Bolivariana, Istituzioni - Lessico - Ideologia*), 1ss.; ID., *Modelo Institucional Romano e Independencia: República del Paraguay. 1813-1870*, Asunción, 1986.

¹⁵¹ Cfr. Steger, H. A., *Legitimación y poder. La formación de sociedades nacionales en América Latina*, en **Index**, 14 cit., 59 s.; Lombardi, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato*, Milán, 1986; Lobrano, G., *Modelo romano y constitucionalismos modernos*, Bogotá, 1990; A.A.V.V., *Constitucionalismo Latino y Liberalismo*, Bogotá, 1990.

¹⁵² *Conclusiones del Primer Seminario Nacional de Derecho Romano*. Jalapa. 1974, en **Index**, 6, 1976, 143.

En América Latina fue un modelo “importado”, es decir, que no se hizo de él una recepción tamizada»¹⁵³. «En otros países (los andinos y México son ejemplos muy claros) la población indígena continuó siendo una parte significativa de la población total del país, y sufriendo las marginaciones que se habían heredado de la época colonial, pero ahora no con el supuesto colonial de las “dos repúblicas (de indios y españoles)”, sino con el supuesto de la existencia de una sola nación. Y es que el concepto de nación necesita una cierta homogeneidad cultural, e inclusive racial para poder unificar a un conjunto de seres humanos en torno a la organización social [...] en los países de América Latina en los cuales habían existido el mundo de los indígenas y el de los españoles durante la colonia, el concepto de nación forzó a una estructura de dominación de los sectores mestizos y europeos sobre los oriundos [...] la idea de diversidad y pluralidad existente en el pueblo romano es por eso rescatable al pensar los problemas contemporáneos de la organización política de América Latina [...] retornar a una idea plural de pueblo en el que coexisten, dialécticamente es verdad, diversas partes que interactúan reconociéndose diversas pero, a la vez, unidas en un agregado mayor que las congrega»¹⁵⁴.

Por otra parte, también los defectos de tal modelo que derivan de su fundamento en la «representación política» parece que se distorsionan y acentúan en América Latina. Y el problema de la relación entre pueblo y gobernantes se hace más grave, así como más difícil es la motivación para una participación directa del pueblo en el poder.

«En los regímenes actuales, con períodos más o menos prolongados para el ejercicio de la función pública, sociológicamente se estimula la gestación de elite oligárquicas que se eternizan en la función pública en detrimento de una más dinámica participación del pueblo»¹⁵⁵. Dentro de la actual perspectiva del derecho público, se dan dos cuestiones que resulta imperativo resaltar: en

¹⁵³ Rubio Correa, M., *Reflexiones sobre la relación Estado-Sociedad en América a la luz del Derecho Público Romano*, en *Rev. Bras. Dir. Comp.*, 10 cit., 58 ss. Cfr. también Pérez Perdomo, R., *Derecho Romano, codificación, independencia política en Venezuela*, en *Index*, 14, 1986, 191 ss.

¹⁵⁴ Rubio Correa, M. *Reflexiones*, cit., 66s.

En otra dirección, sobre el problema de unidad superior al Estado nacional, en que los mismos problemas ya indicados puedan encontrar mejor consideración, cfr. la reflexión sobre el «Imperium», de Steger, H.-A., *Legitimación y poder: La formación de sociedades nacionales en América Latina*, en *Index*, 14, 1986, 59 ss.; Bravo Lira, B. «*Non Iure Tantum, sed Verbo et Imperio*». *La pervivencia de Roma en el Viejo y en el Nuevo Mundo*, VIII Congr. Latinoamericano de Derecho Romano, 1992.

¹⁵⁵ Paciello, O., *El «ius publicum Romanorum» y nuestra realidad constitucional*, en *Rev. Bras. Dir. Comp.*, 12, 1992, 179.

primer término, el hecho de que a través del tribuno de la plebe, el pueblo toma la iniciativa en la plasmación de un orden social más justo. Es cuanto posteriormente se ha traducido en una institución a la que con terror se resisten las oligarquías latinoamericanas: la iniciativa popular¹⁵⁶. Razón por la que igualmente a los romanistas se nos abre la siguiente interrogante: No será hora de reverdecer aquellos antiguos principios de buen gobierno, contenidos en el *jus publicum Romanorum*, oscurecidos por un constitucionalismo cimentado en el individualismo liberal del siglo XIX, a fin de abrir camino a una auténtica vigencia de los grandes ideales contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos»¹⁵⁷.

En este marco adquiere un significado específico la iniciativa de reforma constitucional, presentada en Venezuela por un jurista y estadista como R. Caldera, para la introducción del **Referéndum Revocatorio** que corresponde al pueblo de frente a los representantes electos por parte del mismo¹⁵⁸.

3. La Comprensión Jurídica de las Instituciones Indígenas de Origen Precolombino

La cesura ahora traída a colación entre instituciones políticas y legitimación del poder tradicional para las poblaciones de origen indígena se extiende además a muchas otras instituciones: vida familiar, relaciones agrícolas, etcétera. No obstante la relación entre leyes, códigos y principios generales del derecho ya examinados, la solución para la convivencia de los pueblos propuesta por Carlos V (el modelo de las «dos repúblicas», al que ya se ha hecho referencia en este trabajo), en lugar de haberse desarrollado, con la Independencia se confinó, en nombre de la afirmación de la igualdad, y en oposición

¹⁵⁶ Paciello, O., El «*ius publicum Romanorum*», cit. 181.

¹⁵⁷ Paciello, O., El «*ius publicum Romanorum*», cit., 185.

¹⁵⁸ Cfr. Congreso de la República. Caracas/ Venezuela, **Proyecto de Reforma General de la Constitución de 1961, con exposición de Motivos**, artículo 33, sobre esto cfr. opinión de P. Catalano en *El Universal*, del 23/ 8/ 1992 y en *El Nacional*, del 25/ 8/ 1992.

al derecho consuetudinario¹⁵⁹. La tendencia al monopolio por parte de la ley de la juridicidad se ha colocado, además como límite a la capacidad de muchos operadores del derecho a afrontar jurídicamente el problema de las instituciones indígenas, que por consecuencia corren el riesgo de no ser tomadas en consideración, o de ser simplemente descritas a manera conservativa o de una asimilación dentro de una comprensión inadecuada. La más articulada perspectiva romanística relativa a las relaciones de «moral» y derecho, a las fuentes, a la coexistencia de pluralidad de conjuntos de normas, a la misma multiplicidad de experiencias de reelaboración de estas (piénsese v.g. en las concepciones del matrimonio), parece poder ofrecer instrumentos más idóneos de comprensión de la realidad indígena *sub specie iuris*, que ciertamente deberán afinarse, pero que constituyen ya un enfoque interesante de señalar¹⁶⁰.

4. Unidad y Especificidad del Sistema. Inclusión de la Experiencia Socialista. Unificación/armonización del Derecho

Precedentemente he examinado el papel de referencia a los principios general del derecho en el sistema jurídico latinoamericano, y también he considerado los límites que han estado presentes para la utilización de los mismos. Se debe, sin embargo subrayar que las experiencias codificadoras más recientes han precisado tal solución

¹⁵⁹ Cfr. Hernández H.-Gil-Zuleta Puceiro, E., **El tratamiento de la costumbre en la codificación civil hispanoamericana**, Madrid, 1976; Tau A., V., *La costumbre en el Código Civil Argentino: las páginas críticas de Manuel A. Sáez*, en Dalmacio Vélez Sarsfield, cit., 209 ss.; Rubio Correa, M., *Los títulos preliminares en la codificación latinoamericana del siglo XIX*, en **Fuentes ideológicas**, cit., 172 ss. Es interesante subrayar que A. Bello había en cambio sostenido una consideración de la costumbre como poseedora de fuerza de ley, poniendo sólo dos requisitos de prueba de la costumbre misma, y en la primera formulación el límite de la constitución (artículo 5 Pyto. 1841-45; artículo 2 Pyto. 1853); tal propuesta no fue aprobada (artículo 2 C.c.ch).

¹⁶⁰ Cfr. Gayosso y Navarrete, M., **Persona: natura original del concepto en los derechos romano y nahuatl**, Jalapa, 1992. cfr. también A.A.V.V., **Istituzioni famigliari indigene e diritto romano, Ricerche Giuridiche e Politiche. Rendiconti**, II [Sassari, 1988]; A.A.V.V., **El origen y el derecho en el pasado y el presente**, bajo la supervisión de Levaggi, A. Buenos Aires, 1990. No hago referencia en este momento a la reciente legislación constitucional en la materia, y me limito a citar el sintético juicio de Del Refugio González, M., **El descubrimiento de América**, 110: «La solución no parece muy distinta de la que al problema dió Carlos V en 1555». Tampoco hago referencia a la necesaria atención que se debe presentar al elemento de origen africano, que me parece que hasta ahora ha sido negado o descuidado por los juristas.

con un desarrollo, que mientras confirman el universalismo, lo asocian a la especificidad que emana de la búsqueda de *suis legibus uti*, en ellos radicada, y de una más decidida asunción por parte de la ciencia jurídica latinoamericana de la especificidad del sistema.

El Cc. del Perú de 1984, artículo VIII Tit. Prel. efectivamente ha iniciado a individuar también, junto con los «principios generales del derecho» la presencia viva de una dimensión específica, que «inspira el derecho peruano», dimensión por reconocer en la latinoamericanidad del código mismo ¹⁶¹. En la misma línea, ha estado auspiciado, que en la reforma del Cc. argentino, se prevea expresamente, en modo más incisivo, la consideración de «principios generales del derecho y preferentemente del sistema jurídico latinoamericano» ¹⁶². Ésta es una importante maduración en el ámbito legislativo en provecho de la ciencia jurídica latinoamericana que, sin perder la base romanística, acoge la especificidad, razón de ser del propio sistema, en conexión con el bloque cultural romano-ibérico-precolombino, y que ciertamente consolida una más profunda valorización, sobre una línea de superación de los límites ya evidenciados, comenzando por aquellos relacionados con las instituciones indígenas, con la elaboración de esquemas más idóneos que enriquecerán a todo el sistema ¹⁶³.

¹⁶¹ Cfr. esta interpretación en Schipani, S., *El Código civil*, cit., 52 ss.; en el mismo sentido Montoro, F., *Novos direitos da pessoa humana e dos povos no sistema jurídico latinoamericano*, en *La persona en el sistema jurídico latinoamericano (Principios para un Código civil tipo)*, Actas del Congreso de Bogotá 1987 (en prensa).

¹⁶² Cfr. el texto de las conclusiones ya cit. de la Comisión IX de las XI Jornadas Nacionales (Argentinas) de Derecho Civil:

«(IV) Basándonos en lo expuesto, recomendamos que, al referirse al artículo 16 del Código civil, sea redactado de la siguiente manera: “Si el caso no pudiera ser resuelto por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se tomarán en cuenta [...] los principios generales del derecho y preferentemente del sistema jurídico latinoamericano, conforme a las circunstancias del caso”».

¹⁶³ Schipani, S., *El Código civil peruano*, cit.; *Die Zivilgesetzbücher*, cit.

El Cc. de Cuba de 1988 es la expresión de otra «lectura» del derecho romano. Por una parte introduce en el sistema elementos de una acentuada crítica al individualismo¹⁶⁴ que se colocan en un contexto continental donde el individualismo mismo había encontrado ya un dique más resistente que en Europa¹⁶⁵, y los desarrollos futuros de esta aportación crítica podrían constituir un enriquecimiento posterior para todo el sistema¹⁶⁶. Por otra parte las bases europeas de esta «lectura» no impidieron el significado primario de tal código para la afirmación de la independencia, como ya se ha indicado; ella incluso parece ligar a la búsqueda de refuerzo de los elementos de resistencia que garantizan el ejercicio del derecho al propio derecho, a los cuales además la codificación estructuralmente se presta¹⁶⁷.

Un siguiente paso es después constituido por el esfuerzo de traducir tales «principios» en «códigos tipo», que representan la articulada formulación, que puede traducirse en derecho uniforme, o que puede de

¹⁶⁴ Cfr. la señalización de los objetivos del C.c. enunciados en el acto de la promulgación del mismo, según el cual «debe (...) estimular la ayuda mutua entre los miembros de las sociedad y reflejar la moral inherente a los intereses de la clase obrera». V. también el énfasis puesto sobre la relación entre justicia y moral por parte de uno de los miembros de la Comisión de estilo, al comentarlo: «Es conveniente precisar que (...) la idea y el sentimiento de la justicia no se conciben carentes de contenido moral. Moral y Derecho sirven a los mismos fines. No puede haber contradicción entre ambos». (Rapa Álvarez, V. La codificación del Derecho Civil, en *Revista Jurídica*, 11, 1986, 82 ss. Cfr. para la problemática sobre el individualismo jurídico, De Martino, F., Individualismo e diritto romano privato, en *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*, 16, 1, 1941, 1 ss. (reimpreso en ID., *Diritto e Società nell'antica Roma*, Roma, 1979, 248 ss.; trad. spagn., Bogotá, 1978); Catalano, P., *Diritto romano attuale*, cit., 115. No me es ajeno que tal crítica puede ser objeto de otra consideración, misma que no me es posible tratar en este momento.#

¹⁶⁵ Cfr. Catalano, P., *Diritto romano attuale*, cit., 115s. Por una menor influencia de la Escuela del Derecho Natural, y de las premisas que en ella se contienen del individualismo jurídico, v. S. Schipani, *I codici latinoamericani*, cit. 667 n. 108 y 678 n. 155.

¹⁶⁶ Cfr. Schipani, S., *Diritto romano e diritto attuale (appunti sulla situazione italiana)*, en *Klio*, 61, 1979, 156.

¹⁶⁷ En cuanto a «elementos de resistencia de origen romanos del sistema jurídico latinoamericano», cfr. Catalano, P., *Diritto romano attuale*, cit., 102 n 38 y 116 ss. y el «Proyecto de investigación» por él mismo elaborado y coordinado, en *Labeo*, 20, 1974, 433 ss (trad. español en *Rev. Gen. Legisl. y Jurispr.*, 79, 1979, 637 ss.), donde no examina los códigos como tales en dicha perspectiva. Para una examen de lo sucedido en la dinámica de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos en tal área, cfr. la referencia a la Luisiana y sobre todo a Puerto Rico *supra* par. III n. 91.

otra forma orientarse en modo uniforme, o armonizante de la interpretación, y que se colocan en el cuadro de la permanente eficacia del modelo justinianeo ¹⁶⁸.

VI. CONCLUSIÓN: «ESQUEMAS JURÍDICOS HECHOS PARA EL HOMBRE»

Quisiera concluir recordando una preocupación central de mi Maestro, el profesor Giuseppe Grosso: su preocupación porque:

«El esquema jurídico, forjado por la tradición que encuentra su fundamento en el “hombre”» no venga utilizado «por parte del “grande”, por parte de quien ha perdido la dimensión humana, quien trasgiversa las posiciones jurídicas haciendo perder la conciencia que el derecho tiene su raíz en el “hombre”» y porque su misma «legalidad» no vaya «más allá de la defensa de la persona», no juegue «a favor de los grandes intereses especulativos en oposición a la comunidad» ¹⁶⁹.

Me parece que esta preocupación indica el programa, o por lo menos un momento central del programa del jurista romanista, jurista de un derecho romano vivo, e indica también un término central de referencia para verificar la presencia del derecho romano, en su función crítica y constructiva en las continuas reinterpretaciones que de él se realizan. Esta función crítica encuentra en el Derecho romano

¹⁶⁸ Cfr. Schipani, S., **I codici latinoamericani**, cit., 681 ss.; Vescovi, E., **Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano**, México, 1978; Schipani, S., *Intervento*, en **Un «codice tipo» di procedura civile per l'America latina. Atti congresso di Roma 1988**, bajo la supervisión de Schipani S., Vaccarella, R. Padua, 1990, 6 ss.; Gelsi Bidart, A., **Código tipo y reforma del proceso en América Latina; entre derecho común o uniforme**, *ibid.*, 41 ss.; **Código Penal tipo para Latinoamérica. Parte General, bajo la supervisión de Grisolia**, F. 3 vol., Santiago, 1973; **Texto del Anteproyecto de Código Tributario Interamericano**, Rosario, 1982; **Principi per un «codice tipo» di diritto del lavoro per l'America Latina**, bajo la supervisión de Perone G.-Schipani, S. Padua, 1993; **Anteproyecto de Código Procesal Penal Modelo para Iberoamerica**, Buenos Aires, 1989; **Un «Código tipo» di procedura penale per l'America Latina**, bajo la supervisión de Massa M. - Schipani, S., Padua, 1994; A.A.V.V., **Principi per un «codice tipo» di diritto delle persone per l'America Latina**, cit.; Schipani, S., **I codici Latinoamericani**, cit., 683 .

¹⁶⁹ Grosso, G., **Tradizione e misura umana del diritto**, Milán, 1976, 94 s.; 227 s.; 233 y *passim*.

en el Nuevo Mundo/América Latina (cuyo estudio por parte de los romanistas italianos apoyó el profesor Grosso, en su calidad de Presidente p. t. del Comité para las Ciencias Jurídicas y Políticas del CNR) reencuentros y contribuciones significativos, así como el reencuentro de dificultades y contradicciones, que –tanto unos como otros– contribuyen a un fecundo «diálogo», un recíproco aprendizaje para «el derecho de los Nuevos Mundos», que es también, el derecho de aquella «raza cósmica» que Vasconcelos reconoce que se hace en el pueblo latinoamericano («cósmica»-unitaria en sus aportaciones de cada continente, y ordenada); que es también aquélla de nuestro único mundo, todavía tan dividido y desordenado, pero en espera de aquellos «Nuevos Cielos y Nueva Tierra») (**Apocalipsis** 21, 1; **2 Petr.** 3. 13) que constituyen ciertamente uno de los puntos de referencia directamente o indirectamente inspiradores de posibles orígenes y significados de la locución usada en la formulación del tema del Congreso.