

IDENTIDAD JURIDICA DE AMÉRICA LATINA: DERECHO ROMANO Y SISTEMA LATINOAMERICANO

Pierangelo CATALANO

SUMARIO: I. *Áreas culturales, ordenamientos jurídicos, sistemas jurídicos.* II. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos.* III. *Derecho romano y "derecho latinoamericano".* IV. *Penetración del derecho angloamericano en América Latina.* V. *Algunos elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano.* VI. *Perspectivas de integraciones jurídicas continentales.* VII. *Nota bibliográfica.*

I. ÁREAS CULTURALES, ORDENAMIENTOS JURÍDICOS, SISTEMAS JURÍDICOS

Para comprender realidades históricas más amplias de aquellas que están debajo de las actuales soberanías (más o menos efectivas) de los estados y también para comprender concepciones del derecho como netamente distinto de los hechos que lo aplican o violan, parece útil el uso (en acepciones conceptualmente precisas) del término "sistema".

Es necesario partir de algunos resultados de trabajos interdisciplinarios en las ciencias sociales:

a) La antropología ha unido entre ellas la historiografía, la lingüística (y la literatura), la sociología y las ciencias jurídicas. Tenemos un ejemplo dentro de la "escuela evolucionista": el brasileño Darcy Ribeiro distingue en cada una de las formaciones "socioculturales" un "sistema adaptativo", un "sistema asociativo" (en el cual se incluyen también las instituciones políticas, religiosas, educativas, etcétera) y un "sistema ideológico"; estos tres sistemas forman la "cultura" de la sociedad. Sin embargo deben recordarse los diversos puntos de vista críticos respecto al evolucionismo: por ejemplo el de Claude Levi-Strauss.

b) La historia, en cuanto ciencia social, se apoya siempre más en disciplinas "vecinas", sobre todo en la geografía y en la economía. Gracias a esto han sido individualizadas grandes regiones continenta-

les socio-culturales. Hanns-Albert Steger habla de "continentes socio-culturales" recordando la lista propuesta por el sociólogo noruego Johan Galtung: Japón, China, Asia del Sur-Este, Norte América, América Latina, Europa Occidental, Europa Oriental, Países árabes, África Negra, Sur-África.

c) La utilización del concepto (o mejor: de los conceptos) de "sistema" se impone cada vez más. Bastan algunos ejemplos. Entre los representantes de la sociología histórica (sostenedores por tanto del "approche classique") citaré a Stanley Hoffmann. Recientemente se ha querido formalizar en términos de visión "sistémica" el estudio de la historia de las civilizaciones de Toynbee.

En tal cuadro es más fácil explicar cómo se desarrollan entre los juristas, especialmente entre los historiadores del derecho y los comparatistas, dos tendencias, ambas directa o indirectamente conexas a la individualización, más allá de los derechos ("ordres", ordenamientos) estatales nacionales, de "sistemas" jurídicos que los engloban y superan (sistemas fundados sobre realidades étnicas, ideológicas, económicas, además de, obviamente, sobre una comunión de caracteres jurídico-formales y doctrinales).

En primer lugar se tiende a profundizar el estudio de las relaciones entre "áreas jurídicas" y "áreas culturales", entre "Rechtskreise" y "Kulturkreise" (para utilizar algunos de los conceptos más comúnmente usados): me limito a mencionar la amplia ponencia del polaco Juliusz Bardach al Coloquio organizado en octubre de 1973 por la Universidad de Varsovia en colaboración con la Academia Nazionale dei Lincei.

En segundo lugar se tiende, en los contextos culturales y lingüísticos en los cuales el término "sistema" conserva una posibilidad de utilidades netamente distintas de aquéllas de los términos derivados de la raíz de *ordo*, a dar renovada descripción y explicación de los fenómenos jurídicos a través de varios usos, precisamente, del término "sistema" (además ya ampliamente usado, sin embargo con significados distintos, particularmente en el siglo XIX por la Escuela Histórica alemana, por Rudolph von Jhering y otros). Tales usos pueden tener varios objetivos: a) aclarar las relaciones entre el sistema "ideal" del *ius Romanum* y los diversos ordenamientos jurídicos "efectivos" a través de los cuales el derecho romano se extiende en Europa, durante las Edades medieval y moderna (v. la ponencia de Guido Astuti al citado Coloquio de Varsovia); b) evidenciar las diferencias entre los

"ordres juridiques" en su pluralidad y el "sistema" jurídico cuando éste es particularmente complejo, como en el caso de Marruecos, donde coexisten (según lo subrayado en estudios aparecidos en la revista de la Facultad Jurídica de Rabat) al menos tres "ordres juridiques": "usages et coutumes", "prescriptions musulmanes", "droit français"; c) subrayar la estrecha conexión entre formas jurídicas y realidades étnicas y económicas continentales o subcontinentales (así el español José María Castán Vázquez habla claramente de un "sistema jurídico iberoamericano"). Son sólo ejemplos.

Es evidente que he tenido en cuenta los usos más recientes del término "sistema" característicos de los historiadores del derecho y de los comparatistas. Prescindo de los usos hechos por los estudiosos de la filosofía del derecho e informática jurídica en distinguir el "sistema jurídico momentáneo" (o "sincrónico") del "sistema jurídico diacrónico" (cuyo criterio de identidad depende esencialmente de la identidad de las relativas formaciones sociales). Considero además que también los filósofos del derecho, al definir el "sistema jurídico diacrónico" y al individualizar los criterios de identidad (afrontando por tanto los problemas de la continuidad) pueden tomar en cuenta las líneas para una investigación colectiva de ciencias sociales diseñadas por un famoso estudioso de las civilizaciones del Mediterráneo: "matematización", "reducción del espacio", "larga duración".

El significado del término "derecho romano", por ejemplo, viene así definido en el momento mismo en el cual se reafirma la identidad del sistema jurídico que tiene su *principium* en la fundación de la ciudad de Roma (ciudad que ha "sobrevivido" al Estado, para usar una expresión de los "escritos teológicos juveniles" de Hegel, 1796).

II. LOS GRANDES SISTEMAS JURÍDICOS CONTEMPORÁNEOS

Al inicio de este siglo, James Bryce, profesor de derecho romano (civil law) en Oxford, observaba que dos sistemas jurídicos cubrían en aquel momento casi todo el mundo: el derecho romano (considerando el derecho ruso "a sort of modified Roman Law") y el derecho inglés; con dos excepciones de considerable "masses of population": el Oriente musulmano y China. Hoy puede decirse que la situación ha cambiado sólo por las consecuencias directas e indirectas de la Revolución Rusa. En efecto, el trabajo realizado por los historiadores del derecho y por los comparatistas lleva a individualizar cuatro sistemas

jurídicos de relevancia mundial: el sistema romanista (del cual el latinoamericano constituye un subsistema), el sistema anglosajón (del cual el norteamericano constituye un subsistema), el sistema socialista y el sistema musulmán.

No olvidemos que existen derechos que, por diferentes razones, no pueden ser agrupados con los cuatro sistemas mundiales (definidos geográfica e históricamente): basta citar el derecho canónico y el derecho hindú.

Los historiadores del derecho y los comparatistas han elaborado conceptos como "difusión", "penetración", "resistencia", para comprender y describir los fenómenos de relaciones entre los diferentes ordenamientos y sistemas jurídicos.

De los cuatro sistemas arriba citados, dos por lo menos (el socialista y el musulmán) tienen una tendencia a la expansión potencialmente universal.

Por el contrario, el sistema anglosajón parece estrechamente ligado a realidades etnolingüísticas particulares; ha escrito el comparatista norteamericano John Henry Wigmore: "Aussi, pour l'avenir également, en passant en revue les diverses régions, nous pourrions nous attendre à ce que partout ou seront des Anglais et parout ou ce seront des Américains du Nord qui constitueront la masse populaire ou la classe politique dominante, on trouvera plus ou moins de la Common Law anglaise. Dans ces endroits, mais nulle part ailleurs". No podemos dejar de tener en cuenta los fenómenos de penetración del sistema anglosajón no sólo en países de derecho romano sino también en países de derecho musulmán; y sobre todo recuérdese la recepción del derecho inglés en la India.

El sistema romanista ha estado hasta el siglo VI d. C., y todavía más allá de esta fecha, en Occidente, hasta el siglo XVIII, estrechamente ligado al uso de la lengua latina; tal relación se ha atenuado con las codificaciones modernas: en particular el *Code Napoléon* (1804) y el *Bürgerliches Gesetzbuch* (1900). Los códigos modernos, elaborados dentro de las áreas culturales latina y germánica, constituyeron el medio por el cual el sistema "romanista" se extendió a áreas culturales bien diferentes de su área originaria, aun independientemente de la colonización, por "revoluciones internas", se podría decir; es el caso, por ejemplo, de Japón. De forma parecida se produce la difusión del derecho romano en el Imperio Otomano y en la República de Turquía.

El encuentro del sistema romanista con el sistema musulmán se verifica particularmente en los países árabes de África septentrional y además en Libano, Siria y (con alternadas situaciones respecto a una penetración del sistema anglosajón) Palestina, Jordania e Iraq. Tal encuentro renueva relaciones más antiguas, que van desde las contribuciones del derecho romano del Imperio de Oriente al derecho musulmán naciente, hasta las influencias del derecho musulmán sobre las instituciones de la Europa Medieval. En cuanto a este último aspecto, daré un ejemplo interesante, por la amplitud espacio-temporal del fenómeno (aunque sí bastante discutido y discutible) según el gran arabista Ribera Tarragó, el "Justicia de Aragón" sería de origen musulmán; es notorio que el "Justicia" constituye un antecedente de aquel instituto principal de la tradición jurídica latinoamericana que es el "juicio de amparo".

Las conexiones estrechísimas, por lo que se refiere a los conceptos y a las técnicas jurídicas, entre el sistema romanista (identificado hoy con el conjunto de los derechos "romano-germánicos" de los países capitalistas) y el sistema socialista, han sido frecuentemente discutidas, desde diferentes puntos de vista historiográficos e ideológicos. Sería mejor poner el problema de las diversas relaciones que el derecho romano justiniano tiene con los ordenamientos de los países capitalistas por un lado y con el sistema socialista por el otro.

Este trabajo histórico-comparativo implica un análisis de los elementos formales de los sistemas jurídicos a través de la individualización de tres niveles: "conceptos", "principios" y "normas" (o "reglamentación"); a cada uno de los niveles corresponde un grado decreciente de estabilidad en el tiempo y en el espacio. Este trabajo histórico-comparativo implica además una individualización de las relaciones entre los arriba mencionados niveles formales y los hechos (o "casos") en los diversos sistemas. Es necesario recordar la precisa distinción operada por uno de los iniciadores de la contemporánea comparación jurídica, Henry Maine, en un estudio sobre "derecho romano y educación jurídica" (publicado en *Cambridge Essays* de 1856): "Tenemos que recordar al lector que el Derecho romano no es, como el Derecho inglés, un sistema de casos. Es un sistema del que se puede decir, en vista de la práctica y si no se exige demasiada exactitud, que se compone de principios formales y de reglas escritas".

En tal perspectiva histórico-comparativa, los conceptos de "sistema jurídico romanista" y de "sistema jurídico latino-americano" asumen

una función unificante análoga a aquella habida del concepto de *ius Romanum* sobre todo a partir del siglo III d. C.

III. DERECHO ROMANO Y DERECHO LATINOAMERICANO

Dentro de cada sistema jurídico (por ejemplo el sistema romanista) se pueden individualizar subdistinciones también sobre la base de elementos étnicos (por ejemplo "derechos de los pueblos latinos" y "derechos de los pueblos germánicos"). Como es sabido, es bastante discutida la posibilidad de individualizar dentro del sistema romanista, un "grupo (o "familia jurídica") iberoamericano" que comprende también España y Portugal, o más bien, en consideración de las particulares condiciones geográficas, económicas, sociales y políticas de América Latina, un "grupo latinoamericano". En mi opinión la segunda alternativa es preferible porque permite comprender mejor el problema de la penetración (no sólo económica sino también jurídico-política) de los Estados Unidos de América, así como la resistencia de la cultura latinoamericana, particularmente en lo jurídico.

A fines del siglo pasado, Clovis Bevilaqua (siguiendo al comparatista francés Ernest Glasson) distinguía tres grupos de legislaciones: aquellas en las cuales las influencias romanas y canónicas son "casi nulas" (Inglaterra, Países Escandinavos, Estados Unidos de América y Rusia), aquellas que han asimilado el derecho romano "de un modo más o menos radical" (España, Portugal, Italia, Rumania), aquellas en las cuales el elemento germánico y el elemento romano han terminado por fundirse "por cantidades casi iguales" (Francia, Alemania, Bélgica y Suiza). Según Bevilaqua "esses grupos contribuem, mais ou menos nitidamente, tres fachas que se extendem uma ao Norte, outra ao centro, e outra ao Sul da Europa" y agrega: "Necesário se faz que a esses seja additado um quarto grupo, composto das legislações dos povos latinoamericanos, dos quaes não cogitou o sabio jurista francez mais que não se podem logicamente incluir em qualquer das tres categorias enunciadas, porque provindo ellas de fontes europeas aparentadas proximamente entre si (direito portuguez e hespanhol), modificaram diversamente esse elemento comun, por suas condições proprias, e pela assimilação dos elementos europeus de outra categoria, principalmente francezes. E por desprender-se de paises novos, essencialmente democráticos, este quarto grupo apresenta certas ousadias fortes de

quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraia-se mai a larga".

La definición de un "grupo latinoamericano" (es decir de las legislaciones de los "pueblos latinoamericanos", según las palabras de Bevilaqua), caracteriza desde el siglo pasado los estudios jurídicos comparativos en Brasil; y aquí el punto de vista para la definición de los "grupos" de legislaciones es la mayor o la menor presencia del "elemento romano". El mismo punto de vista comparativo encontramos en el *Curso de direito romano* de Abelardo Saraiva da Cunha Lobo, editado en Río de Janeiro en 1931; los dos primeros volúmenes de la obra examinan la "organización" del derecho romano y por tanto su "expansión" (y las "causas de su desenvolvimiento"); el tercer volumen trata de la "influencia universal" del derecho romano, con particular referencia a las codificaciones modernas, trazando las características del "derecho iberoamericano" en esta perspectiva ("desde as *leges regiae* até a formação do Direito Ibero-americano").

Para la formación del sistema en la actualidad, fundamental es la obra del máximo romanista brasileño del siglo XIX: Augusto Teixeira de Freitas. Escribió Pontes de Miranda: "A América do Sul, podemos dizer, tem, praticamente, um direito: o que surge, trazido pela tradição ou elaborado pelo genio legislativo de Teixeira de Freitas, nos quase cinco milheiros de artigos do *Esboço*. Todas as leis civis posteriormente votadas pelos povos sul-americanos por vezes manifestam ser tiradas dele, ou direta ou indiretamente (através do Código argentino, uruguaio ou da doutrina dos tres paises) por ele influenciadas. Adicione-se a isto o que, na elaboração do Código Civil brasileiro, se aproveitou dos outros códigos latinoamericanos, e podemos dizer que já existe, caracterizado, um direito civil latino-americano".¹

Cuál haya sido (y sea hoy) el rol de la educación romanista de los juristas o más exactamente de los abogados latinoamericanos para cimentar una unidad de América Latina más allá de las divisiones estatales (históricamente superpuestas) y para afirmar una cultura jurídica y política propia, en grado de resistir a influencias extrañas, es aclarado desde una perspectiva sociológica por Hanns-Albert Steger. Esta unidad de actitud mental de los abogados se manifiesta no sólo en el plano técnico sino también en el ideológico, y aclara sociológicamente el fenómeno de resistencia de las normas de los derechos latinoameri-

¹ *Fontes e evolução do Direito civil brasileiro*, 1928; II ed. 1981.

canos a la influencia externa (norteamericana) hasta ahora dominante a nivel supraestructural sólo en Puerto Rico. Vale la pena recordar que el Convenio de integración educativa, científica y cultural de los países de la región Andina (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela) lleva el nombre del mayor romanista hispanoamericano: Andrés Bello.

El "grupo ibero-americano" (dentro del más amplio "sistema romanista"), ha sido calificado por Castán Tobeñas como marcadamente universalista (en contraposición al espíritu nacionalista que "esclaviza Europa"); tal aspecto universalístico de la mentalidad de los juristas latinoamericanos es subrayado también por René David. Desde este punto de vista se percibe la importancia ideológica y social de la base romanista, y por tanto de su capacidad de resistencia..

IV. PENETRACIÓN DEL DERECHO ANGLO-AMERICANO EN AMÉRICA LATINA

La resistencia del sistema latinoamericano es más o menos fuerte según los países (sea por la diversa situación geográfica, sea por las diversas estructuras económicas). Es sabido que la mayor intensidad de la influencia norteamericana en el derecho público y especialmente en el derecho constitucional (en el cual también el sistema romanista tiene una precisa unidad, a partir, según David, de la inspiración de Montesquieu y de Rousseau) da lugar a "orientaciones contrastantes" también en la comparación entre varias ramas públicas.

Con respecto al "problema del encuadramiento de las exigencias y de las tendencias del inversionista norteamericano en el sistema romanístico", Ascarelli ha formulado la hipótesis de una latinización de algunas orientaciones norteamericanas y de una "función mediadora" de América Latina entre "mundo latino" (o "derecho romanístico") y "mundo americano" (o "derecho anglo-americano").

Nuestra intención es diferente: se trata de precisar cuáles son los puntos de mayor o menor resistencia del sistema jurídico (romanístico) latinoamericano contra la penetración externa.

Nuestra posición es análoga a la asumida por Emilio Betti, quien después de una visita a la Universidad de Río Grande do Sul (1958) escribía: "Es al parecer un modo de pensar bastante difundido (confirmado por más de un colega de Puerto Alegre) que entre Brasil y los Estados Unidos de América no exista esta íntima y profunda afi-

nidad cultural que, en cambio, tan vivamente se percibe hacia los países ibéricos e Italia: por lo tanto, a pesar de la tendencia a tratar Sudamérica como "zona de influencia" de los Estados Unidos de América no es de prever o temer una difusión en Brasil de la concepción utilitarística que va bajo el nombre de 'American way of life' ni una expansión de los Estados Unidos de América excepto en determinados sectores de la vida económica dependientes del capital norteamericano".

Un preciso interés para el estudio del actual choque entre derecho romano y common law se encuentra en un escrito, aparecido en 1948, de Pietro de Francisci. Este, criticando la tesis de Koschaker según la cual la recepción del derecho romano se debió sobre todo al hecho que se presentaba a los juristas con autoridad vinculante, hace referencia a los "casos de concurrencia entre derecho romano y derecho anglosajón", en particular a la provincia canadiense de Quebec y a Luisiana, y también a la aceptación en California y en otros Estados del Oeste del Código compilado (bajo la influencia del Código de Napoleón) por Dudley Field: "Esta resistencia o continuación de expansión del derecho romano o románico no puede explicarse, en los casos de resistencia, sino con la fuerza de la tradición, y en los casos de expansión, sino con la convicción de la superioridad de una legislación sistemática sobre el common law. Aquí ciertamente no juegan las ideas políticas del imperio, de su universalidad, etcétera; no juega tampoco el factor representado por la potencia anglosajona; juega solamente la reconocida superioridad técnica de un derecho sobre otro".

La "concurrencia" y por tanto el choque entre el derecho romano y derecho anglosajón han sido escasamente considerados por los juristas europeos continentales, mientras que desde hace tiempo son objeto de interés de los comparatistas y romanistas latinoamericanos (me limitaré aquí a citar el libro de Carlos Mouchet y Miguel Sussini sobre la situación de Puerto Rico).

No es aquí el lugar para analizar los motivos del desinterés de los comparatistas europeos, oscilantes entre "occidentalismo" y "europeísmo"; me limitaré a observar que algunas importantes excepciones son dadas por la cultura jurídica ibérica, y que una precisa perspectiva de profundización es asegurada por la historia del derecho (me refiero a los estudios de Hermann Eichler).

Por lo que respecta a los romanistas, puedo afirmar que las previsiones y las opiniones de Betti y de De Francisci acerca de la fuerza de la tradición jurídica (y cultural) romana anticipaban, con suficiente

precisión, lo que se ha convertido en uno de los objetivos principales del trabajo, en los años setenta, del Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano. Además, tales opiniones y previsiones eran y han permanecido marginales respecto a los intereses de la doctrina romanista europea. Valdría la pena preguntarse sobre las causas de esta actitud de un gran número de colegas.

La comparación entre derecho romano actual de la América Latina y derecho anglo-americano debe ser considerada en un cuadro general que viene ciertamente iluminado por cuanto ya en la primera mitad de nuestro siglo escribía el mayor exponente de la "sociological jurisprudence": Roscoe Pound, profesor de la Universidad de Harvard. Él ha individualizado la fuerza del common law respecto a su rival "modern Roman law" en la "manera de tratar las controversias concretas", es decir, en el poder de los jueces de hacer el derecho "a través de las decisiones de las causas": una fuerza que explica la "slow but persistent invasión of the common law" (¡tal invasión ha encontrado aliados más o menos concientes desgraciadamente aun entre los romanistas!) Otro mérito histórico de Pound es el de haber visto la característica de contenido del derecho angloamericano, refiriéndose también a las vicisitudes del derecho germánico, en lo que él llama "ultra-individualism" o "extreme individualism".

Por lo tanto, una vez aclarado (como hizo Francesco De Martino en su polémica contra los nacionalsocialistas) que el derecho romano no es de ninguna manera individualista, se entiende la sustancia del choque entre el sistema jurídico latinoamericano y el derecho angloamericano.

V. ALGUNOS ELEMENTOS DE UNIDAD Y RESISTENCIA DEL SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO

Una investigación sobre "Elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano" ha sido dirigida por mí, en el periodo comprendido de 1974 a 1979, en la Universidad de Sassari, también gracias a un financiamiento del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

A. Al comienzo tuvo que prestarse atención, más que a las instituciones públicas (en las que, como se ha dicho, la influencia del derecho norteamericano es más fuerte), a aquellas que constituyen el tejido más estable de la sociedad (instituciones familiares e instituciones agrarias), para compararlas después con algunos aspectos de las institu-

ciones en mayor medida vinculadas a los cambios provocados por el desarrollo neocapitalista (instituciones comerciales).

La individualización de los factores principales de unidad del sistema jurídico latinoamericano (en la perspectiva histórico-comparativa) y también de las zonas de diferenciación (antes y después de las codificaciones) hace considerar definitivamente superada la tesis eurocéntrica que niega la unidad de dicho sistema.

La base cultural de la unidad debe verse en un "bloque" romano-ibérico-precolombino. El sistema recibió su forma del derecho romano (a través del "derecho común americano" y después la "transfusión" en las codificaciones), pero también del "mestizaje" de la tradición romanística con las instituciones precolombinas.

Las diferencias dependen en parte de situaciones anteriores a las codificaciones (conquista española y portuguesa, y sobre todo mayor o menor permanencia de instituciones precolombinas o indígenas), en parte de las tendencias centrifugas de los estados independientes y de las codificaciones ("códigos civiles del Pacífico" o "de los Andes", bajo la influencia del Código de Andrés Bello; "códigos civiles del Atlántico meridional", bajo la influencia del Esboço de Teixeira de Freitas y del Código de Vélez Sarsfield), en parte de las influencias de varios códigos europeos.

La complementariedad de los ejemplos de América Central y de la Región Andina resulta de la visión histórico-comparativa de todo el sistema jurídico latinoamericano.

B. A partir del carácter de ninguna manera "individualista" del derecho romano se ha iniciado el examen de algunas características esenciales de los factores de unidad del sistema jurídico latinoamericano.

La verificación de las hipótesis generales ha mostrado las notables potencialidades de una utilización de las perspectivas históricas contenidas en el siempre actual escrito de Francesco De Martino, *Individualismo e diritto privato romano*, de 1941 (traducido al castellano por Fernando Hinestrosa en 1978). El concepto de "individualismo" ha sido profundizado también teniendo en cuenta los resultados de investigaciones sociológicas. Esto ha permitido comprender mejor la contraposición del sistema latinoamericano al "sistema del derecho anglosajón" del cual una característica principal es precisamente el "ultra-individualismo".

Dichas perspectivas van integradas, para América Latina, por una toma de conciencia de lo que allí se denomina "tradición romano-canónica", concepto que no corresponde exactamente a los de "civil law", "derecho continental" (lo que lamentablemente se refleja en las traducciones de conocidos comparatistas).

Del "derecho común americano" (y también de la experiencia ibérica que está a la base) y de las instituciones indígenas que con él coexisten (superando los choques) o se mezclan, se desarrolla una concepción del ordenamiento en la cual el "individuo" (por cierto con mayor relevancia que en las culturales precolombinas) es considerado siempre en estrecha relación con la "comunidad".

Tal concepción sobrevive a la ola liberal y confiere, a nuestro juicio, a las codificaciones latinoamericanas aquellos caracteres ya en parte individualizados por la doctrina: acentuadamente romanísticos y "democráticos".

C. Se ha verificado la utilidad de usar las nociones de "penetración" y de "resistencia" ya esbozadas por Koschaker y De Francisci.

Partiendo del ejemplo-límite de Puerto Rico se han individualizado las diversas posibilidades históricas de las fuerzas de penetración, en relación a las diversas situaciones políticas y económicas.

Se ha comenzado por tanto a hacer la lista de los elementos de resistencia, considerando las varias ramas del ordenamiento, comenzando por el derecho de familia. En efecto éste sigue constituyendo el conjunto más evidente de ejemplos: así es notorio que según el sistema latinoamericano la "unidad social" es la familia, no el individuo; es también notorio que la penetración del Common Law tiende a invertir tal concepción.

La comprobación de algunos de los puntos de fricción o de conflicto entre el actual sistema jurídico latinoamericano (como parte de la "tradición romano-canónica") y el derecho norteamericano es considerada metodológicamente preliminar a cualquier discusión sobre la "modernización" (cualquiera que sea la "central" de tal proceso), así como sobre las ventajas o los inconvenientes de mezclas o mediaciones.

D. Entre los puntos surgidos de las discusiones y de las respuestas a los cuestionarios (*v. infra*, E), podemos recordar aquí dos, los cuales, por un lado, reconocen raíces en los aspectos antiindividualistas de "tradición romano-canónica" y, por otro, aparecen vivamente ligados a la actual realidad social de América Latina.

Fueron puestos en evidencia algunos problemas de relación entre casamiento, "unión de hecho" y desenvolvimiento demográfico.

Al mismo tiempo, se subrayó la importancia de las tierras públicas y, más generalmente, del fundamento y de los límites públicos de la propiedad inmobiliaria, dentro del orden presente y futuro de la "tenencia de la tierra".

En el conjunto del trabajo resulta obvio el vínculo entre los problemas de familia y de la tierra.

E. La colocación de estos problemas en el conjunto de los acontecimientos actuales del sistema jurídico de América Latina hace imprescindible la ampliación de la investigación en el sector del derecho comercial. Precisamente en este último sector la penetración de instituciones externas asume formas evidentes. Basta recordar aquí el comentario de P. J. Eder (hecho suyo por J. Olavarría Ávila, en cuanto a la introducción en Colombia y en Panamá, por influencia de capitalistas norteamericanos, del Negotiable Instruments Law: "La incorporación in integrum de una ley extraña dentro de un sistema jurídico fundamentalmente emanado del Derecho romano (civil law) puede ser considerada desastrosa").

Otro ejemplo, más reciente, es la ley brasileña n. 6.404 del 1976 sobre la sociedad por acciones, que "institucionaliza", como ya se dijo, el capitalismo financiero en Brasil, favoreciendo las empresas multinacionales. Según un estudio hecho por la Sección de Río de Janeiro de la Ordem dos Advogados do Brasil (marzo de 1976) sobre el anteproyecto de esta ley: "Adoção de institutos não usuais — o trasplante de praxes e procedimentos, usuais no direito norte-americano, para o nosso direito positivo, sem que existam em nossa tradição jurídica ou em nossa realidade econômica bases sólidas para sua utilização é a terceira das falhas que se nos afiguram presentes no anteprojeto".

F. Esta investigación sobre "Elementos de unidad y resistencia del sistema jurídico latinoamericano" se ha iniciado también enviando a estudiosos latinoamericanos cuestionarios (impresos) concernientes al Derecho de familia y al Derecho agrario, gracias a la fundamental colaboración de los profesores Francesco Busnelli y Antonio Carrozza (de la Universidad de Pisa).

Los resultados confirman la inicial hipótesis de trabajo. En la misma dirección se han desarrollado después investigaciones sobre Derecho mercantil, dirigidas por los profesores Antonio Piras (Universidad de Pisa) y Antonio Serra (Universidad de Sassari).

VI. PERSPECTIVAS DE INTEGRACIONES JURÍDICAS CONTINENTALES

El bloque jurídico "romano-ibérico-precolombino" constituye una base fundamental de integración latinoamericana. Este fenómeno tiene que ser estudiado desde distintas perspectivas disciplinarias; me limitaré aquí a mencionar dos ejemplos.

El primer ejemplo es significativo también por la comparación con Europa. Cito un escrito de Felipe Herrera (el entonces presidente del Banco Interamericano de Desarrollo), publicado en 1967: "Por lo demás, facilitará la creación de un sistema jurídico-institucional latinoamericano la circunstancia —que no se dio en Europa— de que el derecho nacional de cada país haya sido edificado en base a modelos comunes. Entre los factores que identifican a América Latina como una región diferenciada está precisamente nuestra común tradición jurídica, de origen romano a través primero del derecho español y luego de la influencia del Código Napoleón (...) En Europa, en cambio, el derecho ha emanado de raíces nacionales distintas y la influencia romana no alcanzó a desdibujar las características institucionales propias de esos derechos locales. De ahí que, pese a ser muchos más los países latinoamericanos que los europeos firmantes del Tratado de Roma, la armonización jurídica puede resultar menos complicada en nuestra región".

Quiero recordar, entre las precedentes tomas de posición de los juristas latinoamericanos, la "ponencia" presentada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco a la Segunda Conferencia de Facultades Latinoamericanas de Derecho, en 1961: "Por estas consideraciones pensamos en Latinoamérica, por los nexos que nos unen, debemos propender a la unificación legislativa, en base a la realidad social, política, económica y jurídica de nuestros pueblos, que tienen iguales costumbres, un mismo idioma, una idéntica creencia religiosa y similares condiciones económicas, que informan el principio de la unidad jurídica latinoamericana (...) en consecuencia el Derecho Romano, viene a constituir la base fundamental del derecho actual de los países latinoamericanos (...)".²

Un desenvolvimiento doctrinal, en este mismo sentido, está marcado por la institución del "Centro de Direito Romano e Sistema Jurídicos"

² *Revista de derecho y ciencias políticas. Órgano de la Facultad de derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1961, pp. 115 y 118.*

en la Universidad de Brasilia, decidida en 1980, con ocasión del XX Aniversario de la Inauguración de la ciudad de Brasilia.

VII. NOTA BIBLIOGRÁFICA

C. MOUCHET-M. SUSSINI, *Derecho hispánico y "common law" en Puerto Rico*, 1953; H. VALLADAO, *Le droit latino-américain*, París, 1954; R. DAVID, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, París, s. f.; P. H. EDER, *Principios característicos del "Common Law" y del Derecho Latinoamericano*, Buenos Aires, 1960; F. HERRERA, "Consideraciones jurídicas e institucionales acerca de la integración de América Latina" (Conferencia en la Escuela Libre de Derecho, México, 24 de marzo de 1965); IDEM, *Nacionalismo latinoamericano*, Santiago de Chile, 1967, pp. 80 y ss.; J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, II ed., Lima, 1967; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, "El sistema de derecho privado iberoamericano", *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, VI, Pamplona, 1969, pp. 157-188 (publicado también en la revista *Estudios de derecho*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 75, marzo 1969); L. MOISSET DE ESPANES, *Derecho civil español y americano*, Córdoba, Argentina, 1973; P. CATALANO, "Diritto romano e Paesi latinoamericani", *Labeo. Rassegna di Diritto romano*, 20, 1974, pp. 433-435; ID. "Derecho romano y países latinoamericanos", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 79, 6 (diciembre, 1979), pp. 637-640; ID. "Sistemas Jurídicos. Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 85, 3 (septiembre, 1982), pp. 161-178; ID. "Sistema jurídico latino-americano", *Enciclopédia Saraiva do Direito*, 69, São Paulo, 1982, pp. 253-260; J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid, 1984; H. EICHLER, "Privatrecht in Lateinamerika", *Aus Oesterreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Ernst C. Hellbling zum 80. Geburtstag*, Berlín, 1981; P. CATALANO, "Diritto romano attuale, sistemi giuridici e diritto latinoamericano", *Acta Universitatis Szegediensis de Attila József nominatae. Acta juridica et Politica*, 33, 8 (*Studia in honorem Elemér Pólay septuagenarii*), Szeged, 1985, pp. 167-188; P. CATALANO-H. A. STEGER-G. LOBRANO, *América Latina y el Derecho romano*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1985; M. A. LAQUIS, "Desde Vélez Sársfield

hasta la actualidad", *La Ley*, año LI, núm. 153, Buenos Aires, 12 de agosto de 1987, pp. 1-7.

Véanse también los volúmenes: *Diritto romano e Università dell'America Latina*, Indagine diretta da P. CATALANO con il patrocinio dell'Istituto Italo-Latino Americano (= *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, 4, 1973); *Diritto romano codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, a cura di S. SCHIPANI (= *Studi Sassaresi*, 5, 1977-1978, Milano, 1981); *Direito e Integração*, Centro de Direito Romano e Sistemas Jurídicos, Universidade de Brasília, Brasília, 1981; *Seminários de Direito Romano*, *ibid.*, 1984.

DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIOS: DESDE LA NUEVA ESPAÑA HASTA LA MODERNIDAD

Jesús Antonio DE LA TORRE RANGEL

SUMARIO: *Introducción. I. El indio en el Derecho de la América hispánica. 1.1 Instituciones jurídicas para los pueblos de indios. 1.2 El calpulli. 1.3 El papel de la encomienda. 1.4 Pueblos libres de encomienda. II. El Derecho moderno en América Latina y sus funestas consecuencias en las comunidades indígenas. III. El derecho a la tierra. IV. Iniciativa de reforma al Artículo 4º de la Constitución Mexicana. V. Derechos y autonomía de los pueblos indios: hacia la superación de la juridicidad de la modernidad.*

INTRODUCCIÓN

La Iniciativa presidencial de decreto que adiciona el artículo 4º constitucional, que se encuentra actualmente en proceso de análisis por el Constituyente Permanente, relativa al reconocimiento de los derechos culturales de nuestros pueblos indígenas, constituye un paso importante —aunque no definitivo— para hacer justicia a aquellos miembros de la compleja sociedad mexicana que, siendo los más pobres entre los pobres, la reclaman hace ya casi cinco siglos.

El presente trabajo quiere ser un breve repaso de la juridicidad mexicana, desde el largo periodo novohispano hasta nuestros días, relativa a los pueblos de indios, para entender mejor, desde el punto de vista histórico-jurídico, los alcances de la reforma constitucional propuesta. En el análisis, si bien no dejamos de lado al indio como individuo, asumimos la perspectiva del indio en comunidad, de los pueblos de indios.

I. EL INDIOS EN EL DERECHO DE LA AMÉRICA HISPÁNICA

Para ordenar la vida del mundo recién descubierto por los europeos, las normas dictadas en un principio por los Reyes Católicos, están