

# EL SISTEMA DE DERECHO PRIVADO IBEROAMERICANO +

Dr. José María Castán Vázquez

Sumario: - I ¿Existe un sistema jurídico iberoamericano?

1. Sistemas jurídicos y familias de Derechos - 2. Consideración de los ordenamientos iberoamericanos en las clasificaciones de los sistemas jurídicos. - II. El fondo común de los ordenamientos de Iberoamérica: 1. El trasplante del Derecho castellano. 2. El envío de libros jurídicos a las Indias. 3. La obra de las Audiencias. 4. Las Codificaciones americanas. 5. La práctica jurídica en Iberoamérica. III - Perspectivas para el futuro: 1. Comunidad jurídica e integración iberoamericana. 2. El problema de la unificación legislativa.

## I - ¿EXISTE UN SISTEMA JURIDICO IBEROAMERICANO?

### 1 - *Sistemas jurídicos y familias de Derechos.*

A lo largo de este siglo y a través de los estudios de Derecho comparado, que arrancan fundamentalmente, con su metodología actual, del Congreso de París de 1900, se viene tratando de agrupar en sistemas los

(\*) Empleo preferentemente a lo largo de estas notas el término "iberoamericano", que, según han puesto de relieve diversos escritores de España y de América, parece más correcto que el de "latinoamericano", aunque éste se haya impuesto virtualmente en todo el mundo; ya don Miguel de Unamuno afirmaba: "y no digo latinoamericanos porque eso de latino es poco claro y menos preciso; más una categoría lingüística que étnica, y si se quiere incluir al Brasil, en que se habla portugués, y no se admite la denominación tradicional de Hispania para la Península toda ibérica, era mejor llamarlos iberoamericanos, pero no latinos". (Véase J. C. CHAVES: *Unamuno y América*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1964, p. 27).

ordenamientos jurídicos del mundo. Los términos "sistemas jurídicos" o "sistemas de Derecho" —que abarcan más que el de "régimen", pues sobrepasan tanto los límites locales como los límites de una institución o materia (1)— han sido los más utilizados a efectos de clasificación, aunque recientemente el profesor René David se ha inclinado por la expresión "familias de Derechos" (2).

Establecer cuáles sean aquellos sistemas o familias es, realmente, tarea delicada. Si toda materia ofrece dificultades al intento de clasificar, éstas son especialmente graves tratándose de los sistemas jurídicos. Los ordenamientos que coexisten en el mundo son muchos y cada uno de ellos es un cuerpo dinámico que, con la mutabilidad propia del Derecho positivo, cambia frecuentemente; en nuestro tiempo, de modo singular, algunos de esos cambios, al impulso de transformaciones políticas y sociales radicales, son realmente profundos; para una clasificación que aspirase a gran exactitud, habría que conocer al día todos esos ordenamientos. Por otra parte, para clasificar hay que adoptar un criterio, siempre discutible y, aun dentro de él, se presentarán posibilidades distintas de sistematización; se comprende, pues, que David haya dicho que "toda clasificación es necesariamente arbitraria en esta materia" (3). Pero aun después de llegar a formular una sinopsis, se advierte el hecho de que entre los grupos que se deslindan no hay absoluta incomunicación: bien ha podido atacar el profesor Mantilla Pineda "la interpretación ingenua que pretende atribuir a cada sistema de Derecho o a cada ordenamiento jurídico una tabla de valores totalmente distinta de la de los demás", pues "en el plexo ius-axiológico de cada sistema de Derecho o de cada ordenamiento jurídico, hay valores jurídicos circunstanciales y valores jurídicos subrayados de manera especial" (4). Finalmente, toda clasificación, aun suponiendo que fuera acertada en su momento, perdería pronto exactitud por aquellas aceleradas mutaciones de los ordenamientos, a que antes me refería, en virtud de las cuales hay países que salen de la órbita de un sistema para entrar en la de otro, o hay grupos que se reducen mientras nacen otros nuevos (baste recordar lo que ha supuesto en el Derecho comparado la aparición del "sistema soviético" con sus variantes).

(1) Véase J. J. SANTA-PINTER: *Elementos de introducción al "common law" y al "civil law"*, Escuela de Derecho de Ponce (Puerto Rico), 1963, p. 13.

(2) Véase R. DAVID: *Les grands systèmes de Droit contemporains*. Daloz, París, 1964, p. 13.

(3) R. DAVID: *Tratado de Derecho civil comparado*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953, p. 214.

(4) B. MANTILLA PINEDA: *Los valores jurídicos*, en "Estudios de Derecho", Universidad de Antioquia (Medellín), núm. 56 (sept. 1959), p. 194.

No es así de extrañar que sean discutibles, y de hecho hayan sido más o menos discutidas, las clasificaciones de los sistemas jurídicos que en los últimos años se han ido sugiriendo en la doctrina. A los fines de este estudio, sin embargo, no interesa la apreciación de conjunto de aquellas clasificaciones (que yo, por otra parte, carezco de autoridad para juzgar), sino tan sólo la valoración que las mismas hacen del grupo de ordenamientos jurídicos iberoamericanos.

Ocurre, en efecto, que ante el hecho de la existencia de una veintena de Estados con sus regímenes jurídicos propios, en un mismo continente y con una misma lengua, el jurista —de modo especial si es privatista o comparatista— no puede por menos de preguntarse: ¿Responden aquellos regímenes a concepciones jurídicas comunes?. ¿Integran, por encima de sus diferencias, una unidad superior, es decir, un sistema jurídico o una familia de Derecho?. ¿Cabe hablar, en fin, de un "sistema jurídico iberoamericano"?. Para responder, veamos previamente si las clasificaciones doctrinales más conocidas reconocen alguna autonomía a ese grupo y qué lugar, en su caso, le reservan dentro de la geografía jurídica mundial.

## 2 - Consideración de los ordenamientos iberoamericanos en las clasificaciones de los sistemas jurídicos.

La primera clasificación científica formulada, que fue acaso la del Congreso Internacional de Derecho Comparado de París, no mencionó especialmente a los ordenamientos iberoamericanos (5). Tampoco los mencionaron la clasificación de Sarfatti, que contraponía fundamentalmente las codificaciones de tipo romano al Derecho común inglés (6), ni la clasificación de Arminjon, Nolde y Wolff, que encuadró los sistemas jurídicos en siete grupos (7). Las clasificaciones más recientes, de

(5) Los sistemas se clasificaron en: del Derecho francés, del angloamericano, del germánico, del eslavo y del musulmán (véase DAVID: *Tratado cit.*, p. 214).

(6) En esa clasificación se incluyen dentro de las codificaciones de tipo romano los Códigos netamente latinos de Europa, los germánicos, los inspirados en ambos grupos y los de Estados orientales de moderna civilización (véase M. SARFATTI: *Introduzione allo studio dell Diritto Comparato* Turin, 1913, y trad. esp., México, 1945, p. 93 ss.).

(7) Son esos grupos: el francés, el germánico, el escandinavo, el inglés, el ruso, el islámico y el hindú (véase ARMINJON - NOLDE-WOLFF: *Traité de Droit Comparé*, t. I, París, 1950, p. 42 ss.).

los profesores Silva Pereira (8), Carbonnier (9) y Santa Pinter (10) no dan tampoco relieve al grupo de ordenamientos de Iberoamérica.

Mayor atención a dichos ordenamientos se advierte en algunas clasificaciones esbozadas por autores españoles. Así, Solá Cañizares hace con los países iberoamericanos un grupo que sitúa dentro de los sistemas que llama occidentales (11), y Castán Tobeñas incluye los Derechos iberoamericanos entre los sistemas de filiación ibérica, que son, a su vez, incluíbles entre los Derechos de tipo latino (12).

El profesor René David parece dudar de la existencia de un sistema jurídico iberoamericano. En su conocido *Tratado* el ilustre comparatista francés habló de cinco grandes sistemas jurídicos: el occidental, el soviético, el musulmán, el hindú y el chino (éste, anterior a la actual República Popular); dentro del sistema occidental diferenció un grupo francés y un grupo angloamericano (13). Los ordenamientos hispanoamericanos estarían incluídos en el "grupo francés", que incluiría, aparte de ellos, incluso a los ordenamientos germánicos. En su libro más reciente ya citado, el profesor David, rectificando su anterior clasificación, estima que las "familias de Derecho" existentes en el mundo actual son la "familia romano-germánica", la "familia de la *common law*" y la "familia de los Derechos socialistas", al lado de las cuales menciona ciertos sistemas de naturaleza más bien religiosa o filosófica que propiamente jurídica, por los que se regulan en ciertos países las relaciones entre los hombres, en su totalidad o en ciertas materias (14). Para David está

(8) Señala esa clasificación cuatro grupos de Derechos: los romano-cristianos, el *common law*, los soviéticos y los filosóficos religiosos (véase SILVA PEREIRA: *Unidade da cultura jurídica occidental*, en "Revista da Faculdade de Direito", oct. 1954, p. 25 ss.).

(9) Este civilista separa por su originalidad los Derechos orientales y recoge la división entre Derecho angloamericano y Derechos continentales, aludiendo entre éstos a los grupos soviético, germánico y francés (véase J. CARBONNIER: *Derecho civil*, trad. de Zorrilla, Ed. Bosch, t. I, vol. 1º, 1960, ps. 75 - 77).

(10) Este profesor, con fines didácticos, expone por separado los siguientes sistemas: el derecho romanista, el derecho anglosajón, el derecho soviético, el derecho satélite, el derecho eclesiástico, el derecho árabe, el derecho judío, el derecho chino y "otros sistemas legales de Africa y de Asia", estudiando también aparte la "concepción hindú del derecho" (véase J. J. SANTA-PINTER: *Etnopolítica jurídica comparada o sistemas legales contemporáneos*, en la obra *Problèmes Contemporains de Droit Comparé*, Institut Japonais de Droit Comparé, Université Chuo, Tokio, 1962, ps. 370 - 371).

(11) Véase F. SOLA CAÑIZARES: *Iniciación al Derecho comparado*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1954, p. 176.

(12) Véase J. CASTAN TOBEÑAS: *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*. I. E. Reus, Madrid, 1956, p. 23.

(13) Véase R. DAVID: *Tratado cit.*, ps. 216 - 217.

(14) Véase R. DAVID: *Les grands systèmes cit.*, ps. 18 - 26.

bien claro que los países que fueron colonias españolas en América (como los que constituyeron colonias portuguesas, holandesas o francesas) pertenecen a la familia romano-germánica de Derechos, porque aceptaron de modo natural las concepciones jurídicas de dicha familia y no han repudiado nunca esa tradición; la única cuestión que se plantea es saber en qué medida las condiciones propias de América, muy diferentes de las del medio europeo, deben conducir en el plano del Derecho práctico, a reconocer o conferir una cierta originalidad a los Derechos de América en relación con los Derechos europeos de la familia romano-germánica (15). El profesor David no resuelve, hoy por hoy, esa cuestión.

Parecida pregunta se formulaba también no hace mucho, desde una revista española, un jurista americano, el profesor Rodríguez Ramos, decano de la Facultad de Derecho de la Universidad oficial de Puerto Rico, y llegaba a la conclusión de que "no existe un sistema perfectamente delimitado de Derecho latino americano", porque "por lo que se refiere a la técnica jurídica, la unidad que generalmente prevalece en los diferentes países de América Latina no es distinta, ni históricamente ni por lo que revela su práctica efectiva, de la que en mayor o menor grado predomina en todos los países de *civil law*" (16). La opinión es ciertamente autorizada, pero conviene examinar la posibilidad de que los ordenamientos de los países que fueron españoles integren si no un sistema jurídico propiamente dicho, con todo el alcance que se suele dar a ese término, sí al menos un grupo propio dentro de alguno de los sistemas del mundo actual; grupo que en una sinopsis de las familias de Derechos haya de ser situado aparte, aunque próximo, a otros grupos de la misma familia. Veamos esa posibilidad.

Parece evidente, en primer término, la adscripción de las legislaciones iberoamericanas al sistema occidental. Puede admitirse, en efecto, que existe un sistema jurídico occidental, formado sobre bases religiosa, política, económica y social comunes (17). Este sistema, que mira a realizar una misma concepción de la Justicia y responde a una misma tradición, no está limitado a un continente y dentro de él caben las legislaciones americanas junto a otras europeas.

(15) DAVID: *Les grands systèmes cit.*, p. 72.

(16) M. RODRIGUEZ RAMOS: *Visión de conjunto del Derecho de América latina*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", enero 1960, y en ed. sep., I. E. Reus, Madrid, 1960, p. 21.

(17) Véase R. DAVID: *Existe-t-il un droit occidental?*, en el vol. *XXth Century Comparative and conflicts law (Legal essays in honor of Hessel E. Yntema)*, A. W. Sythoff-Leyden, 1961, ps. 56 - 64.

Pero dentro del sistema occidental habrá siempre que distinguir, fundamentalmente, otros dos sistemas o familias: el angloamericano y el romanista. El término "angloamericano" parece preferible al de *common law* que en rigor designa a una de las fuentes del Derecho inglés, y el término "romanista" parece preferible a los de "Derecho continental" o "Derecho francés", que son términos estrechos para abarcar a toda una familia que desborda el continente europeo y la influencia francesa. Dentro del sistema romanista se pueden situar las legislaciones que tuvieron recepción del Derecho romano y obedecen a su inspiración. Muchos son, pues, los ordenamientos aquí incluibles, dada la enorme difusión del Derecho del pueblo de Roma —pueblo del que si se ha podido decir, como Heine, que fue un pueblo de bandidos y picapleitos (18), también ha podido afirmarse, como lo hace Alvaro d'Ors, que fue "el pueblo más dotado para el operar jurídico que jamás ha existido" (19)— y entre aquellos ordenamientos están los iberoamericanos, que han recibido el Derecho romano no sólo a través del Código napoleónico, como a veces se dice, sino también y sobre todo del Derecho español. El carácter de romanistas se advierte por su contraste con los países de la *common law*. Entre los Derechos iberoamericanos, por un lado, y los de Inglaterra y Estados Unidos, por otro, se nota una coincidencia de intereses protegidos y una divergencia técnica. Ahora bien, la coincidencia es lo que les une dentro del superior sistema occidental y la divergencia es lo que los separa al ser romanistas los unos y angloamericanos los otros.

Dentro de ese sistema romanista puede hablarse, a su vez, de dos grupos: uno latino y otro germánico. En el latino ha tenido un papel preponderante el Derecho francés por el Código napoleónico. La expansión del Derecho francés tuvo dos etapas: una, la del Derecho introducido por autoridad en los territorios conquistados por Napoleón (Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo), en los que se mantuvo, por su superioridad, después de la caída del Imperio francés; la otra etapa, la recepción del Código francés por Italia, Portugal y España, de donde pasó a América; así, los países iberoamericanos son incluidos generalmente en el grupo latino, proclamándose la influencia en ellos del Derecho francés, pero algún autor actual escrupuloso, como el profesor Pescatore, advierte que dichos países pertenecen al grupo latino como sometidos a la influencia del Derecho francés, pero a través de la Península

(18) Cit. por ALAS-DE BUEN y RAMOS: *De la usucapión*. Madrid, 1916, p. 95.

(19) A. d'ORS: *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, col. "O Crece o muere", Ateneo, Madrid, 1952, p. 31.

Ibérica (20). Tenemos así ya situados a los Derechos iberoamericanos en el sistema occidental, en el sistema romanista y en el grupo latino.

Pero, seguramente, se puede ir más lejos. Los ordenamientos iberoamericanos son algo más que latinos. El término que se les da frecuentemente de "latinoamericanos" ya indica que, si son latinos, son también americanos, lo que no son el Derecho francés ni los demás latinos de Europa. Y las coincidencias que cabe descubrir entre ellos demuestran su próximo parentesco y la personalidad con que se perfilan dentro de la geografía jurídica mundial. Trataré de recordar brevemente algunas de aquellas coincidencias, que tienen seguramente su base en una historia jurídica común.

## II - EL FONDO COMUN DE LOS ORDENAMIENTOS DE IBERO-AMERICA.

### 1 - *El trasplante del Derecho castellano.*

Preguntándose qué es la Hispanidad, un escritor argentino como el P. Sepich la concibe como "una comunidad de naciones vinculadas por una tradición histórica —de contenido religioso, cultural y jurídico— que las hermana en una misma concepción de la vida nacional y entre las gentes" (21).

Hay, en efecto, una tradición jurídica, en cuyo fondo está el Derecho español, que fue el cauce de la herencia jurídica europea. Forzoso es reconocer que los Derechos iberoamericanos deben poco al elemento autóctono. El profesor Quintano Ripollés ha puesto de relieve que el orden jurídico dominante en la América precolombina, si de tal orden puede hablarse, era más bien primitivo, en un grado que España y Europa en general habían superado hacía siglos, y que la tacha en lo jurídico no excluye ni siquiera a los grandes imperios azteca, maya o incaico, tan admirables en otros muchos aspectos, como el de las artes plásticas; en el Derecho indiano, así, más que de un influjo de España, cabe hablar de trasplante o sustitución pura y simple de un sistema (22).

(20) P. PESCATORE: *Introduction a la science du Droit*, Luxembourg, 1960, ps. 60 - 61.

(21) J. R. SEPICH: *Misión de los Pueblos Hispánicos*, Seminario de Problemas Hispanoamericanos, Madrid, p. 76.

(22) A. QUINTANO RIPOLLES: *La influencia del Derecho penal español en las legislaciones hispanoamericanas*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1953, ps. 27 - 33. En igual sentido: RODRIGUEZ RAMOS: *ob. cit.*, p. 4, y DAVID: *Les grands*

En las Indias, ciertamente, rigieron desde el primer momento las leyes españolas (23). Era natural: la colonización —como dice García Morente— era esencialmente nacional y popular; aquellos conquistadores y pobladores de América mantenían con la Metrópoli una relación muy distinta de la que mantienen con su Gobierno unos colonizadores (24). Al estudiar los inicios del Derecho indiano, según con su autoridad observa el profesor García Gallo, el primer hecho que hay que destacar es que el Derecho indiano nace antes de que se conozca, e incluso antes de que se sepa si existe, el país en que ha de regir, pues tres meses y medio antes de que Colón zarpase de Palos en su viaje de descubrimiento, los Reyes Católicos, en las capitulaciones de 17 de abril de 1492 y en los documentos despachados en los días siguientes, habían establecido las bases jurídicas del gobierno del Nuevo Mundo. Sus disposiciones tras el Descubrimiento se basaron, y no podía ser de otra manera, en los principios e instituciones del Derecho de Castilla. Cuando, a partir de 1513, el Rey y el Consejo de Indias se esforzaron por coordinar los intereses de los conquistadores y de los indios y por ordenar conforme a derecho el Nuevo Mundo, siguió tomándose como base el Derecho de Castilla; cuando era posible, se trasplantaba sin más y así regían unas mismas normas a uno y otro lado del Atlántico; a veces las normas castellanas habían de adaptarse al nuevo medio y, en no pocas ocasiones, no bastaba la mera adaptación (por tratarse de problemas que no se daban en Castilla y, consiguientemente, no estaban regulados en la legislación castellana) y entonces el Rey y el Consejo de Indias se veían forzados a crear un nuevo Derecho: nuevo en cuanto que las normas dictadas no tenían precedentes ni paralelo en las de Castilla, viejo en cuanto a su espíritu porque se creaba partiendo de los principios y ten-

---

*systemes* cit., p. 72. Véase también la conclusión sobre las culturas precolombinas de M. BALLESTEROS GAIBROIS: *Historia de América*, Ediciones Pegaso, Madrid, 1962, ps. 144 - 145. Acerca del fenómeno de transculturación, J. BENEYTO: *Historia social de España y de Hispanoamérica*, Aguilar, Madrid, 1961, ps. 228 - 232.

(23) El profesor Salinas Mateos subraya "el hecho de que España fue cuna de la unificación legislativa más extensa que registra la Historia, superior en extensión a la romana y en asimilación a la napoleónica": *La unificación del Derecho privado en Iberoamérica*, conferencia, en el vol. "Segundas Jornadas Iberoamericanas", Delegación Nacional de Organizaciones del Movimiento, Madrid, 1963, p. 3 de la conferencia.

(24) "Resístese la pluma —añade— y ello es harto significativo, a aplicar el nombre de colonia a aquellos virreinos, a aquellos gobiernos, a aquellas audiencias. En realidad, no eran colonias. No habían sido fundadas ni por intereses mercantiles ni por razones estratégicas. No habían sido fundadas por ningún interés particular. Eran simplemente brotes nuevos de vida hispánica..." (M. GARCÍA MORENTE: *Idea de la Hispanidad*, col. Austral, 1961, p. 193).

dencias que, fijadas en la Edad Media, pervivían en la Península (25). Junto a ese trasplante de la legislación castellana, complementada con nuevas normas, se produjo también otro trasplante de gran importancia: el de la doctrina jurídica, enviada prontamente a tierras americanas a través de las naves españolas de Indias. El hecho, acaso insuficientemente estudiado todavía, de la rápida difusión por América de los libros jurídicos, merece al menos una especial alusión, que paso a hacer, en estas notas.

## 2 - El envío de libros jurídicos a las Indias.

Todavía no habían terminado los Descubrimientos ni la Conquista y ya la doctrina jurídica española, y con ella el Derecho romano y el canónico, encerrados una y otros en los libros de Derecho impresos en España, se trasladaba, a bordo de las naves españolas, a las Indias. Sería sugestivo un estudio dirigido a descubrir cuáles fueron las obras jurídicas que, a lo largo de los siglos XVI y XVII llegaron por aquel cauce a tierras americanas. Las fuentes principales de esa investigación, necesariamente laboriosa, serían los registros que en el Archivo de Indias se conserva de las cargas de las naves.

Ocurre, en efecto, que desde fecha temprana del nacimiento de la "Carrera de Indias", los navieros fueron obligados a constatar ante la casa de Contratación de Sevilla los cargamentos. El profesor Federico de Castro, en un libro de pura investigación histórica y por ende menos conocido de los juristas que su *Derecho civil*, señala los fines y los trámites de los registros, con los que la Casa de Contratación ejercía su misión fiscalizadora de las *cargazonas*; los dueños del navío o cualquier otra persona que cargase mercancías para las Indias estaban obligados a manifestarlo ante el Presidente y Jueces oficiales de la Casa, donde se asentaban todas las partidas de la carga en el registro que al efecto se abría a cada navío (26).

---

(25) A. GARCÍA-GALLO: *Génesis y desarrollo del Derecho indiano*, en "Atlántida", julio-agosto 1964, ps. 339 ss, especialmente 340 y 347. Sobre la aplicación del Derecho español a las colonias, puede verse también: J. C. REBORA: *Derecho civil y Código civil*, Eudeba Editorial, Buenos Aires 1960, ps. 85 - 88. Sobre las fuentes legales y doctrinales del Derecho indiano, véase J. M. OTS Y CAPDEQUI: *Historia del Derecho español en América y del Derecho indiano*, Aguilar, Madrid, 1969, ps. 91 - 100.

(26) Véase F. DE CASTRO Y BRAVO: *Las naos españolas en la Carrera de las Indias (Armadas y Flotas en la segunda mitad del siglo XVI)*, col. "Hispania", Ed. Voluntad, Madrid, 1927, p. 24. Sobre la Casa de Contratación de Sevilla y el registro de comercio y navegación de las Indias en general, véase OTS Y CAPDEQUI, ob. cit., ps. 106 - 115.

Cuando entre la carga, como debió ser habitual, había libros, éstos se anotaban en el registro con expresa indicación de las obras y del número de ejemplares de cada título. Según advierte el hispanista Irving A. Leonard en una importante monografía, "el número total de volúmenes que cruzaron el océano en el siglo XVI no puede determinarse, aunque se eleva a millares por año, ni se pueden identificar los títulos específicos de los libros que se enviaron en mayores cantidades" (27). Pero sí puede atisbarse cuáles fueron las obras más buscadas, pues cabe considerar como tales aquellas cuyos nombres se repiten con más frecuencia, y con mayor número de ejemplares, en las listas de los registros marítimos del Archivo de Indias y en otros documentos relacionados con la exportación de libros.

El propio Leonard ha trabajado en ese sentido, sacando a luz algunas listas de obras remitidas a América desde España; fuentes que ha utilizado, además de los registros de libros de la Casa de Contratación, han sido pagarés de libreros del siglo XVI, escrituras del mismo siglo de importación de libros españoles y recibos de cajas de libros llegadas a Lima en el XVII (28). A base de esa documentación, siquiera sea fragmentaria, se puede tener al menos la seguridad de que determinados libros tuvieron difusión considerable en América durante los dos primeros siglos de la época española.

Lo que ahora me interesa poner de relieve es solamente el hecho de que en las listas de libros sacadas a luz por Leonard se encuentran numerosas obras jurídicas. Vemos, así, incluidos libros de Derecho castellano como las Partidas glosadas por Gregorio López, las Ordenanzas de Castilla, las glosas de las leyes de Toro y algunos volúmenes de recopilaciones; cuerpos de Derecho romano como las *Instituciones* de Justiniano; obras generales de Derecho canónico y Derecho civil; libros jurídicos españoles de la importancia del de Antonio Gómez y del de Domingo de Soto; obras concretas sobre usufructo, sobre enfiteusis o sobre tratos y contratos; obras de práctica civil y criminal; obras para el manejo de jueces o escribanos; y hasta libros biográficos de San Raimundo de Peñafort, el santo que hoy está declarado Patrono de los juristas.

Recientemente ha podido escribir Torcuato Luca de Tena que lo que España descubrió no fue un Continente, sino un Camino, por el que la Flecha de la Evolución Cultural llegó a América desde la cuna del Mediterráneo, siguiendo la trayectoria que cruza Israel, Fenicia, la Hé-

(27) I. A. LEONARD: *Los libros del Conquistador*. Fondo de Cultura Económica, México, 1953, p. 11.

(28) Véase LEONARD, *ob. cit.*, apéndice, ps. 269 - 358.

lade, Roma y España (29). Cabe añadir, como vemos, que por ese Camino llegó también, con la Cultura, el Derecho; es decir, las grandes creaciones jurídicas romanas, las concepciones de la Iglesia sobre el Derecho natural, las normas civiles y penales del Derecho castellano, la técnica jurídica europea y la doctrina más avanzada de la época. De este modo, cuando pueblos ahora muy desarrollados no existían todavía, la América española estaba ya heredando la tradición jurídica occidental.

### 3 - La obra de las Audiencias.

Si el trasplante de la legislación castellana y de la doctrina jurídica fue incorporando América, como hemos visto, al mundo jurídico occidental, la obra de las Audiencias americanas en la aplicación del Derecho fue también muy importante para la formación y consolidación de una tradición jurídica que había de ser común a todo el continente.

La creación de la primera Audiencia en 1511, en Santo Domingo (30), fue un hecho trascendental para todo el continente; respondió a la necesidad de poner como contrapeso al lado del Gobernador de las Indias una autoridad judicial, que fue tan importante que durante varios años no reconoció otro superior que el Consejo de Castilla, siendo ella misma Tribunal de Apelación para todas las Indias. En 1527 se creó la segunda Audiencia, la de Méjico, a la que siguieron otras. Esas Audiencias, de las que Solórzano decía que eran "como castillos roqueros donde se guarda la Justicia", fueron cauces valiosos para la creación de un vínculo jurídico perdurable en América (31).

En el fondo de aquel vínculo estaba la idea de Justicia (32) en todas sus manifestaciones, incluso en la de Justicia social (33) y en la de

(29) T. LUCA DE TENA: *Los mil y un descubrimientos de América y otros ensayos*. Ediciones de la revista de Occidente, Madrid, 1968, ps. 96 - 97.

(30) Según OTS CAPDEQUI, la implantación de la primera Audiencia colonial en 1511 "representa el primer acto importante de presencia realizado por el Estado español en las islas que Cristóbal Colón había descubierto pocos años antes" (*ob. cit.*, p. 129). Véase también E. MARQUEZ GUERRERO: *Los magistrados españoles en la empresa de América*, Alcoy, 1951, ps. 51 ss.

(31) Véase C. MIGUEL Y ALONSO: *Las Audiencias en los Reinos y Señoríos de Indias*, en "Cuadernos Hispanoamericanos", núms. 116 - 117 y en ed. sep.; y F. PEREZ EMBID - F. MORALES PADRON: *Acción de España en América*. Ed. Ahr, Barcelona, 1958, ps. 106 - 109.

(32) Sobre los ideales de la comunidad de naciones humanas y su concreción, según Unamuno, en el afán de justicia, véase la obra de Julio César CHAVES: *Unamuno y América*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1964, ps. 517 - 518.

(33) Sobre la Justicia social en las leyes de Indias puede verse el discurso académico de don Francisco RUIZ-JARABO Y BAQUERO: *Jurisdicción social y especialización judicial*, Real Academia de Jurisprudencia y legislación, Madrid, 1964, ps. 57 - 59.

Justicia internacional (34). Ideas que eran trasunto de las concepciones de los juristas y teólogos españoles, como la vida jurídica y aun la vida toda de América eran trasunto de la vida española. "Produce verdadero asombro —escribe Rodríguez Casado— el ver que ya en la segunda mitad del siglo XVI existía en América un orden político, un orden jurídico, un orden social, trasunto fiel del orden cristiano de España. Causa estupor que se levanten ciudades nuevas con escasísimo número de habitantes, pero con una raigambre tan firme, que su historia no puede decirse que nazca entonces en la vida del mundo, porque sus raíces se adentran en el modo de ser, en el modo de vivir de las villas y los pueblos de la Península... Hispanoamérica viene al mundo en la etapa histórica del período renacentista español, pero ha tenido una Edad Media hispánica, con las mismas características que la peninsular: la del espíritu que le infundieron sus pobladores" (35).

La tradición jurídica española llegó a ser tan firme que incluso después de la Independencia siguieron vigentes, más o menos tiempo, las leyes españolas. Ello no es extraño dado el especial carácter que tuvo la Independencia. En la historia americana, según el enfoque que ya don Miguel de Unamuno le dio, cabe comprenderse la emancipación como una guerra civil "mellizal" donde libertadores y próceres fueron auténticos y genuinos héroes españoles (36); la Independencia —como pone de relieve Pérez Embid, resumiendo un criterio ya generalizado— lo que hizo fue separar las dos mitades de un bloque cultural e histórico homogéneo, las cuales habían vivido juntas, en una entrañable solidaridad, por encima de las diferencias geográficas y etnográficas, y cuando se separaron siguieron cada una por su lado dos evoluciones culturales, sociales y políticas del todo paralelas (37). La emancipación, pues, no suponía la ruptura de la comunidad de Derecho de los pueblos americanos con la Madre Patria, ni la de la comunidad de los pueblos americanos entre sí.

Así se explica por ejemplo, la aplicación casi uniforme de la primera Ley de enjuiciamiento civil española en las jóvenes repúblicas americanas, o la dilatada vigencia, hasta época actual, del Código civil es-

(34) El llorado profesor Jaime Eyzaguirre ha observado cómo "el concepto de la Justicia internacional figura también en la partida de bautismo de la América española" (J. EYZAGUIRRE: *Hispanoamérica del dolor*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1947, p. 65).

(35) V. RODRIGUEZ CASADO: *Los cambios sociales y políticos en España e Hispanoamérica*, Ateneo, Madrid, 1965, ps. 9 - 10.

(36) Véase J. C. CHAVES: *ob. cit.* p. 516.

(37) F. PEREZ EMBID: *ob. cit.*, p. 39.

pañol en Cuba, o el hecho de que algunos cuerpos legales iberoamericanos hayan sido fundamentalmente trasunto de los correlativos españoles (38).

#### 4 - Las Codificaciones americanas.

Si cuando llegó la Independencia las provincias americanas poseían, como hemos visto, una sólida tradición jurídica común basada en el derecho castellano, no es de extrañar que, al producirse las Codificaciones americanas, el Derecho español coetáneo influyera también en ellas.

Acentuada fue, así, la influencia española en el Código civil chileno, que tanto ha influido luego, a su vez, en otros Códigos civiles hispanoamericanos (39). El cauce de aquella influencia fue el profundo conocimiento que el personalísimo autor del Código de Chile, don Andrés Bello, tenía del Derecho castellano. Don Andrés Bello fue, como bien se sabe, no sólo personaje importantísimo de la vida chilena de su tiempo (40), sino humanista y jurista excepcional, polígrafo notable cuyos conocimientos abarcaban desde el Derecho civil y el Derecho internacional hasta la gramática (sigue siendo autoridad de la lengua española). Con razón el profesor Alfonso García-Valdecasas ha podido recientemente hacer un parangón entre la figura de Bello, por una parte, y las de Jovellanos, Balmes y Tocqueville, por otra (41); antes se le había comparado ya a Feijóo; y acaso pudiéramos compararlo también, por la amplitud de su obra y su conocimiento de las humanidades, a Luis Vives.

Al redactar el Código de Chile, Bello tuvo a la vista permanentemente junto al Derecho francés y a lo más interesante de la doctrina jurídica de su época, el Proyecto de Código civil español de García-Goyena de 1851 y los monumentos del Derecho castellano, singularmente las Partidas, que tenía como libro de cabecera y cuyo conocimiento profun-

(38) Véanse así las relaciones entre los Códigos de comercio español y puertorriqueño, en J. J. SANTA-PINTER: *Estudio preliminar al Código de Comercio de Puerto Rico*, Instituto de Derecho Comparado de Barcelona, 1963, ps. 7 - 8.

(39) Véase P. LIRA URQUIETA: *El Código civil chileno y su época*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1956, ps. 75 - 78, y *Estudio Preliminar* de la edición del Código Civil de Chile del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1961, p. 12.

(40) El profesor chileno Máximo Pacheco señala cómo Bello fue "figura eje de la vida nacional" y "la personalidad con mayores merecimientos intelectuales que había en el país". (Véase M. PACHECO GOMEZ: *La Universidad de Chile*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1953, ps. 37 - 47).

(41) Recogí esas comparaciones y otros juicios de García-Valdecasas sobre Bello en mi crónica: *Conferencia del profesor García-Valdecasas sobre Andrés Bello*, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", febrero 1966, ps. 269 - 272

do y manejo constante se vislumbra en el texto del Código chileno y en las notas de don Andrés. Así pudo Bello volcar lo mejor del Derecho castellano, junto con lo más avanzado de la doctrina jurídica de su tiempo, todo ello expresado en su lenguaje que es a veces paradigma de textos legales (como salido de la pluma de un jurista que era al propio tiempo un gramático excepcional) y en el que se conservan términos castizos castellanos (por ejemplo, el “desheredamiento”) que en España se han perdido.

El Código civil chileno supuso, pues, una síntesis de lo español con otros elementos jurídicos occidentales. “Esta fue —ha escrito recientemente un civilista chileno, el profesor Hugo Tapia— la visión genial de Bello. Saber tomar lo mucho que nos daba el Derecho romano y la legislación de Partidas, sin desconocer los valiosos aportes del Código francés y de sus comentaristas, y lo que brindaban otros cuerpos legales, que abarcan desde el Código sardo o el de Austria hasta el de la Luisiana y tantos más, a lo que habría que agregar lo que de interés podría ofrecer el Derecho inglés. Fue una obra paciente de casi treinta años que el maestro quiso tener permanentemente al día, como que terminada prácticamente su redacción y obtenidas las obras recientemente publicadas de Troplong y el trabajo de García Goyena al proyecto español, se da todavía tiempo para hacer las necesarias correcciones y pulir, una vez más, la redacción del articulado del Código” (42). No es así extraño el hecho de que obra tan acabada siga rigiendo la vida jurídica chilena actual, ni el de que, de cara a una futura reforma de la legislación civil, los civilistas chilenos adviertan —como ha hecho recientemente uno de los más destacados, el profesor Fueyo Laneri— que hay varias ideas o criterios de Bello que han de aprovecharse en cualquier reforma, como son su sentido universal del Derecho, su atención prevalente al medio nacional, su innegable americanismo, su posición de reforma, su independencia de criterio, su espíritu moderado y su lenguaje (43).

Si el Derecho español influyó en el Código civil chileno, no dejó de influir en el Código civil argentino. Al igual que el Código de Chile, el de Argentina es obra personal de un solo e ilustre jurista, en este caso don Dalmacio Vélez Sarsfield. El Código argentino, junto con el chileno y el brasileño, integran los tres grandes monumentos legislativos de Iberoamérica, de igual modo que sus respectivos autores, Vélez, Bello y

(42) H. TAPIA ARQUEROS: *Don Andrés Bello y el Código Civil de Chile*, en “Revista general de Legislación y Jurisprudencia”, febrero 1966, y ed. sep., Reus S. A., Madrid, 1966, p. 9.

(43) F. FUEYO LANERI: *Reforma de nuestro Código civil bajo la inspiración de Andrés Bello*. Ediciones de la Revista Mapocho, t. IV, núm. 3, vol. 12 de 1965, p. 98.

Freitas, constituyen las tres figuras señeras del Derecho en aquel continente, dignas de equipararse a las más altas figuras europeas. Don Dalmacio Vélez Sarsfield fue personaje capital de la vida argentina de su tiempo, como Bello lo fue de la chilena. “Pocos argentinos —ha afirmado el profesor Borda— han ejercido tanta influencia como él en el desarrollo nacional, a través de su obra imperecedera, el Código civil. Vélez Sarsfield no era sólo un jurista, era también un político. Ello le permitió dar al país la legislación que convenía aquí y entonces” (44). Su Código civil fue así, como el chileno, una obra acabada, de cuya calidad da testimonio el hecho de que, no sólo siga rigiendo, con pequeñas reformas, la vida jurídica civil argentina, sino de que haya influido en otros Códigos civiles iberoamericanos y aun hoy continúe en vigor directamente en Paraguay. Desde el punto de vista técnico del Derecho civil, supuso en muchos puntos un avance para su época; recordemos, por ejemplo, en el orden de la sistemática, el mérito, que ponen de relieve civilistas como Buteler (45) y Moisset (46) de ser la primera codificación civil que conscientemente adopta como piedra angular para ordenar las estructuras del Código, la distinción tajante entre los derechos personales y los derechos reales, apartándose así del modelo francés.

Pues bien: el propio Vélez Sarsfield viene a señalar la influencia del Derecho español en su Código al declarar expresamente en la nota de remisión del libro primero, indicando las fuentes de su obra: “Me he servido principalmente del Proyecto de Código civil para España del señor Goyena; del Código de Chile, que tanto aventaja a los Códigos europeos y, sobre todo, del Proyecto de Código civil que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos”. Por otra parte, está demostrado que manejó, junto a aquellas fuentes, otras españolas, como el Fuero Juzgo, las Partidas y las Recopiladas, y que consultó frecuentemente a tratadistas españoles como Solórzano, Gregorio López y Antonio Gómez (47), o como Sala (48).

(44) Discurso pronunciado por el doctor Guillermo A. Borda en el Homenaje al Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield el día 10 de octubre de 1961, publicado en el vol. *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil*, Universidad Nacional de Córdoba (Instituto de Derecho Civil “Henocho D. Aguiar”), Córdoba (Argentina), 1962, t. I, p. 117.

(45) J. A. BUTELER: *Método del Código civil*, en “Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba” (Argentina), 1956, núm. 2, ps. 529 ss.

(46) L. MOISSET DE ESPANES: *Notas sobre la metodología del Anteproyecto de Código civil para el Paraguay y la del Código civil argentino*, Córdoba (Argentina), 1968, p. 4.

(47) Véase J. M. MUSTAPICH: *Estudio preliminar* a la edición del Código Civil de la República Argentina del Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1960. ps. 15 - 17.

(48) Véase el Discurso pronunciado por el Dr. Jorge A. Núñez en el acto del

De forma análoga a como en Chile se estima necesario, de cara a la reforma de su Código civil, respetar lo esencial del Código de Bello, en Argentina se considera preciso respetar lo esencial del Código de Vélez Sarsfield; eso fue el espíritu de autorizadas intervenciones que se produjeron en el III Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado del 9 al 14 de octubre de 1961 en la Universidad de Córdoba (Argentina); y parece haber sido también el espíritu de las reformas parciales llevadas a cabo en el Código civil por la reciente ley argentina número 17.711, que han entrado en vigor el día 1º de julio de 1968; dicha ley, según ponen de relieve los Drs. Guillermo A. Borda y Conrado Etchebarne en el Mensaje elevándola al Presidente de la Nación, "importa una puesta al día de nuestro Derecho civil, al propio tiempo que respeta en lo esencial el Código de Vélez Sarsfield, que lograra tan merecido prestigio". Así pues, aunque en la República Argentina haya hoy importantes influencias de las doctrinas francesa e italiana, se seguirá manteniendo, a través del Código de Vélez Sarsfield entre otros cauces, el fondo básico de Derecho español, que es al propio tiempo el fondo común del continente iberoamericano.

Otras muestras podrían hallarse ciertamente de la influencia del Derecho español en las Codificaciones americanas, en particular a través del Proyecto de Código civil de García Goyena, cuya importancia es obvia (49). Se ha advertido, por ejemplo, la influencia de la técnica legislativa de dicho Proyecto en el Código de comercio uruguayo de 1857 (50). Pero lo ya señalado parece suficiente para dejar constancia en estas breves notas del influjo español en los cuerpos legales americanos. Ciertamente es que Iberoamérica tuvo también, a lo largo del siglo XIX, otras influencias y singularmente la del Código napoleónico (51); pero esta influencia francesa la tuvo también la propia España y a veces se transmitió al otro lado del Atlántico a través precisamente del Derecho español (Ramiro de Maeztu pudo decir que en Hispanoamérica todo es herencia de España, hasta su mismo afrancesamiento), lo que explicaría que algunos autores americanos hablen de que sus países "siguen la legislación franco-española".

Homenaje al Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield el 10 de octubre de 1961, publicado en el vol. *Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil* cit. t. I, p. 113.

(49) Véase A. d'ORS y J. BONET CORREA: *En el Centenario del Proyecto isabelino de Código civil*, en "Información Jurídica", 1951.

(50) Véase J. PEIRANO FACIO: *El codificador Eduardo Acevedo*. Montevideo, 1958, ps. 233 - 234.

(51) Véase A. TRIPICIONE: *La comparazione giuridica*, Cedam, Padova, 1961, ps. 233 - 234.

Por otra parte, según varios juristas americanos han ido ya poniendo de relieve, los Códigos de Iberoamérica se apartaron en varios puntos del Derecho francés. Uno muy importante y que supone una gloriosa peculiaridad de las legislaciones iberoamericanas es el relativo a los derechos de los extranjeros (52). La igualdad jurídica de extranjero y nacional es principio que obtuvo consagración constitucional en aquel continente y fue incluido en la mayoría de los Códigos civiles. Así, ya la Constitución argentina de 1853 lo consagró en sus artículos 14 y 20, y el Código civil chileno en su artículo 57 declaró que "la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y al goce de los derechos civiles regulados por este Código". Igual fue el criterio de Freitas y ello está ya en la tradición jurídica común de Iberoamérica.

Muchas instituciones podrían señalarse, espigando por el Derecho privado, en las que las legislaciones iberoamericanas están en una misma línea, que a veces difiere de la línea más frecuente europea.

Si de la órbita del Derecho civil pasamos a la específica del Derecho mercantil, también en ella encontramos el influjo español en los cuerpos legales americanos. Cabe así recordar la proyección que en Iberoamérica tuvo el Código de comercio español de 1829. Su autor, Don Pedro Sáinz de Andino, que lo fue también de las leyes que crearon el Banco de San Fernando y la Bolsa de comercio de Madrid, cumplió en España, como ha subrayado el profesor Rubio, una tarea legislativa de significación muy difícil de igualar (53). Pero de cara a Iberoamérica su obra resultó de una importancia notable. Como señala el profesor Barrera Graf, el Código de Sáinz de Andino fue copiado más o menos literalmente y promulgado, en Ecuador en 1831, en Paraguay en 1846, en Perú, Costa Rica y Colombia en 1853; en otros países sirvió como fuente principal, utilizándose también el modelo francés para los códigos que se dictaron, como es el caso de Bolivia en 1835, Brasil en 1850 y México en 1854; el Código de comercio brasileño promulgado por el emperador Pedro II en 1850 tuvo por fuente también al Código de Sáinz de Andino, junto a los Códigos de comercio francés y portugués (54).

Si el Código civil y el Código de comercio de España han ejercido, como he ido recordando en los párrafos anteriores, tan gran influencia

(52) Véase H. VALLADAO: *Le Droit Latino-Américain*. Librairie du Recueil Sirey, París, 1954, ps. 14 - 15.

(53) J. RUBIO: *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid, 1950, p. 14.

(54) J. BARRERA GRAF: *El Derecho mercantil en la América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1963, ps. 26 - 28.

sobre los Códigos civiles y comerciales de Iberoamérica, no es de extrañar que haya un extenso fondo de instituciones de Derecho privado comunes a los países Iberoamericanos entre sí y a éstos con España. Muchas instituciones cabría, sin duda, señalar, espigando por el Derecho privado, en las que las legislaciones iberoamericanas están en una misma línea, que a veces difiere de la línea más frecuente europea. Del marco del Derecho civil ya he señalado alguna; un estudio, con método comparativo, de cualquier tema, contrastando Códigos civiles iberoamericanos en el mismo punto, descubre siempre coincidencias. Del marco del Derecho mercantil, se extraerían también por el mismo método coincidencias numerosas: como observa Barrera Graf, "se conserva un Derecho mercantil homogéneo y uniforme entre todos los países latinoamericanos", en la actualidad como a principios del siglo XIX al iniciarse los movimientos de independencia, y "esta homogeneidad derivada, como diría Schlesinger, de un *núcleo común* a los diferentes países, se mantiene a pesar de la exagerada tendencia legiferante..." (55).

Algo análogo se podría tal vez decir en el plano del Derecho internacional privado: baste recordar las normas comunes aprobadas en Congresos, así como el célebre Código de Bustamante. Por salirse del marco del Derecho privado, objeto primordial de estas notas, no entraré en la esfera del Derecho político, donde son ya numerosas las coincidencias descubiertas entre las Constituciones de los Estados iberoamericanos (56), sobre las cuales, por cierto, tuvo gran influencia durante el siglo pasado la Constitución española de Cádiz (57); tampoco entraré en la esfera del Derecho internacional público, en la que habría que recordar los principios que son comunes a los Estados suramericanos (asilo, extradición, no intervención, etc.), y las doctrinas aportadas por Iberoamérica a aquella disciplina.

#### 5 - La práctica jurídica en Iberoamérica.

El trasplante del Derecho castellano a América, primero, la obra de las Audiencias más tarde y la de la codificación americana han ido creando, como me he esforzado por poner de relieve en los epígrafes anterior-

(55) J. BARRERA GRAF: *Ob. cit.*, p. 39.

(56) Véase P. LIRA URQUIETA: *Las grandes líneas de la legislación contemporánea*, Imprenta Chile, Santiago de Chile, 1958, ps. 54 - 55.

(57) Véase R. GARCIA MARTINEZ: *La Constitución española de 1812 como antecedente constitucional argentino*, en "Revista de Estudios Políticos", núm. 138, noviembre-diciembre 1964, ps. 191 - 201. El peso de la Constitución de Cádiz en el constitucionalismo americano por el profesor Diego SEVILLA ANDRES: *Historia Política de España (1800 - 1967)*, Editora Nacional, Madrid, 1968, p. 43. Puede verse también P. HENRIQUEZ HUREÑA: *Historia de la cultura en la América hispánica*. Fondo de Cultura Económica. México - Buenos Aires, 5ª ed., 1961, p. 10.

res, un fondo jurídico común en Iberoamérica. Es natural que sea común también, en buena medida, la práctica jurídica en los países de aquel continente, y ello no será el menor indicio de que aquellos integran una familia de Derecho.

La aplicación del Derecho es, en efecto, muy sintomática para saber si países diversos pertenecen a un mismo sistema jurídico. Como observa David, cuando un jurista puede ejercer en país extranjero (es decir, cuando ante la legislación extranjera puede *se tirer d'affaire*) es porque los dos países pertenecen a una misma familia de Derechos (58). Pues bien, es evidente que entre los países iberoamericanos se advierten notables coincidencias en el plano de la práctica. Poseen, en efecto, una terminología jurídica en buena parte común y responden a una misma técnica. Un jurista de cualquier país iberoamericano no se siente completamente desorientado en otro país de Iberoamérica y puede en él, como profesional del Derecho, *se tirer d'affaire*, salir del paso airoosamente. Cuando dos juristas iberoamericanos de distinto país hablan de temas jurídicos, el diálogo es fácil, y si participan juntos en coloquios a nivel mundial, pueden, al advertir su afinidad entre sí frente a otros, verificar que ambos pertenecen a una misma familia de Derechos. Lo mismo se advierte en el diálogo entre juristas españoles e iberoamericanos. Ello se viene comprobando, por ejemplo, en los cursos que para alumnos de muy diversos países se viene celebrando actualmente en el marco de Facultades Internacionales de Derecho Comparado o Institutos nacionales de esa disciplina.

### III - PERSPECTIVAS PARA EL FUTURO.

#### 1 - Comunidad jurídica e integración iberoamericana.

El hecho, que me he esforzado en señalar, de que los ordenamientos iberoamericanos hayan tenido en el pasado y sigan teniendo en el presente un fondo común, puede permitir, de cara al futuro, posibilidades que salen del campo del Derecho para entrar incluso en el de la política. Es, en efecto, obvio el interés que ofrece para todas las ciencias sociales el continente iberoamericano, que, como escribe un autor francés, "constituye un laboratorio para las ciencias del hombre que no tiene equivalente en otra parte" (59); pero es que, además, Iberoamérica

(58) Véase R. DAVID: *Les grands systèmes cit.*, p. 16.

(59) P. CHAUNU: *L'Amérique Latine*, en la *Histoire Universelle* editada por "La Pléiade", París, 1958, vol. III, p. 1079.

—y esto lo afirma un pensador político español— “se ha convertido en el tema geopolítico de nuestro tiempo” (60). Dentro de ese tema puede tener importancia el dato de que hay una común adscripción de los iberoamericanos a una familia de Derechos bien perfilada (o, si se quiere, a un grupo propio, con personalidad acusada, dentro de la familia romano-germánica o dentro del sistema romanista).

Si la hora actual es en Iberoamérica, en cierta medida, de revolución (61), puede serlo también de integración. Ya hace unos años Carl Schmitt, aun reconociendo que no cabe afirmar en términos abstractos y generales que la unidad es mejor que la pluralidad (porque la unidad abstracta, en cuanto tal, lo mismo puede redundar en auge del bien que en auge del mal: también el reino de Satán es una unidad, como una unidad representa la Torre de Babel), señalaba lo conveniente que para el mundo será que aparezca una “tercera fuerza”, porque entonces se abrirá el camino para una pluralidad de fuerzas, que implicará la posibilidad de un equilibrio de varios grandes espacios que creen entre sí un nuevo Derecho de gentes en un nuevo nivel y con dimensiones nuevas, aunque de ciertas analogías con el Derecho de gentes europeo de los siglos XVIII y XIX, que también se basaba en un equilibrio de potencias; y entre las diversas posibilidades imaginables de “tercera fuerza”, Carl Schmitt citaba la del “mundo hispánico” (62).

En la hora actual, desde luego, cada vez parecen ser más los que piensan que Iberoamérica es una realidad que requiere un continente unido; los que creen que ha llegado el momento de superar los antagonismos y cancelar los resquemores que enfrentan a ciertas naciones iberoamericanas entre sí.

De hecho es cada vez mayor y más real, como observa Jaime Delgado, la conciencia de la unidad hispanoamericana, vislumbrándose, entre las líneas más gruesas de una prefiguración del futuro, la tendencia a la unidad continental hispánica (63). En cierto modo puede hablarse, se habla ya, de un “nacionalismo continental” en la América de habla española: “De un nacionalismo que no surja, como ayer, de la desmembración, de la atomización, de la proliferación de fronteras”, sino que sea

(60) J. FUEYO: *Iberoamérica, plataforma de la revolución social de Occidente* (conferencia), en el vol. *Segundas Jornadas Iberoamericanas* cit., p. 2 de la conferencia.

(61) Véase F. MURILLO RUBIERA: *Contenido de la Revolución iberoamericana*, en “Revista de Estudios Políticos”, núm. 131, septiembre-octubre 1963, ps. 269 ss., y L. RODRIGUEZ - ARIAS: *La Democracia Cristiana y América Latina*. Ed. Universitaria, Lima, 1961, ps. 101 - 106.

(62) Véase C. SCHMITT: *La unidad del mundo*. Ateneo, Madrid, 1951, ps. 17-23.

(63) J. DELGADO: *Suramérica, alta tensión*. Sayma, Barcelona, 1962. ps. 22-23.

“un nacionalismo emergente de un concepto y de un proceso de reintegración” (64). A la integración económica de Iberoamérica, ya muy deseada y estudiada (65), podría seguir, aun siendo difícil, la unidad política.

Para el logro de esa integración política es bueno que los pueblos americanos sean conscientes del hecho de que constituyen una comunidad. Ya Simón Bolívar percibía esa realidad cuando intentaba crear una Federación americana (66) y no hay razón para negarla hoy. Si existen, como se conocía ya en el siglo XVII, las comunidades como unidades políticas debidas en parte a la uniformidad de Derecho (67), no cabe desconocer la existencia de la Comunidad Iberoamericana que, entre otros elementos comunes, posee como hemos visto, un patrimonio jurídico común.

Desde España, ciertamente, se ve ya como una realidad indiscutible y fecunda esa Comunidad. Algunos de nuestros juristas creen hoy en ella “como un axioma” (68). El profesor De Castro, hace ya años, había señalado su existencia y había sugerido como altamente recomendable, en consecuencia, que la comunidad se refleje en cada legislación iberoamericana mediante la supresión de la condición de extranjería y la máxima equiparación al nacional, en favor de quien sea iberoamericano, y que se celebren tratados admitiendo y regulando la doble nacionalidad entre los Estados de Iberoamérica (69). Y, en esa línea, Don Alberto Martín Artajo, siendo ministro de Asuntos Exteriores de España, en 1955, afirmó: “Quisiéramos que la doble nacionalidad o, mejor, la concesión de una ciudadanía supranacional hispánica a todos los hombres de nues-

(64) F. HERRERA LANE: *El financiamiento de la integración latinoamericana*. Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción (Chile), 1963, p. 4.

(65) Véanse, por todos, el libro de M. FUENTES IRUOZQUI: *La integración económica de la América Latina*. Ediciones Cultura Hispánica. Madrid, 1967, y el de C. VELA, S. J.: *Desarrollo e integración de América Latina*. Madrid, 1968; puede verse también el muy reciente artículo de J. M. MUSTAPICH: *La América Latina y el M. C. Europeo*, en “Fuerza Nueva”, núm. de 1º marzo 1969, ps. 11 - 13.

(66) Véase V. A. BELAUNDE: *Bolívar y el pensamiento político de la revolución hispanoamericana*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1959, ps. 271 ss.; también la reciente biografía de C. VERDEJO: *Simón Bolívar*. Ed. Ramón Sopena S. A. Barcelona, 1968, ps. 146 ss.

(67) Véase J. A. MARAVALL: *La teoría española del Estado en el siglo XVII*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1944, ps. 102 - 108.

(68) Véase F. PRIETO-CASTRO Y ROUMIER: *La nacionalidad múltiple*. Instituto “Francisco de Victoria”, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1962, ps. 175 - 178.

(69) F. DE CASTRO: Ponencia presentada al I Congreso Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Madrid, 1951), resumida en la ob. cit. de PRIETO-CASTRO, ps. 138 - 140.

tra stirpe fuese muy pronto un hecho que fundiese todos los aportes raciales de nuestros países en una unidad superior...". "Será nuestro ideal llegar a la libre circulación de la sangre dentro del cuerpo vivo de la Comunidad hispánica" (70).

## 2 - El problema de la unificación legislativa.

La posible y deseable integración iberoamericana implicará, en su día, una tarea de unificación legislativa. Tal tarea, evidentemente, no será sencilla. Si no es fácil la empresa de la integración política en sí, tampoco lo es la obra de unificación del Derecho. Toda tarea de unificación legislativa, sea a nivel regional, continental o mundial, tropieza con dificultades obvias. La unificación iberoamericana, en particular, puede tener problemas peculiares; hace algunos años, Miñana y Villagrana señalaba como dificultades especiales: el individualismo y particularismo hispanoamericanos, los odios y resentimientos político-internacionales y la influencia jurídica de los Estados Unidos de Norteamérica sobre los pueblos hispanoamericanos y la política panamericana (71). Pero estas dificultades parecen estar hoy en camino de superación. El individualismo y el nacionalismo, en efecto, han cedido algo ante el sentimiento creciente de necesidad de la unidad; los resentimientos están un tanto vencidos, al menos en el ánimo de muchos americanos que piensan que si Francia y Alemania, que estaban en guerra hace menos de veinticinco años, siguen hoy un camino más o menos común, con mayor razón pueden hacerlo países que son hermanos y que tuvieron sus pleitos hace más años; y en cuanto a la influencia norteamericana (que es más económica y política que jurídica), encuentra, como es bien sabido, resistencia creciente. Por otra parte, alguna de las dificultades iniciales con que tropieza toda obra de unificación legislativa, que es la diferencia de idioma, no se da en el caso de Hispanoamérica. Por ello creo que cabe una actitud de prudente esperanza en orden a una futura unificación legislativa.

De hecho han sido ya varios los intentos que hacia la unidad se han hecho. De un modo general, ya en el siglo pasado las jóvenes Repúblicas de América hicieron una tentativa, en el Congreso de los juristas americanos reunidos en Lima en 1877-78, para unirse en el terre-

(70) A. MARTIN ARTAJO: *Fiesta de la Hispanidad 1955* (Discurso), Oficina de la Información Diplomática, Madrid, 1955, p. 17.

(71) Véase E. MIÑANA Y VILLAGRANA: *La unificación del Derecho mercantil hispano-americano (Bases para una legislación común)*. 3ª ed. Ed. Reus Madrid, 1929, ps. 280 - 299.

no jurídico (72). Y, más recientemente, se han dado pasos en el marco de zonas geográficas limitadas (73) o de materias jurídicas concretas (74).

Ciñéndonos aquí al plano del Derecho privado, hay que notar, ante todo, que su unificación, aunque difícil, no es imposible. "La unificación del Derecho y especialmente del Derecho privado —ha podido afirmar un organismo internacional consagrado al tema— está bien lejos de ser un sueño ambicioso relegado al lejano reino de Utopía... Basta constatar que, sobre un plano universal, la unificación es ya un hecho adquirido en el campo del Derecho aéreo, del Derecho marítimo, del Derecho de autor y en algunas ramas del Derecho de la propiedad industrial", (75). Concretándonos a Iberoamérica, la unificación del Derecho privado en ese continente presentará diversas dificultades en el campo del Derecho civil y en el del derecho mercantil.

En el Derecho civil, ya el Congreso iberoamericano de Madrid de 1900 señaló como materias unificables: la capacidad civil, los requisitos esenciales de validez de los contratos, su eficacia, interpretación, rescisión y nulidad, y el tiempo de prescripción de acciones (76). Algunas de esas materias, en efecto, y otras como la de la responsabilidad civil, tan importante hoy en sus diversas vertientes, no ofrecerían dificultades insuperables para una unificación a nivel iberoamericano. Ciertamente que hay otras, singularmente en la parcela del Derecho de familia, que pueden presentar obstáculos mayores; pero si se recuerda el fondo común de principios religiosos y jurídicos que posee Iberoamérica, cabe admitir la posibilidad de superar tales obstáculos; y en materia de propiedad y sucesiones, si se tiene en cuenta las analogías que en muchos puntos presentan las legislaciones iberoamericanas (analogías naturales dado su parentesco, la influencia que han ejercido unas sobre otras y las bases comunes de los Códigos más importantes), cabe también considerar como superables las dificultades.

En el Derecho mercantil es acaso más clara la factibilidad de la

(72) Véase E. MIÑANA: *ob. cit.* p. 21.

(73) Véase, por lo que se refiere a la zona centroamericana, el libro de F. FERNANDEZ - SHAW: *La integración de Centroamérica*. Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1965.

(74) Véase F. CASTEJON: *La unificación legislativa iberoamericana*. Cuadernos de Monografías del Seminario de Problemas Hispanoamericanos, Madrid, 1950.

(75) *Unidroit et l'unification du Droit privé 1928 - 1962*, Institut International Pour l'Unification du Droit Privé, Rome, 1962, p. 3.

(76) Véase E. MIÑANA: *ob. cit.*, p. 23.

unificación legislativa (77). Instituciones como la letra de cambio, el cheque, la sociedad anónima, el transporte mercantil, las del Derecho marítimo, etc., se prestan suficientemente a la unificación. Y no han dejado de hacerse esfuerzos, individuales y colectivos, con ese fin. Así, en 1844, el abogado uruguayo Alberdi afirmaba: "Regidos todos nuestros Estados por un mismo Derecho comercial, se hallan en la posición única y soberanamente feliz de mantener y hacer de todo extensivas al Continente las formalidades de validez y ejecución de las letras y vales de comercio" (78). En 1911, Don Faustino Alvarez del Manzano leía en Madrid su discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas sobre *La ley mercantil como lazo de unión entre España y las Repúblicas hispanoamericanas*. En 1921, el II Congreso de Historia y Geografía Hispano-americanas, reunido en Sevilla, declaró la necesidad de que "se procure que la ley mercantil en España y en las Repúblicas americanas se inspire en principios análogos, con lo cual se facilitaría grandemente el comercio entre unas y otras" (79). En 1947, la Conferencia Interamericana de Abogados, celebrada en Lima, postuló la unidad en materia cambiaria; y en 1951, la celebrada en Montevideo recomendó "unificar el derecho de las obligaciones y contratos con respecto a las relaciones económicas" (80). Todas estas declaraciones, junto a otras que en la misma línea podrían recogerse, son expresión de una vieja y bastante difundida tendencia a la unificación de la materia mercantil.

Tanto en el campo del Derecho civil como en el del mercantil, la unificación legislativa requerirá una seria labor previa a base de estudios comparativos (81). A través de los mismos, contrastando las diversas legislaciones iberoamericanas sobre cada institución, se podrá ir determinando lo que en cada caso hay de común y de diferente. No es fácil esa tarea, dada la dificultad de conocer ampliamente y al día en cada uno de esos países, o en España, la legislación y la doctrina de los demás, y por ello son elogiados tanto los esfuerzos editoriales para la

(77) Emilio Miñana llegaba en su libro citado de 1929 a la conclusión de que "la Unificación jurídico-mercantil hispano-americana no es una utopía, sino una tarea, innegablemente difícil, pero posible; mucho más factible que la unificación propuesta por el pan-americanismo" (p. 347).

(78) J. B. ALBERDI: *Memoria sobre la conveniencia y objetos de un Congreso general americano*. Santiago de Chile, 1844, cit. por Miñana, ob. cit. ps. 19 - 20.

(79) Véase E. MIÑANA, ob. cit., p. 24.

(80) Véase J. BARRERA GRAF: ob. cit. ps. 50 y 86.

(81) Véase J. ELOLA: *El estudio del Derecho comparado, instrumento de la unificación jurídica internacional*, en el vol. *Comunicaciones Mexicanas al V Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1958, 19 - 33.

mayor difusión de las fuentes (82) como los esfuerzos universitarios para la mayor extensión de los estudios de Derecho comparado (83).

Iberoamérica, en conclusión, se enfrenta en nuestro tiempo ante una vasta y trascendental tarea. Tarea tal abarca, por supuesto, vertientes muy variadas, pero una de ellas, imprescindiblemente, es la jurídica. La misión de los juristas iberoamericanos esencial es así, como alguna vez he tratado de poner de relieve, muy importante de cara al futuro. En la construcción de Iberoamérica tienen, desde luego, papeles muy importantes los economistas y los técnicos, los humanistas y los poetas; pero el trazar las líneas de un Estado a escala continental, el plasmar sus líneas constitucionales, el compilar los cuerpos legales en las materias que sean susceptibles de unificación, el extender el Estado de Derecho o de Justicia, el coordinar los Tribunales, el crear los órganos supremos judiciales del continente y tantas otras tareas que la magna empresa implica, son, en definitiva, funciones propias de los juristas.

A esa empresa de los juristas iberoamericanos pueden aportar los españoles, sin duda, una ayuda considerable, que puede seguir cauces diversos: el envío de libros de Derecho que continúen en el siglo XX, por medio de trasatlánticos y reactores, la obra de difusión de doctrina jurídica que comenzó en el XVI por medio de las naves de Indias; el montaje en América de exposiciones de libros jurídicos españoles; la presencia española en los Congresos jurídicos interamericanos; la multiplicación de las misiones universitarias (84); la apertura de los centros jurídicos españoles a los estudiantes y licenciados hispanoamericanos (85) y la colaboración, en fin, con generosidad y humildad, a las iniciativas de juristas del otro lado del Océano.

Desde otro punto de vista, es conveniente acaso también que dentro de España vayamos dedicando mayor atención a la doctrina y a las instituciones americanas. En el Derecho privado, concretamente, no es

(82) Por ejemplo, el esfuerzo del Instituto de Cultura Hispánica, que está editando, por iniciativa de don Blas Piñar continuada por don Gregorio Marañón Moya, la colección "Códigos Civiles de Iberoamérica".

(83) Son en esa línea trabajos meritorios, entre otros: los de los Institutos de Derecho Comparado americanos, desde el ya antiguo y prestigioso de México hasta los más recientes; los del Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Madrid, que desde 1964 celebra cursos de "iniciación al Derecho Comparado" proyectados especialmente para licenciados iberoamericanos con especial estudio del sistema jurídico de Iberoamérica; o los de las Universidades de Concepción, Valparaíso y México, que han organizado Sesiones en colaboración con la "Faculté International Pour l'Enseignement du Droit Comparé".

(84) El Centro de Estudios Jurídicos Hispanoamericanos, del Instituto de Cultura Hispánica, viene realizando una creciente labor en esa línea.

(85) La Escuela Diplomática y la Escuela Judicial, entre otros centros han dado muestras de aquella apertura.

poco lo que podemos recibir de Iberoamérica, que posee monumentos legislativos (como los Códigos civiles de Chile y Argentina), figuras señeras (como las de Bello y Vélez Sarsfield), obras recientes estimables de Derecho civil, colecciones importantes de jurisprudencia y buen número de revistas.

Cumpliendo los juristas hispánicos, de un lado y otro del Atlántico, esas y otras tareas, podrán coadyuvar desde el campo jurídico a que Iberoamérica camine hacia un futuro glorioso siguiendo el auténtico viento de su historia: "De una historia —como escribe Pablo Antonio Cuadra— que comenzó en Roma, continuó en España, siguió hacia América, donde se detuvo un instante de siglos a incorporar el sentido total, en rutas y sangres, de lo ecuménico, y seguirá adelante, en marcha. Como una cruzada. Como los mismos Andes, que en su quietud colosal parecen avanzar en fila, en una lenta y mitológica peregrinación hacia la Cruz del Sur". (86).

(86) P. A. CUADRA: *Entre la cruz y la espada*, Colección Hispano Americana", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, p. 10.

## CONTROL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

DR. JAIRO DUQUE PEREZ

(Continuación)

### RECURSO DE HECHO

Ante la falta de norma expresa del C. C. A. se pregunta si el recurso de hecho procede en la vía administrativa y si resulta útil su interposición, a los ulteriores efectos de la impugnación judicial del acto.

Como el recurso de apelación se interpone ante el mismo funcionario que dictó el acto "para ante el superior", es posible que por motivos extrajurídicos se niegue a concederlo y entonces el acto administrativo *no causaría estado* y por ende, no sería ocurrible ante la J. C. A.

En este evento será necesario el recurso de hecho porque por medio de él se podría *obtener la apelación* denegada y la posibilidad de acusar el acto ante la J. C. A.; si por el contrario, se estima que la apelación estuvo bien denegada, definitivamente se pierde la posibilidad de acusar judicialmente el acto.

Cuando el funcionario administrativo deniegue la concesión del recurso de apelación y a pesar de ello se interpone la acción contenciosa, el Juez administrativo no puede conocer de ésta ya que la vía administrativa *no se agotó* y los hechos en que sustente el actor la negativa del recurso de apelación, no pueden hacerse valer ante el Juez administrativo que tiene una competencia condicionada, al vencimiento previo de la vía administrativa.