

SOBRE LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA JURÍDICO IBEROAMERICANO. LA RECONSTRUCCIÓN DE UN DEBATE Y PROSPECTIVAS DE INVESTIGACIÓN

MARZIA ROSTI¹

Sumario: 1. El estudio de los sistemas jurídicos: la propuesta de Losano.- 2. La primera mención de los derechos de sudamérica: Clóvis Bevilacqua en el Brasil de finales del siglo XIX.- 3. Un lugar para los ordenamientos jurídicos ibero-americanos entre los sistemas jurídicos: la doctrina europea dominante en la primera mitad del siglo XX.- 4. Los ordenamientos jurídicos iberoamericanos como subsistema de un sistema jurídico: la doctrina europea – y no sólo.- 5. La evolución de los estudios en los últimos decenios.- 6. Una interesante tesis doctoral y una propuesta de investigación para el futuro.- 7. Conclusiones.

1. EL ESTUDIO DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS: LA PROPUESTA DE LOSANO

En el estudio de los Ordenamientos jurídicos Losano ha adoptado una interesante perspectiva, diferenciándose de la utilizada por los estudiosos del Derecho comparado, que los reagrupa en “familias” o en “sistemas jurídicos”, sobre la base de las semejanzas o diferencias identificadas². En la introducción al libro *I grandi sistemi giuridici. In-*

¹ Investigadora de Filosofía del Derecho, Departamento Jurídico-Político, Facultad de Ciencia Política, Universidad de Milán. Traducción de Rafael de Asís y F. Javier Ansuátegui.

² “El Derecho comparado, ciencia jurídica, fija su atención sobre las reglas pertenecientes a varios sistemas jurídicos para establecer en que medida coincide y en que medida se diferencian”, GAMBARO, A; SACCO, R., (a cura di). *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 2002, p. 2.

troduzione ai diritti europei ed extraeuropei, Losano explica que su objeto de estudio había sido “la evolución de los ordenamientos jurídicos”³, ofreciendo así “una preparación histórica a los manuales de Derecho comparado, con la descripción del camino que ha conducido a los Derechos a su forma actual”⁴. En esta perspectiva –iniciada en 1978 con la primera edición del libro– se insertan las numerosas investigaciones desarrolladas tanto por Losano como por sus discípulos y colaboradores⁵, entre las cuales algunas se refieren a Latinoamérica⁶. A este área geográfica Losano ha dedicado su atención en los últimos años con numerosos escritos, en algunos de los cuales se encuentran referencias a la posición atribuida a los Ordenamientos jurídicos latinoamericanos en las grandes divisiones en familias o en sistemas jurídicos, propues-

³ O bien también de “sistemas jurídicos”, entendidos como conjuntos de normas propias de un determinado ordenamiento (como por ejemplo, sistema jurídico angloamericano o islámico) y distanciándose, en cambio, de la noción tradicional de “sistema jurídico” como conjunto de normas –por tanto ordenamiento jurídico– unidas entre sí a través de relaciones específicas.

⁴ LOSANO, M. G. *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. XIV. Dagrossa define el texto una “introducción histórica al Derecho”, con una “estrecha relación con disciplinas como el Derecho Comparado y la Historia del Derecho”, DAGROSSA, N.C., “Los veinticinco años de una introducción histórica global al Derecho”, en *Revista de Historia del Derecho*, 31, 2003, pp. 432-433.

⁵ LOSANO, M. G., *Diritto economico giapponese. Con un'appendice sul diritto coreano*, Milano, Unicopli, 1985², p.138; ID., *L'ammodernamento giuridico della Turchia (1839-1926)*, Milano, Unicopli, 1984², p.155; FACCHI, A., *L'evoluzione del diritto fondiario algerino (1830-1936)*, Milano, Unicopli, 1987, p.162; ROSSI, M., *Matrimonio e divorzio nel diritto abissino. Stratificazione di diritti ed evoluzione dell'istituto*, Milano, Unicopli, 1982², p.152; ID., *Per una storia del diritto australiano*, Milano, Unicopli, 1990, p.108; ROSTI, M., *L'evoluzione giuridica dell'Argentina indipendente, 1810-1910*, Milano, Unicopli, 1994, p.XVI-188; ID., *Come la Spagna perse l'America. La Spagna di fronte all'indipendenza delle proprie colonie, 1810-1840*, Milano, Unicopli, 1996, p.215; ID., *Modelli giuridici dell'Argentina indipendente 1810-1910*, Milano, Giuffrè, 1999, p.XXXVII-306.

⁶ Además de las publicaciones citadas en este trabajo, puede recordarse: LOSANO, M.G. “Tobias Barreto y la cultura tedesca fra cosmopolitismo e nazionalismo”, en *Sociologia del diritto*, XXIV, 3, 1997, pp. 5-44; ID., *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*, Roma-Bari, Laterza, 2000, pp.XII-322; ID., *Postscriptum rioplantense. Eduardo J. Couture e l'emigrazione intellettuale italiana a Montevideo*, en LOSANO, M. G., *Renato Treves, sociologo tra il Vecchio e il Nuovo Mondo*. Milano, Unicopli, 1998, pp. 43-52. [Con un archivo desconocido y la bibliografía de Renato Treves]; ID., “L'emigrazione dei giuristi milanesi nella Montevideo d'anteguerra”, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1999, pp. 219-226; ID., “A cultura brasileira no contexto do cosmopolitismo alemão”, en *Meio século de filosofia. Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia* (6-11 de septiembrie de 1999), Legnar, São Paulo 2003, v. I, pp. 95-107; ID., “Peronismo e giustizialismo: significati diversi in Italia e in Sudamerica”, en *Teoria Politica*, XIX, 1, 2003, pp. 3-22.

tas por los comparatistas y objeto de un análisis preparado por dos importantes estudiosos españoles –Castán Tobeñas y Castán Vázquez– en los años cincuenta y sesenta.

Este escrito se propone exponer las posiciones favorables y contrarias de los estudiosos –no sólo comparatistas– a la existencia de un sistema jurídico iberoamericano o latinoamericano⁷, evidenciando las contribuciones de Losano y proponiendo algunas líneas de investigación futuras.

2. LA PRIMERA MENCIÓN DE LOS DERECHOS DE SUDAMÉRICA: CLÓVIS BEVILAQUA EN EL BRASIL DE FINALES DEL SIGLO XIX

En el año 2002, con ocasión del VII Congreso Brasileño de Filosofía, Losano presentó una interesante ponencia titulada *Clóvis Bevilacqua entre comparacao e filosofia do direito*⁸, en la que ilustraba cómo el jurista brasileño a finales del siglo XIX había llevado “una comparación jurídica a las aulas brasileñas exactamente en el momento en el que esta disciplina se afirmaba en Europa y en América del Norte”, moviéndose en el ámbito del Derecho comparado en sintonía con los estudios extranjeros más avanzados⁹.

En 1893, de hecho, la Facultad jurídica de Recife confió la nueva enseñanza de Derecho privado comparado a Clóvis Bevilacqua, que ya se había ocupado de la disciplina en 1891¹⁰ y que afrontó el encargo preparando para los estudiantes un texto específico¹¹. Sobre este

⁷ En el presente escrito los términos “iberoamericano” y “latinoamericano” son considerados sinónimos, en cuanto ambos indican los países americanos donde se habla una lengua ibérica, esto es, español o portugués.

⁸ BEVILAQUA, C. “Clóvis Bevilacqua entre comparação e filosofia do direito”, en VII Congreso Brasileño de Filosofía, *Anais*, Governo do Estado-Tribunal de Justiça da Paraíba-Centro Universitario de João Pessoa, João Pessoa 2002, pp. 389-404. De Bevilacqua, Losano trata brevemente también [en] el ensayo LOSANO, M.G. “I sistemi giuridici universali”, en BELVISI, F; CAVINA, M (a cura di), *Diritto e filosofia nel XIX secolo*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 431-432.

⁹ LOSANO, M. G., “Clóvis Bevilacqua entre comparação e filosofia do direito”, cit., p. 389.

¹⁰ Publicó en 1891, BEVILAQUA, C. *Aplicação do método comparativo no estudo do direito*, Recife, 1891

¹¹ BEVILAQUA, C. *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Recife, 1893, como apuntes para los estudiantes. La segunda edición de 1897 posee el aspecto de un verdadero libro: BEVILAQUA, C., *Licções de legislação comparada*, Bahia, Ed. José Luiz da Fonseca Magalhaes, 1897, p.295; Losano ha consultado esta segunda edición a la que reenvía para las citas.

último Losano se detiene para analizar las páginas de Filosofía del Derecho, que reflejan “con mayor claridad las concepciones filosóficas que inspiraban la visión del Derecho de Clóvis Bevilaqua; en segundo lugar, tal visión permite trazar un panorama de las fuentes extranjeras de Bevilaqua, dando cuenta de su vasta y capilar información en una época en la que los contactos con el exterior no eran fáciles”¹². Sin embargo, lo que importa para el presente escrito es la clasificación de los sistemas jurídicos, a la que el estudioso brasileño dedicó algunos capítulos de la obra y que Losano define como original, en cuanto no se encuentra en las obras de los autores europeos de finales del siglo XIX y, sobre todo, porque tiene en cuenta la situación en la que se encontraban las ex-colonias ibéricas de la América meridional después de su independencia.

En su construcción de los sistemas jurídicos Bevilaqua se inspiró en el jurista francés Glasson, que había clasificado los derechos reconduciéndolos en sustancia a las “áreas geopolíticas del Norte de Europa (y de América del Norte, en cuanto ex-colonia norte-europea), de Europa Central y de Europa Meridional”¹³, añadiendo un cuarto grupo que tenía en cuenta “las especificidades de América Meridional” y superando así –observa Losano– el eurocentrismo de Glasson, pero no el etnocentrismo, ya que “la exposición se limita al ámbito de la civilización occidental”¹⁴.

Bevilaqua identificó un primer grupo de derechos que comprendía los del *Common law*, los escandinavos y Rusia, que casi no habían tenido influencia del Derecho romano canónico¹⁵. Un segundo grupo

¹² LOSANO, M. G., “Clóvis Bevilaqua entre comparação e filosofia do directo”, cit., p. 392. El manual se articula en 32 capítulos. Losano observa que, si bien la obra no presenta subdivisiones, los primeros 13 capítulos pueden ser considerados como la parte general y los restantes 18 como la parte especial. En la parte general, el Derecho internacional privado tiene un peso relevante precisamente para suplir la ausencia de esta enseñanza en Recife. Los cuatro capítulos introductorios y metodológicos son seguidos por nueve capítulos sobre el Derecho internacional privado, que contienen también una clasificación de los grandes sistemas jurídicos.

¹³ LOSANO, M. G., “Clóvis Bevilaqua entre comparação e filosofia do directo”, cit., pp. 399-400, donde reenvía a E. GLASSON, *Le mariage civil et le divorce dans l'antiquité et dans les principaux pays de l'Europe. Étude de législation comparée précédée d'un aperçu sur le droit civil moderne*, Paris, Durand-Pedone-Lauriel, 1880², p. 6.

¹⁴ LOSANO, M. G., “Clóvis Bevilaqua entre comparação e filosofia do directo”, cit., p. 401.

¹⁵ Con la excepción de Louisiana, California y Georgia e indicando las peculiaridades esclavas de Rusia, cfr. LOSANO, M. G., “Clóvis Bevilaqua entre comparação e filosofia do directo”, cit., p. 400.

se fundaba, en cambio, sobre el Derecho romano corregido con elementos germánicos y canónicos y reagrupaba a los países latinos desde Portugal hasta Rumania, incluida Italia, y un tercer grupo, comprendía los ordenamientos basados en igual medida en el Derecho romano y el germano (como Francia, Alemania, Bélgica, Holanda y Suiza) y del que se habían originado los Códigos civiles más famosos¹⁶. En el cuarto grupo Bevilaqua incluía los Ordenamientos jurídicos de los Estados de América del Sur, que se presentaban como un Derecho privado “híbrido ente el segundo y tercer grupo”, en cuanto en parte conservaban el Derecho de la madre patria y en parte lo innovaba con la recepción de normas que se inspiraban en el código napoleónico. Lo más relevante de estos ordenamientos “era la ruptura con el modelo monárquico: los suramericanos eran países nuevos, esencialmente democráticos”; su derecho “apresenta ousadias fortes de quem não se arreceia do novo, e certas franquezas em que a liberdade espraia-se mais larga”¹⁷.

Con esta nueva categoría de derechos suramericanos Bevilaqua intentó llevar el Derecho comparado, a finales del siglo XIX, fuera del ámbito eurocéntrico en el que se había movido hasta entonces, pero su contribución no tuvo fortuna en una Europa que, en 1900, celebraba en París el Congreso Internacional de Derecho Comparado, cuyo propósito era “encontrar reglas comunes para acercar los diversos sistemas jurídicos”, autolimitando sin embargo el “estudio del Derecho legislativo de los sistemas jurídicos de la Europa continental, desde la premisa de que solamente el ‘comparable’, es decir ‘el análogo’ podría ser objeto de comparación”¹⁸.

¹⁶ Observa Losano que en el momento de la publicación del texto estaba solo vigente el Código francés, mientras el alemán, del que Bevilaqua poseía el proyecto, había sido aprobado, pero no había entrado en vigor todavía. LOSANO, M. G., “Clóvis Bevilaqua entre comparação e filosofia do directo”, cit., pp. 400-401.

¹⁷ A este cuarto «grupo latino-americano» está dedicado el Capítulo XI, que trata las grandes líneas de los códigos civiles de Bolivia, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Venezuela, Colombia, así como de México, Haití y otros Estados de América meridional y central. En la p. 105, la nota 1 dedica a Colombia, Ecuador, Honduras, Guatemala, Salvador, dos líneas a cada uno, mientras del Paraguay menciona sólo el nombre. Brasil no figura en cambio entre las síntesis de este capítulo porque, constituyendo el término de comparación de la actividad comparatista de Bevilaqua, es tratado en el Capítulo XIII, *Estado actual do direito privado brasileiro*, pp. 113-119. LOSANO, M. G., “Clóvis Bevilaqua entre comparação e filosofia do directo”, cit., p. 404 y nota 34.

¹⁸ ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, V. I, Milano, Giuffrè, 1992, p. 70.

3. UN LUGAR PARA LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS IBERO-AMERICANOS ENTRE LOS SISTEMAS JURÍDICOS: LA DOCTRINA EUROPEA DOMINANTE EN LA PRIMERA MITAD DEL SIGLO XX

Entre las múltiples clasificaciones de los Ordenamientos jurídicos propuestas por los comparatistas en la primera mitad del Novecientos, se impuso la introducida por el francés David que –en un primer momento– distinguió cinco grandes familias: los Derechos occidentales (grupo francés y grupo anglo-americano), los Derechos soviéticos, el Derecho musulmán, el Derecho hindú y el Derecho chino¹⁹. Mas tarde, el mismo David corrigió su clasificación, señalando “tres (...) principales familias jurídicas existentes en el mundo contemporáneo”, de las cuales todo Ordenamiento ha tomado algunos de sus aspectos: la familia romano-germana, la familia del *Common-Law* y la familia socialista. Junto a ellos situaba a los Derechos musulmanes, hindúes, ebreos, donde las sociedades habían permanecido fieles a concepciones del Derecho entendido de forma distinta o, de cualquier modo, no llamado a cumplir la misma función que en Occidente²⁰.

Por lo que se refiere a los Ordenamientos jurídicos de las colonias españolas –así como a los portugueses, holandeses y franceses– David explicaba que formaban parte de la “familia romano-germana”, ya que habían “encontrado absolutamente natural adoptar las concepciones jurídicas características de la familia”, quedando como único “problema” el de “saber en que medida las condiciones propias de América (latina), distintas de las europeas, habían conducido (y podían conducir) a reconocer o conferir una cierta originalidad al Derecho de los países americanos, frente a los Derechos de los países europeos de la familia romano-germana”²¹.

¹⁹ DAVID, R., *Traité élémentaire de droit civil comparé*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1950, pp. 222-226.

²⁰ SPINOSI, DAVID-JAUFRRET., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova, Cedam, 1980, pp. 22-23. [A cura di R. Sacco]. Para David todo ordenamiento jurídico es un fenómeno complejo, que constituye de hecho un sistema, que reagrupa en «familias de sistemas», que se distinguen no sólo con criterios formales (fuentes o estructuras conceptuales), sino gracias también a la tradición, a las ideologías y a la filosofía que está detrás de los sistemas. Las líneas guía de la exposición de cada «familia» son por tanto: la formación histórica del sistema, la estructura del derecho y las fuentes del derecho.

²¹ DAVID, R., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, cit., pp. 60-61.

Con anterioridad –en 1913 y más aún en 1933– ni siquiera el italiano Sarfatti había mencionado los Ordenamientos jurídicos latinoamericanos, cuando contrapuso las codificaciones de tipo romano al Derecho común inglés, incluyendo entre las primeras a los Códigos latinos de Europa, a los germánicos, a los inspirados en ellos y a los de los estados orientales modernos, mientras en la segunda, además de Gran Bretaña, incluyó Norte América, las Colonias y los *Dominions*²².

Más recientemente, Armijon, Nolde y Wolf, al fijar siete sistemas jurídicos –el francés, el germano, el escandinavo, el inglés, el ruso, el islámico y el hindú²³ –no hicieron referencia al área latinoamericana, y ni siquiera Carbonnier los citó, cuando reagrupó en base a las peculiaridades los Derechos orientales, contraponiéndolos al Derecho angloamericano y a los Derechos continentales, que comprendían el soviético, el germano y el francés²⁴. Los citó en cambio Rodière, pero como ejemplo de fracaso en el proceso de unificación legislativa entre Estados soberanos²⁵. Zweirgert y Kötz, finalmente, propusieron un orden de sistemas más amplio de los hasta ahora citados, pero sin considerar al área latinoamericana. Se refirieron al sistema romanístico, al germano, al escandinavo, al sistema del *Common Law*, al socialista, al sistema del Extremo Oriente, al islámico y al hinduista²⁶.

El no reconocer a los Ordenamientos jurídicos iberoamericanos una singularidad para poderlos reagrupar en un sistema jurídico o en una familia de Derecho en si misma, no fue solo una postura de la mayor parte de los comparatistas europeos de la primera mitad del Novecientos. En el mismo continente latinoamericano en 1960, Rodríguez Ramos, partiendo de las mismas consideraciones de David, concluía afirmando que “no existe un sistema perfectamente delimitado de Derecho latinoamericano”, en cuanto “por lo que se refiere a

²² SARFATTI, M., *Introduzione allo studio del diritto comparato* Torino, Giappichelli, 1933, pp. VI-133.

²³ ARMINJON, P. - NOLDE, B. B. - WOLFF, M., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J., 1950, t. I, pp. 42 y ss.

²⁴ CARBONNIER es citado por CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico iberoamericano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, en nota 12, que reenvía a CARBONNIER. *Derecho civil*, 1960, pp. 60-65.

²⁵ RODIERE, R., *Introduction a droit comparé*, Paris, Dalloz, 1979, pp. 25-28.

²⁶ ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, cit., sostuvieron que para clasificar correctamente los sistemas jurídicos contemporáneos era necesario tener presente el “principio de la relatividad por materias”, el de la “relatividad temporal” y el “estilo” de los mismos ordenamientos.

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*. Por lo que afecta a su contenido, no cabe hallar en los distintos países de América latina una uniformidad cercana a la unidad [...] Sin embargo, como rasgo unitario en la actitud general de los juristas de América latina, cabe señalar la superación de toda actitud localista, lo que permite confiar en los mejores resultados en un futuro nada remoto”²⁷.

Finalmente, en el mismo Brasil de Bevilaqua, Silva Pereira, en 1954, había individualizado cuatro grupos de derechos, sin hacer referencia al área latinoamericana. Se refería a los derechos romano-cristianos, a los del *Common Law*, a los soviéticos y a los filosófico-religiosos, que comprendían el musulmán, el hindú y el chino²⁸.

4. LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS IBEROAMERICANOS COMO SUBSISTEMA DE UN SISTEMA JURÍDICO: LA DOCTRINA EUROPEA – Y NO SÓLO

Junto a las clasificaciones de los sistemas jurídicos fijadas por la mayoría de los comparatistas europeos, algunos estudiosos –también no europeos y no comparatistas– analizaron los Ordenamientos jurídicos iberoamericanos, prestando atención a las fuentes de las normas o bien recurriendo a diferentes criterios, para identificarlos como un grupo específico, en el interior de un sistema jurídico.

Losano recuerda que en 1934 el argentino Martínez Paz, que en 1927 había fundado en Córdoba el Instituto de Derecho civil comparado, se valió de un “método clasificatorio genético” para delimitar en que porcentaje un Ordenamiento jurídico había sido influenciado “por las costumbres, por el Derecho romano, por el Derecho canónico y por el elemento moderno-democrático”. En base a ello, el autor identificó cuatro grupos: el consuetudinario-bárbaro (Inglaterra, Suecia y Noruega), el bárbaro-romano (Italia, Alemania y Austria), el bárbaro-romano-canónico (España y Portugal) y, finalmente, el “ro-

²⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, M., “Visión de conjunto del derecho de América Latina”, en *Revista de legislación y jurisprudencia*, 1960, pp. 25-26. Rodríguez Ramos fue decano de la Facultad de derecho de la Universidad oficial de Puerto Rico.

²⁸ SILVA PEREIRA, “Unidade da cultura jurídica occidental”, en *Revista da Faculdade de Direito*, octubre, 1954, pp. 25 y ss.

mano-canónico-democrático”²⁹, donde “el lector encuentra con gran sorpresa” –según Zweigert y Kötz– el Derecho de los países de Sudamérica, de Suiza y de Rusia³⁰.

Otra referencia al área latinoamericana fue del escandinavo Malmström que –en 1969– propuso distinguir un grupo occidental o euroamericano, donde hacía confluir los sistemas de la Europa continental (tanto romanistas como germánicos), los de América Latina, los sistemas escandinavos y los del *Common Law*, en cuanto basados sobre fuentes europeas muy diferentes de los otros sistemas del mundo. Junto a ellos sugería crear un grupo compuesto por los sistemas jurídicos socialista, los asiáticos-no comunistas y los sistemas africanos³¹.

Una mayor atención a la posición de los Ordenamientos jurídicos latinoamericanos en el interior de la familia del *civil law* fue dedicada por lo españoles De Solá Cañizares, Castán Tobeñas y Castán Vázquez, entre los años Cincuenta y Sesenta.

De Solá Cañizares, en el volumen *Iniciación al Derecho comparado* de 1954, incluyó en el interior de los sistemas llamados occidentales al grupo de los sistemas “iberoamericanos”³², integrando la clasificación precedente de David.

Mayor relevancia fue dada al argumento por el jurista Castán Tobeñas, en el volumen titulado *Los sistemas jurídicos contemporáneos en el mundo occidental* de 1956. El autor, después de haber reflejado –y también criticado³³– las principales clasificaciones de los sistemas jurídicos elaboradas en aquella época, propuso una subdivisión de los sistemas jurídicos³⁴, elaborada “utilizando como primer criterio de diferenciación el ideológico o cultural” y, seguidamente, “los criterios genéticos y

²⁹ LOSANO, M. G., *I sistemi giuridici universali*, cit., p. 432, que reenvía a MARTÍNEZ PAZ, *Introducción al estudio del derecho civil comparado*, 1934, reimpresión 1960, pp.149-160.

³⁰ ZWEIGERT, K. - KÖTZ, H., *Introduzione al diritto comparato. Principi fondamentali*, cit., p. 77.

³¹ MALMSTRÖM, Å., “The System of Legal Systems, Notes on a Problem of Classification in a Comparative Law”, en *Scandinavian Studies in Law*, 13, 1969, pp. 127-149.

³² Citado por CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, Reus, 1956, pp. 17-18.

³³ Por ejemplo criticaba a Martínez Paz, sosteniendo que no era posible ver una analogía «ni desde el punto de vista ideológico ni en cuanto a la técnica, entre los derechos de Estados de Iberoamérica, el de Suiza y el de la Rusia soviética, cuya filiación democrática es bien dudosa». CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, p. 13.

³⁴ Entendiendo el sistema jurídico como «el conjunto de reglas e instituciones de Derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad». CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, cit., p. 10.

morfológico”. Castán Tobeñas distinguía así los sistemas de “cultura occidental” de los que se han desarrollado “fundamentalmente al margen de la civilización occidental”. En el primer grupo situaba a los sistemas “de filiación románico-cristiana”, en el interior de los cuales distinguía los “derechos de tipo germánico” y los “de tipo latino”, de los que se habían originado el sistema francés y los afines, el italiano y los sistemas “de filiación ibérica”. En este último apartado incluía al Derecho español, al portugués, a los influenciados en parte por el *Common Law* (Puerto Rico y Filipinas) y, finalmente, los “derechos iberoamericanos”³⁵. Al referirse a estos últimos Castán Tobeñas precisaba que se debería utilizar la expresión “Derecho iberoamericano” y no “Derecho latinoamericano”, en cuanto esta última indicaba un área de mayor extensión que comprendía territorios como Louisiana, Québec e incluso Haití, habitados por poblaciones no propiamente de origen español³⁶.

Castán Tobeñas insistía, precisamente en los lazos con España y Portugal, subrayando, por una parte, el hecho de que “la Ibero-América” fuera una continuación de Europa, y por otra parte, que se habían desarrollado elementos de especificidad como para poder defender la existencia de un grupo de derechos iberoamericanos. Para sostener esto indicaba las condiciones geográficas, sociales, económicas y políticas del continente, la tradición española y portuguesa heredada del período colonial, el carácter democrático de los derechos reconocidos, el espíritu “universalista” en contraposición al nacionalista europeo, la influencia de los Estados Unidos de América, el hecho de que la doctrina y la legislación de estos países, después de la independencia, fue en principio una copia exacta de los modelos europeos, pero que más adelante surgió una actividad creadora y positiva por parte de los intelectuales iberoamericanos. Citando al estudioso Valladao, Castán Tobeñas recordaba cómo algunos principios jurídicos –apenas aludidos o que no figuraban en la Constitución francesa de 1789 ni en la de los Estados Unidos– habían sido en cambio proclamados en las Constituciones y en los Códigos de los Estados independientes de América latina. Entre ellos indicaba “el magnífico principio de igualdad de derechos de nacionales y extranjeros que `constituye una gloria perpetua para América latina´” y que representa, de cualquier modo, una herencia de la cultura y del pensamiento jurídico

³⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, pp. 22-23.

³⁶ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Los sistemas políticos contemporáneos del mundo occidental*, cit., en nota 110, p. 58.

español –permeados de “universalismo” y de “democratismo social”– que han influenciado las legislaciones nacionales latinoamericanas³⁷.

A finales de los años Sesenta, Castán Vázquez, desarrollando las posiciones de la doctrina presente hasta ese momento, situó a los sistemas iberoamericanos en el sistema jurídico occidental, en el interior del sistema romanista y en el grupo latino³⁸. Se incluían en el “sistema jurídico occidental”, en cuanto compartían con ellos las bases religiosas, políticas, económicas y sociales. Dentro de ellos eran después reconducidos al “sistema romanista”, ya que los territorios iberoamericanos tenían un “carácter romanista (que) se advierte por su contraste con los países de la *Common law*”, determinado por el Derecho romano que habían recibido a través del Derecho español o del francés, y finalmente, en el interior del grupo romanista los colocaba en “el grupo latino”, en contraposición al “germánico”, por la influencia del Derecho francés, sobre todo del Código civil. Sobre este último aspecto, precisaba sin embargo, como los Ordenamientos jurídicos iberoamericanos habían recibido el Derecho romano no sólo a través del Código napoleónico, sino también, y sobre todo, a través del Derecho español, que a su vez había transmitido también el Derecho francés, haciéndolos así entrar en el “grupo latino”³⁹.

El autor añadía después que “los ordenamientos iberoamericanos son algo más que latinos”, en cuanto el término “latino-americanos” indica ya que, además de ser latinos, son también “americanos”, con un “fondo común” determinado por factores o “causas” tanto del período colonial como de la independencia, que los perfila como grupo⁴⁰.

³⁷ VALLADÃO, H., *Le Droit latino-américain*, Paris, Sirey, 1954, pp. 11-12.

³⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico iberoamericano*, cit., también en *Revista de Estudios políticos*, 1968, pp. 214-215. Además, véase “El sistema de derecho privado iberoamericano”, en *Estudios de Derecho Civil en honor del Profesor José Castán Vázquez*, T. IV, Pamplona, Universidad de Navarra, 1969, p. 157 y ss.; ahora también en CASTÁN TOBEÑAS, J.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.; LÓPEZ CABANA, R. M., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, pp. 143-178. Las citas de este último escrito son de la versión más reciente.

³⁹ Para sostenerlo cita a PESCATORE, P., *Introduction a la Science du Droit*, Luxembourg, 1960, pp. 60-61.

⁴⁰ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico iberoamericano*, cit., pp. 215 y ss. La expresión “causas” es de escritos posteriores, donde el estudioso retoma el tema. Cfr. CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “El Código civil de Bello, factor de unidad”, en AA. VV., *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*, Caracas, La Casa de Bello, 1987, pp. 340 y ss.; ID., “El Código civil de Andrés Bello y la unidad del sistema jurídico iberoamericano”, en *Anuario de Derecho civil*, 1, 1982, pp. 128 y ss.

Durante el periodo colonial, “el trasplante del Derecho castellano a América” hizo que las mismas normas jurídicas estuvieran vigentes en todo el territorio del reino de España y que el nuevo Derecho creado fuera “nuevo en cuanto que las normas dictadas no tenían precedente ni paralelo en las de Castilla, viejo en cuanto a su espíritu porque se creaba partiendo de los principios y tendencias que, fijadas en la Edad Media, pervivían en la Península”. Fue después importante la “obra de las Audiencias” –definidas por Solórzano como “castillos roqueros donde se guarda la Justicia” –que constituyeron “cauces que permitieron el trasplante de la legislación española y el nacimiento de un vínculo jurídico perdurable en América”⁴¹.

En el período de la independencia, Castán Vázquez indicaba las “codificaciones americanas” y la “práctica jurídica común en los países iberoamericanos”. En lo que se refiere a las Codificaciones, es sabido que la independencia de las colonias españolas no supuso una ruptura con la madre patria desde un punto de vista cultural y jurídico y, por tanto, el Derecho español continuó influenciando a los juristas latinoamericanos comprometidos con la redacción de las leyes y los códigos de los Estados convertidos en independientes. “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”⁴². Lo mismo puede decirse de Vélez Sársfield, autor del Código civil argentino, que señaló haberse servido “principalmente del Proyecto del Código Civil para España del señor Goyena; del Código de Chile” y, finalmente, se ha de tener presente también la difusión e influencia del Código de comercio español de 1829 de Pedro Sainz de Andino⁴³.

Finalmente, la “práctica común en los países iberoamericanos” que constituye hoy una clara realidad y un indicio que los países constituyen una familia de Derechos: “Cuando dos juristas iberoamericanos de sendos países, hablan de temas jurídicos, el diálogo es fá-

⁴¹ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico iberoamericano*, cit., p. 217.

⁴² CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., *El sistema jurídico iberoamericano*, cit., p. 161.

⁴³ *Ibidem.*, p. 218. Son conocidas las palabras de Vélez Sársfield citadas y por él escritas en la nota preliminar al primer libro del Código civil. El código de Comercio español fue copiado por Ecuador (1831), Paraguay (1846), Perú, Costa Rica y Colombia (1853). En Bolivia (1835), Brasil (1850) y México (1854) en cambio constituyó la fuente principal de sus respectivos códigos, junto al Derecho francés.



cil, y si participan juntos en coloquios a nivel mundial, pueden, al contrastar su afinidad entre sí frente a los demás, verificar que ambos pertenecen a una familia de Derechos”⁴⁴.

En Argentina, Díaz Bialet –profesor de Derecho romano en Córdoba– elaboraba en 1963 el concepto de “transfusión del Derecho romano” en relación al Ordenamiento jurídico argentino, extendiéndolo luego a todo el continente latinoamericano. Con el término “transfusión” el autor indicaba el lento fluir del Derecho (romano) –comprendiendo las reglas y los modos de su propia interpretación y aplicación– de un sistema jurídico (el romano) a otro (el argentino), desde el siglo XVI en adelante, y que había hecho al sistema jurídico argentino –y no sólo a él– más cercano al sistema de Derecho romano justinianeo y al sistema de Derecho común medieval⁴⁵.

5. LA EVOLUCIÓN DE LOS ESTUDIOS EN LOS ÚLTIMOS DECENIOS

La posición doctrinal de Díaz Bialet encontró apoyo entre algunos estudiosos latinoamericanos y europeos⁴⁶, provocando una inversión de la tendencia en el análisis de los sistemas jurídicos de la familia romano-germana, que había dejado en la sombra hasta ese momento la posición de los países latinoamericanos.

En Italia, desde finales de los años Setenta, un grupo de romanistas se han dedicado al estudio de la formación del sistema jurídico latinoamericano, configurándolo como subsistema del sistema jurídico romanista. Prestando atención al momento de las codificaciones, Schipani identificaba en los Códigos civiles del siglo XIX una línea de continuidad con el *Corpus Iuris Civilis*. De la obra de Justiniano los Códigos asumie-

⁴⁴ *Ibidem.*, p. 220.

⁴⁵ Del autor la obra más citada es DÍAZ BIALET, A., *La recepción del derecho romano en la Argentina*, Córdoba, 1951. La «recepción» supone una simple transferencia de reglas escritas de un ordenamiento a otro, mientras la “transfusión” supone tanto la transferencia de la ley escrita, cuanto de las reglas y modos operativos, de manera lenta y, por tanto, no traumática.

⁴⁶ Se trata en Italia del grupo de investigación coordinado desde los años Setenta por S. Schipani y por P. Catalano, a los que se unen algunas instituciones como ASSLA, el “Seminario di Studi Latinoamericani” de la Università di Sassari y el “Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani” de la Università di Roma “Tor Vergata”. En América latina recuérdese M. A. Laquis, C. Fernández Sessarego y F. Hinestrosa, mientras por Europa además de los estudiosos citados en el ensayo destacan J. L. de los Mozos y H. Eichler.



ron muchos caracteres y fueron una continuación, enriqueciéndola con las contribuciones maduradas en el arco de tiempo que va desde el siglo VI hasta la mitad del XIX: “los Códigos del primer siglo de independencia (...) contribuyeron de manera determinante a realizar la definitiva e irreversible ‘transfusión’ del Derecho romano común codificado por Justiniano como fuente informante del nuevo sistema, determinando un nuevo centro autónomo de elaboración del Derecho romano”. En su propio desarrollo Schipani destacaba la elaboración de una “mezcla” que expresaba “la complejidad del bloque romano, ibérico y precolombino” y que constituyó “la base socio-cultural de la unidad del mismo sistema”. Además, señalaba cómo en el interior de estos principios podía encontrar una orientación adecuada el trabajo de continua “recodificación que se desarrolla en América latina y la elaboración de códigos tipo, que son expresión de la formulación articulada”⁴⁷.

El ya citado Castán Vázquez, en un escrito de 1984, precisaba que “el envío de los libros jurídicos a las Indias”, iniciado incluso antes de que la Conquista de las Indias hubiera terminado, hizo que “el importantísimo legado del Derecho romano fuera recibido por América a través de las naves españolas. Y la difusión de ese derecho y del Castellano por todo el Continente daría para siempre un sólido cimiento a su unidad jurídica”⁴⁸.

⁴⁷ SCHIPANI, S., “I codici latino-americani della «transfusión» del diritto romano e dell’indipendenza. Verso codici della «mezcla» e «codici tipo»”, en SCHIPANI, S (a cura di). *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, Padova, Cedam, 1991, pp. 682-683. Sobre el argumento véase también: CATALANO, P., “Derecho Romano y Países Latinoamericanos (Elementos de resistencia de origen romanístico del sistema jurídico latinoamericano: los ejemplos de Guatemala, Costa Rica, Venezuela y Colombia)”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 79, 1979, pp. 637-640; LAQUIS, M., “Desde Vélez Sársfield hasta la actualidad: independencia y elemento de continuidad y/o revolución y elementos de resistencia e identidad del sistema”, en SCHIPANI, S (a cura di). *Dalmacio Vélez Sársfield e il diritto latinoamericano*, cit., pp. 515-539, y *La Ley*, Buenos Aires, 51, 153, 12 agosto 1987, pp. 1-7. Sobre la “mezcla” Schipani reenvía a BASADRE, J., *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, 1967. Sobre el “bloque romano-ibérico-precolombino» reenvía a CATALANO, P., “Sistemas jurídicos, Sistema Jurídico Latino-Americano e Direito Romano”, en *Direito e Integração: experiência latino-americana e européia*, Brasília, 1981, y, en español, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, pp. 161 y ss. Sobre el papel del Derecho romano en este contexto reenvía a GUZMÁN BRITO, A., “La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica”, en *Index*, 6, 1976, pp. 74-82. Para los “Códigos tipo” reenvía a SCHIPANI, S.; VACCARELLA, R (ed). *Un «codice tipo» di procedura civile per l’America Latina*, Padova, Cedam, 1990, pp.XXVI-616.

⁴⁸ CASTÁN VÁZQUEZ, J. M., “El Código civil de Bello, factor de unidad”, cit., p. 341. Para los libros que llegaban a las Indias reenvía a los estudios de Irving A. Leonard.

Derecho romano en el que se formaron los tres grandes codificadores de la América Latina independiente: Bello, Freitas y Vélez Sársfield.

Guzmán Brito, gran estudioso de la historia de la codificación chilena y de la figura de Bello, ha recordado que Vinnio y Heineccio fueron los autores más difundidos en las colonias, desde el siglo XVI, a los cuales se añadieron Bartolo de Sassoferrato, Baldo de los Ubaldi, Azzone y Accursio⁴⁹. Fernández Sessarego ha subrayado como el Derecho de los países de América latina no podía considerarse una simple “prolongación o transcripción de la legislación hispano-indiana o de la francesa”, así como no podía ignorarse “una fisonomía unitaria del sistema cuya procedencia, a través del derecho continental europeo, se identifica en última instancia con el derecho romano”. Y también que “la tradición del derecho romano justiniano” era cuanto de unitario poseía “el sistema jurídico latinoamericano” que no se extingue sino que más bien se completa y enriquece con las nuevas instituciones jurídicas⁵⁰. En Italia, además, Lombardi en el ámbito del Derecho público comparado ha descrito brevemente las posiciones de los romanistas, destacando los caracteres originales o diferenciadores del sistema jurídico latinoamericano⁵¹.

Finalmente, en el tratamiento de las grandes divisiones en sistemas jurídicos la más reciente literatura⁵² ha criticado el euro-americentrismo del Derecho comparado, proponiendo la introducción de una familia “pluralista”, donde acoger los ordenamientos de la familia “residual” de “David, Arminion-Nolde-Wolff, Zweigert-Kötz, Costanti-

⁴⁹ GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, T. I, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile, 1982, p. 58. Véase también LIRA URQUIETA, P., *El Código Civil Chileno y su época*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1956, p.105.

⁵⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., “Comparación jurídica y unidad del sistema jurídico latinoamericano”, en SCHIPANI, S (a cura di). *Studi Saresesi V. Diritto romano, codificazioni e sistema giuridico latino-americano*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 10-11.

⁵¹ LOMBARDI, G., *Premesse al corso di diritto pubblico comparato. Problemi di metodo*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 53 y ss.

⁵² MATTEI, U., “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, en *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, T. I, Milano, Giuffrè, 1994, p. 777. El estudioso reenvía a muchos autores que han elevado críticas, entre los cuales recuerda: VANDERLINDEN, J., “A propos des familles de droits en droit civil comparé”, en *Homages a R. Dekkers*, 1982, y a REYNTJENS, F., “Note sur l'utilité d'introduire un système juridique «pluraliste» dans la macro-comparaison des droits”, en *Revue Internationale et Droit Comparé*, 41, 1991.

nescio”. Los sucesos históricos han contribuido notablemente a hacer necesaria una revisión de las grandes familias de derechos, piénsese solamente en la caída de la ideología comunista en la Europa Oriental, que ha revuelto la familia del Derecho de los países socialistas⁵³.

Desde estas premisas, en 1994 el italiano Mattei ha desarrollado interesantes reflexiones en un ensayo con un título muy significativo *Hacia una tripartición no eurocéntrica de los sistemas jurídicos*.

En su escrito, este autor explica como “las clasificaciones sistemológicas hoy en uso –además de presentarse como eurocéntricas– necesitan una revisión por diversas razones que derivan de las grandes líneas del mapa geográfico-jurídico del mundo tan diferente a los tiempos en los que estas fueron realizadas” por David⁵⁴. Con su escrito Mattei se propone por tanto “reabrir el debate sobre los posibles criterios de clasificación (...) proponiendo una tripartición fundada sobre el papel del derecho como instrumento de organización social” que, además de ser “compatible con posteriores subdivisiones”, toma “la dimensión dinámica del derecho dándole espacio en el interior de la sistemología”⁵⁵. Partiendo del presupuesto que toda organización social, aunque sea primitiva, es en sí una organización jurídica, Mattei propone una tripartición de los ordenamientos jurídicos según la prevalencia del Derecho (*rule of law*)⁵⁶, la política (*rule of politics*) o

⁵³ En la advertencia a la 11ª edición del manual de David se precisa que los sucesos de 1990 han hecho desaparecer la parte relativa a los derechos socialistas y que parece prematuro reunir el derecho de la Federación Rusa y el derecho de las ex-democracias populares en una “familia de la Europa del Este” con referencia sólo al área geográfica, teniendo presente que el derecho de estos países parece acercarse a los de la familia romano-germánica. DAVID, R.; JAUFFRET-SPINOSI, C., *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, 5ª ed. Italiana, Padova, Cedam, 1994. [Trad. de la 11ª ed. de O. Calliano, bajo la dirección de R. Sacco].

⁵⁴ MATTEI, U., “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, cit., p. 776. Más allá de las posiciones de los cultivadores del Derecho latinoamericano, algunos comparatistas han señalado como la clasificación de David puede valer sólo para el área de Derecho privado, pero no para la de Derecho público y, sobre todo, que se insista demasiado sobre la dicotomía entre sistemas de *Common law* y sistemas romanistas. Cfr. GAMBARO, A; SACCO, R., (a cura di). *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 18-20.

⁵⁵ MATTEI, U., “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, cit., pp. 777-778.

⁵⁶ Es la tradición jurídica occidental con la base de homogeneidad en dos características principales: 1) El circuito jurídico es netamente distinguible del circuito político; 2) El Derecho está secularizado. La legitimación del jurista no es ni religiosa ni política, sino principalmente técnica. Se identifican tres subsistemas: *Common law*, *civil law* y sistemas mixtos, incluidos los escandinavos. MATTEI, U., “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, cit., pp. 783 y 793.

la tradición filosófica o religiosa (*rule of tradition*)⁵⁷. En la segunda “familia jurídica” –donde prevalece el *rule of politics*– coloca a los países en vía de desarrollo latinoamericanos (incluida Cuba), junto a los africanos y a algunos países ex-socialistas de Europa oriental (excluidos Polonia, Checoslovaquia y DDR)⁵⁸.

En sustancia, confluyen allí todos los sistemas jurídicos en los que el momento jurídico y el político no están separados, “en el sentido de que los dos circuitos no son esferas de competencia autónomas (...) no existe una juridificación del momento político, sino todo lo más, una politización del momento jurídico”, y que Mattei propone llamar modelo de “Derecho del desarrollo y de la transición”, subdividiéndolo en “derecho de la transición (“ex soviología”) y derecho del desarrollo (a su vez dividido en “iusafricanística” y estudios latinoamericanos)”⁵⁹. El hacer confluir en el mismo grupo a los países latinoamericanos y a los africanos viene explicado por Mattei por la coincidencia de problemas y de sustrato: “la experiencia colonial con los modelos jurídicos occidentales les ha situado a ambos definitivamente en un momento de desarrollo demasiado primitivo”⁶⁰.

En general, los países de esta familia aparecen dirigidos hacia una objetivo final, “a cuyo logro el Derecho es programado” y que se plasma en el texto de las constituciones: se trata en esencia de “sistemas que comparten un sustrato ‘político’, o –si prefiere– constitucional del sistema particularmente visible” y que parecen tener “una suerte de naturaleza transitoria. ¿Cuánto durará la transición? ¿Cuánto el desarrollo?”. La locución *rule of politics* es por consiguiente adecuada, ya que tienden “a

⁵⁷ Es la tradición jurídica oriental, donde en los sistemas jurídicos junto a la organización social técnico-jurídica existe una importante esfera de relaciones jurídicas regidas por reglas de distinta naturaleza, estrictamente religiosas en los sistemas musulmanes y, en cambio, tradicionales con matriz filosófica en los sistemas del lejano oriente. En esta familia se incluyen el Derecho de los países musulmanes, el Derecho indiano y de los otros países hindúes y el Derecho de oriente de tradición Confuciana. MATTEI, U., “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, cit., p. 791.

⁵⁸ En Polonia y Checoslovaquia la impronta socialista ha marcado hasta el fondo la tradición del *civil law*, en la ex DDR el reabsorbimiento del Derecho occidental ha sido completo, MATTEI, U., “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, cit., p. 787.

⁵⁹ *Ibidem.*, pp. 793-794.

⁶⁰ *Ibidem.*, pp. 789-790. El autor, como ejemplo, enumera: alta tasa de inflación, inestabilidad relativa de las instituciones democráticas, alta tasa de politización de la magistratura, continuas reformas legislativas a menudo no aplicadas, cultura jurídica influenciadas por los modelos extranjeros y habitualmente marginada o instrumentalizada por el poder político, literatura jurídica insuficiente, escasa publicidad de las decisiones judiciales (pp. 787-788).

sustituir un sistema constitucional en el que el derecho triunfa sobre las contingencias políticas por un sistema basado en la relación opuesta”⁶¹.

La visión no eurocéntrica de los ordenamientos jurídicos –que Mattei subraya como una necesidad advertida en los estudios de Derecho comparado más recientes –es aquella que, en efecto, Losano adoptó desde el inicio en sus estudios. Ya en 1978, en el prólogo a la primera edición del volumen, Losano precisaba como su trabajo combatía “el etnocentrismo, y en particular el eurocentrismo jurídico”, manteniendo desde “el principio que el Derecho europeo no es superior a los otros sino solamente diferente”⁶². De aquí deriva la propia estructura de la obra que –llegada a la tercera edición– se ha enriquecido⁶³, permaneciendo casi sin cambios, en cuanto ha sido pensada para que el lector parta del estudio de los derechos europeos (continentales y anglosajones) y de su propia génesis “porque es en este derecho en el que el lector vive” y conoce, para moverse luego “hacia los derechos americanos, africanos y asiáticos, teniendo en cuenta la creciente complejidad de los derechos positivos debida a la estratificación de derechos distintos sobre el mismo territorio”, pero siempre con un estudio de los sistemas jurídicos en modo paritario. Estratificación de derechos y paritariedad que Losano subraya al tratar los ordenamientos jurídicos de América latina⁶⁴, cuando se propone ilustrar “como el modelo europeo continental

⁶¹ MATTEI, U., “Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici”, cit., pp. 788-789. La tripartición propuesta ha encontrado adhesiones, pero ha sido también criticada, ya que al mencionar los sistemas religiosos no aclara que su elemento distintivo consista “en la asunción de una verdad que se coloca en el sistema legitimando al poder y la norma” y, además, no dice cual es “en los sistemas laicos el elemento legitimante”. La contraposición viene dada por tanto entre elementos no homogéneos, además de dejar fuera a los sistemas de tipo laico tradicional, como por ejemplo, el somalo tradicional. Cfr. GAMBARO, A; SACCO, R., (a cura di). *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 19.

⁶² LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. X.

⁶³ LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici*, cit. La 1ª edición de 1978 (pp. XXIII-361) trataba del Derecho privado y público de Europa continental, brevemente de los derechos socialistas europeos, del Derecho consuetudinario inglés y africano, de los derechos islámicos, indiano y del Extremo Oriente. En 1988 la 2ª edición (pp. XXIX-370) incorporaba el capítulo IV sobre el Derecho ruso y soviético, eliminando en cambio el capítulo X sobre el Derecho de la era informática. Finalmente, en el 2000 la 3ª edición se presenta con los capítulos sobre el Derecho ruso (IV) y sobre el Derecho islámico (VII) mejorados y con un capítulo *ex novo* –el V– sobre el Derecho de América meridional (pp. 175-255).

⁶⁴ LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., Cap. V titulado “Derecho de América meridional”. Rechazo del eurocentrismo jurídico que se refleja, por ejemplo, en el “considerable espacio” dedicado al “derecho de la América meridional”, como destaca DAGROSSA, N.C., “Los veinticinco años de una introducción histórica global al Derecho”, cit., p. 447.

se ha implementado en contextos sociales e históricos completamente distintos de los que provenía, cancelando casi completamente las culturas locales preexistentes”⁶⁵. El estudioso de la historia jurídica de América latina, meridional o de Sudamérica⁶⁶ se encuentra hoy con un pluralismo jurídico rico, que tiene sus orígenes en la época colonial española y que se funda sobre “tres fuentes principales del derecho: los derechos españoles, canónicos e indianos”. Estos se indican en plural –observa Losano–, en cuanto las peculiaridades de las colonias impusieron su desdoblamiento. De hecho, “los derechos españoles se dividían en derecho castellano y derecho indiano; este último, a su vez, en derecho indiano peninsular y en derecho indiano criollo, y el derecho indiano criollo, comprendía la normativa local y las costumbres. Análogamente los derechos canónicos se dividían en derecho canónico universal y en derecho canónico indiano; este último, en derecho canónico indiano de origen pontificio y de origen local (criolla)”. Finalmente hay que recordar los derechos indígenas, cuya importancia fue reduciéndose “con el reforzamiento del control ibérico y con la consiguiente reafirmación de los demás ordenamientos jurídicos”⁶⁷.

A comienzos del siglo XIX, el pluralismo jurídico así formado constituía el sustrato del derecho de cada Estado que había emergido de los cuatro Virreinos coloniales españoles (Nueva España, Nueva Granada, Perú y Río de la Plata). Es en él en donde hay por tanto que buscar el origen de las tomas de postura de los juristas latinoamericanos en el ámbito del derecho ya sea público o privado y también las razones del fracaso de algunos experimentos jurídicos, que se revelaron inadecuados a la realidad.

Losano asume por tanto una posición de equidistancia “entre los defensores de la total originalidad de la creación jurídica sudameri-

⁶⁵ Ambas citas en LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. XI.

⁶⁶ Con el término América latina se entiende la parte meridional y central del continente americano, mientras Losano prefiere el término América meridional o Sudamérica, por tres motivos. Desde el punto de vista geográfico, América latina comprende también América central y el Caribe, que no son objeto de estudio de su libro; desde el punto de vista etnográfico, “América meridional no es toda latina: con los conquistadores y los emigrantes latinos conviven también las poblaciones autóctonas y los grandes grupos de negros y mestizos heredados de la época de la esclavitud, las minorías de colonos eslavos, germanos y asiáticos”. Finalmente, “desde el punto de vista político, la idea de llamar ‘latina’ a la parte meridional de América se fundó sobre la política anti-inglesa de Francia”, que en el siglo pasado quería sobre todo contraponer también en el continente americano un mundo latino a uno inglés (p. 177).

⁶⁷ LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 208.



cana y los partidarios de su completo carácter subordinado respecto a los modelos europeos: hay algo de verdad en ambas posiciones, pero ninguna de las dos es completamente verdadera”. Finalmente advierte que la referencia constante a los modelos inspiradores del derecho latinoamericano no debe llevar a engaño, ya que el análisis de la recepción y del desarrollo de cada modelo jurídico por parte de los intelectuales latinoamericanos del Ochocientos muestra que “los juristas de la Sudamérica independiente operaban en contacto estrecho con la doctrina jurídica y con el derecho positivo de Europa” y que, junto a una circulación transoceánica de los modelos jurídicos, existía también una vivaz circulación interna sudamericana” de los juristas y de sus productos, “facilitada por la identidad o semejanza de las lenguas cultas” y por el “común sustrato cultural que unía a las élites intelectuales de aquel continente”⁶⁸.

Como para reavivar el debate sobre la existencia o no de un sistema jurídico iberoamericano, recientemente en Argentina se ha publicado un volumen titulado *Sistemas jurídicos contemporáneos*, cuyos autores son Castán Tobeñas, Castán Vázquez y López Cabana y que reúne tres ensayos, dos de los cuales en realidad son reediciones muy oportunas. El volumen se abre con la reedición del citado trabajo de Castán Tobeñas del año 1956, que representó un momento muy importante en el análisis europeo de los sistemas jurídicos con la propuesta de superar la perspectiva eurocéntrica. De Castán Vázquez, el volumen vuelve a publicar el ensayo *El sistema de derecho privado iberoamericano* de 1969, en el que son retomados y mejor desarrollados los temas del escrito de 1968 analizado anteriormente, con el añadido de una parte titulada *Perspectivas para el futuro*, que muestra hoy la esperanza de entonces del autor acerca de la posibilidad de una integración de los países latinoamericanos producida por el hecho de que exista un fondo común jurídico y cultural, herencia de la época colonial y de los años de la independencia. Finalmente, la contribución del inspirador del volumen –López Cabana⁶⁹– dirigida a ilustrar el derecho del consumidor en el sistema de derecho iberoamericano, con particular referencia a Argentina, verificando en cierto sentido sobre el campo, las implicaciones de los análisis sistemológicos de Castán Tobeñas y de Castán Vázquez.

⁶⁸ LOSANO, M. G., *I grandi sistemi giuridici*, cit., p. 239.

⁶⁹ LÓPEZ CABANA, R.M. “Derecho Iberoamericano del Consumidor”, en CASTÁN TOBEÑAS, J.; CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.; LÓPEZ CABANA, R. M., *Sistemas jurídicos contemporáneos*, cit., pp. 179-300.



Recientemente, en esta perspectiva también los italianos Sacco y Gambaro explican cómo los sistemas jurídicos latinoamericanos han sido modelados “naturalmente” a partir de modelos de España y Portugal y cómo existe una “tradicción jurídica latinoamericana”, rastreable en la comunidad de las fuentes de inspiración, que “sobre la base del tronco romanístico se presentan como los modelos europeos del *civil law*”⁷⁰.

6. UNA INTERESANTE TESIS DOCTORAL Y UNA PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN PARA EL FUTURO

¿*Sistema Jurídico latinoamericano? Una prima verifica* es el título de una interesante tesis doctoral en Derecho comparado privado discutida en 1999, en la Universidad de Trento⁷¹, y que atrajo mi atención no tanto por la reconstrucción del debate sobre la existencia del sistema jurídico latinoamericano, sino más bien porque ilustra un interesante y poco conocido fenómeno producido en algunos Estados de América latina, al cual Losano ha prestado atención en los últimos años centrándose en el caso específico de Brasil.

El estudio ilustra como, en algunas sentencias emitidas tanto en años recientes cuanto hace cincuenta años en Brasil, Uruguay y Argentina, el juez había dejado de aplicar las leyes vigentes apoyándose en costumbres –no sólo *praeter* sino también *contra legem*– o incluso había aplicado el derecho romano al caso específico. En particular, en Brasil, en 1993 el Tribunal de Justicia del Estado de Sao Paulo resolvió un caso pronunciando una sentencia “en contradicción con las normas del código civil brasileño”, en cuanto aplicó “una norma establecida en el Digesto”. En 1994, la Cámara de Apelaciones de Concepción del Uruguay decidía un caso aplicando una ley que no obstante era interpretada “a la medida de principios jurídicos elaborados por la doctrina argentina” y, finalmente, en Argentina en 1947, el Tribunal Superior de Jujuy “concedía un medida cautelar no prevista en su código de procedimiento civil”, sino fundada “en la doctrina concordante de procesalistas italianos, alemanes y argentinos, y remontándose a los orígenes, en un precepto del Digesto de

⁷⁰ GAMBARO, A; SACCO, R., (a cura di). *Sistemi giuridici comparati*, cit., pp. 406-408.

⁷¹ CASTELLUCCI, I. *¿Sistema Jurídico latinoamericano? Una prima verifica*, Tesis Doctoral, presentada en la Universidad de Trento, 1999, Relator prof. R. PARDO-LESI.

Justiniano”⁷². Y es precisamente en la jurisprudencia argentina y en el papel de los jueces en los lejanos años Treinta y Cuarenta del siglo pasado donde la tesis se confirma, ilustrando como los jueces en ausencia de una legislación nacional para la solución de algunas controversias recurrieron a la costumbre, a la doctrina y a la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera, en calidad de fuentes no sólo *praeter legem*, sino también *contra legem*, desatendiendo así el elenco de fuentes establecido en el artículo 17 del Código civil de la época, que reconocía sólo “los usos conforme a la ley” (*secundum legem*).

La búsqueda de una norma para resolver el caso concreto fuera del ordenamiento jurídico –en otras palabras la creación extra legislativa del derecho por parte de los jueces– llevó al legislador argentino en 1968 a reformar el artículo 17 del Código civil relativo a las fuentes del derecho, introduciendo precisamente las “costumbres *praeter legem*”, pero excluyendo las *contra legem*. A estas últimas –pone de manifiesto sin embargo el estudio– algunos jueces argentinos reconocieron validez en determinados casos, indicados por los estudiosos como “clásicos” ejemplos de vigencia de costumbres contrarias a leyes imperativas. Se decidió que fuera “válida la práctica de hacer ofertas con signos o gestos durante las subastas” a pesar de que el Código de comercio prohibiese “al subastero aceptar ofertas no expresadas con voz clara e inteligible”, y al mismo tiempo, algunas decisiones judiciales decidieron “la caducidad de reglamentos de tráfico que imponían –en los años Treinta– que la velocidad máxima de los vehículos en los centros urbanos, en las proximidades de los cruces no debía superar los 45 km/h, y que los jueces han dejado de aplicar considerándolas derogadas por desuetud(i)”⁷³.

El estudio concluye proponiendo la existencia de un sistema jurídico latinoamericano caracterizado por la revaloración de la costumbre como fuente del derecho *praeter legem*, que ha vuelto a acercar el Código civil argentino al derecho romano, retomando la “transfusión” del sistema romano al argentino, interrumpida con la entrada en vigor del Código mismo en 1871. Pero más que estas conclusiones, que alinean la tesis a las corrientes de los romanistas ya re-

⁷² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, del 14 de septiembre de 1993, en *Index*, 25, 201; CÁMARA DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN DEL URUGUAY, 21 de abril de 1994, en *La Ley*, 1995-B, y; SUPERIOR TRIBUNAL DE JUJUY, 23 de julio de 1947, en *La Ley*, T. 48.

⁷³ Los casos son expuestos en la tesis doctoral CASTELLUCCI, I. *¿Sistema Jurídico latinoamericano? Una prima verifica*, cit., p. 163.

cordadas, la lectura de la investigación me ha inducido a traer algunas consideraciones, que podrían abrir perspectivas de futuras investigaciones.

Ante todo sería interesante investigar si el fenómeno registrado en Argentina en los años Treinta y Cuarenta se ha repetido recientemente o en cambio, no se ha interrumpido nunca y está presente también en nuestros días. En caso afirmativo, sería interesante identificar el fenómeno y valorar, si reconducir o no a Argentina al movimiento del “derecho alternativo”, así llamado en Brasil y objeto de recientes estudios de Losano⁷⁴. Con otros nombres, el movimiento ha estado presente en toda Sudamérica y es “animado por el mismo espíritu generoso y conflictivo” de querer “superar la norma jurídica inadecuada que se interpone entre la realidad social y el valor de la justicia”, entendida esta última como “justicia social de raigambre socialista” que determina el lado conflictivo del movimiento.

Piénsese, por ejemplo, en el marco de las nuevas relaciones entre Estado argentino y comunidades originarias y en nombre del multiculturalismo, en las consecuencias jurídicas y sociales derivadas del reconocimiento de algunos derechos de las comunidades indígenas, introducido en la Constitución argentina con la reforma de 1994⁷⁵ y que sitúa hoy a este Ordenamiento jurídico frente a la necesidad de garantizar el derecho de propiedad de algunas tierras, que fueron expropiadas a las comunidades indígenas. Situaciones en todo caso comunes a la mayor parte de los Estados latinoamericanos y que sería interesante estudiar, saliendo así de los confines argentinos.

Se trata sin duda de [un] análisis socio-jurídico, que alejarían la investigación de un sistema latinoamericano de las vías seguidas hasta ahora por los romanistas, por los historiadores del Derecho y por los mismos comparatistas, aunque con estos últimos podría compartir algunas cosas, a la luz del ensayo de Mattei y del papel del Derecho, visto como instrumento de organización social.

⁷⁴ LOSANO, M. G., “La legge e la zappa. Origini e sviluppo del diritto alternativo in Europa e in Sudamerica”, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXX, 1, 2000, p. 109, y en español “La ley y la azada: orígenes y desarrollo del derecho alternativo en Europa y en Sudamerica”, en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, V, 8, 2000, pp. 275-324. Además, el libro reciente LOSANO, M. G., (a cura di), *Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sudamerica*, Milano, Giuffrè, 2004, pp.XIX-271.

⁷⁵ ROSTI, M., “Gli indios e la terra nell’attuale Costituzione argentina”, en *Un giudice e due leggi*, cit., pp. 75-121



7. CONCLUSIONES

Los ordenamientos jurídicos de América Latina tienen hoy sin duda un lugar propio en el interior de las divisiones de los sistemas jurídicos en familias. Con una referencia a las fuentes, ha sido evidenciado, por un lado, como el sustrato cultural y jurídico ya sea colonial o de la independencia los diferenciaba de los otros grupos de ordenamientos jurídicos, mientras, por otro lado, ha sido subrayado como el vínculo con el Derecho español y el Derecho romano los mantenía unidos a Europa, en el interior del sistema romanista y en el grupo latino.

En una perspectiva socio-jurídica, pues, en el ámbito de los estudios de Derecho comparado, la semejanza de problemas y de estrategias adoptadas para resolverlos ha llevado a distinguir y a reagrupar los ordenamientos jurídicos de América Latina en una “familia”, en el interior del modelo de “Derecho del desarrollo y de la transición”. A esto se añaden las notables transformaciones que se están produciendo en los Ordenamientos jurídicos latinoamericanos, consecuencia del reciente reconocimiento de una serie de derechos (los indígenas arriba aludidos constituyen sólo un ejemplo) que acercan los ordenamientos, hasta delinear un grupo en sí mismo o una “familia” con una cierta originalidad, permaneciendo no obstante los vínculos con Europa. En este marco, por tanto, se insertan los proyectos de integración regional latinoamericanos, destinados a hacer emerger de nuevo aquel “fondo común” –en palabras de Castán Vázquez– que les debieron facilitar en su propio trayecto, si bien lento y lleno de dificultades, y que le llevan a adoptar soluciones comunes, en cuanto partes del sistema jurídico latinoamericano o iberoamericano que se está delineando.

Como observaba el historiador del Derecho argentino Levaggi realmente, “desde el punto de vista de la historia del Derecho, entre las naciones del Mercosur, es mucho más lo que nos une que lo que nos separa”⁷⁶: especificidad o “fondo común” de los ordenamientos jurídicos iberoamericanos que los comparatistas –y más en general los juristas– no pueden ya ignorar.

⁷⁶ LEVAGGI, A., “El Mercosur desde la perspectiva de la historia del derecho”, en AA. VV., *La filosofía del derecho en el Mercosur*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 251.

