

EL ESPACIO JURÍDICO - POLÍTICO IBEROAMERICANO Y SU POSIBLE CONCRECCIÓN SISTEMÁTICA

JUAN CARLOS GONZÁLEZ HERNÁNDEZ

**Profesor Titular de Ciencia Política y de la
Administración**

Departamento de Derecho Público

Facultad de Derecho

Universidad de Alcalá de Henares.

Contenido

- I. A.- Conceptos generales sobre la idea de Sistema Jurídico.**
- I. B.- Apreciación esencial de los sistemas jurídicos contemporáneos: referencia especial al romano germánico, o de derecho codificado.**
- I. C.- El espacio jurídico-político Iberoamericano: importancia teórica de la discusión. Problemas de encuadramiento, clasificación y localización doctrinal.**
- I. D.- Sobre la originalidad, los caracteres y el problema de la uniformidad material del Sistema Jurídico Iberoamericano.**

CAPÍTULO I.- EL ÁMBITO JURÍDICO-POLÍTICO IBEROAMERICANO.

I.- Conceptos generales sobre la idea de sistema jurídico.

La noción misma de sistema, sin una especificación semántica estricta, puede inducir a cierta confusión o, en el peor de los casos, a un molesto bloqueo teórico. Por ello resulta imprescindible, para mayor comodidad y rigor intelectual, establecer algunas precisiones introductorias sobre la concepción de sistema jurídico que adopto.

El sistema jurídico puede entenderse bien como una categoría ontológica o bien como categoría metodológica. En el primer caso se centra la atención en las características objetivas del ordenamiento, de forma tal que pueda precisarse, como totalidad singular, su propia filogénesis. En el segundo, la idea de sistema jurídico solo se usa como un esquema conceptual de referencias teorico-instrumentales; aquí el sistema operaría como un método de clasificación capaz, en todo caso, de definir diferencialmente la pluralidad de las construcciones posibles de un ordenamiento positivo determinado.

Sin despreciar la capacidad didáctica de la segunda concepción del sistema jurídico, ampliamente utilizada por los comparatistas, me interesa que nos centremos en la primera, cuyo nivel de abstracción nos permitirá una mayor libertad teórica para los fines que se propone esta introducción.

En este sentido, para ir precisando mi concepción del sistema jurídico, conviene recordar que el positivismo alemán de finales del XIX -Kierkegaard, 1878- ya afirmaba la imposibilidad de comprender el derecho sin conocer su conexión sistemática. En efecto, el sistema no debe ser un orden aplicado artificialmente a su objeto, sino un orden abstraído de su misma esencia. Al hablar de sistema jurídico me estoy refiriendo al ordenamiento interno de la cosa en sí,

de tal forma que cada sistema está perfectamente individualizado y cada derecho encuentra su propio sistema, que no convendrá a otro.

Precisando estas cuestiones, Baumgarten, por un lado y Brugi, por otro, establecen sendos sistemas de doble diferenciación. Para el primero, hay que distinguir entre organización del sistema, donde opera la dogmática y cabe al jurista la función expositiva, clarificadora y en su caso creadora e integradora del derecho, y sistema constituido, donde se integra el conjunto de reglas de origen predominantemente legislativo. Brugi, por su parte, diferencia entre sistema formal, o puro conjunto de técnicas expositivas, de carácter no dogmático, y sistema sustancial, que vendría a ser lo esencial inmanente de un organismo jurídico. Naturalmente, estas divisiones no se presentan como proposiciones antagónicas, sino más bien como desviaciones complementarias que pueden dar mayor agilidad al proceso cognitivo cuando se usan con rigor y sin fáciles eclecticismos.

Se puede afirmar entonces que tras el conjunto de las disposiciones de un determinado ordenamiento se va perfilando la noción de sistema jurídico como coherencia inmanente. Es decir, el sistema jurídico no se constituye mediante el aglomeramiento de las reglas jurídicas -normas- sino en el conjunto ordenado del *corpus iuris et institutionis*, que trasciende el agregado amorfo de las disposiciones y, mediante su transformación cualitativa, permite la construcción jurídico-material de un ordenamiento concreto.

Pero también hay que tener en cuenta que, si por una parte las relaciones jurídicas en la realidad -Savigny, 1886- funcionan como un todo orgánico, que tratamos de descomponer en sus partes integrantes para comprenderlas de forma sucesiva y comunicarlo a los demás, por otra, las conexiones intrínsecas de los elementos jurídicos de un sistema no son siempre y simplemente lógicos, sino temporalmente orgánicos (1).

El positivismo de Jhering y el organicismo historicista de Savigny permiten ir desvelando la naturaleza del concepto de sistema jurídico en el sentido que deseo precisar. Ahora bien, para lograr que tal sentido sea lo más completo posible, no podemos olvidar los conceptos de relatividad y temporalidad. "No existe un sistema absoluto en punto a las particularidades de un derecho histórico -afirma Stammier. Un esquema modelo en que se condense detalladamente el contenido de un sistema, sólo podrá tener un valor relativo. Ningún orden jurídico concreto puede tener pretensiones de ser la suma absoluta, ni es tampoco posible que contenga una absoluta articulación, todo orden jurídico es necesariamente transitorio" (2).

Si bien el sistema jurídico es por naturaleza relativo, no por ello hay que entenderlo como una conjunción de elementos disjuntos a los que la doctrina presta una cierta coherencia. Por el contrario, como afirma Engisch, la unidad intrínseca de un ordenamiento jurídico positivo no es solo el resultado de la capacidad sistematizadora de la ciencia del derecho, sino que -fundamentalmente- se encuentra predeterminada "en las relaciones normativas y teleológicas que ya existían en el seno mismo del ordenamiento jurídico, lo que, como producto del espíritu humano, no se manifiesta como un caos amorfo". Abundando en esta idea, Coing reconoce en el ordenamiento jurídico una unidad intrínseca que la ciencia del derecho debe investigar y explicar por medio del concepto de sistema.

Esta unidad intrínseca, según Coing, se basa en primer lugar sobre la idea de que cada derecho positivo se fundamenta sobre ciertas representaciones de valores que, actuando como nexos históricos, llegan a constituir una totalidad histórica individualizada, propia del espíritu de determinado pueblo en una época determinada, que se manifiesta como concepción singular de una idea del derecho. En segundo lugar, al actuar el derecho en el interior de un sistema de relaciones vitales, se manifiesta con una

cierta autonomía, estructurándose de manera natural en sectores y fenómenos (3).

Todos estos conceptos permiten precisar la idea de sistema jurídico. Así, Castán Tobeñas afirma que "el conjunto de normas e instituciones que integran un derecho positivo constituye lo que se llama un sistema jurídico. Un sistema jurídico es así el conjunto de reglas e instituciones de derecho positivo por las que se rige una determinada colectividad" (4). Naturalmente, es condición inexcusable que dichas reglas e instituciones tengan la suficiente importancia y extensión como para producir una auténtica comunidad de derecho que ligue e integre a los hombres a los cuales se aplica. En este sentido, puede decirse que hay dos elementos esenciales en el sistema jurídico:

- una legislación que sirve de vínculo a la colectividad que rige, y

- una cierta autonomía institucional, al menos legislativa.

Desde una óptica más amplia, la de la sociología jurídica, el sistema jurídico sería el ámbito espacio-temporal en el que se producen los fenómenos de derecho. Esta reflexión me parece bastante adecuada, ya que "si la expresión sistema jurídico tuviera que ser un simple sinónimo de derecho objetivo o de derecho positivo, su interés sería muy mediano. Es preciso tomar en consideración la idea subyacente, que es una idea importante. A saber: que un derecho es un conjunto y que sus elementos componentes (con frecuencia se piensa únicamente en las reglas y en las instituciones más que en los fenómenos jurídicos en general) lejos de estar fortuitamente reunidos, se encuentran ligados entre sí por relaciones de carácter necesario" (5).

Así llegamos al problema de la necesaria caracterización del concepto mismo de sistema jurídico, que se ha ido desarrollando en las anteriores definiciones, y que nos lleva a enfocarlo desde una triple perspectiva: como

sistema normativo, como sistema coactivo y como sistema institucional.

El sistema jurídico puede considerarse como un sistema normativo en el sentido de que se instituye como un sistema deductivo de enunciados que integra todas sus consecuencias lógicas; de esta manera cuando se decide formar un conjunto de dos o más enunciados cualesquiera, deben integrarse en él todos los enunciados que se infieren lógicamente de aquellos. Con más precisión, puede caracterizarse a los sistemas normativos como aquellos sistemas deductivos de enunciados entre cuyas consecuencias lógicas existe, por lo menos, una norma positiva que expresa la obligación, prohibición o permisión de un acto concreto (6).

Por lo que se refiere a su carácter como sistema coactivo, resulta razonable "distinguir el derecho de otros sistemas normativos (...) por el hecho de que algunas de sus reglas están dirigidas a regular el monopolio de la fuerza estatal. Mientras el sistema jurídico incluye normas que prohíben en general el uso de la coacción, hay una serie de reglas que establecen excepciones a esta prohibición general, autorizando el empleo de la fuerza en ciertas condiciones y por ciertos individuos" (7). Es, pues, evidente que una de las características del concepto mismo de derecho radica en la circunstancia de que sus normas regulan, directa o indirectamente, el ejercicio de actos coactivos destinados a asegurar conductas, atribuir competencias u otorgar derechos, en orden a mantener la eficacia del propio sistema.

Por último, en lo que se refiere a esta caracterización, hemos de considerar que al hablar antes del sistema jurídico como regulador del ejercicio de la fuerza estatal, se aludía directamente a su carácter coactivo, pero dando por supuesto otro concepto fundamental: la institucionalización del sistema. Como es lógico pensar, éste sólo puede realizar el monopolio de la fuerza estatal por medio del establecimiento de órganos e instituciones específicas, dotadas de

competencia suficiente para aplicar medidas coactivas; y por este hecho, por la posibilidad de regular el empleo del poder mediante el monopolio de ciertos órganos, el sistema jurídico se distingue de otros sistemas normativos.

Aquí conviene precisar cuales son los tipos de órganos que operan en el sistema jurídico en cuanto que conjunto de instituciones orientadas a conservar y aplicar, eventualmente, la fuerza estatal; así tendremos:

- Órganos encargados de dictar y derogar las normas esenciales del sistema (esencialmente legislativos, pero sin olvidar la creciente influencia de los ejecutivos, por mor de la interacción parlamento-gobierno, ni la presión de los organismos administrativos en uso de sus competencias reglamentarias).
- Órganos encargados de aplicar normas concretas a situaciones singulares y de disponer, en su caso, la ejecución de medidas coactivas para su cumplimiento (instituciones público-administrativas, donde el papel de la administración de justicia resulta clave, tanto en el sentido distributivo cuanto en el de amparo jurisdiccional frente a potenciales abusos del poder).
- Órganos encargados de la ejecución material de las medidas coactivas (en general, las instituciones públicas de seguridad del estado).

La concepción que me propongo utilizar para el tratamiento de la idea de sistema jurídico, como entidad general en primer lugar y en segundo lugar, como entidad aplicable al conocimiento del ámbito jurídico Iberoamericano, en cuanto que concreción especial, se deriva, lógicamente de las exposiciones anteriores.

Así, entenderé por sistema jurídico aquel conjunto de instituciones, normas y experiencias que poseen

características esenciales sustancialmente diferenciadas. El sistema constituye de esta manera, y se expresa como, una unidad intrínseca de carácter dogmático-existencial, y no simplemente lógico-formal. Unidad, no totalidad, que se gesta mediante un proceso filogenético y se manifiesta continuamente como entidad esencial, sigularizada, incluso cuando se alteran sus expresiones formales.

Antes de comentar someramente las principales clasificaciones, debo precisar que si bien los sistemas son relativos y temporales, los ordenamientos propios de cada sistema concreto, en cada momento histórico -en cada fracción espacio-temporal determinada-, son totales y completos.

II.- Apreciación esencial de los sistemas jurídicos contemporáneos: referencia específica al romano-germánico, o de derecho codificado.

Como afirma Castán Tobeñas (8), la gran cantidad de sistemas que han existido y los que aun poseen vigencia, hace prácticamente imposible su estudio pormenorizado, por lo que interesa al derecho comparado reducirlos a grupos en función de sus elementos comunes. Así, la clasificación de los sistemas jurídicos, dejando a un lado particularidades insignificantes y resaltando las coincidencias y analogías, puede resumir la gran cantidad de sistemas a un número relativamente limitado. No obstante, como algunos sistemas poseen elementos enormemente heterogéneos, que dificultan toda clasificación y, como, por otro lado, se han utilizado multitud de criterios de índole diversa, las agrupaciones propuestas por los diferentes autores resultan tan variopintas como, a veces, arbitrarias. Sintetizando, a partir del utilísimo trabajo de Castán Tobeñas, me ha parecido conveniente resumir las clasificaciones más significativas -y recientes en cierto modo- según cinco criterios, tales que:

- a) en función del carácter de sus fuentes: M. Sarfatti ("Introduzione allo studio dell Diritto Comparato", Turín, 1913), divide los sistemas en dos grandes grupos, refiriéndose, por una parte a las codificaciones de tipo romano y, por otra al derecho común inglés. En las primeras, distingue entre los códigos latinos (Francia, Bélgica, Italia, Portugal, España, Holanda), códigos germánicos, (Austria, Alemania, Suiza), códigos mixtos latino-germanos (Brasil) y códigos orientales modernos (China, Japón). En cuanto a los segundos, sólo establece una distinción lineal entre los modelos británico, norteamericano y el propio de colonias y dominios.
- b) en función de sus orígenes ideológicos: René David ("Traité de Droit Civil Comparé", París, 1950; así como "Les grands systèmes de droit contemporains", París 1964), diferencia los sistemas jurídicos según sean de derecho occidental, soviético, musulmán, hindú o chino, dividiendo el primero de ellos en grupo francés y grupo angloamericano. Esta clasificación, extremadamente chauvinista, que otorga una influencia desmesurada a la codificación clásica francesa, fue corregida en parte por el propio David al reconocer la existencia de una familia romano-germánica -familia, no sistema- opuesta a otra familia de derechos derivados del Common Law. En este sentido se manifiesta entre nosotros Solá Cañizares ("Iniciación al Derecho Comparado", Barcelona, 1954), quien estima la existencia de cuatro grandes sistemas: occidentales, soviéticos, religiosos y chino. Este autor tiene el mérito de distinguir con toda claridad y por primera vez a los derechos

iberoamericanos como un grupo específico dentro del sistema occidental.

- c) en función de sus características ideológicas y morfológicas: Silva Pereira ("Unidade da cultura jurídica occidental", Revista da Faculdade de Direito, Minas Gerais, 1954), identifica cuatro grupos o sistemas jurídicos, los romano cristianos, Common Law, los soviéticos y los filosófico religiosos.
- d) en función de sus características ideológico-culturales, en primer lugar y genético-morfológicas, secundariamente: Castán Tobeñas, ("Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental", Madrid, 1957), realiza una muy compleja clasificación, de carácter ecléctico, oponiendo los sistemas de cultura occidental a los que se han desarrollado fundamentalmente al margen de ésta. De los primeros, la diferencia básica entre subsistemas la establece en función del grado de influencia y permanencia del derecho romano, creando así uno de filiación románico-cristiana que englobaría por una parte los derecho de tipo latino y por otra los de tipo germánico. Aquellos, a su vez, determinarían la existencia de tres grupos de derechos, los de tipo italiano, los de tipo francés y afines y los de filiación ibérica, entre los cuales se hallarían, diferenciados, el derecho español y el derecho iberoamericano, junto con el portugués y aquellos de raíz ibérica pero influidos por el Common Law.
- e) en función de la concepción del mundo que expresan y del tipo de relaciones sociales que establecen: Frente a las anteriores clasificaciones, incluida la más compleja del profesor Castán Tobeñas, que expongo como una

secuencia orientadora de los principales criterios y caracterizaciones que ha utilizado el Derecho Comparado para el análisis de los sistemas jurídicos, conviene precisar que, actualmente y con ciertas matizaciones que haremos inmediatamente, se tiende a la aplicación de un esquema más simple y útil a la vez que describe, en el sentido de los tipos ideales de Max Weber, cuatro grandes sistemas o sistemas globales, susceptibles de circunscribir sistemas jurídicos específicos.

Así, de acuerdo con las categorías iniciales, tendríamos:

- sistema romano-germánico, de derecho codificado.
- sistema anglo-sajón, de predominio del Common Law.
- sistema socialista
- sistema teológico-tradicional (mixtos y marginales).

Ahora bien, esta tipología general precisa ciertas matizaciones para resultar minimamente operativa y no una simple descripción inespecífica. En este sentido, deberíamos considerar: la convergencia de los sistemas generales de organización política y, por lógica, de sus respectivos sistemas jurídicos; la crisis global de carácter existencial que afecta al sistema socialista, tanto como forma de organización política, como proyecto social y forma de vida, lo que implicará indudablemente alteraciones sustanciales en el concepto, las fuentes, los procedimientos y las instituciones jurídico-políticas consideradas hasta ahora legítimas y eficientes; y, por último, el incremento de la complejidad e importancia de las relaciones jurídicas internacionales, lo que supone tanto una necesaria convergencia de procedimientos como una determinación plural, cada vez mayor, del sector estrictamente privado (9).

Sin tratar de argumentar con más profundidad los puntos anteriores, que solo resalto para estimular la reflexión, cabe pensar en la necesidad de una revisión de los criterios empleados en la clasificación de los sistemas jurídicos, para tratar de verificar la funcionalidad de otros nuevos a la luz de parámetros distintos. Por ello, aunque no sea éste el lugar más apropiado y sólo piense en establecer una hipótesis preliminar, creo que debe tratarse la posible reclasificación de los sistemas atendiendo a los siguientes criterios:

- a- según cuales sean sus fuentes de derecho, tanto materiales (conjunto de actos de creación/interpretación generales), como formales, (conjunto de actos de aplicación singular) (10).
- b- según se produzcan las expresiones de su dogmática jurídica, entendida como abstracción determinante de las condiciones de posibilidad, en lo que se refiere a la delimitación conceptual del proceso de formación del derecho (11).

No voy a tratar de probar aquí la eficiencia de esta metodología estableciendo una clasificación general más de los sistemas jurídicos en general. En principio me limitaré a usarla como criterio de diferenciación interna del macrosistema o sistema global denominado romano-germánico (de derecho codificado), para tratar de verificar en el espacio jurídico-político iberoamericano la existencia de estructuras institucionales, conjuntos normativos y formulaciones dogmáticas capaces de justificar con verosimilitud la concreción de un sistema jurídico singular.

Todo ello obliga, con brevedad y concisión, a referirnos al ambiente jurídico-político general a partir del cual se irá decantando el sistema iberoamericano, entendido éste como hipótesis de trabajo.

Es cierto y de general conocimiento, que la sistema romano-germánico, o de derecho codificado, pertenecen aquellos países cuya ciencia jurídica se ha construido sobre la base del Derecho Romano y en los cuales las normas jurídicas se conciben como normas de conducta vinculadas directamente a la idea de justicia y de moral. En ellos, la tarea fundamental de la ciencia jurídica radica en determinar cuales son estas normas y cual su campo de aplicación genérico, preocupándose muy poco por los problemas derivados de la administración y de la aplicación concreta del derecho, tareas que se encomiendan a los Tribunales y a la Administración Pública. Por ello, debido a razones históricas, el Derecho se elabora básicamente con el fin de armonizar las relaciones entre los ciudadanos: de ahí la primacía del Derecho Civil como núcleo de este sistema jurídico y el escaso -comparativamente hablando- y tardío desarrollo de otras ramas del Derecho, especialmente las relativas al Derecho Público.

En sentido estricto, la génesis del sistema romano-germánico está unida al desarrollo cultural experimentado por el occidente europeo en los siglos XII y XIII. Las estructuras sociopolíticas del bajo medioevo, caracterizadas por la descentralización del poder y la dispersión jurisdiccional, resultaban inadecuadas para satisfacer las nuevas demandas y atender las pretensiones que exigían las nuevas sociedades europeas. Estas, cobran paulatinamente conciencia de la necesidad del Derecho, ya que sólo un ordenamiento congruente y racionalizado de las relaciones sociales y políticas podía garantizar el orden y la seguridad generales que precisaban tanto los proyectos divinos como los humanos (12).

Que la sociedad debe regirse por derecho y someterse a normas generales no es una invención de la época. Pero estos principios, elaborados con precisión por el Derecho Romano, especialmente en lo que al ámbito privado se refiere, implicaron entonces innovaciones revolucionarias que

fueron destruyendo con cierta rapidez el sistema prerrogativo feudal. Frente a él, los nuevos filósofos y juristas propugnan un orden basado en la idea de justicia, cuyo conocimiento sea accesible mediante a la razón y condenando tanto la arbitrariedad como toda invocación a lo sobrenatural en el ámbito de las relaciones civiles.

"La eclosión del sistema romano-germánico, -dice R. David-, no se debe en modo alguno a su afirmación por el poder político ni a la centralización llevada a cabo por una autoridad soberana. En esto se diferencia el sistema romano-germánico del inglés, en el cual el desarrollo del Common Law va ligado al programa del poder real y a la existencia de tribunales reales altamente centralizados. Por el contrario, el sistema romano-germánico se afirma en una época, siglos XII y XIII, en la que Europa no sólo no constituye una unidad política, sino en la que se considera quimérica la idea de que las cosas podrían ser de otra forma; en una época en la que es evidente que los esfuerzos realizados por el Papado y por el Imperio no logran reconstruir, en el plano político, la unidad del imperio romano. El sistema jurídico romano-germánico siempre se ha fundado exclusivamente sobre la comunidad de cultura. Nación y sigue existiendo con independencia de todo significado político" (13)

Ahora bien, en la situación social y política en la que se encontraba Europa, la construcción de un nuevo derecho y el diseño de las estructuras jurídicas e instituciones apropiadas para contenerlo y hacerlo efectivo sólo podría llevarse a cabo en las Universidades. Y es en estos focos culturales donde comienza a desarrollarse la idea de revisar y adaptar las formulaciones clásicas del derecho romano a las necesidades del nuevo orden social y económico. Las razones que justifican este fenómeno pueden deducirse de la ausencia de derechos nacionales consolidados, por una parte y, por otra, de la objetividad estructural y claridad de conceptos del derecho romano. Si a ello unimos lo accesible que resulta, pues el latín era la lengua erudita común europea, y su

aceptación por la Iglesia, tras las formulaciones de Tomás de Aquino sobre la validez de las normas clásicas como fuente de conocimiento racional del sistema de relaciones jurídicas, resulta bastante lógico que estas doctrinas se extendieran con rapidez por todos los centros universitarios del Continente.

Partiendo de los glosadores boloñeses y durante casi dos siglos, se enseñó e investigó, con diversos resultados y rigor, el sentido de las leyes romanas tal y como aparecían en las compilaciones de Justiniano, pero sin tratar de aplicar los significados de su estructura normativa a las necesidades sociales de la Baja Edad Media. Las glosas significaban un intento erudito de explicar, aclarar o interpretar el contenido de las leyes romanas, pero no de crear nuevas doctrinas. Habrá que esperar hasta finales del Siglo XIII para que la escuela de los posglosadores dé una nueva orientación a estos trabajos académicos y comience a adaptar el derecho romano a la regularización de nuevas relaciones, como pueden ser las derivadas de las comerciales o de las internacionales privadas. De forma simultánea, se tiende a sistematizar la exposición del derecho romano, abandonando los métodos de la jurisprudencia clásica y esforzándose por completar y perfeccionar la ciencia jurídica romana. De esta forma, el derecho romano enseñado en las universidades se aleja cada vez más de las formulaciones originarias, traducándose en un nuevo derecho, modernizado, que era aplicable a las nuevas condiciones sociales, el *usus modernus pandectarum*. Esta sustitución de la idea clásica de los derecho subjetivos, derivados de la voluntad -afirma David citando a Villey- renueva totalmente la concepción jurídica de Roma (14).

Sistematizado de esta manera por los juristas, el derecho enseñado en las universidades, desde la glosa a los posglosadores y pandectistas, se aparta cada vez más del derecho justiniano para convertirse en un derecho inmanente, fundado en la razón y con vocación de

universalidad. La preocupación por descubrir y manifestar los principios de un derecho puramente racional, dará origen a una nueva escuela, la del **Derecho Natural**, que se impondrá hasta bien entrado el siglo XVIII.

La corriente iusnaturalista implica una renovación sustancial de las concepciones jurídicas de la época al introducir la idea de derecho subjetivos, inexistente en la tradición romana. Pero no quiebra con ello la unidad del sistema; por el contrario, defendiendo la concepción de un derecho natural y común a todas las épocas y países, fortalecerá la comunidad jurídica europea al generalizar la adhesión a unos principios filosóficos y morales comunes. Así, la escuela del **Derecho Natural** creó las bases para que, junto al **Derecho Privado**, fundamentado en el **Derecho Romano**, se elaborara un **Derecho Público**, del que carecía Europa, que diera realidad a los derechos naturales del hombre y garantizase las libertades de la persona humana.

Como consecuencia general, en un lento proceso de elaboración que abarca los siglos XVI al XVIII, el iusnaturalismo va decantando corrientes de pensamiento jurídico que rompen con las concepciones tradicionales-auctoritarias sobre los poderes y funciones de la Corona en el ámbito del Estado. A partir de esa época, la voluntad del Soberano se entiende sometida a la razón, limitada por el Derecho y manifestada mediante leyes, y no como la prerrogativa de emitir mandatos arbitrarios. En el Soberano se ve al legislador, atribuyéndosele la función de reformar y completar el Derecho, eliminando los errores anteriores y desarrollando normas que se ajusten al derecho natural y de gentes (15). La expansión de estas ideas en los estados europeos va sugiriendo los proyectos de codificación, sustancialmente distintos de las compilaciones bajomedievales. Mediante tales fórmulas se inicia la etapa moderna del sistema romano-germánico, en la que el desarrollo del derecho se hará depender básicamente de la voluntad del **Legislador**.

Esta evolución intelectual -a la par que social, política y, sobre todo, económica- permitió la distinción material entre las áreas específicas del Derecho partiendo, como hemos dicho, de la concepción diferenciada del espacio público -que permitirá la creación de su correspondiente Derecho Público- y de la positivación racionalizada de las normas y principios consuetudinarios en leyes generales y sistemáticas, mediante los procesos de codificación.

III. El espacio jurídico-político iberoamericano: importancia teórica de la discusión. Problemas de encuadramiento, clasificación y localización doctrinal.

La discusión teórica sobre la existencia -la realidad, más bien- de un sistema jurídico iberoamericano pasa, a mi juicio sobre el análisis del espacio jurídico-político en el que se ha gestado, se desarrolla y pervive, entendido como ámbito físico-territorial e histórico-temporal.

No pienso que sea imprescindible agotar la polémica doctrinal sobre el tema para fijar una teoría clara y eficaz que permita sostener la hipótesis de la realidad del sistema en cuestión (16). La duda puede sostenerse ad infinitum en tanto se mantengan los criterios de clasificación tradicionales y no se trabaje en el sentido del análisis dogmático, lo que es, de momento, tarea por hacer.

Castán Vázquez -en los trabajos citados-, apunta insistentemente, aunque sin decidirse a una clara afirmación, hacia la posible existencia y entidad de un sistema jurídico propio iberoamericano. Y ello porque, ampliando la consabida clasificación como derechos pertenecientes al sistema occidental, romanista y del grupo latino, "si son latino -dice- son también americanos, lo que no puede decirse del derecho francés ni de los demás del grupo latino de Europa". Es decir, poseen en su origen una singularidad específica y se decantan mediante fórmulas de

positivación que contienen soluciones originales y de carácter uniforme para la totalidad del sistema. Me refiero, respectivamente, a las fuentes comunes del ordenamiento -el derecho castellano primero, e inmediatamente, las Leyes de Indias- y a su desarrollo dogmático (en sentido amplio, tanto iurisdicente como doctrinal): comenzando por la obra de las Audiencias, prosiguiendo por la elaboración de referentes públicos -constitucionales y administrativos, básicamente- y continuando por la determinación positiva de las distintas codificaciones. Todo ello, en ambos casos, sin olvidar el valor e influencia de la copiosísima literatura jurídica que se ha elaborado en iberoamérica por teóricos de esas latitudes y sobre supuestos propios del área.

Manteniéndome en la línea positiva que encabezan Castán Vázquez y J. L. de los Mozos, en España, ampliando las vías abiertas por García Gallo y Ots y Capdequí, así como los trabajos de juristas tales que Pierangelo Catalano, Sandro Schipani, Herman Eichler, Hans-Albert Steger y C. Fernández Sessarego (17), creo que puede sistematizarse el desarrollo y la concreción del sistema jurídico iberoamericano atendiendo a cuatro períodos: a) el período del descubrimiento y del asentamiento; b) el período de la expansión y singularización; c) el período de la emancipación y, d) el período de consolidación (18).

a) El período del descubrimiento y del asentamiento (1492-1511).

Aunque este corto espacio de tiempo signifique poca cosa en la penetración geográfica, jurídicamente tiene gran importancia. En efecto, antes de emprender la aventura de la que resultó -inintencionadamente- el descubrimiento de América, se otorgan las Capitulaciones de Santa Fé (17 de Abril de 1492), acordadas entre los Reyes Católicos y Colón. Las descomunales pretensiones que contienen sólo justifican la conformidad real en cuanto ambas partes ignoraban lo que se iba a descubrir y su trascendencia. Sin embargo las funciones que implicaban los títulos de Virrey, Gobernador y

Almirante, acordados al descubridor en tan singular documento, constituyen un conjunto de normas que se interpretan como precedentes de la organización público-administrativa del Gobierno del Nuevo Mundo. Las Capitulaciones, éstas y en general todas las posteriores, obviando los fines particulares que perseguía cada descubridor, determinaron el procedimiento originario para el nombramiento de titulares de funciones públicas y de la gestión de las correspondientes organizaciones y servicios, es decir, para que usaran de las facultades gubernativas y jurisdiccionales de acuerdo con los precedentes peninsulares -tanto normativos como estructurales- modificándolos en mayor o menor medida (19).

A las Capitulaciones, que no deben considerarse normas de sentido general, debemos unir instrumentos de carácter público-internacional que perfilan el ámbito global donde se desarrollará el sistema: los arbitrajes papales y los tratados entre las potencias coloniales. Los primeros se refieren a las Bulas Alejandrinas de 1493 -especialmente la quinta, "Bula de Donación"- y a la Bula "universalis Ecclesiae", promulgada por Julio II en 1507, de importancia capital para fundamentar el regio patronato de Indias y para justificar públicamente -a nivel internacional- el derecho de colonización y disfrute -no de conquista- de los nuevos territorios que se incorporaban a la Corona de Castilla. En esta cuestión, Francisco Vitoria precisó el sentido de la "donación" papal al advertir que, mediante las Bulas no se otorgaba a los Reyes de Castilla el dominio y la soberanía directa sobre los indios, sino la exclusiva de preciación sobre las tierras descubiertas y el disfrute exclusivo de los beneficios políticos y comerciales que se siguieran de la protección y defensa de la fe en el Nuevo Mundo. Por lo que se refiere a los instrumentos público-internacionales, hay que recordar obligadamente el Tratado de Tordesillas, suscrito entre Castilla y Portugal en 1494, a propósito de la distribución geopolítica de las esferas de influencia territoriales (20).

Capitulaciones, Bulas y Tratados, en relación con las Indias Occidentales, son las fuentes de organización interna y de reconocimiento internacional que permiten identificar originariamente al incipiente sistema. No se trata de discutir, pues, la pretendida soberanía de las potencias del momento sobre los territorios conquistados o en disputa, sino de advertir cómo se materializa, aun de manera indiferenciada, una nueva entidad jurídico-política.

b) El período de expansión y singularización, (1511-1810)

Durante casi trescientos años, partiendo de las bases jurídicas para el gobierno del Nuevo Mundo que determinan las regulaciones anteriores, el derecho iberoamericano fue tomando cuerpo. En efecto, desde la creación de la primera Audiencia, Santo Domingo 1511, hasta los muy complejos procesos que implicaron los fenómenos de emancipación de principios del XIX (iniciados con la rebelión de Hidalgo en México en 1810), la solución jurídica a los conflictos acaecidos en Indias se dio en sus específicos ámbitos jurisdiccionales, lo que permitió:

1.º transferir y adaptar la legislación castellana a Iberoamérica;

2.º crear un corpus iuris especial y concreto para figuras, situaciones y supuestos nuevos (*Leyes de Indias*);

3.º desarrollar aplicaciones singularizadas de lo preceptuado, regulando novedades y completando los vacíos de ley mediante la incorporación de las decisiones de las instituciones públicas, principios y costumbres al conjunto dinámico de lo que, partiendo de su ser como derecho indiano, devendrá un sistema jurídico en sí (21).

c) Período de la emancipación y de la ruptura de la unidad territorial/continental (1810-1826).

Desde el primer pronunciamiento mexicano, Bando del padre Hidalgo, Guadalajara, 1810 (también conocido como Grito de Dolores) hasta las derrotas realistas de Ayacucho, 1824, y de El Callao, 1826, el primer tercio del S. XIX transcurre en iberoamérica -excepción hecha de Brasil- sumido en un continuo conflicto bélico. Y ello no solo en razón a la pugna armada contra la metrópoli, sino también como consecuencia de las múltiples contradicciones de intereses, que afectaban tanto el plano de las relaciones comerciales interamericanas e internacionales, como los relativos a su delimitación y control en lo territorial. De estas consideraciones debemos destacar, en términos generales:

- La forma y el contenido del conflicto militar emancipador, caracterizado por guerras de media intensidad y larga duración en un escenario continental, por una muy irregular reacción de las fuerzas metropolitanas en cuanto a tácticas y estrategias y por la desastrosa política exterior española de la época.
- La difícilísima situación que atraviesa el Reino desde la crisis de Bayona hasta el tenue reequilibrio de 1837, que implica su incapacitación material para formular políticas coloniales mínimamente coherentes y, por supuesto, para contrarrestar el incremento de las presiones internacionales (Inglaterra y Francia principalmente, pero sin olvidar las pretensiones monroistas de la Unión Norteamericana) sobre los "monopolios" comerciales ultramarinos.
- El creciente malestar social de las propias "provincias de ultramar" que, cimentado sobre la necesidad de expansión de los capitales locales, se manifiesta primero como conflictos ideológicos entre realistas y republicanos, para traducirse

inmediatamente en las clásicas luchas entre liberales y conservadores, entre unionistas y federalistas, ..., entre centralistas autoritarios y demócratas utópicos más o menos jacobinos.

Todas estas cuestiones, muy trabajadas por la doctrina (22), implican a mi juicio, y para el tema concreto que nos ocupa, dos tendencias fundamentales:

- a) la tendencia a la concreción jurídico-formal de los nuevos estados mediante la formulación de constituciones propias, sumamente influenciadas por la experiencia Norteamericana de 1787 y por la Declaración Francesa de 1789. En este campo, la presencia que pudo tener la Constitución de Cádiz de 1812, se vio menoscabada, entre otras razones, por la inestabilidad cíclica de las propias instituciones públicas españolas quienes, por su desorden estructural-funcional, impidieron que se desarrollara y extendiera.
- b) la tendencia a la reducción del espacio continental iberoamericano (México, Centro y Sud-América, incluyendo los territorios insulares, históricos, del Caribe) a esquemas nacionales, lo que llevará aparajado un notable y prolongado esfuerzo de concreción jurídica. Esto, de manera esquemática, se manifiesta en las primeras codificaciones civiles del área: Oaxaca, 1827; Bolivia, 1831; Perú, 1852 y en las más elaboradas que se reflejan en el Código de Bello, Chile 1855, el argentino de Vélez de Sarsfield, 1869 o los proyectos brasileños de Teixeira de Freitas, 1856 y Clovis Bevilacqua de 1899.

En cualquier caso, "con los sentimientos nacionales surgidos en cada uno de los nuevos estados -dice Castán Vázquez- coexistió una nueva conciencia de unidad

supranacional en los pueblos que habían integrado la América Española. Ello es comprensible. Ya antes de la Independencia, los criollos habían compartido, en grado mayor o menor, un cierto sentimiento de unidad frente a la metrópoli. Los movimientos precursores de la emancipación contribuyeron seguramente a precisar y reforzar ese sentimiento, que naturalmente había de extenderse luego a lo largo de la lucha independentista generalizada” (23).

Todas estas tendencias sintetizan la necesidad de afincarse en una entidad nacional-soberana, como forma concreta de afirmación territorializada y manera abstracta de tolerar la nebulosa continental, tan inaprehensible como angustiosa. Se manifiestan, así, como actuaciones reactivas que solucionaron un problema de identidad material mediante la diferenciación de conjuntos humanos y sus -a veces- correspondientes ámbitos espaciales (pueblos vs. territorios), singularmente delimitados. Estas ideas no pretenden negar identidades nacionales ni derechos soberanos, tampoco resucitar ideales federalistas clásicos; pero si constatar algo bastante evidente: el nacionalismo iberoamericano (con la excepción, repito, de Brasil) es posterior a la independencia. España no se enfrentó a levantamientos nacionales anticolonialistas, sino a reacciones sociales independentistas, liberalizadoras, sobre todo en el sentido comercial y financiero ya que en el político y administrativo solo consiguieron repetir los esquemas centralistas y autoritarios de las instituciones hispánicas, orientándose a la organización republicana del Estado (24)

d) Periodo de la consolidación de los Estados Nacionales y de los ensayos de conciliación/racionalización del Sistema. (1826 - ...)

Desde el fracaso del Congreso de Panamá hasta nuestros días, el ámbito iberoamericano ha experimentado tremendas convulsiones políticas, económicas y sociales que han permitido elaborar las más pintorescas teorías, propugnando desde los más huecos y bonapartistas

nacionalismos hasta la confederación intercontinental, adormadas con un completo pateón ideológico.

Para lo que aquí nos interesa, podemos concretar el proceso de formación del espacio jurídico-político iberoamericano en torno a un conjunto de fenómenos de diversa orientación y carácter: centrífugos unos, como el pseudorracionalismo cultural e ideológico y otros, centrípetos, como el centralismo y el tradicionalismo.

Los fenómenos de orientación centrífuga y carácter pseudorracionalista, aluden a la reacción antiespañola, que se traduce en antihispánica y que favorece la atracción hacia los modelos de desarrollo industriales, políticos y culturales de Inglaterra, Estado Unidos, Francia y, posteriormente, Alemania. El rechazo de la cultura española, unido a una particular avidez por lo "europeo", condujo a intentos de adoptar las soluciones organizativas del estado-nacional francés, apuntaladas con fórmulas constitucionales anglosajonas (25). Lo que no obsta para que la proyección hacia las Luces Europeas de la mayoría de los intelectuales liberales iberoamericanos, proporcione un intenso intercambio cultural que, sin duda, enriqueció y amplió tanto sus bases ideológicas como el acervo dogmático del área.

Los fenómenos de orientación centripeta se refieren principalmente a los que caracterizan al centralismo y al tradicionalismo. El primero deriva directamente de la pervivencia estructural de formas públicas coloniales de organización y control, personalizadas en instituciones ejecutivas verticales, semi-absolutas y firmemente enclavadas en núcleos administrativos urbanos. El segundo alude al afianzamiento de los modos de vida, las costumbres y las prácticas sociales, que se decantan durante los Ss. XVII y XVIII y se depuran con la importación de pautas de comportamiento decimonónicas de la burguesía liberal europea - parisina y londinense, básicamente (26).

Centralismo y tradicionalismo permiten entender los procesos de concentración del poder en los órganos ejecutivos, incluso en los modelos de organización del Estado de carácter federal, como derivados mediatos del liderazgo militar-terrateneante neocolonial, e inmediatos del caudillismo paternopopulista autóctono. Igualmente, nos facilitan la comprensión de la fragmentación política que sufre Iberoamérica tras la independencia, de la insolidaridad y los antagonismos entre las nuevas naciones en procura de una identidad diferencial (27).

Por todas estas razones, el encuadramiento, clasificación y localización material del Sistema Jurídico Iberoamericano, plantea algunos problemas para su concreción. Ahora bien, como se asumía al principio, pienso defendible la hipótesis de su existencia como entidad diferenciada, en atención a las siguientes consideraciones:

- 1.- Se trata de un sistema de origen romano-castellano, que se vincula a núcleos de adopción precolombinos, caracterizados por su fuerte fijación en las costumbres autóctonas, y se proyecta bajo la influencia del derecho hispánico como derecho propio, autónomo: Derecho Indiano.
- 2.- El sistema se concreta, paradójicamente, cuando se inicia su fragmentación política. El nacionalismo antagónico de la primera mitad del XIX, no excluye la tendencia unificadora panamericana, que se manifiesta como una constante tanto en el ámbito de las relaciones internacionales como en la producción de normas de uso interno -codificaciones nacionales-, donde se advierte con bastante claridad la constante referencia del sistema a sus principios generales propios, a la interacción doctrinal y a la influencia dogmática recíproca.

- 3.- La estructura de los ordenamientos propios del sistema iberoamericano se basan en un conjunto compleja de fuentes que se diferencian netamente de sus semejantes europeos pertenecientes al tipo ideal de macrosistema romanogermánico: en cuanto que conjuntos de actos de creación e interpretación de las normas (fuentes materiales), y en tanto que conjuntos de actos de aplicación singular (fuentes formales). En el primer caso, resulta significativo el papel desempeñado por la orientación político legislativa estatal, que pretende reducir la influencia de derechos extranjeros cuya simple transferencia podría alterar las líneas peculiares de cada legislación. En el segundo, sin embargo, se ha logrado una cierta unidad técnico-jurídica en cuanto a los procedimientos, métodos y actos, aunque sea prematuro hablar de la posible codificación de las normas procesales a nivel interamericano (28).
- 4.- Las expresiones de la dogmática jurídica en iberoamérica, sin pretender con ello que resulten esencialmente innovadoras o absolutamente originales (lo que sería tan innecesario como absurdo), en su proceso de asimilación doctrinal y de constante elaboración, han proporcionado al sistema un orden jurídico característico. Y ello tanto en lo que se refiere a las condiciones de posibilidad, como en lo relativo a la delimitación conceptual del proceso de formación del derecho (29). En este sentido, como exponente más señalado, cabe considerar la formación de un derecho de integración, que se forja en una doctrina singular del derecho internacional y supera la limitación política de las simples relaciones internacionales. Este importante

fenómeno sería inviable si los países del área pese a todos los reparos teóricos y dificultades políticas, no admitiesen su pertenencia a un ámbito del que emerge un principio de legitimidad que permite reconocer, mediante reflexiones y experiencias colectivas, un conjunto de conceptos y principios, de autoridades e instituciones que caracterizan un sistema común y permiten su determinación.

IV Sobre la originalidad, los caracteres y el problema de la uniformidad material del Sistema Jurídico Iberoamericano

La teorización y defensa de una doctrina unificadora en la muy conflictiva apreciación del sistema jurídico iberoamericano, sobre la que pesan, además, los problemas relacionados con la integración jurisdiccional y normativa, solo puede intentarse poniendo de relieve los mecanismos de coordinación jurídico-políticos adoptados, los procedimientos seguidos, tanto a nivel nacional -desarrollo de las distintas codificaciones nacionales-, como a nivel interamericano -líneas de integración regional-, así como el grado de positivación doctrinal y, en su caso, normativo alcanzado.

En todo caso, el derecho iberoamericano debe interpretarse a partir de sus propios criterios internos, en cuya investigación habrá que tener en cuenta, como decía, tanto las fuentes originarias, como las de adopción y de proyección. Así, al considerar que el Sistema se ha moldeado bajo la influencia del derecho romano que, implícito en su ordenamiento, transfiriese Castilla, advertimos también que el mismo se convirtió en núcleo de impulso/adaptación del sistema histórico de Europa (30). Como veremos en su momento, las fases características en la elaboración de los modelos europeos no se reproducen mecánicamente en Iberoamérica, de tal manera que no se encuentran correlaciones lineales entre el sistema de codificación

francés, el pandectismo germánico o las primeras positivaciones italiana y las propias formas y épocas de codificación en el área. Y no excluyo la existencia de un real e importante intercambio cultural, técnico y doctrinal, jurídico; por el contrario, son evidentes las aportaciones que la doctrina de los distintos países del sistema occidental románico europeo han realizado en iberoamérica, con mayor intensidad y capacidad de penetración, según las naciones. Pero, al igual que ocurre con la influencia básica romana, las transferencias recibidas son asimiladas en función de las peculiaridades propias del sistema. Este no las acepta y automáticamente las adapta; tampoco rechaza sin más los precedentes foraneos. El sistema jurídico iberoamericano se forja en la reelaboración in situ -no in vitro- de us conjuntos normativos tratando de hacerlos coherentes con cada realidad nacional, pero sin perder por ello un grado considerable de competitividad continental (31)

En la evolución de las experiencias nacionales europeas, adscritas al mismo sistema extenso, también apreciamos tendencias diversas, a menudo más encontradas e incompatibles que las iberoamericanas. Como dice Schipani, "... los planteamientos estatista-positivistas ligados al nacionalismo han producido brechas, a veces, en el intento de acantonar las dimensiones común y universalista del sistema romano mismo para despedazarlo en tantos derechos estatistas. No es imposible, ..., en la contradictoriedad de los elementos en acción y la actual crisis de estatismo jurídico, revalorizar aquellas expresiones de un permanente derecho común ..." (32), sin que ello sea óbice para reconocer la diversidad de planteamientos que expresan firmemente algunos códigos.

En Iberoamérica, ni los códigos, ni la producción legislativa estatal se oponen a la existencia del sistema. Es más, por su reciproca acogida bien podrían coadyuvar a una potencial interpretación del Continente. De acuerdo con Valencia Zea, puede decirse que en los países de área se ha

mantenido constante la creencia en que la legislación estatal/nacional se integra en un sistema específico que ella misma articula, creando y derogando contenidos que no se anulan en la conciencia jurídica, participando en la formación de un conjunto global cuya esencia nuclear se integra mediante la estructura relacional de los códigos, superando así el aparente aislamiento y autosuficiencia nacionales (33).

Aunque pretendo centrar el tema en un espacio muy concreto -el jurídico político-, no puedo dejar de referirme a los problemas que, a este respecto, introduce el fenómeno de la integración política iberoamericana, sobre el que gravitan complejas y potentes fuerzas de muy diversa índole (34).

Por ello, me parece necesario resaltar que no deben confundirse los supuestos de unificación jurídica con los de integración política. Los primeros se refieren a la uniformación -más que unificación- de procedimientos y afectarían básicamente al ámbito del derecho privado. Los segundos, que inciden directamente sobre el sector público de los derechos nacionales, precisarían insoslayablemente una previa uniformación constitucional, lo que, a más de utópico, me parece innecesario.

Sin embargo, de los tratados interamericanos podrían derivarse un conjunto de procedimientos, más depurado que el existente, capaz de vincular los intereses de los distintos países y de encauzar las fuerzas unificadoras del Sistema. Este proceso, sin afectar la diversidad de los ordenamientos fundamentales nacionales, creo que permitiría verificar la unidad del Sistema, despejando, como decía Bello, "las incoherencias que deslumbran una obra a la que han contribuido tantos siglos, tantos intereses alternativamente dominantes, tantas inspiraciones contradictorias ..." (35).

En conclusión, creo que se puede concebir la existencia de un sistema jurídico iberoamericano, como sistema diferenciado, si tenemos en consideración:

- a) La identidad de fuentes para el conjunto regional.
- b) La práctica identidad de los principios informadores de los ordenamientos jurídicos nacionales y de sus reglas de interpretación del derecho.
- c) La similitud de las orientaciones político-legislativas.
- d) La uniformidad de las prácticas y de las técnicas jurídicas.
- e) La existencia de una verdadera elaboración dogmática, que proviene de una tradición científico jurídica autóctona.
- f) La originalidad de ciertas instituciones y de soluciones jurídicas que permiten expresiones singulares, propias.
- g) La tendencia manifiesta a la concreción jurisdiccional y procedimental, apreciable en el ámbito público merced a la existencia de numerosos instrumentos internacionales, que dan cuerpo a un Sistema Interamericano.
- h) La coincidencia de las orientaciones político-legislativas estatales en la necesidad de tender, paulatinamente, hacia la construcción de estructuras interamericanas capaces de producir soluciones políticas para los conflictos del área, mediante la participación exclusiva de los propios actores y vecinos continentales.

En este sentido, pienso, cabe hablar de Sistema Jurídico Iberoamericano. Que su existencia real-material sea de difícil prueba, o que se le piense subsumido como subgrupo del romano germánico, manteniendo la simplificación clásica de los sistemas jurídicos -hoy ya de

difícil defensa-, es cuestión que tanto permite la polémica, como induce a la investigación doctrinal.

NOTAS

- 1.- Todas estas cuestiones, apasionantes sin duda, nos desbordarían si pretendiéramos agotarlas. Como pura referencia, véase, Walter Wilhem, "La metodología jurídica en el s. XIX". Ed. Rev. de Dcho. Privado. Madrid, 1980. También Karl Larenz, "Storia del metodo nella scienza giuridica". Giuffrè, Milan, 1966.
- 2.- Vid. Rudol F. Stammler, "Tratado de filosofía del Derecho". Ed. Reus, Madrid, 1930. Pág. 340.
- 3.- Cf. las exposiciones de Engisch y Coing en K. Larenz, "Storia del metodo nella sciezia giuridica". Giuffrè, Milán. 19666. Pp.: 197 y ss.
- 4.- Vid. José Castán Tobeñas, "Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental". Ed. Reus. Madrid, 1975. Pp.5, 33 y ss.
- 5.- Cf. Jean Charbonier, "Sociología Jurídica", Tecnoc, Madrid, 1982. Pág. 115
- 6.- En este sentido, ver C. E. Alchourron t e. Bulygin, "Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales". Ed. Astrea. Buenos Aires, 1974.
- 7.- Cf. Carlos S. Mino, "Introducción al análisis del derecho". Ariel. Barcelona, 1983. Pág. 102 y ss.
- 8.- Cf. J. Castán Tobeña: "Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental", ya cit. págs. 6 a 20.
- 9.- Respecto a esta generalización, véase en concreto V. Fairén Guillén, "Bases uniformes de legislación

- procesal. (La sistematización de unas bases uniformes para la legislación procesal civil de los países latinoamericanos)". *Revista de Estudios Políticos*, No. 173. Madrid, 1970.
- 10.- Cf. al respecto entre otros, Ignacio de Otto, "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes". Ariel, Barcelona, 1988. Pp.: 70 y ss. También E. Álvarez Conde, "El Régimen Político Español". Tecnos, Madrid 1990. Pp.: 264 y ss.
 - 11.- Sobre la noción de dogmática jurídica en el sistema jurídico, tema que deberemos tratar con frecuencia, es esencial ver el libro de Niklas Luhmann, "Sistema jurídico y dogmática jurídica". Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
 - 12.- La bibliografía al respecto es abundantísima. En general, vid. Alfred von Martin, "Sociología de la cultura medieval". Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970. Henri Pirenne, "Historia económica y social de la Edad Media". F.C.E. Madrid, 1980. Johan Huizinga, "El otoño de la Edad Media". Alianza ed. Madrid, 1978. March Bloch, "La société Féodale". Albin Michel, Paris, 1968.
 - 13.- Cf. René David, "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos". Op. Cit. pág.28
 - 14.- R. David. Op. cit. pág. 31. M. Villey, "Cours d'Histoire de la Philosophie de Droit, 1962-63".
 - 15.- Amplísimas las referencias al respecto. Como básicos y en general, véanse, Paul Janet, "Historia de la Teoría Política", Daniel Jorro ed., Madrid 1910 (vol. II). Albert Brimo, "Les grands courants de la Philosophie du Droit el de l'etat", A. Fedone, Paris, 1968. Alfred Venross, "La filosofía del derecho del mundo occidental", Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1983.

- 16.- Vid., muy especialmente, J. M. Castán Vázquez, "La influencia de la Literatura jurídica española en las codificaciones americanas". Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, 1984. En esta obra, que es su discurso de recepción, el Prof. Castán Vázquez sintetiza con acierto las principales corrientes y posiciones doctrinales al respecto, temas sobre los que trabajó en dos artículos anteriores, "El sistema jurídico iberoamericano", Revista de Estudios Políticos, N.º 157/68, págs. 209 y ss. y "El sistema de derecho privado iberoamericano", en el vol. VI de los "Estudios de Dcho. Civil en Honor del Prof. Castán Tobeñas", Univ. de Navarra, 1969. En ellos pueden encontrarse todas las referencias que se deseen para seguir la controversia. También resulta interesante ver, J. L. de los Mozos, "Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano", en Revista de Derecho Privado, LX, 1976. Del mismo modo, Sandro Schipani, "El código civil peruano de 1984y el sistema jurídico latinoamericano", op. cit., págs. 42 y ss.
- 17.- Sobre el tema específico de los trabajos recientes en torno a la configuración teórica del sistema jurídico iberoamericano, vid. el vol. V de Studi Sassaresi, monográfico sobre "Diritto Romano. Codificazioni e unità del sistema giuridico Latinoamericano". Giuffrè ed., Milán 1981.
- 18.- La cronología que propongo está referida a una periodización arbitraria de la evolución del derecho en iberoamérica, que me ha parecido útil para los fines de esta introducción. Su única pretensión es fijar temporalmente el proceso de producción normativo en el subcontinente.
- 19.- Cf. A. García-Gallo, "Los virreinos americanos bajo

los Reyes Católicos" en *Revista de Estudios Políticos*, N.º 65, 1952. págs. 189 y ss.

- 20.- Sobre la discusión en torno al problema jurídico que plantea el descubrimiento, el alcance de las Bulas y el significado de los "justos títulos" alegados por Castilla para justificar su derecho a la posesión y gobierno de las Indias, vease Cayetano Bruno, "El derecho público de la Iglesia en Indias". CSIC. Salamanca 1967, pág. 98 y ss. En relación al Tratado de Tordesillas, cf. Silvio Zavala, "las instituciones jurídicas en la conquista de América", ya cit, pág. 125 y ss.
- 21.- La formación y desarrollo del derecho indiano, en el proceso de creación del sistema jurídico iberoamericano, como más adelante veremos, tiene un valor singular: permite la transfusión de fundamentos romanistas sustanciales, a la vez que posibilita la transferencia de procedimientos y formas de organización eminentemente hispánicas que, positivadas y moldeadas en su historia, no se diversificaran esencialmente en su práctica. Sobre estas cuestiones, en general, véase A. García-Gallo, "La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano", ya cit.; págs. 182 y ss.
- 22.- En este sentido, por citar sólo lo más básico, véase: Melchor Fernández Almagro, "La emancipación de América y su reflejo en la conciencia española". Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1962. G. & H. Beyhaut, "América Latina, de la Independencia a la Segunda Guerra Mundial". S. XXI, Madrid, 1984. T. Halperin Donghi, "Historia Contemporánea de América Latina". Alianza Ed. Madrid 1969.
- 23.- Cf. Castán Vázquez, J. M., "La influencia de la literatura jurídica ...", ya cit. pág. 54.
- 24.- Pese a la reorganización -a veces despiece- territorial y por mor de su misma arbitrariedad originaria, las

naciones iberoamericanas continuaron formando una entidad, en sentido abstracto si se quiere, pero enlazadas molecularmente por su propia filogénesis. Es obvio que, junto con la lengua, se mantiene todo un sistema cultural complejo, elaborado a lo largo de cuatro siglos de convivencia, que pudo ser antagónico en unos casos, excluyente en otros, pero que actuó como catalizador en definitiva, que pervivió y se sostuvo, penetrando e impregnando las sucesivas estructuras de relación humanas, a todos los niveles. En sentido general, véase el trabajo de Claudio Veliz, "La tradición centralista de América Latina", Ariel, Barcelona, 1984. Pp.: 162 y ss. Sobre la no arbitrariedad de esta reorganización de territorios y su fundamentación en el proceso de diferenciación regional que se manifiesta durante el s. XVIII, cf. G. Céspedes del Castillo, "América Hispánica" Ed. Labor, Barcelona, 1983, pág. 357.

- 25.- Cf. Veliz, C. "La tradición centralista ...". Op. cit., pág. 158.
- 26.- El mejor ejemplo que se me ocurre es el del tradicionalismo religioso que, con mayor o menor carga de sincretismo indigenista, se mantiene imperturbable tras casi cinco siglos de monolítica fidelidad católica. Lo que indica un claro mantenimiento de su predominio histórico, tanto moral como dogmático, que no excluye un considerable grado de compromiso social y político. Conviene ver, al respecto, F. C. Turner, "Catholicism and Political Developement in Latin América". Chapel Hill, North Carolina, 1971.
- 27.- "Otro resultado de la independencia -dicen C. & H. Beyhaut- será el grado considerable de fragmentación política. Bolívar había tratado de concretar sus planes de unión en el Congreso de Panamá de 1826, pero la tentativa despertó muchos celos y no llegó a

realizarse; las Provincias Unidas del Río de la Plata, Chile y Brasil se abstuvieron de participar en el congreso unificador. Los británicos se mostraron absolutamente contrarios a la iniciativa, que no convenía ni a las potencias internacionales ni a las oligarquías locales. Poco a poco el desmembramiento se acentuó. La gran Colombia se dividió en tres estados, Colombia, Venezuela y Ecuador. De México se desprendió la Confederación Centroamericana, que luego se fragmentaría en El Salvador, Honduras, Nicaragua, Guatemala y Costa Rica. En el sur quedaron Bolivia y Paraguay como pequeños estados y surgió Uruguay, sobre el Río de la Plata entre Argentina y Brasil. Todos estos países, por otra parte, carecían de la unidad de sus modelos europeos y durante largo tiempo fueron perturbados por las luchas intestinas y las disputas de los caudillos locales, quienes a cada momento, juzgaban necesario recurrir al cómodo expediente de la guerra civil para zanjar sus diferendos". En "América Latina. De la Independencia a la II Guerra Mundial", ya cit. Pág. 25.

- 28.- Entiendase en sentido estricto, técnico o restringido. En un sentido amplio se debe recordar que la doctrina se ocupa del tema desde hace tiempo. Cf., al respecto V. Fairén Guillén, "bases uniformes de legislación procesal", ya cit., donde se recoge abundantes referencias bibliográficas.
- 29.- Vid., en la colección de monografías publicadas bajo el título "Direito e Integraçao" por la Universidad de Brasilia en 1981, el trabajo de S. Schipani "Sistemas jurídicos e Direito Romano. As codificações do Direito e a o unidade do sistema jurídico latino-americano".
- 30.- Vid., al respecto, A. Gúzman Brito "La función del derecho romano en la unificación jurídica de latinoamérica", en *Index*, N.º 6, 1976. P.p.: 75 y ss.

- 31.- Veasé Castán Vazquez, "El sistema de derecho privado Iberoamericano", ya cit., pág. 182 y ss. (incluye abundantes referencias sobre el tema).
- 32.- Cf. S. Schipani, "el Código Civil peruano de 1984 y el sistema jurídico Latinoamericano", ya cit. pág. 49. El profesor italiano hace referencia aquí a las peculiariases posiciones que mantienen los códigos civiles italiano y suizo en relación al resto de los mismos ordenamientos europeos.
- 33.- Vid. A. Valencia Zea, "derecho Civil", vol. I. Bogotá, 1979. Referido específicamente a las peculiaridades de la codificación en el área, Alejandro Guzmán Brito, "Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica", en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, enero 1983.
- 34.- Es imposible tratar aquí con detenimiento el valor y la influencia de los factores de carácter económico, político geoestratégico, ..., que habrían de ser considerados para analizar exhaustivamente el tema. Y no solo por sus especiales significados, sino también por los distintos ámbitos en los que operan, oscilando de lo bilateral-regional a lo internacional-multilateral y afectando a los países de Iberoamérica tanto de forma endógena como exógena.
- 35.- En torno a Bello, vease A. R. Brewer-Carias, "La concepción del Estado en la obre de Andrés Bello". Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1983.

