

# La influencia del derecho romano en el sistema jurídico iberoamericano

ANTONIO FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ(\*)  
Universidad Autónoma de Madrid

Con anterioridad al descubrimiento se habían generado en América culturas tan avanzadas como la inca, la maya o la azteca. La civilización incaica —en palabras de GARCIA BELAUDE— alcanzó a ser el más grande imperio de aquella parte del continente, en un periodo no mayor de dos siglos, siendo bruscamente interrumpida en el siglo XVI por los conquistadores españoles<sup>(1)</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente jurídico el mundo prehispánico en América carece en absoluto de unidad. Como ha señalado GARCIA GAYO los numerosos pueblos que habitan en América forman innumerables comunidades que viven independientemente unas de otras, rigiéndose cada una por sus propias costumbres. Los Derechos indígenas son plenamente consuetudinarios, pues incluso las leyes que en algunos de ellos se atribuyen a sus antiguos reyes no se encuentran escritas y sólo se recuerdan por tradición<sup>(2)</sup>, y he aquí esbozada una de las notas que caracteriza a la América de antes del descubrimiento: no se ha creado todavía la idea de comunidad jurídica, no existen unos criterios ordenadores de la convivencia comunes a los pueblos indígenas y reducibles a la idea de un sistema jurídico.

El descubrimiento o el encuentro entre civilizaciones y culturas diferen-

tes, y la posterior colonización de gran parte de América por España y Portugal, supone la incorporación de las Indias a la corona de Castilla, y la aplicación del Derecho Castellano, de acusada influencia romanística, en especial a través de las Leyes de Partidas. Las situaciones y circunstancias no previstas en el Derecho castellano, dan lugar a una serie de disposiciones especiales para las colonias, conocidas como leyes de indias, que se inspiran asimismo en los principios de derecho natural racionalista que se contienen en la compilación justinianea. En lo no regulado se permite a las comunidades indígenas regirse por sus propios usos y costumbres.

Producido el fenómeno de la recepción del Derecho Romano en Europa en el siglo XII y en América en el siglo XVI, no tenía sentido cuestionarse el papel del Derecho Romano en una sociedad en la que durante siglos los juristas europeos y americanos se formaron en las Universidades sobre los libros de Derecho Común, constituido básicamente por Derecho Romano y en menor medida por Derecho Canónico. Es sabido que en Francia hay que esperar al año 1679 para que se cree la primera cátedra universitaria de derecho francés, y en España al año 1802. Al otro lado del Atlántico, como ha puesto de relieve GUZMAN BRITO,

(\*) Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de Córdoba, el 6 de mayo de 1993.

(1) GARCIA BELAUDE, El Derecho Romano en el Perú, Index 6, 1976, p. 66.

(2) GARCIA GAYO, La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América Española, 1492-1824, Index, 6, 1976, p. 4.

(<sup>1</sup>) Vid. en este sentido, GUZMAN BRITO, *Crítica al derecho como presupuesto de la codificación en Chile en tomo al primer tercio del siglo XIX*, index, 14, 1986, pp. 129-146.

(<sup>2</sup>) CASTAN VAZQUEZ, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid, 1984, p. 153. Vid. asimismo del autor, *la difusión del Derecho romano en Iberoamérica a través de libros españoles. Coloquio Ibero-Mexicano de Derecho Romano*, México, 1982.

(<sup>3</sup>) GARCIA MORENTE, *Ideas para una filosofía de la historia de España*, Vol. I. *Idea de la Hispanidad*, Espasa Calpe, Madrid, 1961, p. 177.

(<sup>4</sup>) CASTAN VAZQUEZ, *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, cit., pp. 62-63.

(<sup>5</sup>) CARRANZA, *Glosas de varia lección*, ABC, 16-8-1982, relaciona las personalidades de Bolívar y Trajano, y alude a la posibilidad de que Bolívar aspirase a un principado a la manera romana.

(<sup>6</sup>) FUENTESECA, *La recepción de la idea imperial en la Edad Media Española y sus raíces romanas. Cultura ibérica y Derecho Romano*, Studi Sussaresi VIII, Sassari 1986, pp. 63 ss.

(<sup>7</sup>) BOLIVAR, *Obras Completas II, La Habana, Cuba 1.947*, p. 1.296.

(<sup>8</sup>) CASTAN TOBENAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental*, Madrid, 1956, p. 23.

(<sup>9</sup>) DE CASTRO Y BRAVO, *La doble nacionalidad*, Revista Española de Derecho Internacional, vol. I, n.º 1, 1948, p. 104.

(<sup>10</sup>) Vid. al respecto la Exposición de Motivos de la ley de 15 de julio de 1954, *en confirmación de las normas sobre nacionalidad del Código civil*, y la contestación de IHERNANDEZ GIL al discurso de recepción de CASTAN VAZQUEZ en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, cit., pp. 178 ss.

(<sup>11</sup>) RUIZ GIMENEZ, *Década*, n.º 1, p. 85.

(<sup>12</sup>) GONZALEZ PEREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. I, 2.ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 192.

la formación que los juristas americanos recibían en las Universidades era exclusivamente romanística, y el derecho real, esto es, el derecho nacional castellano y el indiano eran estudiados no en la Universidad sino en las Academias de Práctica Forense. Se consideraba que el Derecho Romano constituía la teoría del derecho mientras que el derecho real representaba la práctica, pero no podía esperarse que los juristas americanos que habían recibido en sus universidades una formación exclusivamente romanística, una vez que actuasen ante los tribunales, dejasen de litigar, alegar y razonar con base en el más puro Derecho Romano del Corpus Juris Civilis justiniano, y no hay que olvidar que a finales del siglo XVIII había en el territorio de la América hispana, no menos de 25 Universidades de características europeas, específicamente españolas. Por otra parte, el derecho real castellano, en las obras de sus expositores era interpretado romanísticamente, basta leer, por ejemplo, una obra muy utilizada en América, como es la glosa de GREGORIO LOPEZ a las 7 Partidas<sup>(3)</sup>. Podemos concluir este punto afirmando con CASTAN VAZQUEZ que los libros jurídicos españoles y las fuentes de derecho romano difundidas en tierras americanas por España orientaron en América la vida profesional de los juristas, coadyuvaron a la formación de una conciencia jurídica común e informaron en buena parte el contenido de los grandes cuerpos legales<sup>(4)</sup>.

La situación excluyente del derecho nacional castellano e indiano en las universidades americanas comienza a cuestionarse en el siglo XVIII a luz de la mentalidad racionalista, desarrollándose por los ilustrados un movimiento que con escaso éxito tiende a limitar el estudio del Derecho Romano en las Universidades, en favor del romanizado derecho castellano y del derecho indiano. Lo que sí se logra en el siglo XVIII es el sentimiento de la necesidad de una racionalización y clarificación de las instituciones y de la legislación existen-

te, que termina desembocando en las codificaciones del XIX.

El XIX es el siglo de la ruptura con España, de la independencia de las naciones americanas. aunque todavía en la constitución de 1812 se hace referencia a los españoles de ambos hemisferios. La independencia era un hecho natural. Las Españas de América, como dice GARCIA MORENTE, naturalmente cuando llegaron a la madurez, se desprendieron del tronco añoso como la fruta madura se desprende del árbol nutricio<sup>(5)</sup>. Sin embargo, semejante hecho, digámoslo con palabras de CASTAN VAZQUEZ, llamado a producirse antes o después (aunque los errores españoles y la situación lamentable de España lo anticipara), no estuvo siempre transido, ni mucho menos de odio hacia lo español. Más que rebelión hubo pues separación natural, emancipación: pero como todos los juristas saben, al emanciparse los hijos se extingue la patria potestad, pero no desaparecen por ello ni el vínculo de la filiación ni todos los deberes mutuos entre padres e hijos. Por ello, al emanciparse de España, la América española subsistió con no pocas manifestaciones de los vínculos que los unían<sup>(6)</sup>.

Uno de los principales forjadores de la independencia americana, SIMON BOLIVAR, sueña ya con una gran nación americana y así lo propone al Congreso de Panamá en 1826. Sin embargo, la propuesta de BOLIVAR fracasó y acaba imponiéndose el concepto francés del Estado nacional. No faltan autores que opinan que BOLIVAR se inspiraba en el modelo de Roma<sup>(7)</sup>, que era una paradigma, que hasta cierto punto, como ha estudiado FUENTESECA, había inspirado ya al modelo del imperio español<sup>(8)</sup>. En todo caso, entre las instrucciones que daba BOLIVAR al preceptor de su sobrino FERNANDO escribía: "El Derecho Romano como base de la legislación universal, debe estudiarlo"<sup>(9)</sup>.

Hoy se acepta la idea de la existen-

cia de una comunidad iberoamericana por encima de las peculiaridades propias de cada pueblo y de los Estados nacionales, sobre la base de una unidad de origen, de cultura, de lengua, de creencias y de derecho, y así lo han mantenido en sus escritos, juristas como. CASTAN TOBEÑAS<sup>(10)</sup>, DE CASTRO<sup>(11)</sup>, HERNANDEZ GIL<sup>(12)</sup>, RUIZ GIMENEZ<sup>(13)</sup>, GONZALEZ PEREZ<sup>(14)</sup> y CASTAN VAZQUEZ<sup>(15)</sup>, y se acepta en concreto la existencia de un sistema jurídico iberoamericano, y no voy a entrar en la disquisición de si éste basa su unidad sólo en el Derecho Romano Justiniano, como mantienen los romanistas italianos<sup>(16)</sup>, o si, aún reconociendo que tiene una base fundamentalmente romana, destaca en su unidad la creatividad jurídica española, como sostienen destacados juristas españoles<sup>(17)</sup>. En todo caso, en palabras de HERNANDEZ GIL estamos ante una prueba más de que España no llevó a América sólo hombres con afanes de aventura y de gloria, sino que llevó también y fueron acogidos los criterios ordenadores de la convivencia a través de las disposiciones contenidas en el Derecho real castellano y en el Derecho Romano<sup>(18)</sup>.

Producida la independencia, la ruptura formal con España en cuanto Estado territorial moderno no supuso la ruptura con la tradición jurídica española que ella había transmitido y enriquecido, y así como el fenómeno de la recepción del derecho romano en Europa prueba, al decir de HERNANDEZ GIL, cómo perduró durante siglos sin un sistema político que lo respaldara<sup>(19)</sup>, así también en las naciones de la iberoamérica independiente se acepta el papel preponderante del Derecho Romano como base de las codificaciones de Derecho Privado por reconocérsele validez científica permanente, sin que se pueda ya afirmar la imposición directa o indirecta de ninguna autoridad política, es por ello que DIAZ BIALET afirma que el Derecho Romano en esta época más que objeto de una recepción, lo es de una transfusión, directa a través

del Corpus Iuris o indirecta a través de la Glosa o los Comentaristas de textos romanos, a los códigos americanos<sup>(20)</sup>. No debe por tanto extrañar que la elaboración de las más paradigmáticas codificaciones civiles americanas, la chilena, la argentina y la brasileña, se encargen por los gobiernos respectivos a romanistas.

La codificación constitucional se puso en marcha en los países iberoamericanos antes que la codificación del derecho privado, que se mantiene en vigor durante décadas con posterioridad a la independencia.

En el ámbito del Derecho público, si bien resulta evidente la originaria y creciente influencia norteamericana y francesa, convendría malizar esta afirmación tradicional para poner de relieve el influjo romanista que se introduce a través de la vía de la Revolución Francesa que se presenta como paradigmática en sus arquetipos y en sus modelos. A lo largo de la historia han oscilado dos imágenes contrapuestas del mando romano: Roma, como modelo político republicano, democrático y popular.

En la Revolución Francesa que tanto influyó en las Revoluciones independentistas americanas se aludió constantemente a República, a *libertas*, a los modelos clásicos, a Roma, a lo romano, a la austeridad, con esa tendencia de las revoluciones modernas, en palabras de OCTAVIO PAZ, de pensar en la imitación de las "virtudes antiguas"<sup>(21)</sup>.

La palabra República durante la Revolución Francesa era como escribió DIAZ PLAJA un vocablo de sabor antiguo entusiastamente degustado por los nuevos diputados<sup>(22)</sup> y MARX dirá en su libro sobre el 18 BRUMARIO que la instauración revolucionaria de la sociedad burguesa fue hecha con trajes romanos y con frases romanas<sup>(23)</sup>.

Además de las ideas de la República y de la *libertas* republicana, la idea

(10) CASTAN VAZQUEZ, El sistema jurídico iberoamericano, *Revista de Estudios Políticos*, enero-febrero 1968, y *Id. El sistema de Derecho privado iberoamericano*, estudios de Derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas, Pamplona 1969, t. VI, pp. 155-188.

(11) Vid. CATALANO, *Diritto romano e posil latino-americani*, en *Libero (Rassegna di Diritto Romano)*, 1974/3, Napoli, págs. 433-435; Derecho romano y países latinoamericanos, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", dic. 1979, págs. 673 ss.; Sistema jurídico latino-americano e Direito romano, en el vol. *Direito e Integração*, Editora Universidade, Brasília, 1981, págs. 17 ss.; y, Sistema jurídico. Sistema jurídico latinoamericano y Derecho Romano, en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", sept. 1982, págs. 173 y ss.; SCHIPANI: *Notta introduttiva al vol. V de Studi Saresi (Diritto Romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano)*, Giuffrè Editore, Milano, 1981, págs. 9 y ss.; *Del Diritto romano alle Codificazioni latinoamericane: l'opera di A. Teixeira de Freitas*, en el mismo vol., págs. 589-607; y *Sistemas jurídicos e Direito romano: as Codificações do Direito e a unidade o sistema jurídico latino-americano*, en el vol. *Direito e Integração cit.* en nota 11, págs. 17-53.

(12) Vid. al respecto por todos, CASTAN VAZQUEZ, La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas, *cit.*, p. 153.

(13) HERNANDEZ GIL, *Contestación al discurso de recepción de CASTAN VAZQUEZ en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, *cit.*, pp. 179-180.

(14) HERNANDEZ GIL, *Contestación al discurso de recepción de CASTAN VAZQUEZ*, *cit.*, p. 184.

(15) DIAZ BIALET, *La transfusión du droit romain*, R.D.I.D.A., 18, 1971, pp. 471-447.

(16) PAZ, *Revoluta, revolução, rebelião*, en *Signos em Rotação*, Sao Paulo 1972, p. 263.

(17) DIAZ-PLAJA, F., *Griegos y romanos en la Revolución Francesa*, Madrid, 1960, p. 19.

(18) Vid. al respecto en NELSON SALDANHA, *Diritto Pubblico Romano e Rivoluzioni Moderne*, *Index*, 14, 1986, pp. 47 ss.

(23) Vid. en NELSON SALDANHA, *Direito Publico Romano e Revoluções Modernas*, cit., pp. 53-55.

(24) Vid. en GONZALEZ, C.A., *El proceso legislativo paraguayo*. (Desde la colonia hasta comienzos del siglo XX). Index 14, 1986, pp. 169-170.

(25) Vid. en PANEBIANCO, La recezione del "ius gentium" in America Latina, *Cultura Iberica e Diritto Romano*, Studi Sassaressi VIII, Sassari 1986, pp. 148-169.

(26) Vid. en GUZMAN BRITO, Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del Derecho en Iberoamérica, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, enero 1983, pp. 18 ss.

de los comicios o asambleas populares, la voluntad popular, la *lex* como producto de *consensus populi* y el consulado de Napoleón, tienen un marcado sabor romano. Sin entrar en el influjo romanista que se produce a través de las obras de Montesquieu y Rousseau, si descendemos al plano de lo concreto, debemos mencionar los conceptos constitucionales bolivarianos de dictadura, censura y tribunado. BOLIVAR ejerce la dictadura en Colombia y Perú, concebida en términos de inspiración romana: magistratura excepcional, nombrada por un período de tiempo previamente determinado. La inspiración romana se encuentra incluso en la idea del ejercicio del poder supremo por Bolívar con finalidades libertadoras. La institución de la censura romana es recogida por Bolívar en el proyecto de constitución de Venezuela de 1919. Por su parte el Tribunado romano se sanciona en la constitución francesa de 1799 y de aquí pasa a varias constituciones americanas<sup>(24)</sup>.

En Paraguay el Congreso de 1813 que consagra la total independencia de la nación aprobó un Reglamento de Gobierno cuyas disposiciones principales son las siguientes: El Gobierno reside en dos cónsules que tendrán igual jurisdicción. La presidencia será ejercida por cada cónsul alternativamente durante 4 meses etc. La inspiración romana era tan patente que uno de los cónsules distribuyó entre los diputados una Historia de Roma a fin de convencerles de que el país necesitaba un Gobierno al estilo romano. A circunstancias excepcionales de la República se apela—como ocurría en Roma— cuando uno de los cónsules es elegido Dictador, y restablecida la situación de normalidad, la república del Paraguay retorna a la institución del consulado. El mimetismo romano no requiere, en este caso, comentario alguno<sup>(25)</sup>.

En el ámbito asimismo del Derecho Público me voy a referir muy brevemente a recientes investigaciones relativas a la recepción del *ius gentium* romano

en Iberoamérica, aceptando como idea previa, con la moderna investigación histórica, que el *ius gentium* romano, considerado como el más antiguo sistema internacionalístico del mundo tuvo un papel relevante en la formación del Derecho internacional público y privado, medieval y moderno de Europa.

La recepción de *ius gentium* en Iberoamérica se produce a través de una triple vía: a) la escuela internacionalística española, especialmente a través de VITORIA y SUAREZ. b) la escuela iusnaturalística europea, especialmente a través de la obra de GROCIO. c) la escuela iusnaturalística latinoamericana. En esta última escuela se encuadra ANDRES BELLO, que en su obra titulada "Principios de Derecho de gentes, posteriormente Derecho internacional", escribe: "Las luminosas doctrinas sobre lo que los juriscultos romanos llamaban *ius gentium* han merecido y merecerán siempre la atención y el estudio de cuantos cultivan las ciencias. Desde la época del Renacimiento se empezó a introducir en Europa un sistema de derechos mutuos, fundado principalmente en la jurisprudencia romana, aplicada a las cuestiones que sucesivamente se presentaban..."<sup>(26)</sup>.

Paso a continuación a analizar la codificación del derecho privado.

La tardanza en legislar en materia de Derecho privado en comparación con la premura por constitucionalizar la independencia, se debe en buena medida al valor científico permanente del derecho privado, pero ya a finales del siglo XVIII se habían alzado en España voces como la de JOVELLANOS y más tarde MARTINEZ MARINA, contra lo que se dio en llamar "una confusa y farragosa colección de leyes", y no podría decirse que en América los problemas planteados fueran menores<sup>(27)</sup>.

Las razones en pro y en contra de la codificación fueron básicamente las mismas en los países europeos y en los americanos, pero en definitiva como

observa DIEZ PICAZO, destacaba la necesidad de conocer con claridad la legislación aplicable ante la existencia de un conjunto muy numeroso de leyes procedentes de distintas fuentes, muchas de ellas mal conocidas y no muy fáciles de hallar<sup>(28)</sup>.

Codificar —ha escrito HERNANDEZ GIL— no es compilar, reproducir ni refundir, pero tampoco era ni es posible crear *ex novo* las normas<sup>(29)</sup>. Las leyes, en palabras de VON LUBTOW, no son como meteoritos que caen del cielo, sino que tienen tras de sí un pasado histórico que las condiciona y un futuro que tratan de alcanzar como ideal<sup>(30)</sup>. La codificación es más un fenómeno técnico que político, que en el caso de las naciones americanas simplifica y ordena sistemáticamente la legislación y recibe los resultados de una tradición jurídica en la cual, la experiencia romanística es el principal componente.

El modelo formal por excelencia de la codificación americana es el Código de Napoleón, y este gran código que, en palabras de PECORELLA, perseguía la utopía de promover: una ley igual para todos, una única legislación uniforme, una única cultura jurídica y una única familia, asume como base fundamental el Derecho Romano, que desarrolla su típico papel unificante y constructivo de un sistema en el que se integra la costumbre, el Derecho Natural y el Racionalismo, si bien en numerosas ocasiones la solución adoptada en los códigos americanos se acerca más al Derecho Romano que al Código civil napoleónico<sup>(31)</sup>.

La redacción de los códigos civiles americanos se prolonga a lo largo de todo el siglo XIX y comienzos del siglo XX. El Derecho Romano fue básicamente un Derecho de juristas; un Derecho sin juristas —en palabras de GARRIGUES— sería una aberración tan grande como una medicina sin médicos<sup>(32)</sup>. Al igual que en el Derecho clásico los códigos en iberoamérica —en especial los códigos paradigmáticos de

Chile, Argentina y el proyecto de código brasileño de 1865— fueron redactados por estudiosos del derecho que respaldaban sus opiniones en el saber y la ciencia y no en el poder político o militar, y también como en el caso romano BELLO, VELEZ y FREITAS fueron a la vez, como observa GONZALEZ DE CANCINO, romanistas, filósofos, diplomáticos y elementos activos de las manifestaciones vitales no sólo en sus países sino en el ámbito mismo de latino-américa<sup>(33)</sup>.

El Código civil chileno que redactado por BELLO y promulgado en diciembre de 1855, entró en vigor el uno de enero de 1857, y si bien ha sufrido diversas reformas, sigue vigente y mantiene su estructura primitiva, se convirtió en una especie de Código de Napoleón para América Latina y en el punto de partida del Derecho civil válido para una gran parte de las naciones americanas, por lo que ha sido un factor de unidad en Iberoamérica.

El Código chileno se basa fundamentalmente en el antiguo Derecho Romano castellano heredado de la monarquía. Aunque resulta evidente por las obras utilizadas la influencia del Derecho Romano, ha sido considerado un Código ecléctico en cuanto ha incorporado en instituciones concretas ideas propias del liberalismo francés y elementos de derecho germánico en materia de propiedad inmobiliaria y de derecho hipotecario.

Sólo 4 países americanos, promulgaron sus Códigos civiles, todos muy influidos por el Código napoleónico, con anterioridad a Chile. Al respecto ha señalado recientemente MOISSET DE ESPANES que en los países que se apresuraron a codificar su Derecho civil, se procuró volver las espaldas a la tradición jurídica de la metrópoli; y así vemos que el Código Civil de Bolivia sancionado en 1831 es una simple traducción del Código civil francés, lo que también sucede con Haití que adopta el Código de Napoleón<sup>(34)</sup>.

(28) DIEZ PICAZO, Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, Barcelona 1973. Vid. asimismo en CASTAN VAZQUEZ, La codificación como un hecho actual, Libro homenaje a Moisset de Espanes, Buenos Aires 1980, pp. 571 ss.

(29) HERNANDEZ GIL, Contestación al discurso de recepción de CASTAN VAZQUEZ, cit., p. 184.

(30) VON LUBTOW, Reflexionem über Sein und Werden in der Rechtsgeschichte, Berlin 1964, pp. 60 ss.

(31) Vid. al respecto en SCHIPANI, A proposito di Diritto romano, rivoluzioni, codificazioni, Index, 14, 1986, p. 8.

(32) GARRIGUES, Derecho mercantil, la realidad frente a la ley, Revista de Occidente, enero-marzo 1981, p. 57.

(33) GONZALEZ DE CANCINO, Algunas consideraciones en torno a la influencia del Derecho Romano en las codificaciones civiles de América Latina, Index 14, 1986, pp. 150-151.

(34) MOISSET DE ESPANES, Derecho Civil Español y Americano, Revista de Derecho Privado, pp. 600 y ss.

(\*) BELGUERA, Influencia del Derecho romano en el Código Civil Argentino, Studi in onore di Arancio-Ruiz, II, pp. 405 y ss.

(\*\*) DIAZ BIALET, El Derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield, 3 vols., Córdoba, Argentina, 1949-1952; y Id., Dalmacio Vélez Sarsfield autor del Código Civil argentino, (1864-1869), Studi Sassaresi, III, 5, 1977-1978, pp. 251 ss.; Vid. asimismo, CASTAN VAZQUEZ, Los libros jurídicos españoles consultados por Vélez Sarsfield, Estudios en homenaje al Dr. G.A. Berda, Buenos Aires 1985.

(\*\*\*) Vid. en MEIRA, Os anteprojetos do Código Civil no Brasil, Index, 14, 1986, pp. 217.

(\*\*\*\*) COBO, Corso de Direito Romano, I, Rio de Janeiro 1931.

(\*\*\*\*\*) Vid. en este sentido en PROVERA, Divagazioni storiche intorno al Progetto di "Codice tipo" di procedura civile per l'America Latina, Index, 19, 1991, pp. 333 ss.

En algunos países como Colombia y Ecuador fue adoptado, con mínimas reformas, el Código chileno como derecho vigente, y en los códigos de otros países como Uruguay, Argentina, Nicaragua, Honduras y El Salvador ejerció una notable influencia.

El segundo de los códigos civiles americanos paradigmáticos es sin duda el argentino que promulgado en 1869, entró en vigor en 1871, y con modificaciones sigue vigente en el momento actual. Al decir de ELGUERA el Código civil argentino es el cuerpo de derecho positivo moderno en el que posiblemente ha influido más directa y preponderantemente el Derecho Romano<sup>(35)</sup>. En el mismo sentido, el también jurista argentino DIAZ BIALET opina que el Código civil argentino fue la elaboración original de VELEZ, el civilista romanista más caracterizado entre los codificadores del siglo XIX. En las notas que VELEZ incorpora al propio texto del Código, como explicativas de los artículos que se incluyen, se contienen más de 1.300 textos del Corpus Iuris Civilis y 799 artículos del Código civil son transcripción literal de fragmentos del Digesto, Instituciones, Código o Novelas. Todo ello le ha hecho escribir a DIAZ BIALET que la sistemática relación científica entre el Corpus Iuris Civilis y las Instituciones civiles del Código, no son expresiones de una tradición romanística, sino la presencia real y organizada del Derecho Romano en el Código civil argentino. En la República de Paraguay se sanciona como ley Vigente a partir de 1876 el Código civil de VELEZ, que influye asimismo en otros códigos americanos<sup>(36)</sup>.

La tercera obra codificadora de carácter paradigmático en Iberoamérica es el Esboço o Proyecto de FREITAS presentado en Brasil en 1865. El proyecto de FREITAS, fue acusado de excesivamente vinculado al Derecho Romano y a Savigny, lo que dio origen a una célebre carta de renuncia de FREITAS en la que afirma "que nao me podeis fazer

maior honro que chamandome romanista. Nas leis e doutrinas do direito romano esta depositada toda a filosofia do direito"<sup>(37)</sup>. El esboço de FREITAS constituye la estructura básica del Código civil de Brasil aprobado en 1916, que sigue en vigor, y respecto del cual el jurista brasileño LOBO ha afirmado, que de 1.445 artículos, las 4/5 partes de la obra, son producto de la cultura romana<sup>(38)</sup>.

Cabría afirmar en conclusión, dado que no podemos entrar en el análisis de los restantes códigos americanos, que las codificaciones de Chile, Argentina y Brasil influyen de manera notable y directa en todas las codificaciones iberoamericanas.

Me voy a referir a continuación en el ámbito de la idea de la creación en el futuro de un derecho común a los pueblos americanos, integrantes de diversas nacionalidades pero pertenecientes a una misma área cultural, al hecho de que en 1988 se ha concluido la elaboración de un Código Procesal Tipo para Iberoamérica. Pues bien, en los comentarios doctrinales ya publicados sobre este código tipo se resalta la influencia del Derecho Romano Justiniano en la formación del proyecto y en particular en el conjunto de normas recogidas bajo el título de Principios Generales. La huella romana se muestra por ejemplo en la imprevista presencia de deberes de lealtad y buena fe respecto de los cuales el juez tiene un efectivo deber de control, en la facultad del juez de rechazar —*denegatio actionis*— las demandas manifiestamente infundadas, en la preocupación de garantizar un justo equilibrio entre el papel de las partes y el juez en la fase probatoria, o incluso en la recepción literal en el art. 129 de reglas generales formuladas por los juristas clásicos: "*actor probare debet*", "*reus in excipiendo fit actor*", "*onus probandi incumbit ei qui dicit etc.*"<sup>(39)</sup>.

Y voy a concluir, a partir de la década de los 60 en este siglo, se han celebrado en Iberoamérica numerosos Congresos y reuniones científicas en las que los juristas tratan de asentar los pilares de un futuro Derecho común americano, que parte de la posibilidad de entenderse y de pensar sobre la base uniforme que en los diversos países proporciona la cultura jurídica romana: vocabulario, educación jurídica, categorías jurídicas, concepto de la esencia y función del derecho. Se alude al Derecho Romano como factor de unidad cultural latinoamericana, como elemento de resistencia frente a la civilización tecnológica del mundo anglosajón, y

como puente de encuentro entre el derecho hispánico formal de los códigos y los derechos autóctonos americanos<sup>(40)</sup>.

Pero, en este punto, finaliza nuestro compromiso expresado en el título de la conferencia, y la constatación final es una sola: la continuidad de la civilización —en palabras de LAURIA— es inmanente. El modo precedente de pensar condiciona lo que aparece como novedad, por lo que somos antiguos y modernos al mismo tiempo, y no podemos ser modernos constructivamente si no nos reconocemos al propio tiempo como antiguos<sup>(41)</sup>.

(40) Vid. la reseña de todos los congresos y reuniones científicas celebradas al respecto, en los números de la Revista *Index* publicados desde el año 1970 hasta el momento actual.

(41) LAURIA, *Ius Visioni romanae et modernae*, Napoli 1967.