

LOS DERECHOS DE ÁFRICA Y DE MADAGASCAR

Los derechos de África y de Madagascar * llaman, muy especialmente, la atención de los juristas de nuestra época. El periodo de colonización ha llegado a su término; los africanos y los malgaches han vuelto a tomar las riendas de su destino. Será, por lo tanto, de sumo interés examinar la situación en que han encontrado a sus países, en lo que se refiere al derecho aplicable, en el momento de la independencia. Conviene igualmente interrogarse sobre las tendencias que se manifiestan, y sobre la orientación que parece haber sido dada, por los nuevos dirigentes, a los derechos de esta parte del mundo.

CAPÍTULO I. FONDO CONSUECUDINARIO

El África al Sur del Sahara (África negra, Etiopía, Somalia, Sudán) y Madagascar han vivido durante siglos bajo el imperio de la costumbre. La organización de la sociedad, las relaciones entre sus miembros y con los miembros de las sociedades vecinas, estaban determinadas en cada comunidad por la costumbre según la cual vivía el grupo considerado. La obediencia a la costumbre era, en general, espontánea, creyéndose cada uno obligado a vivir como habían vivido los antepasados; el temor a poderes sobrenaturales y a la opinión eran suficientes muy a menudo para imponer el respeto a las formas tradicionales de vida. Una organización más o menos compleja permitía frecuentemente pronunciar, dado el caso, sanciones o determinar una línea de conducta si nuevas circunstancias planteaban un problema a la comunidad.

Las costumbres de África y Madagascar eran muy variadas. Las relaciones de cambio estaban reducidas al mínimo. Cada comunidad, bastándose a sí misma, tenía sus hábitos y costumbres propias. Las diferencias eran, en general, secundarias, a veces casi despreciables, entre costumbres de una misma región o de una misma categoría étnica, pero podían ser considerables, al contrario, cuando se salía de uno o de otro de esos límites. Se encuentran en África pueblos con régimen aristocrático, así como

* El artículo aquí publicado constituye el título final del libro *Les grands systèmes de droit contemporains*, publicado por el autor en 1964, en la serie de los *Précis Dalloz*.

pueblos con régimen democrático, y no faltan tribus primitivas en que cuesta trabajo descubrir los elementos de una organización de cualquier tipo.¹

La familia es, a veces, de tipo patrilineal y a veces de tipo matrilineal, con numerosas variantes estos dos tipos.² La explotación del suelo está sometida, según la región y el pueblo, a reglas muy diferentes. Ciertos pueblos viven, a veces, como vecinos y aun conviven los unos con los otros y, sin embargo, se rigen según costumbres enteramente diferentes: negros y pigmeos en la selva ecuatorial, bogos y cunamas en el desierto de Eritrea. Por esta razón, es muy difícil y a menudo arbitrario hablar de manera general de derecho consuetudinario africano y malgache.

¿Quiere ello decir que no existe, dentro de ese derecho, unidad alguna? Variadas opiniones han sido emitidas al respecto.³ En el estado actual de la ciencia, no tiene sentido plantearse esta pregunta. Es inútil plantearse para África una cuestión que nosotros somos incapaces de resolver para la misma Europa. Es prematuro elaborar teorías sobre las semejanzas o desemejanzas fundamentales de las costumbres africanas en una época en que África inglesa y África francesa constituyen todavía dos campos de estudio casi completamente separados entre sí. No podemos eludir tampoco esta otra: ¿este "Derecho consuetudinario" del África y de Madagascar es verdaderamente Derecho? La respuesta a esta cuestión es compleja. La costumbre no es una noción simple, ni unitaria. Puede y debe ser enfocada en dos etapas. Es, en primer lugar, la regla de vida a la cual, espontáneamente, se someten los individuos. Es, en segundo lugar, la regla según la cual serán resueltas las controversias, si llegan a producirse. Se han confundido demasiado frecuentemente estas dos nociones; y no se ha establecido de ningún modo que el papel del tribunal consuetudinario sea en todas circunstancias imponer el respeto de las reglas de comportamiento social observadas en los hábitos.

En realidad, las dos nociones, sociológica y judicial, de la costumbre no se identifican y pueden llegar a ser, en muchos casos, muy diferentes.

En lo que se refiere a la noción sociológica de la costumbre se observa que el africano y el malgache, son considerados más bien como pertenecientes a un grupo social que como individuos. Todo su comportamiento que interesa al grupo, es reglamentado, a menudo hasta en sus detalles, por los usos en vigor en su grupo; cada uno sabe de modo muy preciso lo que debe ser hecho y lo que no debe ser hecho; se obedece espontáneamente a la costumbre, así definida sin plantearse más que nosotros la cuestión de saber si es o no una costumbre jurídica; la costumbre en

¹ *African Political Systems*, bajo la dirección de Fortes (M.), Evans-Pritchard (E.E.) (1941).

² *Systèmes familiaux et matrimoniaux en Afrique*, bajo la dirección de A. R. Radcliffe-Brown y de Daryll Forde (1953).

³ Allot (A.N.), *Essays in African Law* (1960), capítulo III. *Add.*, en otro sentido, Elias (T.O.), *La nature du droit coutumier africain* (1961).

esta etapa, es materia de religión, de moral, de hábitos, más que de derecho.

Supongamos ahora que un uso llega a ser descuidado que un individuo haya actuado contrariamente a la costumbre ¿qué va a suceder? Es un error pensar que se va necesariamente a volver a encontrar en esta nueva etapa la costumbre tal como la hemos visto acatada, en principio, en los hábitos. El papel de la justicia es el de decir lo que es justo. Ahora bien: lo que es justo, en el medio africano y malgache, es, ante todo, lo que es adecuado para asegurar la cohesión del grupo y restaurar la concordia y el buen entendimiento en las relaciones entre sus miembros. No podría tratarse de hacer valer derechos subjetivos, no se trata de atribuir "a cada uno lo que le corresponde". La costumbre ha sido violada. Hay que tomar muy a menudo el partido de ella. Del mismo modo que la costumbre podría aparecer estricta y detallada en la etapa en que ella interesaba a los hábitos, también puede volverse imprecisa y perder su nitidez cuando es concebida como un principio de decisión para los jueces. Puede muy bien suceder, naturalmente, que esos jueces decidan según reglas estrictas, y que apliquen sanciones más o menos automáticas, previstas para cada violación de la costumbre. Lo más a menudo, sin embargo, sucederá otra cosa: la justicia consuetudinaria se distinguirá difícilmente de la conciliación, tenderá más bien a realizar una amigable composición del conflicto que a aplicar reglas concebidas en abstracto. El Derecho y la Justicia son inevitablemente una cosa distinta cuando se les considera en una comunidad restringida, como lo son todas las comunidades en África y en Madagascar de la era precolonial, o en una vasta comunidad como son nuestros Estados de Europa. La justicia indígena se presenta más bien como una institución de paz: no trata de aplicar un Derecho estricto.⁴ Cuando se sale del Derecho estricto, y se concede un lugar más o menos considerable a la equidad, ¿se está todavía en el terreno del Derecho? La cuestión no se plantea solamente en África;⁵ según la respuesta que creen deber darle, la costumbre aplicada por la justicia consuetudinaria, dependerá o no del Derecho, según el caso.

El Derecho consuetudinario africano y malgache, al presentar tales características, interesa a los antropólogos, sociólogos y etnólogos tanto como a los juristas. Nadie puede abordar su estudio, sin ser, al mismo tiempo que un jurista, un etnólogo. Tratar de encontrar allí las categorías y emplear los métodos de nuestros derechos, no puede llevar más que a una deformación de las concepciones consuetudinarias.

La dificultad de conocer las costumbres, es, para un extranjero, consi-

⁴ Las "reglas" de derecho consuetudinario (por ejemplo: la regla de que una herida debe ser compensada mediante una indemnización equivalente a tal número de cabezas de ganado) se limitan a menudo a establecer una regla general, o a facilitar una base de discusión: Allot (A.N.), *Essays on African Law* (1960), p. 73.

⁵ David (R.), *Arbitrage du XIXe. et arbitrage du XXe. siècle*, "Mélanges René Savatier" (1964).

derable. Es muy difícil describirlas en términos de nuestro vocabulario. Es difícil saber igualmente en qué medida la costumbre, tal como puede ser descrita por un interlocutor indígena, corresponde verdaderamente a la costumbre, tal como es practicada por la población, y más todavía tal como es aplicada por los tribunales. Teoría y práctica pueden estar tan alejadas en el medio consuetudinario como en el del Derecho legislativo.

Ningún monumento escrito, de origen indígena, permite orientarse en la maraña de costumbres y extraer los principios. La costumbre ha permanecido puramente oral en África. Solamente en Madagascar han existido códigos consuetudinarios antes de la era de la colonización. El más antiguo documento del Derecho malgache está constituido por los *Kabary* (discursos) de Andrianampoinimerina, el gran soberano que reinó sobre el reino de Imerina, en Madagascar, de 1787 a 1810. Este documento ha sido seguido de una serie de "códigos", para llegar al "Código de los 305 artículos", publicado por la reina Ranavalona II en 1881.⁶ No hay que perder de vista, sin embargo, que estos códigos, en los que se reconoce, con fórmulas, tomadas a la Biblia, la influencia de los misioneros, han permitido la subsistencia en Madagascar de un gran número de costumbres. Las leyes malgaches apenas tenían por papel, como los *statutes* ingleses o los *gânouns* en derecho musulmán, prever ciertas soluciones particulares o introducir disposiciones reglamentarias; el orden social encontraba su reglamentación de detalle, y su misma base, fuera de ellas, en los *fomba*, correspondientes a los ritos chinos o a los *giri* del derecho japonés; en apariencia, fue bajo influencia inglesa, entonces notable fuera de todo establecimiento en la Isla, como los soberanos malgaches promulgaron sus códigos.

Aun antes de la colonización, han podido hacerse sentir en África y Madagascar influencias no africanas. Estas influencias han sido principalmente las del cristianismo y del Islam.

La evangelización de África se produjo en dos épocas. Etiopía se convirtió al cristianismo desde principios del siglo iv; la conversión al cristianismo de otras partes de África y la de Madagascar ha tenido lugar, por el contrario en conexión con el establecimiento de los europeos en estos países, principalmente en el siglo xix. La islamización ha constituido un fenómeno más progresivo; ha afectado esencialmente a los países del África Occidental, las Somalias y las riveras del Océano Índico. Cristianización e islamización no han conseguido una victoria total, pero las dos religiones han significado, gradualmente, una influencia conside-

⁶ Ramagasoavina (A.), *Du droit coutumier aux codes modernes malgaches*, "Recueil Penant", 1962, pp. 327-347. Adde. Thebault (E.P.), *Les lois et coutumes malgaches* (1960). Esta obra contiene el texto malgache y la traducción francesa del código de los 305 artículos. Los códigos anteriores son más breves: el de 1928 no tiene más que 48 artículos. La prohibición de la poligamia se establece por primera vez en 1878.

nable sobre las poblaciones de la mayor parte de África y Madagascar. ¿Qué influencia han ejercido sobre las costumbres estas dos religiones?

La influencia que el cristianismo o el Islam han tenido sobre las costumbres ha sido muy variable. A menudo las costumbres han continuado siendo practicadas, a pesar de que eran contrarias a la nueva fe; esto es verdad tanto en el país cristianizado como en el país islamizado: el hombre es un pecador, y las sociedades humanas no son ni en África ni en el resto del mundo, la ciudad de Dios.

Aparte las transformaciones que han podido imponer a las costumbres la cristianización o la islamización han tenido, sin embargo, un efecto muy importante. Las costumbres aun cuando continuaban siendo practicadas, perdieron a los ojos de las poblaciones el carácter necesario, ligado a lo sobrenatural, que habían tenido antes. En lugar de parecer impuestas por el orden mismo del mundo, han pasado a ser el signo de una sociedad imperfecta. Puesto que se carecía de la virtud necesaria para reformarse se ha continuado viviendo como en el pasado, pero desde entonces en adelante se ha sabido que no se vivía según la ley de Dios, sino según "el derecho". Las costumbres han podido conservar su valor sociológico de hecho. Su autoridad ha sido arruinada desde el momento en que se ha llegado a concebir, la idea de un orden, a la vez social y moral, distinto y superior a ellas. La situación se ha convertido, respetando todas las proporciones, en algo análogo a la que se estableció en Europa con el renacimiento de los estudios de derecho romano: allí también costumbres regionales y locales han podido subsistir. El Derecho, sin embargo, se encontraba en otro cuerpo de reglas. La idea de Derecho ha penetrado en África como lo había hecho en Europa; cristianización e islamización privaron a las costumbres de su fundamento sobrenatural y mágico; y abrieron el camino hacia su decadencia.

El ejemplo de Etiopía es a este respecto típico. Etiopía aunque dominada por poblaciones cristianas —amharas, trigueros, gallas cristianizados—, ha vivido hasta nuestra época bajo el imperio de un derecho puramente consuetudinario. Este derecho estaba extremadamente fragmentado.⁷ Las costumbres a las cuales se obedecía no tenían ningún carácter sagrado; el derecho se encontraba para los etíopes en un *nomo-canon* redactado en Egipto en el siglo XIII, y traducido del árabe en la lengua *ge'ez* en el siglo XVI, el *Fetha Negast* (Justicia de los reyes).⁸ A iniciativa del emperador Haile Sellassie I podrá ser emprendida una obra de modernización en tales condiciones. Los nuevos códigos que serán redactados crearán en ciertas materias un derecho nuevo; podrán, en otras, reformar

⁷ Cfr. las dos obras de Conti-Rossini (C.), *Trattato di diritto consuetudinario dell'Eritrea* (1916), y de Ostini (F.), *Trattato di diritto consuetudinario dell'Eritrea* (1956).

⁸ El *Fetha Negast* ha sido publicado, en *ge'ez* y en traducción italiana, por Guidi (I.), *Il Fetha Negast o Legislazione dei Re, Codice ecclesiastico e civile di Abissinia, tradotto e annotato* (1899).

profundamente las costumbres sin que ninguna voz se eleve para protestar. Se puede en Etiopía tener apego a ciertas costumbres, pero este apego está fundado en el sentimiento o en el interés; la costumbre, a menudo rechazada por la religión, no tiene para los etíopes ningún carácter sagrado.⁹

El ejemplo de Etiopía es particularmente interesante. Etiopía no ha sido jamás colonizada, y vemos así como la transformación del Derecho, en África, está esencialmente ligada a dos factores: el deseo de crear una economía nueva, por una parte, y, por la otra, el de transformar las estructuras sociales. La colonización puede haber sido origen de este doble deseo, pero no es en sí el factor que ha determinado la evolución de los derechos consuetudinarios africanos y malgache.

CAPÍTULO II. PERIODO DE LA COLONIZACIÓN

África entera y Madagascar cayeron en el siglo XIX bajo el dominio de los Europeos.¹⁰ ¿Cuál ha sido, en lo que se refiere al Derecho, la actitud de los colonizadores?

La actitud de los ingleses, por una parte y la de los pueblos latinos por otra, ha sido, en su principio diferente.¹¹ Los franceses, los españoles, los portugueses, han practicado durante largo tiempo una política de asimilación, fundada en el doble postulado de la igualdad de todos los hombres y de la superioridad de la civilización europea sobre las costumbres africanas. Hasta el fin de la era colonial esta política subsistió:¹² la Constitución de 1946 proclamó en Francia que los indígenas conservarían su estatuto personal, pero solamente “mientras no hayan renunciado a él”; la tendencia francesa está netamente indicada en esta cláusula. La situación no parece haber sido fundamentalmente diferente en el Congo Belga, salvo quizás en que el principio de respeto de las costumbres indígenas ha sido, en este país, proclamado más pronto por los textos: desde la fundación del estado independiente del Congo en 1885, y por la Carta Colonial del 18 de octubre de 1908. En el Congo Belga, como en las posesiones francesas, la asimilación ha sido considerada como la meta normal de la acción civilizadora, tomando la metrópoli en sus manos, direc-

⁹ David (R.), *Un code civil pour les États africains*. “Recueil Penant”, 1962, pp. 352-364. El mismo artículo ha sido publicado en los “Anales Africains 1962”, pp. 160-170.

¹⁰ La República de Liberia fue constituida en 1847, por negros que la Sociedad Americana de Colonización había, desde 1821, repatriado de los Estados Unidos. El caso especial de Etiopía está reservado aquí.

¹¹ Robert (A.), *Étude comparée des lois applicables et des tribunaux de droit coutumier dans les territoires français, belges et portugais d'Afrique noire*, “Rev. jur. et pol. d'outre-mer”, 1959, pp. 18-31.

¹² Numerosos dirigentes del África francesa han sido diputados y aun ministros en Francia. Lo mismo es válido para Portugal, donde no existe ningún prejuicio de raza.

tamente, la administración del país. Los ingleses han tenido, al contrario, una política de administración indirecta (*indirect rule*); de modo general, han tratado en grado menor de hacer prevalecer sus concepciones en los territorios en que se ha ejercido su dominación.

La oposición de estas dos políticas es clara en el plano del Derecho público. La fórmula de la colonia, sometida directamente a la administración de la metrópoli, es la que ha sido adoptada por los países latinos; los ingleses se ha orientado, de buena gana, hacia la fórmula del simple protectorado. Unos y otros han trasladado lógicamente, al plano colonial, las concepciones centralizadoras o descentralizadoras que aplicaban en su propio territorio, en lo que se refiere a las colectividades locales.

Detrás de estas diferentes fórmulas de administración, ha sido realizada, sin embargo, una obra en gran medida idéntica. Para convencerlos, basta considerar los resultados a los cuales se ha llegado: los Estados surgidos del Imperio Británico se consideran hoy como países del *common law*, los surgidos del Imperio Francés y el antiguo Congo Belga se adhieren al sistema de los derechos romanistas.

¿Cómo se ha producido ello, y qué ha ocurrido en este proceso con las costumbres africanas y malgache? Una doble evolución se ha presentado. Por una parte, se ha asistido a la recepción de un derecho moderno, para reglamentar todas las cuestiones que se han planteado como consecuencia de la transición a una civilización nueva y a las cuales las costumbres tradicionales no aportaban ningún elemento de solución prácticamente utilizable. Por otra parte, se ha asistido a una transformación del derecho consuetudinario, aun en las materias en que este derecho ofrecía una reglamentación completa: porque este derecho no ha sido considerado por la potencia colonizadora como suficientemente civilizado o porque se ha visto obligado a adaptarse a los cambios que se habían producido en otros campos.

Sección I. Derecho moderno

La costumbre comprendía en su origen, en África y Madagascar, la totalidad de la vida social. Fijaba las reglas de organización de la sociedad en sus aspectos políticos y económicos, tanto como en las relaciones de familia o de intercambio entre los individuos, el derecho penal y el procedimiento.

El derecho consuetudinario expresaba, a propósito de las cuestiones más diversas, la concepción de la sociedad en vigor en la aldea o en la tribu. No era apto, sin embargo, a acomodarse, con la rapidez necesaria, al tipo de sociedad enteramente nuevo, que iba a imponerse en los siglos xix y xx. El progreso moderno no se ha realizado por obra principalmente de un desarrollo del derecho consuetudinario que hubiese venido a reglamentar nuevos tipos de relaciones y extenderse a nuevos dominios. La modernización se ha hecho "recibiendo" ideas extranjeras.

Las costumbres se habían desarrollado para reglamentar relaciones entre miembros de una misma comunidad o de comunidades emparentadas por su modo de vida. Para gobernar la vida de los europeos, y sus relaciones con los indígenas, o las relaciones entre indígenas pertenecientes a comunidades de costumbres diferentes, ha sido necesario recurrir a los derechos occidentales. Éstos han servido de tal modo a constituir una especie de *jus gentium*, aplicable a las relaciones que no estaban establecidas exclusivamente entre personas sometidas al derecho consuetudinario.

La recepción de un derecho occidental, evolucionado, se imponía, por otro lado, en ciertos campos. Era necesaria para constituir un derecho mercantil moderno. El derecho consuetudinario no ofrecía aquí ninguna base. Todo el derecho de las sociedades, de los efectos de comercio, de las patentes, el derecho marítimo han debido ser importados del Occidente.

Para aplicar el nuevo derecho, importado así de Occidente, no era posible recurrir a las jurisdicciones y a los procedimientos consuetudinarios. En todos los países de África y en Madagascar se vino así a constituir, fuera de las jurisdicciones consuetudinarias, jurisdicciones de tipo europeo, competentes en todos los casos en que las reglas del derecho consuetudinario no podían ser aplicadas: litigios en que estaban implicados los no africanos, litigios que ponían en juego relaciones de tipo nuevo no reglamentadas por el derecho consuetudinario.

La evolución no se ha detenido ahí. El comercio con los países de África, la explotación del país, necesaria para elevar el nivel de vida de los habitantes, necesitaban una administración moderna. En toda África y en Madagascar se estableció una administración que consagraba la ruptura de la continuidad con las instituciones consuetudinarias. Las jefaturas locales fueron reorganizadas y sujetas a control, y a veces suprimidas. Las asambleas locales, de nuevo tipo, fueron instituidas. Servicios financieros, de policía, de sanidad, de instrucción, de obras públicas, fueron organizados en cuadros enteramente nuevos, al no ofrecer las estructuras tradicionales ninguna base para su edificación.

La costumbre indígena, en fin, pareció como retrasada o aun bárbara. Gradualmente se la reemplazó, de modo más o menos completo, por un derecho de inspiración occidental, en campos cada vez más numerosos: administración de justicia, derecho penal, derecho del trabajo.

En lo que se refiere a la administración de justicia, se han dejado, sin duda, subsistir, en todos los países, jurisdicciones de derecho consuetudinario (*Native Courts*) para administrar las reglas de derecho consuetudinario. Pero estas jurisdicciones han sido sometidas rápidamente a un control, y al final de la evolución ya no podían ser consideradas como jurisdicciones consuetudinarias. Su misma composición había sido modificada de modo fundamental en África francesa y en Madagascar, en donde estaban compuestas de funcionarios administrativos simplemente

asistidos de asesores consuetudinarios. El Congo Belga, se había igualmente establecido, en ciertas regiones, tribunales de territorio, de sector o de centro, cuyo número y actividad sobrepasaban el número y la actividad de los tribunales de jefatura tradicionales.¹³ En el África inglesa, la costumbre había sido más respetada en lo que concierne a la composición de las *Native Courts*; pero las reglas de procedimiento a las cuales estos tribunales debían conformarse habían sido fijadas con una precisión creciente por la administración británica, y se habían convertido en algo muy diferente de las que habían conocido al principio las costumbres.

En materia de derecho penal, las potencias colonizadoras se esforzaron desde el comienzo por proscribir ciertas prácticas bárbaras y combatir los abusos. Su intervención se volvió gradualmente más activa. Al final de la evolución, el código penal francés se había hecho aplicable en 1946 a toda el África francesa y a Madagascar, bajo reserva de ciertos arreglos que tomaban en consideración las costumbres locales; las jurisdicciones de derecho francés habían igualmente adquirido una competencia exclusiva en materia penal. En África Occidental inglesa habían sido introducidos códigos penales y de procedimiento penal fundados en el derecho penal inglés, excepto Sierra Leona, que fue colocada, sin elaborar un código, bajo el imperio del *common law*.

Una evolución paralela a la que se ha producido respecto al derecho penal se ha manifestado en materia de derecho de trabajo. Después de haber prohibido la esclavitud, las potencias colonizadoras han sido llevadas a intervenir para liberar al individuo de ciertas servidumbres que le eran impuestas por la costumbre. Un mercado del trabajo, que no existía antes, ha sido igualmente creado y ha necesitado de una nueva reglamentación. La evolución ha llevado, en el África francesa y en Madagascar, a la promulgación en 1952, de un Código de trabajo de Ultramar,¹⁴ que no encuentra en ningún grado su fundamento en el derecho consuetudinario; la competencia de las jurisdicciones de derecho francés ha sido admitida para los litigios que se refieren a cuestiones reglamentadas por este código.

Por efecto de todo este nuevo derecho, el derecho consuetudinario se ha encontrado restringido de hecho, en el África francesa y en Madagascar, únicamente al campo de las relaciones de derecho privado relativas a la familia, al régimen de las tierras, y a las obligaciones de "derecho civil" *stricto sensu*. Una situación análoga podía ser observada en las posesiones inglesas y portuguesas, mientras que en el Congo Belga el derecho consuetudinario parecía haber conservado una importancia más grande en materia de derecho penal. Todavía conviene considerar que,

¹³ Paulus (J.M.), *Aperçç de la situation de fait de l'organisation judiciaire par rapport à l'application du droit coutumier en "L'avenir du droit coutumier en Afrique"* (1956), pp. 16-41.

¹⁴ Gonidec (P.F.) y Kirsch (M.), *Traité théorique et pratique de droit du travail des territoires d'outre-mer* (1958).

en los campos en que había sido respetado, el derecho consuetudinario podía, por otra vía, verse substituido por el derecho de inspiración extranjera. Se daba a los indígenas la opción en las posesiones francesas, belgas y portuguesas, de someterse al estatuto europeo.¹⁵ En virtud de la matrícula o registro podían, por otro lado, en los mismos países, colocar sus tierras bajo un régimen enteramente distinto del de la costumbre.

Como conclusión de todo lo que acaba de ser expuesto, puede decirse que un derecho de inspiración occidental había pasado a ser en toda el África y Madagascar, en vísperas de la independencia, el derecho común; el derecho consuetudinario originario, aunque era en realidad aplicable a la inmensa mayoría de la población, quedaba reducido al rango de un derecho de excepción, porque era utilizable solamente entre ciertas categorías de personas y en ciertos campos particulares: derecho de las personas y de la familia, derecho de sucesiones, derecho rural.

El derecho común, de modelo occidental, reflejaba estrechamente las concepciones jurídicas de la nación que había establecido su dominio sobre el territorio: era, a reserva de ciertas modificaciones, el derecho francés en el África francesa y en Madagascar, el derecho belga en el Congo, el derecho portugués en Angola y Mozambique, el *common law* en las posesiones inglesas y en Liberia. En la Unión Sudafricana y en Rodesia del Sur, así como en Basutolandia, Bechuanalandia, Swazilandia y en el Sudoeste Africano, el derecho común estaba constituido por el derecho romano-holandés (*Roman-Dutch law*), introducido por los colonos holandeses en el siglo xviii, y modificado en los siglos xix y xx bajo la influencia del *common law*.

La aplicación del derecho de la metrópoli no era, en África francesa y en Madagascar, ni automática ni completa. Los códigos y leyes de la metrópoli no se aplicaban más que en la medida en que un decreto hubiese prescrito su aplicación en los diferentes territorios.¹⁶ Los decretos u otras medidas reglamentarias podían, por otra parte, prescribir en ciertos territorios la aplicación de reglas particulares. Una situación análoga se encontraba también en las posesiones españolas y portuguesas, e igualmente en el Congo Belga, en el que estaba en vigor un código civil propio.

En los territorios del África inglesa¹⁷ las *Orders in Council*, o disposiciones de las asambleas locales, han prescrito la aplicación de principio del derecho inglés —constituido por el *common law*, las doctrinas de la *equity*, y las leyes de alcance general (*statutes of general application*)—,

¹⁵ La legislación del Congo belga distinguía el estatuto civil, obtenido por la matrícula, y un estatuto intermedio (estatuto cívico), acordado a los titulares de una "carta del mérito cívico".

¹⁶ Respecto a la aplicación del código civil, cf. Camerlynck (G.H.) y Decottignies (R.), *Code civil de l'Union française* (1950). Un decreto del 5 de mayo de 1909 (art. 116) había prescrito en Madagascar la aplicación del derecho francés como razón escrita, cuando el derecho malgache fuera insuficiente.

¹⁷ Allot (A.), *Essays on African Law* (1960), capítulos i y ii.

a menudo tal como ese derecho era en una fecha determinada (1862 para Sierra Leona, 1874 para la Costa de Oro, 1888 para Gambia, 1897 para Kenya, 1900 para Nigeria, 1902 para Nyasalandia y para Uganda, 1911 para Rodesia del Norte, 1920 para Tangañica, etcétera...). Una cláusula de salvaguardia, sin embargo, ha acompañado siempre y limitado esta recepción del derecho inglés: las reglas de éste no debían ser aplicadas más que en la medida en que las condiciones lo permitieran y a reserva de las modificaciones que las circunstancias hicieran necesarias. Existía, pues, una posibilidad no solamente para el legislador local, sino también para los jueces, de excluir por propia iniciativa, tal o cual regla del derecho inglés que no les pareciera apropiada.¹⁸ Pero asimismo ciertas reglas o instituciones del derecho inglés no han sido implantadas en África. Así, el jurado no fue admitido más que de modo excepcional en materia penal; y reemplazado de modo general por una institución de asesores colocados al lado del juez y dotados solamente de voz consultiva.¹⁹ El principio *paterna paternis materna maternis* fue admitido en la región Sudoeste de Nigeria, a diferencia del derecho inglés.

Una situación análoga existía en Liberia, donde los elementos de la población inmigrados de Estados Unidos habían declarado aplicable el *common law* y los usos de los tribunales de Inglaterra y de los Estados Unidos de América.

Un caso particular es el de Sudán. En este país, que no fue colocado jamás bajo la soberanía británica, una ordenanza sobre justicia civil, en 1900, prescribió a los tribunales llenar las lagunas del derecho pronunciando "según la justicia, la equidad y la conciencia". Como en la India, esta fórmula ha sido interpretada, por los jueces ingleses, como refiriéndose al derecho inglés, con el resultado curioso de que aun las leyes inglesas promulgadas después de 1900 han sido, en principio, aplicadas en este país.²⁰

No podríamos, en fin, dejar de señalar la importante función desempeñadas, en ciertas regiones de África, por el derecho musulmán.²¹ El derecho musulmán interviene, sin embargo, de modo principal, para modificar las costumbres indígenas más que para constituir un derecho común aplicable a falta de las mismas. Será entonces a propósito del derecho consuetudinario donde habrá que estudiar su influencia.

¹⁸ Roberts-Wray (Sir Kenneth), *The Adaptation of Imported Law in Africa*, "Journal of African Law", vol. 4 (1960), pp. 66-78.

¹⁹ Jearey (J.H.), *Trial by Jury and Trial with the Aid of Assessors in the Superior Courts of British African Territories*, "Journal of African Law", vol. 4 (1960), pp. 133 y ss., y vol. 5 (1961), pp. 36, 82.

²⁰ Guttman (E.), *The Reception of the Common Law in the Sudan*, 6 "Int. and Comp. Law Quarterly" (1957), pp. 401 y ss.

²¹ Anderson (J.N.D.), *Islamic Law in Africa* (1954).

Sección II. Derecho consuetudinario

Las potencias colonizadoras no elaboraron simplemente un derecho nuevo en los campos en los que la costumbre no había jamás existido y en donde no ofrecía una base adecuada para una reglamentación indispensable. Excluyeron —como acabamos de ver— la aplicación del derecho consuetudinario en numerosos campos donde éste no existía, pero cuyas reglas no las consideraban aceptables los gobernantes europeos. Falta ver lo que sucedió con el derecho consuetudinario en los campos en que se admitió que podía y debía permanecer en vigor.

Se realizaron reformas por vía legislativa o por reglamentos administrativos para prohibir ciertas prácticas o para favorecer el desarrollo económico o social del país. No podemos entrar en el detalle de esta reglamentación; hemos visto ya cómo los administradores ingleses habían en realidad transformado profundamente el procedimiento seguido por las jurisdicciones indígenas. Las medidas tomadas para liberar a los individuos de ciertas servidumbres, las tomadas para aumentar el nivel de la mujer, y muchas otras de espíritu individualista, minaron las bases de un orden tradicional, esencialmente colectivista.

Aparte de estas medidas, que eran por su objeto limitadas, las nuevas condiciones creadas por el contacto con una civilización diferente y por el desarrollo del país, han hecho que numerosos africanos consideren al derecho consuetudinario de modo muy diferente de como lo era en el pasado.

La introducción de una economía monetaria, la creación de un mercado del trabajo, la igualdad de los ciudadanos, la difusión de la instrucción, la creciente facilidad de las comunicaciones, han puesto en entredicho, en la medida en que estas innovaciones penetraron en la sociedad, reglas de cuyo valor nunca se había dudado. El cristianismo, al proclamar que todos los seres son iguales ante Dios, ha constituido una doctrina revolucionaria, que conmovió las antiguas estructuras.

¿En qué medida el Derecho consuetudinario de África y de Madagascar ha sido afectado y transformado por todos estos cambios en tiempos de la colonización? Es muy difícil saberlo. Un trabajo considerable ha sido realizado para conocer las costumbres de África y de Madagascar; pero la tarea está muy lejos de hallarse terminada.²² Por otra parte, lo que ha sido hecho no nos permite saber bien aún en qué medida han evo-

²² Cfr. la bibliografía ofrecida en el anexo de la obra sobre *L'avenir du droit coutumier en Afrique* (Symposium-Colloque, Amsterdam, 1955). Solamente en el África negra francesa han sido redactados alrededor de 150 códigos consuetudinarios pero sólo la mitad de ellos ha sido publicada y, a menudo, en revistas poco accesibles: cf. Poinier (J.), *L'avenir du droit coutumier negro-africain*, ibidem, p. 155. En Tangañica, donde no hay menos de 120 tribus, Hans Cory ha estudiado 13 costumbres, pero sus trabajos publicados sólo abarcan tres de ellas.

lucionado las costumbres. Existen muchos documentos, en los archivos de las jurisdicciones indígenas, o en los de las administraciones coloniales; pero no han sido hasta hoy explotados, y en muchos más casos, no queda ningún rastro escrito de la evolución que ha podido producirse.

Las costumbres en los países de lengua inglesa, no debían ser aplicadas si eran "contrarias a la justicia, a la equidad o a la conciencia". Parece que se ha hecho un uso bastante moderado de las posibilidades que ofrecía esta fórmula, y la decadencia del derecho consuetudinario no se debe a la forma en que dicha fórmula fue utilizada. Esto sería debido más bien, en países del *common law*, al respeto demasiado grande que se ha tenido al "precedente", y a la actitud demasiado rígida que han tenido con respecto a la costumbre los jueces, en parte porque estaban preocupados por respetar los usos y costumbres del país y, en parte, porque por su formación de derecho inglés, estaban mal preparados para comprender la flexibilidad del derecho consuetudinario.

El reproche más grave que puede hacerse al sistema colonial no es el de haber atentado contra el derecho consuetudinario, sino más bien el de haber tenido respecto a éste una actitud negativa. Se introdujo en África y en Madagascar una civilización enteramente nueva y se comportaron respecto al derecho consuetudinario, como si ello no le afectara.

Si se quería salvar el sistema tradicional, no era suficiente proclamar un principio de respeto a las costumbres indígenas. Esta afirmación era ilusoria si no se daban al derecho consuetudinario los medios para sobrevivir. A este respecto, una obra positiva se imponía: había que clarificar, reformar, sistematizar las costumbres, dar al derecho consuetudinario el medio de afirmarse al lado del derecho europeo. Se preocuparon poco de ello. Ninguna obra positiva fue hecha para extraer un derecho común consuetudinario, para "consolidar" las costumbres; el estudio del derecho consuetudinario africano no comenzó en Europa más que después de la segunda guerra mundial, salvo ciertos trabajos de antropólogos que no se proponían ninguna acción de orden administrativo o político. Las decisiones de las jurisdicciones de derecho local; los archivos de las administraciones, no han sido publicados. El derecho consuetudinario ha sido normalmente considerado como una reliquia del pasado, que no concernía a los colonizadores, mientras que la acción de estos últimos lo llevaba, en realidad, a una desaparición temprana e inevitable. No se trató de armonizarlo con el nuevo sector moderno del derecho, como posiblemente hubiera podido hacerse.²³

²³ Lo que se dice en el texto no se aplica a la Unión Sudafricana. El estudio de las costumbres indígenas ha comenzado en este país con una obra de Maclean (*Kafir Laws and Customs*), publicada en 1858; ha continuado sin interrupción hasta nuestros días, en que la obra clásica es la de Seymour, *Native Law in South Africa*. Un código de derecho indígena (*Code of Native Law*) ha sido publicado en Natal desde 1875-1878 y 1891 y, revisado, en 1932; la jurisprudencia en materia de derecho consuetudinario ha sido igualmente clasificada y publicada.

En vez de adaptar el derecho consuetudinario a las nuevas circunstancias, la administración colonial contribuyó, sin darse cuenta, a hacerlo perder su dinamismo propio, lo que lo hizo envejecer. Como las jurisdicciones consuetudinarias no estaban hechas para dictar derecho como nuestros tribunales, pronunciaban según reglas flexibles. Los europeos, al desconocer el papel conciliador y la naturaleza equitativa de estos organismos, quisieron hacer de ellos jurisdicciones a la europea, que resolviesen según un procedimiento rígido y que aplicasen soluciones de derecho estricto. De esa manera, la idea europea del derecho ha podido encontrarse satisfecha; la elasticidad y la adaptabilidad del derecho consuetudinario han desaparecido en el momento en que estas cualidades eran, más que nunca, deseables. Al querer realizar prematuramente el reino del derecho, concebido a la europea, se trastornó el orden de sociedades que habían reglamentado su existencia según otros procedimientos y que no estaban maduras para aceptar la idea occidental del derecho.

La civilización africana estaba fundada sobre ciertos valores: espíritu de comunidad, respeto por los ancianos, ausencia de clases antagonistas: se aceptó a menudo que estos valores fueran destruidos, pero sin preocuparse de reemplazarlos por valores nuevos; así se les llevó, de modo inconsciente, al relajamiento de los lazos de familia y de clan, sin ser capaces de imponer, en su lugar, la solidaridad del cuerpo social entero. Los dirigentes africanos se lo reprochan, en nuestra época, a los europeos.²⁴

CAPÍTULO III. ESTADOS INDEPENDIENTES

La evolución que se produjo en tiempos de la colonización, ha sido en su conjunto, bien recibida por las poblaciones africanas y malgaches. El acceso de los países africanos y de Madagascar a la independencia no ha determinado de ningún modo una reacción contra ella; los nuevos dirigentes, por el contrario, han manifestado el deseo de continuarla.

Esta tendencia es particularmente clara si se considera el derecho público de los nuevos Estados y los principios de sus constituciones:²⁵ las concepciones democráticas, sobre las cuales quieren fundarse los gobiernos de estos Estados, son las verdaderas antípodas de las estructuras consuetudinarias. Podrá ser difícil mantener juntos un derecho público moderno,

²⁴ N'Krumah (K.), *Law in Africa*, "Journal of African Law", vol. 6 (1962), p. 103.

²⁵ Lavroff (D.G.) y Peiser (G.), *Les Constitutions africaines*, tomo 1: *L'Afrique noire francophone et Madagascar* (1961); Buchmann (J.): *L'Afrique noire indépendante* (Collection "Comment ils sont gouvernés", t. vii, 1963). Adde. Lampue (P.), *Les Constitutions des États africains d'expression française*, "Rev. jur. et pol. d'outre-mer", 1961, pp. 513-540; Tixier (G.), *Les États d'expression anglaise de l'Afrique de l'Ouest*, "Recueil Penant", 1961, pp. 506-516; Bustin (E.), *La décentralisation administrative et l'évolution des structures politiques en Afrique orientale britannique. Elements d'une étude comparative* ("Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège", 1958).

fundado sobre ciertos principios, y un derecho privado consuetudinario, fundado sobre principios opuestos.

Todo el derecho de inspiración occidental que las potencias colonizadoras habían establecido, ha sido confirmado en los nuevos Estados, donde ninguna voz parece haberse elevado para reclamar su derogación. Ninguna ley importante ha sido abolida por un espíritu de retorno al pasado.²⁶ Las medidas que han sido tomadas, aquí y allá, manifiestan, al contrario, con claridad la voluntad de mantener en vigor y perfeccionar el "derecho moderno" impuesto en la época de la colonización. En Nigeria occidental, por ejemplo, ha sido realizada una obra importante de revisión, una veintena de nuevas leyes, ha reunido, en 1959, de modo más sistemático, las reglas dispersas en más de cien leyes inglesas que han sido derogadas. En Ghana, la *Contracts Act* de 1960, ha adoptado ciertas reformas, introducidas de modo reciente en Inglaterra al derecho de los contratos y, aun en avance sobre el derecho inglés, ha dado efecto en Ghana a ciertas reformas que la comisión inglesa de reforma del derecho ha propuesto, pero que el parlamento de Westminster no ha adoptado todavía. Han sido publicados en Ghana, en 1960, nuevos códigos penales y de procedimiento penal; Nigeria del Norte se ha dado un Código penal, igualmente, en 1959. En los Estados antiguamente franceses han sido publicados nuevos códigos de trabajo en 1960 en Guinea y Madagascar, y se han publicado nuevos códigos penales en 1961 en Níger y en la República Centroafricana.

En Etiopía, una obra de modernización del derecho, incluyendo la adopción de códigos de modelo occidental, ha sido realizada a partir de 1954: se ha publicado un Código penal en 1957, un Código civil y un Código de comercio en 1960, un Código de procedimiento penal en 1961, y un Código procesal civil debe próximamente completar este conjunto.

La enseñanza del derecho,²⁷ la formación de magistrados y administradores, continúan siendo confiadas en los países de África y en Madagascar, por regla general al menos, a instituciones o a nacionales de los países que anteriormente ejercieron su soberanía o su tutela. No hay una señal más segura de atestiguar la voluntad de los nuevos Estados de permanecer fieles a la tradición de ayer.²⁸ No se trata de abandonar, en los diversos Estados, el derecho occidental que se había convertido antes de la independencia, en su derecho común. La lengua de estos Estados ha seguido siendo el inglés o el francés, y su lengua jurídica, su con-

²⁶ La *Indian Contract Act* ha sido derogada en Kenya en 1960; pero la reforma ha tenido por objeto someter a Kenya al derecho inglés de los contratos, en vez de a su variante india.

²⁷ Sobre la enseñanza del derecho en África, cfr. el número del "Journal of African Law", especialmente consagrado a esta cuestión, en 1962: *African Legal Education*, "J. of African Law", vol. 6 (1962), pp. 75-160.

²⁸ Foyer (J.), *Les destinées du droit français en Afrique*, "Recueil Penant", 1962, pp. 1-6.

cepción del derecho han seguido siendo, de igual modo, la lengua y las concepciones de los juristas ingleses y franceses.²⁹

La independencia, sin embargo, ha planteado nuevos problemas. Conviene examinarlos considerando, sucesivamente el derecho consuetudinario y el derecho moderno de estos Estados.

Sección I. Derecho tradicional

Una nueva actitud ha venido a reinar, con la independencia, en lo que se refiere al derecho consuetudinario. Los que han tomado a su cargo los destinos de los nuevos Estados son actualmente africanos, que han sido educados en el medio tradicional; ellos desean afirmar y mantener ciertos valores de orden moral que han aprendido a apreciar en este medio, y declaran de buena gana que, purgadas de ciertos abusos, las costumbres pueden constituir la base de las relaciones de orden privado entre los africanos. No todo debe ser rechazado en el modo de vida tradicional; la solidaridad que las costumbres establecen entre miembros del grupo, constituye, en particular, un elemento positivo que debe ser preservado; África y Madagascar no deben caer en los excesos del individualismo que están, en nuestra época, condenados en el mismo Occidente. Las palabras "socialismo africano" están de moda. El crédito agrícola, la responsabilidad civil, la administración local, deben ser organizados teniendo en cuenta estructuras y modos de comportamiento actuales y excluyendo de ellos únicamente los abusos. El derecho consuetudinario no debe ser condenado y proscrito; sin discriminación debe, en muchos de sus elementos, ser integrado al derecho moderno. El legislador no debe tratar de hacer una obra teórica, reproduciendo tan fielmente como sea posible, las instituciones de Europa, en un medio que no está preparado para recibirlas. Del mismo modo que cada derecho europeo conserva su individualidad en la búsqueda de la justicia, así los derechos de África y de Madagascar deben tratar de preservar los rasgos y características por los cuales se expresa su personalidad, eliminando de ellos solamente lo que, en la situación actual, es causa de estancamiento o contrario a la justicia.

Esta actitud, favorable en principio a la costumbre, no es universal ni exclusiva. En ciertos países no se la encuentra. Sin embargo, por otro lado, se manifiesta en ciertos campos, la voluntad de librarse de costumbres consideradas atrasadas o bárbaras, en las cuales se ve la causa del subdesarrollo y la miseria del país; las costumbres pueden, en fin, considerarse ligadas a condiciones sociales o políticas que han cesado de existir. Así, en Ruanda las costumbres aparecen ligadas de una parte al paganismo, de otra parte al dominio de los Tutsis, repudiados tanto el

²⁹ La situación no es fundamentalmente distinta en Etiopía, donde el amhárico es lengua nacional. El único problema en este país es el de preparar el vocabulario que permita expresar en esta lengua nociones occidentales.

uno como el otro. Dichas costumbres no ofrecen, a los ojos de los dirigentes, ningún elemento, o por lo menos ninguna base válida para la edificación de un nuevo orden, fundado en la justicia; es sobre bases enteramente renovadas como se pretende establecer una codificación que dé satisfacción a las aspiraciones del país.

De modo bastante general, sin embargo, una actitud de principio diferente ha prevalecido. La descolonización ha sido acompañada, frecuentemente, de declaraciones manifestando el deseo de hacer justicia al derecho consuetudinario. Se desea —según expresan los dirigentes— rehabilitar el derecho consuetudinario por reacción contra la actitud descendiente y de desprecio que han tenido frente a él —según piensan— los europeos.

Dejando aparte las declaraciones de principios, lo más fácil, aunque se trate de un trabajo muy arduo, parece ser clarificar la situación a través de una obra sistemática de estudio y de exposición de las costumbres. Ya había habido preocupación respecto a ello antes de la independencia; se habían constituido comisiones consuetudinarias en 1950 en el África Ecuatorial francesa. Se habían creado, con creciente ardor después de la independencia, tanto en los países del África inglesa como en los de lengua francesa, en el plano tanto oficial como privado. En Madagascar, desde 1957, una resolución de la Asamblea representativa ha ordenado verificar la existencia y codificar las costumbres. En Tangañika, un antropólogo, Hans Cory, ha sido encargado por el gobierno de preparar la unificación de las costumbres publicando un manual de Derecho consuetudinario. En Nigeria, las asambleas regionales han sido animadas para tomar la iniciativa de compilaciones destinadas a declarar de modo autorizado la costumbre; una primera ley (*Chiefs Law*) ha expuesto en Nigeria Occidental, en 1957, el derecho consuetudinario en lo que se refiere a la designación y a los poderes de los jefes, aunque, por otra parte, no sin dejar de introducir en la materia diversas modificaciones de las costumbres. La ciencia occidental, bajo cuya dirección se realizan todos estos trabajos,³⁰ espera de tal modo no solamente clarificar las costumbres, sino también descubrir las corrientes que contribuirán a la unificación y a la reafirmación del derecho consuetudinario, por lo menos en el marco de ciertas regiones.

¿Cómo concebir, sin embargo, esta unificación y esta reafirmación, juzgadas indispensables para la supervivencia misma del Derecho consuetudinario? Dos políticas son posibles. Una primera podría buscar la perpetuación del derecho consuetudinario en su espíritu y su esencia misma, tomando las medidas necesarias para que continúe existiendo, en el futuro, un derecho consuetudinario. Una segunda política puede consistir en

³⁰ Un vasto plan de exposición (*restatement*) del derecho consuetudinario africano ha sido preparado por la "Association Internationale de Droit Africain". Las universidades americanas se interesan igualmente por esta obra. Señalemos, además, entre los organismos interesados, el CREDILA ("Centre de recherches, d'étude et de documentation sur les institutions et la législation africaines") en Dakar, el CEDCA ("Centre d'étude du droit comparé africain") en Lovanium (Leopoldville), etcétera . . .

el abandono del derecho consuetudinario como tal, en beneficio de un derecho legislativo o jurisprudencial, y en volver a tomar, simplemente, en este derecho de tipo nuevo, tales o cuales instituciones cuyo modelo facilita hoy el derecho tradicional.

La segunda de estas políticas es visiblemente favorecida por los nuevos Estados. Los dirigentes de estos Estados, cualesquiera que sean las fórmulas que ellos empleen, no están apegados al derecho consuetudinario; respetan ciertos valores de la civilización africana, pero partiendo de concepciones europeas. Quieren construir Estados tan centralizados y unificados como sea posible. Herederos de las administraciones coloniales, no conciben que el progreso sea posible sin que sea asegurado el “reino del derecho”, y éste se confunde, en sus mentes, con la técnica de la codificación en los países de lengua francesa, con la formación de un derecho jurisprudencial en los de lengua inglesa. El derecho que ellos aspiran a construir podrá, en estas condiciones, volver a tomar en consideración un número más o menos grande de soluciones de las reglas consuetudinarias; será, en su esencia, lo opuesto al “derecho tradicional”.

De hecho, se destruye el fundamento mismo del Derecho tradicional y se actúa de modo contrario a su espíritu, cuando se le transforma en derecho legislativo o jurisprudencial en la escala nacional o regional. Independientemente del cambio que tal renovación implica en su campo de aplicación, el Derecho consuetudinario recibe por esta causa —y ahí está lo esencial—, un rigor que le es extraño. El Derecho consuetudinario no es solamente el derecho de un grupo cuyas dimensiones no se pueden arbitrariamente cambiar; es según la tradición, un derecho dominado por el interés colectivo de ese grupo. La solidaridad de la comunidad está colocada en él por encima de los intereses individuales de sus miembros, a los cuales el derecho consuetudinario no reconoce ningún “derecho”, propiamente dicho. El derecho consuetudinario tradicional de las comunidades africanas y malgaches es antitético al rigor que conocen los textos legislativos o la adhesión a los precedentes, porque la idea de conciliación y arbitraje es su fundamento mismo, pero no la noción de derecho. Si se quiere respetar en su esencia el derecho consuetudinario, es menos importante por esta razón volver a tomar en consideración y reafirmar solemnemente sus soluciones actuales que mantener los procedimientos elásticos de aplicación y de evolución que le son propios; es necesario, en otras palabras, admitir una concepción pluralista de la sociedad: a los grupos que han desarrollado una costumbre, debe permitírseles continuar administrando esta costumbre: no podría haber fuera de eso un verdadero derecho consuetudinario. Nada se opone, además, a que se ejerza cierto control por una organización superior sobre las condiciones en las cuales la costumbre es administrada; pero el Estado no puede, sin arruinar la costumbre, sustituirse a las agrupaciones originarias para definir la costumbre y para administrar una justicia consuetudinaria.

Esta no es la vía que ha sido seguida por los Estados nuevos; y a decir

verdad había muy buenas razones para no seguirla. Los nuevos códigos, que han sido redactados o que se trata de redactar aquí y allá, podrán muy bien en estas condiciones ser establecidos "sobre la base de dichas costumbres"; estas "costumbres reformadas" no dejarán, sin embargo, de desnaturalizar completamente, en verdad, el derecho consuetudinario. Más grave todavía que la codificación o la renovación en precedentes judiciales nos parece ser, para el porvenir del derecho consuetudinario, la transformación que ha sido realizada, en numerosos países, en el sistema de administración de justicia.

Existía, de modo general, al tiempo de la colonización, dos categorías de jurisdicciones: unas especializadas en la aplicación del derecho consuetudinario y otras en la aplicación del derecho moderno. Esta dualidad desapareció cuando los países de África pasaron a ser independientes. Pareció extraño entonces que existieran en el mismo Estado dos especies de justicia, de las cuales una era fácilmente considerada, con razón o sin ella, como de un tipo inferior a la otra. Se realizaron importantes modificaciones, aquí y allá, para reformar la organización judicial: estas reformas integraron las jurisdicciones indígenas —en el futuro llamadas jurisdicciones de derecho local (*Local Courts*)— en un sistema unitario de administración de la justicia.³¹ En el Senegal, en Costa de Marfil, en Guinea, en Malí, en Camerún, en Ruanda, en los países del África inglesa, se ha realizado una reorganización después de la independencia; la distinción entre jurisdicciones de derecho moderno y de derecho consuetudinario ha dejado de existir.

Estas reformas están llamadas, según las apariencias, a tener consecuencias de vasto alcance en lo que se refiere al derecho consuetudinario. Aplicado de ahora en adelante bajo el control de jueces que son juristas, aplicado incluso directamente mañana por juristas, el derecho tradicional está destinado de modo inevitable a ser desnaturalizado, porque se le atribuirá una rigidez contraria a su naturaleza. Se ha observado ello en diversas partes: existe una oposición clara entre las concepciones de los juristas y las del derecho tradicional.

Otro factor más, desde la independencia, transforma en África los presupuestos de aplicación del derecho consuetudinario. El derecho consuetudinario, en los países del África inglesa, estaba, en principio, considerado como un elemento de hecho, cuando era invocado ante las jurisdicciones africanas "de derecho inglés".³² Esta manera de ver llegó a ser considerada como inconsecuente, puesto que, como dijo el presidente de la República de Ghana, "ningún derecho puede ser considerado como extranjero en su propio país".³³ El principio había sido ya moderado, a decir

³¹ Mangin (J.), *L'organisation judiciaire des États d'Afrique et de Madagascar*. "Rev. jur. et pol. d'outre-mer", 1962, pp. 77-134. Sobre los países africanos de *common law*, cf. Allot (A.N.), *Judicial and Legal Systems in Africa* (1962).

³² Allot (A.N.), *Essays on African Law* (1960), capítulo 4.

³³ N'Krumah (K.), *Law in Africa*, 6 "J. of African Law" (1962), p. 103. Se señalará, sin embargo, que la necesidad de establecer la existencia y la consistencia

verdad, desde la época de la dominación inglesa, al considerar las reglas de derecho indígena como notorias y, por tanto, susceptibles de ser aplicadas de oficio por los jueces cuando hubieran sido, en repetidas ocasiones, aplicadas en justicia. Ese principio fue abandonado, cuando las jurisdicciones indígenas fueron integradas en una organización judicial que pasó a ser unitaria.

Cuando se convirtió plenamente en derecho, pudo haber parecido que el derecho consuetudinario era objeto de una promoción. La nueva publicación, cada vez más generalizada, de recopilaciones de jurisprudencia consagradas a él, manifiesta igualmente la nueva posición que le ha sido reconocida. Sin embargo, la verdad es que al convertirse en derecho, el derecho consuetudinario pierde su alma. El principio de solidaridad que es su mismo fundamento, es contrario al principio de libertad y de individualismo sobre el cual se funda el derecho moderno. No hay que dejarse llevar por ilusiones: la costumbre convertida plenamente en derecho, no tiene mucho que ver con la costumbre de la tradición. La descolonización no sirve para rehabilitar la costumbre; en realidad, significa la muerte del derecho tradicional.³⁴

Sección II. Derecho moderno

El desarrollo del derecho moderno plantea a los Estados de África también problemas. Es seguramente muy deseable que este derecho continúe ligado a la familia de los derechos romanistas o a la del *common law*, con la cual se ha encontrado emparentado a causa de sus orígenes. Los países de África obtienen una gran ventaja de este parentesco, que los asocia estrechamente al pensamiento occidental y les permite utilizar instrumentos de trabajo y materiales producidos en otros países. Podemos preguntarnos, sin embargo, si en el campo jurídico no ha sido seguido demasiado de cerca, en lo que se refiere a las soluciones recibidas, el modelo de los países europeos. Se impone cierto trabajo para adaptar los derechos de África y de Madagascar, y para hacer evolucionar estos derechos de un modo que corresponda mejor a las condiciones y necesidades propias de estos países.

El derecho ha sido, demasiado a menudo, concebido y formado en África, de acuerdo con una óptica europea, que ponía en primer plano los problemas de los países desarrollados sobre el plano económico y

de una regla de derecho en justicia no implica, de ningún modo, que esta regla sea considerada como de derecho extranjero. Las costumbres de la antigua Francia debían ser probadas en justicia.

³⁴ Cfr. el restringido alcance dejado al derecho consuetudinario por la *Courts Act*, 1960 en Ghana: Ollennu (N.M.), *The Influence of English Law in West Africa* 5 "Journal of African Law" (1961), pp. 21-35; Elias (T.O.), *Ghana and Sierra Leone*, 1962 (vol. 10 de la colección "The British Commonwealth. The Development of its Laws and Constitutions").

sobre el plano social. Al ser el desarrollo la consigna en África y en Madagascar, el derecho debe de ser concebido esencialmente, en estos países, como un derecho del desarrollo,³⁵ pasando a ser secundarias todas las demás consideraciones con relación a este objetivo principal.

No se trata, es verdad, de sacrificar en África los valores morales ni la dignidad del hombre; pero es legítimo, en los países subdesarrollados, subordinar, más de lo que nosotros estamos dispuestos a admitir en Europa, el individuo a la comunidad, de acuerdo, por otra parte, con lo que ha sido el espíritu de la costumbre tradicional. De ahí debe proceder, sin duda, una jerarquía diferente de las materias: Derecho público y Derecho privado, mantienen relaciones diferentes en sociedades donde el progreso debe ser esperado más por iniciativa del Estado que por la de particulares demasiado pobres e ignorantes para evadirse de la rutina y de los prejuicios. De ahí debe proceder, también, una diferenciación de las soluciones con relación a los derechos europeos: los derechos naturales del hombre deben ser garantizados, pero podrán llevar consigo restricciones más severas que en Europa; el carácter "sagrado" del derecho de propiedad no debe ser un obstáculo a reformas agrarias que imponga una explotación racional del país; la legislación del crédito agrícola debe tener en cuenta el hecho de que los campesinos están a menudo llenos de deudas y debe contener medidas para impedir que los préstamos concedidos sirvan para pagar acreedores abusivos o sean empleados en gastos improductivos de ceremonias de matrimonio o de funerales.

Es necesario, en otro plano, en los países subdesarrollados, tomar en consideración las condiciones de aplicación del derecho, que no son las mismas que en Europa. Es muy útil extender la enseñanza del derecho,³⁶ publicar recopilaciones de leyes o de jurisprudencia y manuales jurídicos y facilitar la documentación en materia de legislación y de reglamentos africanos. Este trabajo, sin embargo, no puede dar en África los mismos resultados que en Europa. Ante la falta de agrupaciones profesionales y ante la falta de abogados y juristas, las reglas jurídicas corren un gran riesgo de permanecer letra muerta, o de no ser utilizadas en su beneficio más que por los elementos más evolucionados de la población, cuya posición privilegiada servirán entonces para reforzar, más que para reducir, como sería deseable. Más que hacia los derechos francés o inglés, puede ser interesante dirigirse, para encarar este problema, hacia los derechos elaborados por países menos desarrollados. Fuera de los países socialistas, el ejemplo de México puede ser considerado aquí: el código civil federal de 1928 y otros diversos códigos civiles, en ese país, permiten a los jueces descartar la regla *Ignorantia juris haud excusat*, si dadas ciertas

³⁵ Granger (R.), *Pour un droit du développement dans les pays sous-développés*, en "Dix ans de conférences d'agrégation. Études de droit commercial offertes à Joseph Hamel" (1961), pp. 47-69.

³⁶ Sobre la enseñanza del derecho en África, cfr. el volumen 6 del "Journal of African Law" (1962).

circunstancias, y vista la condición social de los interesados, la aplicación de tal regla no satisface la justicia.³⁷

Demasiado a menudo los países de África y Madagascar han recibido, en diversos campos, leyes que no eran apropiadas a sus condiciones particulares y a sus necesidades, porque eran simples copias, apenas encubiertas, de leyes hechas para un país europeo. Se puede reprochar a los administradores coloniales el recurrir a este procedimiento fácil. Pero el peligro ha aumentado mucho más que disminuido, con la descolonización. Los países de África y Madagascar son demasiado pobres, demasiado desprovistos de juristas, para poder estudiar de modo apropiado, cada uno por sí, qué legislación les convendría. Más que antes de la independencia, corren el riesgo de adoptar, sin discernir de modo suficiente, modelos de los que deberían alejarse.

Lo que es verdad en lo que se refiere a las leyes, lo es más todavía en lo que concierne a las convenciones internacionales. Es deseable, ciertamente, que los Estados de África y Madagascar participen de modo activo en la vida internacional. Hay que darse bien cuenta que sus intereses no están representados, o están mal representados, al proceder a la preparación de convenciones internacionales; la presencia de sus delegaciones, en las conferencias donde son preparadas dichas convenciones, no constituye más que un punto de vista formal, lo más a menudo, una garantía en su beneficio.

Es posible descubrir el interés de para los países africanos, así como que un país obtenga buenas leyes dirigiéndose a expertos, suficientemente conscientes para tomar en consideración las necesidades del país que recurre a ellos y con suficiente buen juicio para no proponer leyes, que en su país de origen, llenarían sus deseos de teórico. Es profundamente lamentable, sin embargo, que este trabajo se haga fuera de toda coordinación de esfuerzos; muy a menudo varias personas son llamadas a hacer, en diversos Estados, un trabajo que hubiera podido ser útilmente hecho por uno solo en beneficio de todos. La fragmentación de África en múltiples Estados no representa muy a menudo más que la prolongación de divisiones territoriales establecidas artificialmente por las potencias coloniales; dicha fragmentación corre el riesgo de ser desastrosa si tiene como consecuencia la fragmentación del derecho que había evitado, en gran medida, la colonización. En el momento en que los Estados de Europa aspiran a volver a encontrar la idea del *Derecho común*, los Estados de África y Madagascar no deben encaminarse, ignorando la lección de la historia, a un provincialismo jurídico contrario, tanto al interés de su desarrollo, como a la idea misma de Derecho.

El acceso a la independencia ha podido, en África y en Madagascar, suscitar el entusiasmo. Lo esencial, sin embargo, queda todavía por

³⁷ Aguilar Gutiérrez (A.) y Derbez Muro (J.) *Panorama de la legislación civil de México* (1960), pp. 7 y 15.

hacer: el desarrollo, en todos los planos, de los países que son hoy independientes. Este desarrollo puede, en ciertos aspectos, ser facilitado por la descolonización; la descolonización, sin embargo, no es suficiente para asegurarlo y aun en ciertos extremos lo vuelve más difícil. Desde el punto de vista estrictamente jurídico, expone a los nuevos Estados a la tentación de un nacionalismo estrecho, que debe ser rechazado. El desarrollo de los derechos de África y de Madagascar, necesario al progreso, será facilitado si esos países permanecen fieles a lo que es, a la vez, la tradición de los países romanistas y de los países del *common law*: "desnacionalizar" su derecho para buscar, en común, el desarrollo de su civilización a través de la realización de la justicia.

RENÉ DAVID

Profesor de la Facultad de Derecho de París

Traducción de Modesto SEARA

y

Héctor CUADRA