

DERECHO CONGOLÉS Y DERECHO ROMANO PUNTOS DE CONTACTO

1. Acabo de terminar mi segunda estancia en Elisabethville, como profesor visitante en la Facultad de Derecho (abril-mayo de 1965), y decididamente el Congo me atrae cada vez más.

Mi primera estancia (abril-mayo de 1959) ya me había hecho amar a la población congoleña. Asimismo me había hecho presentir la copiosa cosecha que un jurista puede recoger allí. Me había hecho descubrir y saborear las jurisdicciones congoleñas. Me procuró algunas amistades valiosas entre los magistrados: pienso, en primer término, en el señor Kalenda Mathieu.

Pero mi segunda estancia me puso más en contacto con la juventud africana. En tanto que en 1959 no tenía ningún alumno congolés, en 1965 tuve 134 alumnos repartidos en dos cursos:

Introducción al Estudio de Derecho Privado (para las primeras candidaturas en ciencias sociales, comerciales, políticas administrativas, económicas y financieras): 128 alumnos africanos y 4 europeos.

Historia del Derecho y de las Instituciones Jurídicas, partim: Derecho Romano antiguo y medieval (para la primera licencia en derecho): 6 alumnos africanos.

2. He concebido el primero de estos cursos: Introducción al Estudio de Derecho Privado, en su aspecto histórico, como un esbozo de la historia universal de Derecho Privado, ya que no sabía qué Derecho Privado elegir. ¿El derecho belga? ¿En qué atañía éste a los estudiantes africanos de primer año? ¿El derecho congolés? No me sentía competente para enseñarlo. He preferido, por tanto, esbozar la aparición sucesiva de grandes corrientes jurídicas desde los orígenes de la humanidad hasta la fecha.

En cuanto al Derecho Romano, él me ha procurado también una gran satisfacción: la de sentir el interés que los estudiantes africanos tenían por él.

La causa de este interés se me apareció en seguida: el Derecho Romano es muy afín por sus orígenes al derecho consuetudinario congolés. De suerte que mis estudiantes africanos se encontraban de golpe ante un punto de arranque cercano a sus tradiciones. Y la evolución ulterior del Derecho Romano les sugería puntos de comparación con la del Derecho Congolés. Partiendo de la fuente del río, ellos seguían su curso, al paso que mis estudiantes europeos debían recorrer el camino inverso: hallándose en su desembocadura debían remontarse a su fuente.

3. Este vaivén por el mismo valle presta a los estudios del Derecho Romano una juventud nueva.

En el pasado estos estudios ya tenían importancia sustancial para la Historia del Derecho, para entendimiento del Derecho Europeo y para el Derecho Comparado europeo.

De aquí que se añada una función más viva todavía: ayudar a aproximar el Derecho Africano y el Derecho Europeo. Es lo que el presente artículo se esfuerza por acometer. En esta tarea tropecé con dos dificultades de índole muy diferentes.

4. La primera consistía en la necesidad de ampliar mis conocimientos en Derecho Congolés. Esta dificultad no era insuperable.

Ya mis charlas con mis estudiantes congoleños de Bruselas y de Elisabethville, así como con los magistrados de jurisdicciones africanas me habían encaminado. Luego, buenos libros no faltan. Algo más: Bélgica puede enorgullecerse de los trabajos efectuados por sus magistrados, profesores e investigadores, así como por sus funcionarios para conocer el Derecho Congolés no escrito. Citemos solamente a un gran desaparecido: las obras de Antoine Sohier siguen siendo un faro para los lectores actuales y futuros, tanto por la precisión de su testimonio como por la sensibilidad de su juicio.

Por último, y más que todo, he tenido la dicha de entablar nuevas amistades en Elisabethville.

Mi colega Emile Lamy acaba de terminar la edición de su curso del derecho consuetudinario, materia que él domina con maestría y que le inspira entusiasmo comunicativo. Las charlas que he tenido con él han sido especialmente atractivas, por la juventud de su espíritu y su experiencia durante veinte años como magistrado en Rwanda. ¿No le han llamado sus ajusticiadores "el buen juez"?

En cuanto a la señorita Th. II. Centner, le debo a ella uno de los mejores libros que jamás haya leído: *El niño africano y sus juegos* (CEPSI, 1963). ¡Qué poesía en esta idea, el aproximarse a la mentalidad de los pueblos describiendo los ritos mediante los cuales los niños se esfuerzan por asemejarse a los adultos! ¡Cómo esto es sencillo, cómo es humano, cómo es verídico!

5. Empero, llego a la segunda dificultad que yo no me esperaba. A medida que las analogías y las diferencias entre el Derecho Congolés y el Derecho Romano se iban perfilando en mi espíritu, las veía esfumarse. Ponia en tela de juicio todo, a causa de la insuficiencia de mis conocimientos... en Derecho Romano.

Es sabido que nuestras fuentes para el conocimiento de la historia de la antigüedad son fragmentarias. Estas son sobre todo los escritos que dimanar de los autores que han vivido siglos después de los acontecimientos históricos y que carecen de todo sentido histórico. ¿Qué crédito

puede concederse a los grandes jurisconsultos de la época de los Antoninos y los Severos, cuando ellos pretenden describirnos los orígenes del Derecho Romano?

Por cierto, la arqueología y la epigrafía han aportado sus documentos de piedra. Pero, no son más que piedras, y nuestro conocimiento del Derecho Romano es a su semejanza.

Por el contrario, nuestros informes sobre el Derecho Congolés son mucho más precisos, más completos que las migajas de las sentencias que nos hablan del antiguo Derecho Romano. Y lo que sabemos del Derecho Congolés suscita varias interrogaciones sobre el Derecho Romano, a las cuales, lo temo, siempre nos será imposible responder.

En resumen, voy a comparar un templo a las ruinas. Allí donde el Derecho Congolés despliega sus colores, el Derecho Romano es gris. Allí donde el Derecho Congolés se perfila en relieve, el Derecho Romano no ofrece más que un punteado.

6. Pero lo que es apasionante es el hecho de que, al ver cómo viven los congolese, entendemos mejor a los romanos. Varias lagunas en nuestros informes sobre el Derecho Romano pueden colmarse, sin esfuerzo, si nos atrevemos a tomar prestados del Derecho Congolés algunos de sus colores, algunos de sus rasgos.

¿Es permitida semejante audacia? Lo creo, juzgando por el éxito de tantos intentos análogos.

El presente intento corroboró la convicción a la que llega mi *Droit privé des peuples* (Bruxelles, 1953), a saber: la semejanza eterna de los inventos humanos.

Las gentes se parecen, cualesquiera que sean los tiempos y lugares. Las elecciones ante las cuales la vida las coloca no son ilimitadas. Y las mismas causas producen, por lo común, los mismos efectos.

Por ende, en derecho se trata de conocer las causas: los factores que condicionan tal o cual sociedad. Para los fines de mi estudio, debo remontarme a los tiempos en que la sociedad romana se hallaba condicionada por los factores semejantes a los que condicionan la sociedad congolese.

7. Por eso, cuando se habla del Derecho Congolés y del Derecho Romano, es preciso entenderse. ¿Trátase del derecho primitivo de estos pueblos o del derecho desarrollado? La diferencia es grande. El Derecho Romano se ha transformado por completo y el Derecho Congolés parece estar en vías de hacer lo mismo. Ahora bien, sólo pueden compararse las cosas que tienen una medida común.

Por consiguiente, estudiaré el Derecho Congolés y el Derecho Romano en sus respectivas fuentes, en sus principios (en cuanto pueda hablarse de principios). A fin de precisar, estudiaré el Derecho Congolés antes que éste haya tenido contacto con Europa, y el Derecho Romano antes que

éste haya tenido contacto con el Mediterráneo: el Derecho Romano antes de las guerras púnicas (que cabalgan sobre el año 200 de nuestra era), el derecho exclusivo de los ciudadanos romanos, en sus relaciones entre sí (*jus civile*).

El hecho de que los ordenamientos jurídicos proporcionen ejemplos de estas crisis intelectuales y morales, que se designan como aculturaciones, es lo que acrecienta el interés de su comparación. Será preciso estudiar asimismo los fenómenos de la aculturación. Mas semejante estudio evidentemente requiere de una investigación previa referente a los orígenes de un ordenamiento legal. Empecemos por ello.

8. La comparación entre el Derecho Congolés y el Derecho Romano, en sus respectivos orígenes, puede resumirse en la siguiente conclusión: ambos ordenamientos se semejan en lo concerniente a las personas, pero se diferencian en lo tocante a los bienes.

En cuanto a las personas: encontramos de ambos lados la concepción fundamental del poder del grupo familiar, que se expresa en la pertenencia de cada quien a una sola familia (sea paterna o materna), en los poderes del jefe, en los círculos concéntricos formados por el hogar, o sea la "familia nuclear" (*domus*), por el conjunto de familiares que se conocen entre sí, o sea la "parentela" (*agnati*), por el conjunto de familiares que ya no se conocen entre sí, o sea el clan (*gens*).

En cuanto a los bienes, el Derecho Congolés no favorece su acumulación, ni la desigualdad fundada en la riqueza, en tanto que el Derecho Romano lo hacía. En Derecho Congolés primitivo ha habido poco comercio, no ha habido propiedad individual de tierras, ni la necesidad de ahorrar, la seguridad social estaba garantizada por el juego de las obligaciones mutuas entre los parientes.

En Derecho Romano se observa todo lo contrario: el comercio aparece bastante temprano, la propiedad individual de tierras se deriva de la acción de participación, que lleva un nombre arcaico (*actio familiae erciscundae*): la familia no necesita de ayuda o auxilio, y las conquistas traerán constantemente esclavos y tierras.

9. A fin de precisar este juicio, lo más sencillo y lo más seguro será seguir paso a paso, comentándolo, el *Traité élémentaire de droit coutumier du Congo Belge* de Antoine Sohier (Bruxelles, Larcier, 2ª edición, 1954). Punto de arranque para el conocimiento profundo del derecho consuetudinario y de su futura evolución, este libro corona la obra del autor, de quien puede decirse, con razón, que él fue el padre y fundador de los estudios del derecho consuetudinario congolés en Bélgica y el Congo (E. Lamy, *Le problème de l'intégration du droit congolais: son origine, son évolution, son avenir*, en la "Revue juridique du Congo, Droit écrit et Droit coutumier", año 41, número especial, 1965, p. 151). Por consiguiente, citaré esta obra maestra de Sohier bajo la sigla A. S., seguida de la indicación de la página.

I. FUENTES DEL DERECHO

10. El Derecho Congolés primitivo es un derecho no escrito.

El Derecho Romano primitivo tenía la misma forma. En verdad éste conoció leyes escritas desde el III y tal vez el IV siglo antes de nuestra era. Incluso se pretende hacer remontar al siglo V la célebre ley de XII Tablas, que, según los romanos, constituía un cuerpo completo de leyes civiles y penales. Pero, dudo mucho que en este caso se pueda hablar de leyes, menos aún de un código, en el sentido moderno de este vocablo. Los fragmentos que nos han llegado son más bien pullas del derecho consuetudinario, tales como los congoleses las conocen por centenares, bajo la forma de proverbios.

11. Las poblaciones congolesas tienen en común el carácter de la movilidad.

Sin ser propiamente nómadas, estaban poco ligadas a su suelo, unas cazadoras o pastoriles y las otras practicando una agricultura extensiva que, al cabo de cada ciclo, requería el abandono de las tierras agotadas y la partida hacia una región más fértil. (A. S., 13.)

Cuando los romanos aparecen en la historia, son sedentarios. Fundan una "ciudad", o tal vez sólo una gran villa. Esta villa se sitúa en la intersección del Tíber y del camino norte-sur, que religa a los etruscos con los griegos, vecinos de mucha monta. De allí los romanos iniciaron sus conquistas. Éstas no fueron jamás migraciones.

12. La población congolesa está formada de elementos de orígenes muy diversos. En el curso de las migraciones, sus derechos, diferentes en su origen, se han modificado más aún para poder resolver los problemas que planteaba cada medio ambiente, cada aldea y cada nuevo modo de vivir. Así se explica que las costumbres sean muy diferentes... Así, desde el punto de vista político, se encuentran las texturas más variadas: el régimen republicano, el régimen feudal, la monarquía. En lo tocante a la familia, se observan dos regímenes contrapuestos, el patriarcal y el matriarcal, este último hallándose dividido en el sistema matrilocal y patrilocal. (A. S., 13-14.)

¿Fue así en Roma? Sin duda esto no se sabrá nunca. Según la leyenda, la población de Roma en su origen se constituía por tres tribus: Ramnes, Titios y Lucres, que han dejado huellas en la constitución (*comices trisutes*). ¿Pero de dónde venían? ¿Qué es lo que las caracterizaba?

En la época histórica, Roma se hallaba dividida en dos clases sociales: patricios y plebeyos. Según la teoría que me parece ser la más verosímil, los patricios representaban la aristocracia hacendada y la plebe la población

urbana. ¿De dónde venía esta población? ¿Eran ellos miserables que no tenían nada?

En Derecho Congolés, en todo caso, las antítesis sociales parecen estar menos acentuadas.

13. La costumbre tiene una gran fuerza de adaptación a situaciones nuevas. Ha evolucionado constantemente a medida que se modificaban las condiciones de su funcionamiento, y el derecho vigente ya es muy diferente del que ha encontrado el Estado independiente. (A. S., 14.)

La evolución constante es también característica del Derecho Romano. Uno de los encantos de su estudio reside precisamente en el espectáculo de las metamorfosis de una sociedad en un fresco milenio.

Hay que ver en ello ante todo la consecuencia del carácter flexible de la raza negra, su anhelo de superarse y de adaptarse al progreso, desde que ella se dio cuenta de él, la falta de contornos definidos en sus creencias, la endeblez de sus instituciones, su extrema división, todo fundiéndose en un espíritu de colaboración que no pide nada más que el clima de benevolencia para desarrollarse. (A. S., 14.)

Salvo esta "endeblez de instituciones" los rasgos anteriores se aplican también a los romanos. Sus creencias tampoco tenían "contornos definidos", puesto que la mitología romana ha sido tomada prestada de los griegos. Los romanos tenían la misma flexibilidad de carácter que los congolese y diferían de los griegos en este respecto. Para estos últimos todo lo que no era griego era bárbaro.

Los romanos, por el contrario, sabían acoger ideas ajenas. La leyenda relata que Rómulo, habiendo hecho las paces con los sabinos, les tomó prestado el modelo del escudo. "No hay ningún deshonor en aprender del enemigo" (*fas est ab hoste doceri*). Merced a este rasgo de carácter los romanos han sabido edificar un sistema legal común a todos los pueblos de su imperio. Lo han hecho, no imaginándose leyes enteramente nuevas (tenían muy poca imaginación para ello), sino juntando con paciencia los elementos comunes recabados de los derechos de todos estos pueblos (*jus gentium*): método realista, cuyos resultados han resistido los embates de siglos.

Sohier parece vislumbrar una solución análoga en el Congo, al escribir:

El derecho consuetudinario se unificará evolucionando hacia el derecho europeo. Cabe admitir que un día estos dos derechos pueden aproximarse entre sí lo suficiente para fundirse, mediante la introducción en el Código Civil de las reglas consuetudinarias, bajo una forma adecuada a la nueva sociedad africana. (A. S., 16.)

Cada costumbre, debiendo satisfacer todos los requisitos de un Estado, contenía necesariamente todas las ramas del derecho, al menos de un modo rudimentario: reglas políticas, administrativas, civiles, penales, etcétera... Claro está que los negros —cuyo sentido jurídico, mucho más desarrollado de lo que se cree comúnmente, seguía no obstante siendo rudimentario— no hacían semejantes distinciones. “Pero ellas derivan de la naturaleza misma de las reglas y materias a las cuales se refieren”. (A. S., 17.)

Lo mismo puede decirse del Derecho Romano arcaico.

Por ejemplo: Éste no distinguía de un modo neto entre el Derecho Privado y el Derecho Público. Así, la adopción (*adrogatio*) se efectuaba ante los comicios curiados en la misma forma que la adopción de una ley (*rogatio*).

El Derecho Romano tampoco distinguía entre el Derecho Civil y el Derecho Penal. La *lex Aquilia* (286 antes de la nueva era), disponía que el que matara un esclavo ajeno debería pagar el valor más alto que el esclavo hubiera tenido en el curso del año transcurrido. La idea que preside a esta regla es la reparación del daño (Derecho Civil). Pero la reparación prevista en la ley puede exceder del monto de los daños (el valor del esclavo en el día de su muerte). A causa de este rebasamiento, la ley Aquilia revestía carácter penal y los jurisconsultos la han interpretado siempre de este modo.

Sin embargo, me apresuro a añadir que uno de los galardones de gloria de los romanos fue precisamente la definición y clasificación de los conceptos jurídicos.

Al crear una doctrina jurídica sólidamente construida, los romanos han superado a todos los pueblos que les habían precedido, al grado de que sus definiciones y categorías nos sirven de guía hasta la fecha.

Sin duda, la sociedad africana, al lado de las reglas jurídicas que forman el *jus*, conocía otras reglas que consideraba como obligatorias en razón de las creencias religiosas y mágicas, prohibiciones, la subordinación de los vivos a los muertos, etcétera... el *fas* y el *nefas*. Es más, allí en el campo del derecho no se encuentra la costumbre, tal como la hemos definido. La naturaleza de estas reglas, sus fuentes y sanciones, las autoridades encargadas de su aplicación, el procedimiento, todo es diferente del campo jurídico. (A. S., 17.)

Se ve que el propio Sobier toma prestado de los romanos su lenguaje. Y claro está que el Derecho Romano, al igual que el Derecho Congolés, se hallaba dominado por las creencias religiosas.

Todo el procedimiento, en un principio, se hallaba en poder de los sacerdotes (pontífices, augures). Ellos habían de determinar, en primer término, el lugar (*jus*) y el día (*dies fastus*) en que la acción sería de agrado

para los dioses, *Agere* significa llevar a cabo los ritos que llaman la atención de los dioses. El juramento (*sacramentum*) tiene por finalidad ofrecer a los dioses (*exsecrare*) el perjurio. El patrón que no cumple con sus deberes hacia su cliente (un extranjero, que como tal, no se beneficia de la protección del *ius*) se castiga por los dioses (*sacer esto*). La joven concedida en matrimonio debe despedirse en forma solemne de sus antepasados (*detestatio sacrorum*), puesto que los antepasados, es decir los espíritus (*di i lares, manes, penates*), siguen gobernando los hogares. La leyenda romana conserva huellas de ordalías (el duelo entre los Horacios y los Curiacios; M. Scavola, que se quemó por su propia voluntad la mano derecha). Todo el formalismo antiguo se halla impregnado de magia, e incluso el término jurídico por excelencia, *obligatio*, tiene la misma raíz que *religio*.

16. ¿Cómo es que los jueces y administradores belgas conocieron las costumbres congoleesas? Interrogando a los notables (A. S., 19).

Puede decirse que los romanos procedían del mismo modo. Mientras que su derecho era no escrito estos notables eran el colegio de pontífices que delegaban, cada año, a uno de ellos, a fin de prestar ayuda a los particulares (*qui quoque anno praeesset privatis*). Y cuando el Derecho Romano conoció la forma escrita, ¿quiénes eran los notables a los que se pedía consejo y que convirtieron el derecho en su monopolio (por otra parte, gratuito)? Los grandes jurisconsultos.

17. Al lado de los notables había también escribanos, incluso en la época en que las sentencias judiciales no se redactaban.

Estos escribanos, en largas charlas con sus hijos o sobrinos, les contaban los procesos a que asistían e incluso los procesos más antiguos, la información sobre los cuales han recogido de la boca de sus antecesores. Así, los escribanos estaban en aptitud de certificar no solamente los litigios sustanciados durante el ejercicio de sus funciones, sino también los de las generaciones anteriores: ellos eran al mismo tiempo archiveros. (A. S., 104.)

Los pontífices romanos tenían esclavos que, tal vez, desempeñaban un papel similar. En todo caso, el pueblo reconoce mucho a aquel (Gn. Flavius) que les revela los secretos de sus maestros.

Por el contrario, la República Romana no ha conocido tribunales permanentes, al menos en materia civil. Así, el Derecho Romano no descansa en la jurisprudencia.

18. Sohier, que conoció bien a los congoleeses, hace constar que ellos experimentan "una necesidad inmensa de justicia" y que son "sumamente pleitistas" (A. S., 36).

Creo que lo propio puede decirse de los romanos. Su sed de justicia se manifiesta en el respeto a la regularidad. Incluso la guerra ha sido

tratada como una institución: ella requería, para tener éxito, una declaración en forma determinada por los sacerdotes especializados (*fetiales*) y debía resolverse por un tratado (*foedus*).

En cuanto al espíritu pleitista de los romanos, éste se ilustra por el hecho de que sus juristas hayan pensado en términos de procedimientos, de acciones y excepciones, de réplicas e interdictos. Todos los medios de derecho disponibles se hallaban catalogados en el edicto del pretor, y este documento se publicaba en el foro, en que todo el mundo podía tomar conocimiento de aquéllos, con la ayuda de los jurisconsultos.

II. EL RÉGIMEN DE CLANES

19. Ya he hecho hincapié (*supra* núm. 8) que la analogía fundamental entre el Derecho Congolés y el Derecho Romano consiste en el régimen familiar. Ahora bien, cuando se considera en que la materia de la familia constituye la parte principal de todo el derecho consuetudinario, se comprende toda la importancia de esta analogía.

El Derecho Congolés y el Derecho Romano conocen los mismos círculos concéntricos: el hogar (*domus*), la parentela (*agnati*), el clan (*gens*). Aquellos a quienes los congolese llamaban *nduku* los romanos los llamaban *gentiles*: parientes lejanos que no se conocen personalmente, pero que tienen el mismo totem (en el Congo), o los que llevan el mismo nombre (*nomen gentilicium*: Los Mucios, los Julios, los Sempronios, los Cornelios, etcétera).

Ambos ordenamientos legales practican el parentesco unilateral. Sin embargo, las costumbres congoleseas se dividen en paterlineales y materlineales según que el parentesco exista sólo del lado paterno o del lado materno. El Derecho Romano es únicamente paterlineal.

No obstante ello, parece que el Derecho Congolés ha conservado una huella del régimen contrapuesto: el término mismo de *avunculus*, tío materno. Se sabe que en el régimen materlineal la autoridad por lo común se ejerce por un hombre, pero en vez de que éste sea el padre, es el hermano de la madre. Ahora bien, esta forma de patriarcado se llama precisamente avunculado, de *avunculus*, diminutivo de *avus*, el anciano, el jefe.

Pienso también en una situación diferente. En Derecho Romano las hijas heredan, al igual que los hijos, pero en seguida, cualquiera que sea su edad, recaen bajo la tutela de los hombres, siempre que éstos sean púberes.

Esto quiere decir que el poder que una hija hereda no se ejerce por ella, sino por su hermano.

Por ende, no es de excluirse la hipótesis de que los romanos (o una de sus tribus) hayan conocido un matriarcado materlineal.

20. El Derecho Congolés reconoce un parentesco secundario, un lazo jurídico con la rama (paterna o materna) de la familia que no ejerce el poder. Este lazo se expresa por el deber de protección. La esposa se queda bajo la protección de sus hermanos, incluso cuando forma parte del grupo de su marido.

Un privilegio de matrimonio puede existir en favor de los primos. Él (el congolés) tiene la obligación de respeto y ayuda hacia estos parientes. A veces, al llegar a la edad madura, tiene el derecho de adherirse a esta parentela, en la que será recibido no como un extranjero a título de cliente, sino sobre un pie de igualdad (A. S., 41-42.)

21. ¿Existía la misma situación en Derecho Romano? Lo ignoramos. Después de las guerras púnicas se estableció la regla de que la mujer casada quedaba bajo el poder de su padre (*matrimonio sine manu mariti*). Quedaba, por tanto, bajo su protección, no obstante vivir en la casa de su marido. Pero el Derecho Congolés va más allá: en éste, el padre sigue ejerciendo su protección, incluso cuando la hija se halla bajo el poder del marido (*matrimonio cum manu mariti*).

El hombre debe siempre tomar a la mujer fuera del círculo de sus parientes e incluso fuera de su clan, trátase de cualquier grado de parentesco. Pero es permitido, e incluso en ciertos casos jurídicamente recomendable, casarse dentro del círculo del parentesco secundario. (A. S., 42.)

Los romanos practicaban también la exogamia, sin embargo, sin imponer la elección fuera de la *gens* y sin recomendar que ésta recaiga sobre los parientes secundarios.

22. Según ciertas costumbres, la mujer, al casarse, entra en la parentela de su esposo. Pero, según la mayoría de las costumbres, tanto en el régimen paterlineal como en el régimen materlineal sigue siendo miembro de su propia parentela.

Así, los esposos forman parte de parentelas diferentes. Como los hijos no participan más que de una de estas dos parentelas, se entiende que ellos son de una parentela diferente de la de su madre en el régimen paterlineal y de la de su padre en el régimen materlineal (A. S., 42).

Por lo que se refiere a la mujer, el Derecho Romano ha evolucionado. Antes de las guerras púnicas la mujer se casaba *cum manu mariti* y recaía bajo el poder del marido del jefe de ésta. Después de estas guerras, una de las formas de la emancipación de la mujer ha sido el matrimonio *sine manu mariti*, quedándose la mujer bajo la autoridad de su padre o del jefe de éste.

Mas en cuanto a los hijos, no ha habido cambios: ellos siguieron bajo el poder del marido, incluso en el matrimonio *sine manu*. Sólo los hijos ilegítimos seguían en el clan de la madre.

23. En el régimen materlineal de acuerdo con ciertas costumbres, la mujer sigue viviendo con su parentela aun después del matrimonio, conservando sus hijos cerca de ella. Es el régimen matrilocal. En este caso, los hijos con frecuencia residen con una parentela diferente de la de su padre. Por el contrario, en el régimen patrilocal la mujer vive con sus hijos en la casa de su marido: ellos son extranjeros en la parentela en que viven. (A. S., 42.)

El Derecho Romano era patrilocal. Pero, una institución curiosa permitía a la mujer escaparse a la *manus* de su marido: ella consistía en alejarse de él durante tres noches consecutivas (*usurpatio trinoctii*). ¿Cabe suponer que la mujer iba a pasar estas tres noches con su familia de origen? Y, de ser así, ¿no hay aquí un vestigio de la matrilocalidad?

24. La parentela se deriva del padre, origen del grupo. Éste requería una gran cohesión, ya que en el bosque o en las planicies se exponía a mil peligros, la naturaleza severa, animales salvajes, vecinos hostiles. No había lugar para un hombre aislado. No menos temibles eran las fuerzas invisibles: Dios a quien había que implorar, los espíritus que había que conjurar. Por ende, el padre ha debido ejercer un poder omnímodo en los aspectos más diversos: sacerdote, sacrificador, él dirige los trabajos, manda a los jóvenes reunidos en milicia cuando la seguridad común exige que se tomen armas y que se rinda justicia.

Simiente de todo, guía indispensable, él adquiere carácter sagrado: Todo le pertenece, los seres y las cosas. Teóricamente, todas las mujeres son sus mujeres. Él puede disponer de la vida y de los bienes de todos. Es omnipotente: es el *régimen patriarcal*.

Pero, esto es una visión filosófica contra la cual la vida reacciona con sus necesidades prácticas y sus sentimientos humanos. El Derecho es diferente. Trae varias cortapisas al absolutismo teórico del padre.

La principal de ellas reside en la naturaleza misma de su autoridad: ella no es una soberanía, sino una paternidad. Consiste en el deber de protección y defensa de su grupo, así como de sus miembros. No puede ser tiránica, sin contravenir a su esencia misma. El deber de los miembros del grupo hacia el padre no se basa en la sujeción, sino en la calidad de hijo. Es adhesión respetuosa más que obediencia, la cual se halla limitada por el hecho de que ellos puedan contar con la benevolencia del jefe de familia. (A. S., 43.)

Esta larga cita vale también literalmente para el Derecho Romano. Si el *paterfamilias* teóricamente tiene plenos poderes en su grupo, de

hecho éstos se hallan limitados por su finalidad que es la salvaguardia del grupo. Por lo demás, el vocablo *pater* tiene un matiz protector que se evidencia de una manera neta en el título conferido a los ciudadanos que han salvado a la patria: *pater patriae*.

25. Fallecido el padre inicial, el poder de dirección de la parentela pasa al mayor del grupo. Él recoge su título, su autoridad y sus deberes. Aun siendo hermano, tío o primo de otros miembros, jurídicamente él se convierte en su padre.

La sucesión en la calidad de padre o anciano se verifica de dos modos, según las costumbres. A veces, en el régimen patrilineal es una sucesión vertical, de padre a hijo, en línea directa. Un procedimiento raro, instituido por las familias poderosas, a fin de acrecentar su autoridad. Pero el régimen más frecuente y, por lo demás, más natural, es la sucesión horizontal. Fallecido el anciano, éste se sustituye por su hermano segundogénito. Después de éste, el título pasa al hermano siguiente y así sucesivamente hasta que esta generación se extinga. El poder se transmite entonces al mayor de la generación siguiente, luego al que le sigue en esta generación, hermano o primo, el rango se halla determinado según las costumbres, siguiendo reglas muy complejas. Esta generación, en el régimen patrilineal, será constituida por los hijos de los miembros de la generación anterior que se han sucedido en el mando, pero, en el régimen matrilineal, por los hijos de sus hermanas, puesto que sus propios hijos forman parte de otra parentela, la de su madre. (A. S., 43-44.)

Reglas diferentes se aplicaban en Derecho Romano. Al menos, los informes de que disponemos presentan el siguiente orden de sucesión: en primer lugar, el heredero testamentario; a falta de éste, todos los que se hallaban bajo el poder inmediato del fallecido (*heredes sui*); a falta de éstos, el agnado más próximo (*agnatus proximus*); a falta de éste, los *gentiles*.

Me parece evidente que este sistema no ha podido ser el más antiguo. ¿Cómo un pueblo ha podido conocer de golpe el testamento? ¿Cómo el poder ha podido transmitirse por partes iguales a varios herederos? ¿Cómo explicar que estos herederos comprendían también a mujeres (las hijas, la esposa *in manu*), en tanto que la familia romana era patrilineal?

26. La autoridad del anciano, así como la del anciano de clan o del soberano, según el régimen de clan, reviste carácter esencialmente religioso. Él es intermediario entre el grupo y los antepasados, sacerdote y sacrificador. Se le venera, como representante de poderes superiores. Teóricamente, todo le pertenece y él puede disponer de todo. Pero, esta concepción que, sin duda, estaba a la base del derecho primitivo,

no ha subsistido jurídicamente. Los poderes del anciano se limitan a su persona, aunque sagrada no es intangible: él puede ser apartado de su cargo e incluso depuesto. (A. S., 44.)

Lo anterior se aplica también al Derecho Romano, salvo las últimas palabras: no se conoce un ejemplo de un *paterfamilias* que haya sido apartado de su cargo o depuesto. Sus poderes terminan con su muerte, cualquiera que sea la edad de las personas que estén bajo su poder (*alieni juris*).

Es verdad que a un *paterfamilias* loco o pródigo se lo colocaba bajo curatela, siendo el curador el agnado más próximo. Esto equivalía a transmitir el poder a este agnado.

27. Sus hermanos deben ser tratados como tales. Él debe aconsejarse con ellos en los casos más graves. Así, los mayores constituyen el consejo de familia. (A. S., 44.)

El *paterfamilias* romano tenía también su *consilium propinquorum* al que debía consultar, principalmente si quería repudiar a su esposa.

28. Siendo una sociedad incompleta, generalmente aislada, que debe ante todo asegurar su propia existencia, la parentela es un verdadero pequeño Estado. Tiene su patrimonio, su justicia y su milicia. Constituye una mutualidad: sus miembros se deben entre sí ayuda, como hermanos. Es cooperativa: ciertos trabajos tales como el desmonte, construcciones, rutas, la caza, se hacen obligatoriamente en común. Sin embargo, no se trata de un régimen comunitario: cada quien, aparte de las amplias obligaciones arriba mencionadas, sigue siendo dueño de sus bienes y de su libertad. El cultivo de la tierra es individual. (A. S., 44-45.)

Todo esto vale también para el Derecho Romano. Fallecido el jefe de la familia, los hijos siguen viviendo unos al lado de otros (*fratres consortes, societas fratrum*). Pero, en modo alguno se trata de una propiedad colectiva: cada quien puede, en cualquier momento, provocar el reparto de bienes (*actio familiae erciscundae*) y retirarse de la sociedad.

Se distingue muy bien entre los bienes personales del anciano y el patrimonio común, constituido por los bienes raíces de la parentela, los tributos, los productos de la dote, los créditos del grupo hacia otros grupos y los derechos sobre los miembros de la parentela, tales como el derecho de obtener dotes. (A. S., 45.)

No se observa semejante dualidad de bienes en el seno de la familia romana.

30. La familia congoleza comprende también a los adoptados, a los clientes y a los esclavos (A. S., 45).

Lo mismo que en el Derecho Romano.

31. La autoridad paterna

en teoría, compete exclusivamente al anciano que detenta todos los poderes sobre todos los miembros del grupo. Pero jurídicamente una parte del poder se reconoce al mayor sobre el menor y, de un modo general, cada miembro de la generación del anciano se considera como padre por todos los miembros de la generación siguiente. Él tiene los derechos y deberes de la paternidad. Así, un africano llama con frecuencia padre a su hermano mayor, siempre que sus tíos pertenezcan a la misma familia que él, tíos paternos y maternos, según que se trate del régimen patrilineal o materlineal. ¡Cuántas veces un europeo queda decepcionado por las afirmaciones de paternidad erróneas y, sin embargo, hechas de buena fé! Para saber de un africano quién es su padre natural es necesario preguntarle: "¿quién os ha engendrado?" Lo mismo se aplica al título de madre que se concede a las mujeres de la generación anterior. (A. S., 46.)

En Derecho Romano no se encuentra esta concepción amplia de la paternidad y la maternidad. Sin embargo, los romanos hacen una distinción entre el jefe de familia (*paterfamilias*) y el padre (*genitor*).

32. En el régimen matrilineal . . . , el poder paterno corresponde teóricamente al anciano de la parentela de la madre, pero de hecho se ejerce por el hermano de la madre, es decir, por el tío materno. Debería ser el hermano mayor, pero cuando haya varios hermanos y hermanas el reparto de las hermanas se hace entre los hermanos. El hermano que haya adquirido los derechos y obligaciones sobre su hermana, que ha llegado a ser su poseedor, ejerce derechos sobre sus hijos. (A. S., 46-47.)

En Roma, la costumbre no imponía este reparto. La tutela y la curatela han sido consideradas como derechos para el agnado más próximo. Cuando varios colaterales estaban próximos en el mismo grado (hermanos, tíos), podían ejercer sus derechos colectivamente. Sin embargo, el *paterfamilias* evitaba semejante situación, repartiendo los cargos en su testamento. Pero, ello nos lleva al Derecho Romano evolucionado.

33. En Derecho Congolés la emancipación es

una noción que ni siquiera puede imaginarse, que no tendría sentido. Lograr la exención de las cargas de la parentela sería renunciar a sus ventajas, excluirse, aislarse. Sujeción significa siempre protección. Como

el hombre no podía vivir aislado, el único modo para él de sustraerse a las obligaciones de un grupo era pasarse al otro grupo, volviéndose menor, afectado de incapacidad en su nueva parentela, tal como lo era en la antigua. Este traspaso podía efectuarse mediante la adopción en la nueva familia, o bien, tornándose cliente o esclavo de la misma. (A. S., 47-48.)

El mismo principio regía en Derecho Romano. La emancipación (*e-mancipatio*) consistía en una venta fuera de la familia. Si esta venta se hacía en Roma, entre los romanos, el hijo quedaba libre. Cuando ella se hacía en el extranjero (*trans Tiberim*), entre los etruscos, aquél se volvía esclavo. De todos modos, la emancipación llevaba aparejada una incapacidad, *capitis deminutio*.

34. Cuando la función de jefe toca en suerte a un muchacho demasiado joven para desempeñarla

la tutela podrá ejercerse por la madre o la mujer primera en dignidad, pero asimismo podrá encomendarse a un colateral e incluso a un esclavo. (A. S., 48.)

Nada semejante en Derecho Romano. El tutor es, en principio, el agnado más próximo. Él puede ser designado también por el testamento del *paterfamilias*. Pero, no se dio ningún caso en que la elección recayera sobre la madre, la viuda, un colateral o un esclavo.

35. En el régimen matrilineal, puede un padre adoptar a su propio hijo, a fin de introducirlo en su parentela. (A. S., 49.)

En Roma nada impedía al padre de la esposa hacer lo mismo.

Al igual que en régimen patrilineal, un pariente secundario puede adoptar con el mismo fin al hijo de su hermana. (A. S., 49.)

Fue lo que hizo Julio César con su sobrino Octavio.

La mujer también puede adoptar (A. S., 49).

Esto se concibe en régimen matrilineal, pero no se concebía en Roma, en régimen patrilineal; allí la mujer no puede tener una descendencia. *Mulier est finis familiae suae*.

Un segundo tipo de adopción es la que se verifica entre los miembros de la misma parentela. Un abuelo puede adoptar a su nieto, a fin de concederle el rango de hijo. Un padre puede dar a uno de sus hijos menores la calidad de mayor, a fin de convertirse en cierto modo en su ayudante y subrogarlo en sus derechos. (A. S., 49.)

En Roma, las cuestiones de esta clase se resolvían por vía testamentaria. En efecto, el testamento romano deriva de la adopción.

36. Teóricamente, todo lo que pertenece a cada miembro del grupo está a disposición del anciano, ya que se presume que él lo debe a la benevolencia de aquél y, de todos modos, él tiene hacia aquél el deber de la ayuda ilimitada. Pero, de hecho, se iban estableciendo reglas precisas, fijando la parte del producto de sus actividades que cada quien debía entregar, por ejemplo, determinado trozo de cualquier animal cazado, una parte de la cosecha, algunos valores recibidos en recompensa de un arrendamiento de servicios, etcétera.

Este tributo tenía una significación compleja. En primer término, el reconocimiento de la autoridad. Una señal de afecto: los hijos deben al padre ayuda y manutención. Asimismo la participación en gastos comunes. Por último, una prima de seguro: a cambio del sacrificio hecho en el periodo de prosperidad, se aprovechará en caso de necesidad, de la ayuda de la gran mutualidad constituida por el grupo. Tributos menos importantes debían ofrecerse a otros padres jurídicos, los que, por lo demás, los devolvían en forma de protección y regalos. (A. S., 50.)

Tributos semejantes han podido existir en Derecho Romano. Pero, no hay más testimonios que en lo concerniente a los trabajos (*operae*) debidos por los clientes.

37. Además, cada habitante debía participar en los trabajos de interés general, tales como los caminos, la construcción y manutención de edificios públicos, la reforestación; en los trabajos del jefe, de los que no constituían más que una de sus variantes; en los trabajos de interés colectivo, tales como la caza con armas de fuego.

Él debía, además, trabajos de solidaridad, es decir, ayudar a otros miembros en sus trabajos personales, cuando ellos estaban incapacitados para efectuarlos solos, tales como la tala o la construcción de habitaciones.

Este sistema de trabajos obligatorios con ayuda mutua funcionaba a menudo con una eficiencia notable. La belleza, la regularidad, la limpieza de determinadas aldeas eran admirables. Trabajos tales como la reforestación indicaban preocupaciones que rebasaban a la generación que los efectuaba. (A. S., 50.)

Esta bella idea de solidaridad pública no aparece en las fuentes romanas. El romano, al menos en el derecho evolucionado, es un individualista preocupado más que todo por lo tuyo y lo mío (*suum cuique tribuere*). Para lo demás él se remitía a las instituciones y funciones públicas.

Pero el individualismo es un producto de la prosperidad. Allí donde los romanos eran pobres, se ayudaban entre sí, como lo hacen todos los pueblos pobres. Testigo de ello es un embajador cartaginés que hacía burla del hecho de comer en todas partes en la misma vajilla, puesto que en Roma, en el siglo III antes de nuestra era, no había más que un solo servicio de plata.

38. Fuertemente aglomerados y jerarquizados, animados de un espíritu de cuerpo que, por el afecto al anciano y el culto de los antepasados llegaba hasta el fanatismo, las parentelas eran extremadamente fuertes frente a cualquier poder y se oponían a otras parentelas, incluso a las parentelas hermanas. A consecuencia de ello, se hallaban unos frente a los otros en la situación de Estados vecinos, teniendo más bien relaciones de Derecho Internacional Público que de derecho interno. Las disputas entre ellas no se resolvían por el recurso a un poder superior ni apelando a tribunales, sino por las negociaciones, el arbitraje y el recurso a la fuerza. (A. S., 51.)

El recurso de la fuerza ha dejado asimismo huellas en las fuentes romanas. El ladrón nocturno podía ser muerto. La fractura de un brazo o de una pierna llevaba aparejada la aplicación del talión.

Es verdad que esta aplicación suponía que las negociaciones previas habían fracasado: *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*.

Por otra parte, los romanos a veces recurrían a un "poder superior". Pero, este poder eran los dioses: el antiguo procedimiento romano deriva de la magia (*supra*, núm. 15).

39. A consecuencia de ello, los miembros de la parentela, en cuanto que asociados, la comprometían frente a los miembros de otros grupos y se consideraban por éstos solidariamente responsables no sólo hacia la parentela, sino también hacia sus parientes: solidaridad activa y pasiva en todas las materias, incluso la penal. (A. S., 51.)

El Derecho Romano ofrece aquí una analogía completa con el Derecho Congolés. El derecho de las obligaciones descansaba en Roma en la toma de rehenes (*nexi: infra*, núm. 57). Cuando una persona había cometido un delito, su grupo solamente podía purificarse mediante el abandono noxal del culpable (*noxae deditio*). *Noxa* significa venganza. Pero en Derecho Congolés la solidaridad familiar va muy lejos:

Un hombre que se paseaba inocentemente en una aldea ha sido detenido allí porque un miembro de la parentela debía valores o una indemnización a uno de sus habitantes. Más aún, un hombre podía ser muerto por las gentes de una aldea, si uno de sus hermanos de parentela había matado intencionalmente o por accidente a uno de los

suyos, quizá veinte años antes, puesto que la prescripción no existía. (A. S., 51.)

Pero, después de todo, nada autoriza a decir que los romanos no reaccionaban del mismo modo.

40. El espíritu de fraternidad está a la base de determinados contratos. Éstos deben interpretarse, teniéndolo en cuenta. (A. S., 58.)

Aproximaría a esta concepción los contratos que los romanos calificaban *cum amico* (con amigo) y a los cuales mi alumno Jacques Michel ha consagrado una tesis notable (*La gratuité en Droit Romain*, Bruxelles, 1962). En Derecho Romano, incluso el evolucionado, el préstamo, el depósito y el mandato eran gratuitos. Por ello, la responsabilidad del deudor se aliviaba, en cuanto que el contrato aprovechaba a la otra parte (depósito, mandato).

Algunas costumbres extienden la noción de fraternidad hasta las prácticas inspiradas en un sentimiento de humanidad hacia los miserables, aun cuando éstos sean extranjeros. Así, una sentencia judicial condena al propietario de un campo por haber negado maíz a una mujer encinta. Otra absuelve a un marido que había pegado a su mujer, al saber que ella negó alimentos a un desconocido que decía tener hambre. (A. S., 58-59.)

Las fuentes romanas no conservan ejemplos de semejante generosidad. Seguramente puede pensarse en contratos de hospedaje. Mas ello tal vez sea un ejemplo a la inversa, puesto que se trataba de contratos y su prueba estaba cuidadosamente reglamentada.

Pero, una vez más: ¿qué sabemos de los romanos en la época en que éstos eran pobres?

III. LA PRUEBA

41. Dos factores han impuesto a todos los sistemas legales, en su origen, carácter formalista: la magia y la falta de escritura.

Estos factores han desempeñado su papel en el Congo al igual que en Roma. En ambas civilizaciones la validez de los actos jurídicos se hallaba sometida al cumplimiento de gestos y ceremonias, al empleo de fórmulas estereotipadas, al ofrecimiento de dádivas (*dos*), a la presencia de múltiples testigos.

Estos testigos desempeñaban, de una y otra parte una doble función: conservar el recuerdo de los actos llevados a cabo y asimismo atestiguar su regularidad por la ausencia de toda protesta.

El Derecho Congolés puntualiza el valor de ciertos modos de prueba (confesión, presunción), según las circunstancias (A. S., 68). El Derecho Romano evolucionado no contiene reglas análogas: él deja esta materia al criterio de los jueces. Pero ello no quiere decir que el Derecho arcaico desconociera, también, las reglas de prueba rigurosas, las ordalías (*supra*, núm. 14), los "certificadores" (los conjuradores del Derecho Germánico). La *mancipatio*, el acto de la toma de una cosa, debía efectuarse ante cinco testigos, ciudadanos romanos púberes, es decir, capaces de obligarse: por ende se les comprometía más que a ver y a entender.

IV. ORGANIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

"La costumbre, en ciertos casos, reconocía al individuo el derecho de hacerse justicia por sí mismo" (A. S., 88).

Lo mismo en Roma, el que sorprendía al intruso en su casa podía matarlo en el acto. "En materia civil, el que recupere su objeto perdido puede posesionarse de él" (A. S., 89).

Lo mismo en Roma, el propietario puede recuperar su bien aunque lo tenga el mismo ladrón. Al principio, ello debía hacerse mediante una pesquisa ritual (*lance licioque*); el propietario se presentaba vestido con un sencillo taparrabo y llevando un plato (a fin de probar que no traía él mismo la cosa robada a la casa del sospechoso). En derecho evolucionado, el propietario podía hacer uso de la fuerza para recuperar su bien: al *interdictum de vi*, que obtenía el mismo ladrón, el propietario oponía la *exceptio vitiosae possessionis*.

Pero

existe una diferencia muy clara entre el empleo de la fuerza de alcance judicial y un acto violento cualquiera: que el empleo de fuerza debe siempre acompañarse de publicidad. El que la use gritará y llamará para hacer venir a los testigos (A. S., 89).

Lo mismo en Roma: el que mate a un ladrón nocturno debe lanzar previamente gritos (*conclamaciones*).

El Derecho Congolés sigue esta idea al grado de obligar a un testigo escondido, que presencia una infracción, a "mostrarse inmediatamente al culpable, transformando de este modo la prueba en delito flagrante" (A. S., 64). Se ignora si ocurría lo mismo en Derecho Romano. Lo que es cierto es que este último también reservaba un régimen especial para el delito flagrante. Por ejemplo, el ladrón sorprendido en el acto (*fur manifestus*, que tiene la cosa en sus manos, *quín manu fert*) debía pagar el cuádruplo del valor de la cosa, en tanto que el *fur nec manifestus* no debía pagar más que el doble, desde luego, además de la restitución de la cosa.

43. El árbitro debe ser designado por las dos partes que comparezcan voluntariamente: es elegido por ellas y no impuesto por una autoridad superior (A. S., 91.)

Asimismo en Roma, el proceso podía desarrollarse solamente cuando ambas partes comparecían, ya que descansaba sobre el comportamiento de las partes y éste tenía por finalidad hacer intervenir a los dioses. Aun cuando las partes hubieran podido hacerlo, no se habrían atrevido a sus- traerse del mismo.

Por otra parte, la *lex Pinaria*, de fecha desconocida, permite a las partes pedir al pretor la designación de un juez, de un árbitro (*judicis arbitrive postulatio*). Pero les concede este derecho solamente 30 días después del ejercicio de la *actio* que debía provocar la intervención divina: si los dioses no se pronuncian durante este lapso, un hombre lo hará. Y este hombre será elegido por las partes mismas. Solamente a falta de acuerdo entre las partes era designado por el pretor.

44. “Empieza siempre por un intento de conciliación” (A. S., 91).

No se sabe si la situación era la misma en Roma. Ya he asentado que la ley del talión se aplicaba allí solamente después del fracaso de negociaciones (*ni cum eo pacit, talio esto*). Pero estas negociaciones se realizaban entre las partes, sin la intervención de un árbitro: el talión no es un procedimiento. Por otro lado el edicto del pretor dispone desde el principio los debates ante éste, la posibilidad de una transacción entre las partes. Sin embargo, parece que los autores romanos no le atribuyen una importancia esencial.

45. La decisión de árbitros no tiene más fuerza que la que se deriva de la voluntad de las partes. Éstas podían negarse a reconocer la sentencia. Cuando ellos la acataban, hacían un regalo al árbitro que, a la vez, constituía un salario y una promesa de ejecutar la decisión. (A. S., 91-92.)

En Roma, al parecer, las partes prometían someterse a la sentencia en el momento en que, ante testigos, formalizaban el proceso (*litis contestatio*).

Esta sentencia no era más que una opinión (*sententia*) que por sí misma carecía de fuerza ejecutoria. Incumbía a la parte victoriosa ejecutarla por sus propios medios, posesionándose del deudor y tomando una fianza (*pignoris capio*), etcétera. En Derecho Romano, no hay huellas de un acuerdo posterior a la sentencia, ni tampoco de un regalo hecho al árbitro.

46. Muy pronto las vías de ejecución privadas fueron sometidas a condiciones legales. Se atribuye a la ley *Poetelia Pariria* (313 antes de Cristo ?) la regla de acuerdo con la cual el deudor condenado por el árbitro

debía ser adjudicado al acreedor por el magistrado. El deudor podía escaparse a esta *manus injectio* solamente con la intervención de un tercero (*vindex*). En tal caso, volvía a iniciarse el proceso contra este tercero. Cuando el segundo árbitro opinaba en el mismo sentido que el primero, la condena se duplicaba y la causa quedaba definitivamente resuelta.

El Derecho Romano se asemejaba en este respecto al Derecho Congolés, diferenciándose de éste en otro aspecto, ya que “cuando una de las partes se negaba, se elegía otro árbitro, y así sucesivamente: a veces volvían a iniciar indefinidamente el mismo proceso” (A. S., 92). Este último rasgo no es romano.

Pero allí donde el arbitraje estaba bien organizado, la negativa llevaba aparejados riesgos. Los árbitros formaban una corporación unida. Cuando el nuevo árbitro consideraba que el primero había juzgado bien, ponía a cargo del perdedor daños e intereses considerables, a fin de castigarlo por haber prorrogado el litigio y por haberse negado a aceptarlo. (A. S., 92.)

En Roma los árbitros no formaban una corporación, por lo común se elegían entre los senadores, pero únicamente en vista de su personalidad.

47. Los congolese desconocen la prescripción de la acción (A. S., 102).

Los romanos la han desconocido igualmente durante largos siglos: la *praescriptio longissimi temporis* se remonta al Bajo Imperio. Sin embargo, puede ser que el pretor, desde el fin de la República, se negara a entregar la fórmula de la acción cuando ésta se refería a los hechos que le parecían ser demasiado antiguos para fundar una buena justicia.

Se sabe por experiencia que el indígena suele entablar litigios antiguos, sin que su adversario oponga la excepción de cosa juzgada. En el curso del litigio se entera de que el asunto ya había sido objeto de una y a veces de dos o tres sentencias judiciales (A. S., 103.)

Los romanos, por el contrario, han conocido desde la antigüedad la regla *Bis de eadem re ne sit actio*, esta última palabra tomada en su sentido mágico: el comportamiento de las partes que provoca la intervención de los dioses. Se concibe que, una vez cumplido el ritual, los dioses han entendido: hacerlo repetir sería inferirles una injuria.

V. LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

48. En derecho consuetudinario, la culpa no se requiere: todo hecho del hombre, incluso involuntario, genera su responsabilidad. Asimismo él es responsable de los actos de personas con las cuales se halla en lazos

de parentesco o hermandad, de los animales y de las cosas cuya guarda o propiedad tiene.

Tomemos un ejemplo de la vida real: durante una caza colectiva, un niño se oculta imprudentemente en un arbusto que se encuentra en la línea de tiro. Un cazador ve que el arbusto se mueve, lanza una flecha y mata al niño. El cazador es responsable de su acto y debe repararlo.

Supongamos que, antes de ir a la caza, el hombre tomó prestada la flecha de un tercero. Éste, siendo responsable de la flecha, deberá también una indemnización por la muerte del niño. (A. S., 107.)

Se ignora si el Derecho Romano llegó a este punto. Lo seguro es que éste no planteaba la cuestión de la culpa más allá que el Derecho Congolés. Castigaba el hecho y solamente admitía la exoneración en caso de legítima defensa. La noción de la culpa aparece en Roma hasta el último siglo de la República.

49. Por lo que se refiere al nexo de causalidad entre el hecho y el daño,

el derecho indígna se conforma con una relación muy remota, casi ocasional. Así, en el ejemplo citado, cuando se llevó el cuerpo del niño a su padre, éste —que encontrándose entre los cazadores era, por su falta de vigilancia, el verdadero culpable—, loco de dolor, se colgó. El congolés que había matado al niño fue condenado por el tribunal como responsable no sólo de la muerte de éste, sino también de la del padre.

El padre, hermano del cazador, hubiera podido ser condenado por él. (A. S., 197.)

El Derecho Romano planteaba el problema en términos más sencillos, casi simplistas: el daño debía haber sido ocasionado por contacto (*corpore et corpori*).

50. En Derecho Congolés, la evaluación del daño va muy lejos.

La indemnización no es global, sino repartida en una serie de pagos correspondientes a varios elementos del daño, analizado según un modo de pensar diferente del nuestro. Así, el que es responsable de la muerte de un niño deberá entregar valores por cada uno de los goces de la vida que la víctima no conocerá, por cada uno de los servicios que la madre le ha prestado y por cada uno de las penas que ella ha sufrido inútilmente por él (por ejemplo, se le darán la cebra de los dolores del parto), por la caza que su padre le ha proporcionado en balde, por el trabajo que él no hará, por la ayuda que él no prestará a cada uno de los suyos y a la comunidad (habrá que pagar la indemnización por los hijos que él hubiera procreado), por las lágrimas de sus parientes, así como por el duelo que ellos deben llevar y diez otras causas de perjuicio económico y moral.

El resultado de este sistema era una exageración manifiesta de daños

e intereses. El hombre llegaba a pagar su deuda solamente merced a la solidaridad de los parientes. Puede decirse que su monto era ilimitado. El deudor se liberaba solamente cuando el acreedor se declaraba satisfecho, aplacado y consentía en aceptar el último regalo, el cual atestiguaba que el asunto estaba terminado y la concordia restablecida. (A. S., 108-109.)

¿Razonaban los romanos del mismo modo? La idea de aplacar a la víctima no les era extraña; ya he citado el adagio: *Si membrum rupsit, in cum eo pacit, talio esto*. Quizá se objete que aquí se trata de Derecho Penal y no de Derecho Civil. Mas sabemos que en los albores de su historia los pueblos no hacen esta distinción (*supra*, núm. 14).

En Derecho Romano evolucionado, el daño moral ciertamente no se tomaba en consideración. Los grandes jurisconsultos enseñaban que el sentimiento y el sufrimiento no pueden traducirse en cifras: estas cosas no tienen valor (*res inaestimabiles*).

51. Al lado de los hechos que provocaban la venganza privada, los congolese, al igual que los romanos, conocían delitos públicos. Sohier describe las penas que se imponían a los autores de semejantes delitos (A. S., 113-114.)

En primer término, se exigían multas en caso de infracción a una orden de la autoridad. Luego, penas aflictivas, frecuentemente crueles en su ejecución, encomendadas a un funcionario especial, el verdugo. Primero, la muerte: según los lugares, se decapitaba al condenado, se le mataba a palos o se les empalaba. La venta como esclavo. Las mutilaciones: el verdugo cortaba las manos del ladrón, y en ciertos casos se le extirpaba la lengua. La detención, especialmente mediante la argolla de suplicio. La flagelación. Los trabajos forzados o no remunerados. La exposición en público, bajo el sol hiriente, sobre un hormiguero, o bien, a fin de ridiculizar al culpable, completamente desnudo. En el mismo espíritu se le hacía fumar el cáñamo y bailar en el estado de embriaguez que éste provocaba. Se le hacía beber grandes cantidades de agua, negándosele todo alimento. Por último, se practicaba también el extrañamiento, sanción muy severa, pero que constituía una medida de seguridad, respecto de los reincidentes, lo mismo que la pena.

Por lo que se refiere a Roma, tenemos menos detalles. Sin embargo, sabemos que a los traidores se les despedía de la roca Tarpeya y a las vestales que faltaban a su deber de castidad se les enterraba vivas.

VI. ESTATUTO DE LAS PERSONAS

52. "Dos estatutos extremos, abajo los esclavos, en la cima la nobleza, entre los cuales se escalonan varios estatutos intermedios" (A. S., 121).

Lo mismo en Roma: entre los esclavos y patricios se encuentran los plebeyos, los clientes y los libertos (en principio, asimilados a los clientes).

53. “Lo que caracteriza jurídicamente al esclavo es el hecho de que no se lo considere como una persona, sino como una cosa” (A. S., 121).

Lo mismo en Roma. El poder del dueño (*dominus*) sobre el esclavo se designa como el derecho de propiedad (*dominium*).

No obstante ello, en un principio, tanto en Roma como en el Congo, la condición de esclavo no era tan penosa como llegó a serlo posteriormente.

La esclavitud consuetudinaria era doméstica, es decir, en la que el esclavo forma parte de la casa de su dueño, sea habitando con él como sirviente, o bien permaneciendo en el campo, como trabajador agrícola. A veces dependía directamente de la comunidad. Se le trataba relativamente bien, tal como se trata a un animal familiar. Mas ello es una situación de hecho y no de derecho. (A. S., 121.)

En Roma también el esclavo formaba parte de la casa. El dueño ofrecía sacrificios por sus esclavos y los manes de éstos. El sepulcro del esclavo era *res religiosa*.

La condición de esclavo cambió cuando éstos se tornaron objeto de tráfico y venían de lejos, en un número mayor.

Los negreros de ambos lados, los mestizos portugueses, los árabes, han introducido la esclavitud con vistas a la trata, con sus expediciones de rapiña y sus atrocidades. (A. S., 122.)

En el mundo antiguo, los fenicios sobre todo se dedicaban a estos negocios.

54. “No siendo una persona, el esclavo no podía ser propietario” (A. S., 122). En Derecho Romano, tampoco.

“De hecho, se le dejaba, a veces con mucha generosidad, disponer de una parte de sus actividades” (A. S., 122.)

En Roma, no se encuentra una costumbre semejante, al menos antes de las guerras púnicas. En el derecho desarrollado, a veces acontecía que el dueño encomendaba una parte de sus bienes a la gestión de un esclavo. Sin embargo, estos bienes seguían perteneciendo al dueño. Formaban un patrimonio aparte (*peculium*) que la gestión del esclavo podía acrecentar, pero también cargar de deudas. El dueño soportaba sus riesgos, dentro de los límites del peculio.

55. El esclavo congolés

no puede, *a fortiori* ser titular de derechos sobre las personas, no puede obtener la dote de su hija. Por otra parte, si toma mujer, no se trata

del matrimonio, contrato reservado a las personas. La mujer esclava podía llegar a ser concubina de su dueño, que disponía de ella a su antojo. Mas ello no era ni podía ser un matrimonio. (A. S., 122.)

Esto era imposible en Roma. El liberto se hallaba asimilado al cliente, y no había derecho de alianza (*connubium*) entre los ciudadanos y los clientes.

56. "La fuente principal de la esclavitud era el rapto durante las guerras, las cuales raras veces eran importantes, pero eran frecuentes" (A. S., 122). Lo mismo en Roma.

"La segunda causa era la compra" (A. S., 122.) Lo mismo en Roma.

Uno es también esclavo por nacimiento. A falta de matrimonio, el hijo nacido de un hombre libre y de una concubina esclava era, según las costumbres, hijo o esclavo del padre (A. S., 122.)

En Roma, ya lo he dicho, el hijo nacido de un *contubernium* se atribuía a la madre. Por lo que se refiere a sus derechos políticos, él seguía la condición inferior, sea del padre, o de la madre. Por tanto, nacía esclavo, cuando su padre o su madre lo era. Ni siquiera era hijo natural, ya que éste es libre.

57. El deudor que no llega a pagar sus deudas puede ponerse voluntariamente a discreción del acreedor que lo conservará en su poder hasta que la deuda se pague, ya que esta situación llevará a su familia a pagarla. Si no se entrega voluntariamente, el acreedor puede apoderarse de su persona y detenerlo. El deudor, en vez de entregarse él mismo, puede entregar a uno de los suyos, por ejemplo, su hijo o su sobrina, o bien puede capturar a uno o varios miembros de su familia o su clientela, todos obligados, en virtud de la solidaridad del clan. (A. S., 123-124.)

En Roma, al principio, los acreedores tenían los mismos derechos. Los rehenes que ellos tomaban se llamaban *nexi* (de *nectere-atar*).

No obstante ello, la situación no podía eternizarse. En caso de la mala voluntad evidente, de un retraso demasiado largo en pagar, el acreedor vendía al rehén, que se convertía en esclavo de su comprador. (A. S., 124.)

En Roma la situación era exactamente la misma, pudiendo el acreedor vender el *nexus* a los etruscos, más allá del Tíber. Esta venta *trans Tiberim* convertía al *nexus* en esclavo, en el extranjero.

Incluso puede pensarse que en Roma el régimen de rehenes era más riguroso que en el Congo, juzgando por los dramas que él ha provoca-

do. Ello se debe a que en Roma, al igual que en muchas otras sociedades, la cuestión de las deudas se convertía en una cuestión social. Los acreedores eran por lo común patricios y los deudores plebeyos. Esta diferencia social colocaba al deudor (o su rehén) bajo el poder del acreedor, desde el momento en que la deuda había sido contraída.

Este poder se ejercía de un modo tan arbitrario que la plebe no se tranquilizó hasta que se promulgó una ley (ley *Poetelia Papiria*, 313 a. C.?) que prohíbe a todo ciudadano romano posesionarse del otro sin juicio previo. Desde la promulgación de la citada ley, el acreedor podía posesionarse (*manus injectio*) del deudor (o de su rehén) solamente después de que éste hubiera sido condenado (*judicatus*) por árbitro y adjudicado (*addictus*) por el magistrado.

La situación de este deudor (o de su rehén) seguía siendo poco envidiable. El acreedor debía presentarlo en tres mercados sucesivos, declarando el monto de la condena. Estas presentaciones eran oportunidades brindadas a su familia y a sus amigos a fin de liberarlo. Si (cosa inverosímil) nadie paga por el deudor, el acreedor puede atribuírselo a sí mismo. La ley de las XII Tablas, incluso le permitía matarlo y llevaba la lógica al grado de decir que si hay varios acreedores, éstos pueden descuartizar a su deudor (*partes secanto*), y que no serán castigados en caso de que los trozos no correspondan exactamente a los créditos (*si plus minusve secuerunt, ne fraude esto*). Pero la ley *Poetelia Papiria* prohíbe matar al deudor o venderlo en el extranjero y deja al acreedor sólo el derecho de hacerlo trabajar hasta el pago de la deuda.

58. El cliente es aquel que se coloca bajo la dependencia de una parentela o de un miembro de una parentela diferente a la que pertenece por nacimiento. Sigue siendo un hombre libre, pero ocupa en el grupo al cual se adhirió de este modo una situación inferior, tiene allí menos derechos que los hijos de sangre y debe al más anciano del clan o a su patrón tributos y trabajos especiales. (A. S., 125.)

El Derecho Romano conocía la misma situación. En Roma el cliente era por lo común un extranjero. No siendo protegido, como tal, por el derecho de ciudadanos (*jus civile*) y, el Estado no habiendo sido todavía constituido, el único recurso que le quedaba era colocarse bajo la protección de una familia romana. En cambio de la protección que recibía de ella el cliente debía aportar a la familia toda su ayuda: sus servicios (*operae*) y sus bienes (*bona*).

Pero el cliente no se hallaba asimilado al hijo de sangre (*ingenuus: in gente natus*). Los deberes del protector (*patronus*) hacia su cliente se sancionaban por la religión (*patronus si clienti fraudem facerit, sacer esto*), y no por las sanciones de la ley (*supra*, núm. 15).

59. Todo un grupo puede celebrar un contrato colectivo de clientela. Un individuo, una parentela, un clan, puede súbitamente ser desposeído

de sus tierras por un invasor, una sentencia de bastidor (extrañamiento), el temor a que sus tierras sean malditas por haber sucedido allí fallecimientos o malas cosechas. No hay modo de adquirir bienes en ninguna parte. El único medio de subsistir será dirigirse a un dueño de tierras o a una parentela para obtener el permiso de establecerse en su dominio a cambio de tributos y trabajos, en situación de dependencia. (A. S., 125-126.)

Puede suponerse que la situación era la misma en Derecho Romano. Si un extranjero que se pone bajo la protección de un romano es jefe de una familia, es lógico admitir que toda esta familia se beneficie de la protección y asuma su contrapartida.

60. Sohier cita otros casos de dependencia análoga a la clientela:

Así, a fin de resolver un litigio, el deudor, el delincuente, entregaba una joven a su acreedor; los súbditos ofrecen una mujer en tributo al jefe (A. S., 126.)

El Derecho Romano parece haber desconocido estas prácticas. O bien:

un patrón encomienda a uno de sus hijos a un amigo de otra parentela, que se encarga de la educación del joven y de enseñarle un oficio. El patrón ejerce por delegación todos los derechos del padre, el pupilo le debe obediencia y consagración. Estas etapas bastante largas frecuentemente terminan con el matrimonio con una hija del patrón. (A. S., 126.)

Aquí el Derecho Romano proporciona una analogía. Un paterfamilias podía "vender" a su hijo al otro paterfamilias hasta tres veces (después de la tercera venta, el hijo estaba definitivamente "vendido fuera de la familia" (*e-mancipatus*: *supra* núm. 33)). La primera y la segunda ventas eran meramente provisionales. Pero el poder ejercido por el *paterfamilias* comprador sobre el hijo del vendedor se asimilaba a la clientela: el hijo del vendedor se hallaba *in mancipio* del comprador.

61. En varios grupos existían una o varias clases privilegiadas, por ejemplo, las familias de que puede salir el soberano, las familias que tienen el privilegio de proporcionarle a su primera esposa, otras familias nobles, todo jerarquizado por encima de la masa de clanes ordinarios. (A. S., 130.)

En Roma los patricios disfrutaban de hecho de un privilegio comparable. Puede decirse que la República Romana era aristocrática, en el sentido de que las magistraturas eran monopolio de patricios. Varios

grandes hombres desempeñaban el cargo de cónsul repetidas veces; la elección se limitaba a algunas familias.

La aristocracia congolese

tiene el derecho de precedencia y el derecho a las señales de respeto. Determinadas insignias indican su rango y el hecho de usurparlas constituye una infracción: pieles, bastones de mando, peinados, campanillas, etcétera. A veces ella niega la existencia de todos los derechos de las gentes ordinarias, respecto de ella, en otros términos, reivindica el derecho a la arbitrariedad. (A. S., 130.)

Todo esto se aplica también al Derecho Romano. El respeto (*obsequium*) es una institución que se impone especialmente a los clientes. Los patricios llevan la toga, en tanto que los plebeyos llevan la túnica (*tunicatus populus*). Los plebeyos se quejaban amargamente de la arbitrariedad de los patricios: ésta, de acuerdo con la leyenda, fue la causa de la redacción de la Ley de las XII Tablas, es decir, de la codificación de las costumbres.

Existen asimismo peculiaridades del Derecho Civil. La hija de un noble no puede casarse con un hombre del pueblo, en tanto que los nobles toman por esposas a las mujeres del pueblo, que se les entregan en señal de homenaje, pagando solamente una dote nominal. A. S., 130.)

En Roma, el matrimonio era prohibido en ambos sentidos, entre los patricios y plebeyos. Esta prohibición fue abolida por una ley (*lex Canulei*, 445 a. C.?)

VII. LOS BIENES

62. El régimen económico de los congolesees era completamente diferente del nuestro. No era favorable a la acumulación de bienes, ni a la desigualdad basada en la riqueza. No existía la propiedad individual de tierras. La moneda no era desconocida, pero era poco manejable (crucecitas, caurise, etcétera) y no se prestaba a ahorros. No existían ni la organización capitalista, ni préstamos a interés, ni transportación, salvo el acarreo, ni muebles para la conservación de telas y productos de una industria rudimentaria. Había ganado menor, aves de corral, pero no existía un procedimiento racional de cría de animales domésticos y, a falta de mercados, la producción se limitaba al consumo del grupo. Por último, no había necesidad de ahorrar, puesto que la seguridad social se hallaba asegurada por las obligaciones mutuas de ayuda y asistencia entre parientes. Sólo las regiones donde había ganado mayor tenían una economía más compleja, aunque rudimentaria y original (A. S., 133.)

Ya he hecho hincapié en que la sociedad romana (*supra* núm. 8) partía de premisas diferentes. Por sus relaciones con sus vecinos, por sus conquistas, todo basado en la vida sedentaria, los romanos se orientaron hacia la acumulación de riquezas.

Sin embargo, la historia romana conserva el recuerdo de una época de austeridad (*supra* núm. 37). Asimismo el Derecho Romano conserva la huella de un estado rudimentario de la moneda. Lo atestigua la etimología: la moneda, que al principio se llamaba *pecunia*, se deriva de *pecus*, ganado. Sin duda, éste fue al principio la moneda de cambio. Pero cuando los romanos introdujeron la moneda de metal, ésta conservó durante mucho tiempo la forma de lingotes toscos (*aes*), que un especialista (*libripens*) provisto de una balanza (*libra*) debía pesar y valuar en cada operación (*mancipatio*).

63. Los derechos no materiales, es decir, los derechos que, sin recaer de un modo directo sobre las cosas o bienes inmuebles, son elementos del patrimonio y constituían la riqueza principal de los congolese. (A. S., 133.)

En Roma la riqueza principal la constituían los bienes corpóreos. El prototipo del romano es Catón, el censor, gerente parsimonioso de una finca agrícola, que sopesaba minuciosamente sus gastos y sus ingresos y no contaba con otras personas.

Otra señal de riqueza, y al mismo tiempo de aprovechamiento útil de bienes, lo eran los derechos sobre las esposas. Proporcionar dotes, a fin de reportar ganancias era una inversión segura de riqueza: la poligamia era una operación financiera. No se trataba del derecho de propiedad, pero cada esposa, simbolizando el reembolso posible de una dote, es una señal de riqueza. Trabajadora y criadora de hijos, ella constituía una fuente de ingresos. (A. S. 134-135.)

Los romanos no compartían estas ideas. Por lo demás, ellos eran monógamos.

En cuanto a la dote, volveré a tratar de ella (*infra* núm. 95).

64. El derecho sobre los miembros de la familia, los clientes y rehenes, el derecho al desempeño de funciones

todo este conjunto de derechos constituía la gran riqueza de los congolese. Ahora bien, dichos derechos eran estrictamente personales, o inherentes a la persona, o bien recaían sobre los bienes inenajenables (que no se pueden hipotecar o vender) de modo que sus titulares no podían disponer de ellos. Por lo común, estaban fuera del comercio y además eran intransmisibles por vía de herencia. Los derechos importantes, tales como el de recibir la dote, no se transmitían al heredero.

El que, a causa de su rango en la parentela llegaba a ser el nuevo anciano o poseedor veía renacer en él el derecho extinguido en su antecesor. En resumen, al fallecimiento del titular el derecho recaía en el patrimonio común, de donde el pariente con mejores títulos le recababa mediante el ejercicio de sus derechos sociales. (A. S., 136.)

Creo que aquí se trata de la organización familiar de sociedades. Cuanto más un derecho es de índole familiar, tanto menos es enajenable. A fin de llegar a ser enajenable, el derecho debe convertirse de familiar a patrimonial, de personal a real.

En Roma, al igual que en el Congo, los derechos eran de índole familiar y, por tanto inalienables. A fin de comprobarlo, basta señalar la forma de los llamados actos de "enajenación": a) La *in jure cessio* era un proceso ficticio de reivindicación de una cosa. El demandante la declaraba suya, y el demandado no lo negaba. El magistrado estaba obligado a adjudicarla al demandante, en tanto que hace un instante ella pertenecía al demandado.

b) La *mancipatio* (*manu capere*) era el apoderamiento de la cosa, inspirado en el mismo espíritu que la *in jure cessio*: el nuevo dueño se apodera de la cosa, ante el antiguo que guarda el silencio, en tanto que los testigos, así como, en ciertos casos el *libripens* (*supra* núm. 62), manifiestan su acuerdo. El poder del antiguo dueño se extingue y se sustituye por otro. Pero no es el mismo poder que se traspasa del uno al otro.

Además, señalaremos que el formalismo de estos dos actos se aplica únicamente a los bienes corpóreos. Ni los inmuebles, ni los bienes no materiales pueden tomarse en la mano. Ahora bien, el apoderamiento era necesario, tanto para la *in jure cessio* como para la *mancipatio*.

65. Allí donde existe ganado mayor, éste domina toda la organización económica y jurídica, la cual recibe de aquél las características que dan a los grupos una fisonomía muy especial (A. S., 137.)

Esta observación vale también para el Derecho Romano. El ganado mayor sometido al yugo (*quadrupedes, quae dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini*), eran *res Mancipi*: cosa susceptible de apoderamiento individual y que, por tanto, debía adquirirse mediante la *mancipatio* (*supra* núm. 64), en tanto que el ganado menor se adquiría sin formalidades (mediante la simple *traditio*). El hecho de matar o herir al ganado mayor ajeno era punible, según la *lex Aquilia* (*supra* núm. 14); en tanto que el ganado menor escapaba a esta ley.

Sohier atribuye al ganado mayor, en Derecho africano, un doble valor: el de riqueza y el de prueba.

En nuestra economía, escribe (A. S., 137), el ganado es de carne y leche. Los congolese utilizan muy poco la leche y no consideran su

ganado como una reserva de carne. Un hombre que posea mucho ganado es un hombre rico, pero no saca de él elementos de comodidad y progreso económico.

Creo que sería más exacto excluir aquí toda idea de riqueza (que es el ideal de las sociedades mercantiles) y sustituirla por la de prestigio.

Sohier sigue:

La vaca es el *instrumentum*, el soporte jurídico, el modo de prueba de todos los contratos. Así, el matrimonio se formaliza mediante la entrega recíproca de vacas entre familias. La sumisión política, los derechos territoriales que se derivan de las conquistas, las relaciones entre el señor y el vasallo se señalan mediante la entrega de vacas. Los poderes mismos del soberano sobre sus provincias se simbolizan por una manada de lujo. Los contratos de clientela, tan numerosos, los de tenencia de tierras, tienen todas vacas por título. M. Van Hove cita no menos de 49 nombres de vacas que designan 49 tipos de contratos y asimismo se señalan otros tipos. Puede decirse que matar una vaca equivale a suprimir un acta, a destruir el equivalente de nuestros archivos notariales.

Puede ser que los romanos hayan compartido estas ideas antes de usar la moneda de metal. Ello contribuiría a explicar que *pecunia* (moneda) deriva de *pecus* (ganado).

66. Salvo el esclavo o las personas dependientes, como el rehén o el cliente, "todos pueden llegar a ser propietarios, incluso el niño, especialmente por vía de sucesión" (A. S., 139).

En el antiguo Derecho Romano la situación era diferente. Todos los bienes (incluso los destinados a la familia) se encontraban en poder del paterfamilias (*sui juris*). Los hijos (*alieni juris*) empezaban a disfrutar del derecho de propiedad individual solamente cuando ante ellos se abrían carreras fuera de la familia: en el ejército (*peculium castrense*) y en la administración imperial (*peculium quasi castrense*). Y, en cuanto al derecho de sucesión, el hijo *alieni juris* no lo obtuvo por el lado de la madre (*bona adventicia*) sino hasta el segundo siglo de nuestra era (Senadoconsultos Tertuliano y Orfitiano). Anteriormente el hijo podía obtener solamente los bienes provenientes de su padre.

67. "La mujer puede ser propietaria. En la mayoría de las costumbres, el régimen matrimonial es estrictamente de separación de bienes" (A. S., 139).

El régimen romano fue el mismo, en el derecho posterior a las guerras púnicas (*mariage sine manu mariti*). Anteriormente la mujer caía bajo el poder del marido (*mariage cum manu mariti*) y, por tanto, no tenía nada en propiedad. En derecho, se hallaba asimilada a su hija (*filiae loco*).

De todas formas, a la separación de bienes que caracteriza el Derecho Romano desarrollado, se injerta la institución de la dote sometida a un régimen especial; volveré a tratar de ella (*infra*, núm. 95).

68. Los modos de adquisición de la propiedad son los mismos que en nuestro derecho. El principal es el trabajo. Principalmente, los frutos de la tierra pertenecen a quien los ha hecho suyos mediante cualquier trabajo. Así, una palmera del bosque no pertenece a nadie, o más bien pertenece a la comunidad y cada uno de sus miembros puede cortar libremente los racimos o cosechar el vino. Pero, si un hombre la deshierba primera, poda sus ramas, de modo de facilitar la producción o la recolección, las nueces, antes de la cosecha, pasan a ser de su propiedad. (A. S., 140.)

Los romanos quizá hayan conocido esta concepción en la época en que eran pobres. Pero el Derecho Romano desarrollado es un derecho de ricos. Puede decirse que de acuerdo con él no es el trabajo lo que constituye la fuente principal de adquisición, sino el "capital". El que construye, incluso de buena fe, en el fundo ajeno, o el que redacta un texto (siquiera en letras de oro, dice un juriconsulto) en el pergamino ajeno, no se convierte en propietario de la construcción o del texto. Solamente tiene derecho a una indemnización. La construcción o el texto se consideran como accesorios: lo principal era su soporte material, el fundo, el pergamino. El propietario de la cosa principal llega a ser el propietario de cosas accesorias, es decir, de todo lo que "accede" a lo principal (*accessio cedit principali*).

El caso del que transforma la materia ajena se regula de un modo diferente, pero su espíritu sigue siendo el mismo. Si utilizo vuestro bronce para hacer de él una estatua, tenéis el derecho de hacer fundir la estatua, a fin de recuperar vuestro bronce. Mas si hago una estatua de vuestro mármol, éste, a diferencia del bronce, no puede recuperar su forma pristina: he creado una cosa nueva, irreversible (*species nova*). Esta cosa nueva aún no tiene propietario (*res nullius*) y, por tanto, se atribuye al primer poseedor (*occupatio*), por lo tanto a mí, que acabo de hacerla. Pero, le debo a usted el valor de su mármol.

Concediendo la preeminencia al factor trabajo, el Derecho Congolés evita estas argucias.

69. "La prescripción adquisitiva se desconoce" (A. S., 140).

Los romanos, por el contrario, parecen haberla admitido antes de las guerras púnicas. Al menos, el antiguo propietario debía una garantía al nuevo (*actio auctoritatis*) durante dos años, tratándose de un fundo y durante un año, tratándose de cualquier otra cosa. Ello quiere decir que la propiedad se adquiere plenamente sólo transcurridos estos plazos.

70. El que encuentre una cosa puede usarla, pero se le prohíbe esconderla e impedir a su propietario que la encuentre. Si la esconde, se considera que la ha robado. Si la cosa encontrada es ganado menor o aves de corral toda la cría será restituida al propietario, que deberá hacer un regalo por la cría. El que haya encontrado una gallina no puede vender sus huevos: debe dejarla empollar. A lo sumo el propietario debe pagar una indemnización por la guarda. (A. S., 140.)

En el Derecho Romano arcaico no se encuentran testimonios sobre el particular. En el derecho desarrollado, el que encuentra una cosa abandonada (*res derelicta*) adquiere la propiedad de ésta por *occupatio*. Tratándose de la cosa perdida, puede llegar a ser su propietario por la prescripción adquisitiva (*usucapio*). Pero una de las condiciones para ello es, al igual que en Derecho Congolés, una posesión franca y abierta (*usus*), un comportamiento semejante al de un verdadero propietario, a fin de permitir al que haya perdido la cosa, encontrarla y reivindicarla en tiempo útil. La posesión debe servir de publicidad.

71. "En la venta, la permuta y la donación, la propiedad se transmite únicamente por la entrega de la cosa en las manos del que la adquiere" (A. S., 140).

La misma regla existe en Derecho Romano: en resumen, ella constituye un corolario de la regla anterior (la posesión hace las veces de publicidad). Antes de las guerras púnicas la propiedad se adquiría únicamente mediante el apoderamiento de la cosa (*mancipatio, in jure cessio*). Éstos eran actos jurídicos al contado. En el derecho desarrollado aparecieron los contratos generadores de obligaciones, es decir, de ejecución diferida. Pero, aun en este caso, los romanos siguieron siendo fieles a la regla de que la propiedad se transmite únicamente por la entrega de la cosa (*traditio*, seguida de *usucapio*) y no, como en el Código de Napoleón, por el mero efecto del consentimiento (el llamado contrato translativo de propiedad).

El Código de Napoleón ha tomado esta idea de los autores que pensaban justificar de este modo la transferencia de riesgos de la cosa a entregarse. En Derecho Congolés los riesgos incumben al vendedor. En Derecho Romano, ellos incumben al comprador (*res perit emptori*) desde la celebración del contrato, por tanto, anteriormente a cualquier entrega (*traditio*) es decir, antes que el comprador adquiriera la propiedad de la cosa. Era una regla de oportunidad económica, el único medio para atraer a Roma las riquezas de las provincias conquistadas. En resumen, el comprador romano desempeñaba la función de asegurador, antes que la letra, respecto del vendedor extranjero.

El Derecho Congolés enlaza las cuestiones de propiedad y de riesgo, atribuye ambos al vendedor hasta la entrega.

El Código de Napoleón enlaza asimismo las dos cuestiones. Atribuye el riesgo al comprador desde la celebración del contrato (trátase de una cuestión de responsabilidad contractual), pero atribuye la propiedad al comprador sólo después de la entrega (puesto que la propiedad concierne a los terceros: éstos deben ser advertidos por una publicidad que proviene de la posesión que el comprador obtiene solamente mediante la entrega).

72. "En caso de copropiedad, el copropietario no puede vender su parte sin la autorización de los demás copropietarios" (A. S., 141).

El Derecho Romano tenía una concepción diferente de la copropiedad. Sin duda, veía en ella una propiedad de varias personas, pero sin partes: una propiedad multiplicada, no compartida. Por ende, cada uno de los copropietarios podía hacer todo: se cita el ejemplo de un copropietario que libera al esclavo común, convirtiéndolo de este modo en liberto de todos los copropietarios.

A la inversa, cada uno de los copropietarios puede prohibir todo lo que el otro se propone emprender (derecho de *veto*).

Situación incómoda de donde surgió, en el derecho desarrollado, un concepto contrapuesto de la copropiedad: la propiedad compartida (*con-cursu partes fiunt*). Una de las ventajas de este nuevo sistema consiste en que en adelante cada uno de los copropietarios podrá disponer libremente de su parte. Esta solución difiere de la del Derecho Congolés.

73. En principio, el préstamo es gratuito. Los intereses se desconocen. Pero si el uso ha reportado una ganancia, una parte corresponde al propietario del objeto. Así, el que haya entregado un fusil puede recibir una parte de la caza, determinada por las costumbres. Se obtiene una parte de la cosecha cuando se presten los instrumentos de cultivo, etcétera. No se trata de una remuneración, sino de la aplicación del principio de que la propiedad se deriva del trabajo, incluyendo el trabajo de las cosas. (A. S., 141.)

En Roma el préstamo era gratuito. Pero el prestamista solamente tenía derecho a la restitución del objeto prestado: no tenía ningún derecho a las cosas que el prestatario había adquirido merced a este objeto.

En caso de que el que haya obtenido un objeto en préstamo no lo restituya al vencimiento del plazo o haga de él un uso diferente del convenido, debe una fuerte indemnización al prestamista, lo cual ha hecho creer que los congolese exigían intereses usurarios. (A. S., 141.)

En verdad, se trata de una pena por abuso de confianza (aparte del caso de la restitución tardía). En Derecho Romano el abuso de confianza se asimilaba al robo (*furtum usus*).

74. En Derecho Congolés, la tierra no es susceptible de propiedad individual. Forma el objeto de vastas propiedades colectivas (del clan o de la tribu). Las familias y los individuos no tienen más que derechos "sociales" respecto del grupo "en cuya virtud podían ocupar las tierras de éste o ejercer algunas prerrogativas sobre dichas tierras (A. S., 142).

En principio, el jefe del clan o de la tribu vigila el ejercicio de estos derechos. Puede decirse que las concepciones romanas eran las mismas.

75. Mas en muchos casos la gestión de tierras es independiente de la soberanía. Al lado del jefe político se encuentra el jefe de tierras, que no se halla subordinado al primero en su dominio propio. Es un caso notable de separación de poderes. Puede tener orígenes diferentes.

Las creencias atribuían al padre una sumisión religiosa, a saber, él aseguraba al sol la protección de los antepasados, incorporaba su fuerza a la tierra, asegurándole la fecundidad y la abundancia de la caza. Por lo común el sucesor de los antepasados era el soberano. Pero se daban casos en que el mayor se apartaba del gobierno. A veces un usurpador se apoderaba del gobierno. En este caso, el soberano ya no era aquel que aseguraba la continuidad del linaje, la administración de tierras se desglosaba del poder político, a fin de conservarla en favor del verdadero derechohabiente que llegaba a ser jefe de tierras.

En otros casos, la tribu en migración ocupaba un país ya poblado, tolerando la presencia allí de los antiguos habitantes. Los invasores tomaban el poder, pero temiendo la influencia de los fetiches de los vasallos sobre la fecundidad del suelo les dejaban la administración de las tierras.

En otros casos, el soberano, no pudiendo hacer todo por sí mismo, designaba un funcionario encargado de la administración de las tierras. Su función era hereditaria.

El papel del jefe de tierras con frecuencia se ha desconocido y subestimado. Éste a veces no era más que un humilde anciano de parentela pobre, un jefe de aldea. No obstante ello, sin él nada se hacía válidamente, en lo tocante a las tierras. Administrador de la propiedad colectiva, tiene derecho a este título, a tributos por parte de los usuarios, independientemente de los que éstos deben al soberano. (A. S., 144-145.)

El jefe de tierras no existía en Derecho Romano. Al parecer, en Roma la administración de tierras no ha sido separada jamás de la soberanía del *paterfamilias*.

76. La tribu había ocupado únicamente el terreno que consideraba necesario y que podía ocupar, su espacio vital. Como efectivamente ella piensa, no solamente en la generación actual, sino en la conti-

nidad del grupo, no podría, sin poner en entredicho su existencia, enajenar definitivamente lo que le era necesario. A fin de vender, eran menester bienes en demasía. (A. S., 145.)

En efecto, los romanos los han tenido, pero sólo a consecuencia de sus conquistas. Cuanto más se excedían éstas tanto más los romanos las acumulaban y podían enajenarlas. La facultad de disposición (*abuti*) llegó a ser en el derecho desarrollado el rasgo esencial de la propiedad. Diferencia sustancial con las concepciones congoleas.

Los congoleas no se reconocían el poder de enajenar la propiedad. Muchas de las supuestas cesiones consentidas por ellos se basan en un mal entendimiento o en una presión. Apenas empiezan a entender nuestros contratos.

La propiedad personal no ha podido nacer, ya que no había vendedores. Tampoco había compradores posibles. ¿Por qué un congolés que podía recibir gratuitamente de su grupo todas las tierras que necesitaba habría de buscar otras? ¿Por qué habría querido tenerlas en plena propiedad, cuando tan sólo se quedaba en un mismo sitio durante el periodo de la alternación de siembras? Una vez agotada la tierra, se trasladaba a otro lado. ¿Para qué reivindicar la propiedad plena de tierras, cuando se desconocen los cultivos perpetuos, el abono de tierras y las habitaciones con materiales duraderos? (A. S., 145.)

Toda la diferencia entre el Derecho Congolés y el Derecho Romano se halla contenida en estas pocas frases:

77. La propiedad del suelo comprende la de animales salvajes que se encuentran en él. Esta propiedad, que asegura el abastecimiento de carne a las poblaciones, se vigilaba cuidadosamente. El bosque se hallaba dividido entre las agrupaciones familiares, y los miembros de una parentela no podían ir a cazar libremente en el territorio de la otra.

Pero en vista de que los animales se desplazan, la caza podía perseguirse en varios territorios: el animal desalojado de un lugar determinado podía arrastrar a las gentes a perseguirlo a un territorio vecino, herido aquí podía irse a morir en otra parte. Nació toda una reglamentación que fijaba los derechos del perseguidor, del descubridor, de los participantes en una búsqueda colectiva, de los portadores, etcétera. (A. S., 146.)

Así, el reparto de un animal cazado era objeto de reglas jurídicas muy estrictas. Cuando éste era importante, cada trozo tenía su destino, correspondiendo uno al soberano, otros al dueño de la tierra, al anciano, al jefe de la caza, al descubridor, al portador, al propietario del fusil, etcétera. Exigiendo acechos nocturnos, largas carreras por los senderos del bosque, acarreo, la caza era un oficio rudo y poco lucrativo. (A. S., 147.)

Desgraciadamente carecemos de informes tan pintorescos sobre el derecho de caza de los romanos. En el derecho desarrollado, esta materia se regulaba de un modo prosaico e individualista. Se consideraba que el animal salvaje no pertenecía a nadie (*res nullius*), dondequiera que se encontrase, herido o no. Por tanto, se atribuía a quien quisiera tomar su posesión (*res nullius occupantis fit*): se aplicaban las reglas ordinarias del derecho de gentes. La caza no se hallaba sometida a ningún régimen especial. Ella ya no tenía para los conquistadores la importancia vital que tiene para los congolese.

78. "Se consideraba que las riberas y las aguas de los ríos pertenecían a la tribu que conocía perfectamente el lugar donde pasaban sus fronteras" (A. S., 147.)

En el Derecho Romano desarrollado, las aguas corrientes, por el contrario, se consideraban pertenecientes a todos (*res communes*).

El uso de los muelles, de los pasajes atribuidos a las parentelas, se hallaba reglamentado. Pero sobre todo, los grupos o individuos tenían monopolios de pesca, cuya violación podía llevar aparejada la guerra. Los sitios de pesca se transmitían por vía de sucesión. Ello en Derecho Congolés es lo más cercano a la propiedad individual de bienes raíces. (A. S., 147.)

En Roma era todo lo contrario: el derecho de pesca se regía por los mismos principios que el derecho de caza (*supra*, núm. 77, *in fine*).

79. Los edificios pertenecen a sus constructores, aun cuando, en virtud de la solidaridad de la parentela, sus hermanos y los demás parientes les hayan ayudado. Sin embargo, el derecho de construcción se halla reglamentado: en la aldea se hace un reparto de parcelas, según el rango, las funciones, la calidad de casado o célibe. A veces existían reglas muy estrictas de alineación, sólo en determinados casos se podía poner cerca a los edificios. Este derecho sobre las construcciones no es más que un derecho de ocupación, puesto que construidos de materiales poco duraderos, aquéllas se derrumbaban rápidamente y, en razón de los métodos de cultivo, el sitio cambiaba con frecuencia. (A. S., 148.)

Llama la atención el hecho de que el Derecho Romano arcaico se interesase poco en construcciones. No trata de inmuebles en general, sino únicamente de terrenos (*fundus*). Y cuando habla de servidumbre, se trata únicamente de servidumbre rústica: (*jura praediorum rusticorum*). La importancia económica y jurídica de las construcciones arranca del derecho desarrollado, como consecuencia de la generalización de la construcción con materiales duraderos.

80. El jefe congolés “puede conceder a los extranjeros derechos de ocupación temporal o indefinida”.

Esta concesión puede ser a título gratuito, por espíritu de fraternidad, o bien cuando un clan victorioso en una guerra ha estipulado en el tratado de paz que podrá instalar determinado número de parentelas en el territorio del clan vencido, sin quitarle, sin embargo, la propiedad de su dominio. (A. S., 148.)

Se desconoce si en Derecho Romano se presentaban situaciones comparables a aquéllas. Por lo que se refiere al derecho evolucionado, puede pensarse en la concesión a título precario por el Estado de una parcela de tierras públicas (*ager publicus*). Pero se sabe cómo ha degenerado este derecho: los patricios se arrogaron estas concesiones, a fin de hacer beneficiarios de ellas a sus clientes. Mas al obrar de este modo ¿no estaban movidos por el recuerdo de lo que haya podido ser su derecho antes de la aparición del Estado?

VIII. LAS SUCESIONES

81. Los congolesees dejan

pocos bienes para repartir a su fallecimiento. Sus derechos más importantes, los derechos sociales, se extinguen con él. Sus bienes materiales son poca cosa. La costumbre es enterrar la mayor parte de ellos en su tumba y colocar todo el resto semidestruido encima. Las aves de corral y el ganado menor se consumen en la cena del sepelio. Así, no quedan más que los esclavos y éstos a veces se entierran juntamente con el cadáver o se inmolan sobre la tumba, de modo que la cuestión de la sucesión se plantea sobre todo respecto de los derechos inmateriales: cargos públicos, autoridad sobre las personas, clientela. (A. S., 151.)

Concepciones semejantes se encuentran en Derecho Romano. Los bienes corporales eran inalienables y se quedaban en manos de la familia. (*supra*, núm. 64). Los objetos personales acompañaban al muerto en su tumba. El problema de sucesión se planteaba solamente respecto al ejercicio del poder.

Ahora bien, este derecho no se transmitía, propiamente hablando. El lugar del jefe se consideraba vacante y se trataba de saber quién podía ocuparlo: suceder (*sub-cedere*), significa etimológicamente ocupar el lugar libre por la desaparición de una persona. Era más bien sustitución de personas y no transmisión de bienes.

Para esta sustitución la costumbre romana designaba de oficio a las personas que se hallaban bajo el poder inmediato del finado (*heredes sui*: los que llegaban a ser *sui juris* por la muerte del jefe que les precedía).

Para ellos la cuestión de una elección entre aceptar la sucesión y renunciar a ella ni siquiera se planteaba: eran lo que posteriormente se llamó herederos necesarios (*heredes necessarii*), en contraposición a los herederos voluntarios en el derecho evolucionado.

82. Los bantúes con frecuencia niegan el derecho del hombre a disponer de sus bienes por acto de última voluntad. Decían ¿cómo se podría dar lo que ya no se tiene en manos? No obstante ello, en todas partes se observa que el hombre puede expresar públicamente el deseo de que tal o cual objeto, después de su muerte, se entregue a uno de sus parientes. Por lo común, él dejaba su fusil a uno de sus hijos, siendo aquél un objeto de gran valor y portador de la fuerza del fallecido, especialmente de su habilidad para la caza, que de este modo se transmitía a su predilecto. Parece que este acto no creaba título alguno al seudolegatario. No obstante ello, los bienes se transmitían al heredero que hubiera podido ignorar la voluntad del finado. De hecho, él la respetaba siempre, temiendo represalias del más allá, o bien la reprobación de la opinión pública y especialmente de la parentela. (A. S., 151.)

Este sistema recuerda el fideicomiso del Derecho Romano evolucionado.

Entretanto, el derecho arcaico desconocía el testamento. Acto unilateral, cuyos efectos son diferidos después de la muerte de su autor, el testamento es una idea audaz que aparece bastante tardíamente en la vida de pueblos.

83. Cuando los romanos se preocupaban por el porvenir de su familia, recurrían a los actos bilaterales entre vivos con efecto inmediato: la adopción (*adrogatio*) y la venta (*mancipatio familiae*).

Parece que los congolese han conocido también los actos públicos mediante los cuales el padre puede derogar las reglas usuales de la sucesión: determinar cuál de los hijos le sucediera y fuera considerado como el mayor,

determinar al mismo tiempo el orden de los demás y, mediante una especie de adopción, llamar a uno de sus nietos a la calidad de hijo, e incluso en Rwanda una hija o un hijo de su mujer. (A. S., 152.)

El padre puede asimismo desheredar completamente a un hijo, es decir, excluirlo de la jerarquía. Pero es menester el asentimiento formal del consejo de familia que reconozca la legitimidad de los agravios invocados. (A. S., 152.)

El Derecho Romano admitía el desheradamiento (la expulsión del *heredium*). ¿Hacia falta el consentimiento del consejo de parientes? Es probable que al menos fuera necesario consultarlo, tal como cuando

se trataba de repudiar a una esposa. De todas formas, el desheredamiento era un hecho raro, en vista de su gravedad y no ha dejado trazas de abusos. La situación es diferente en el derecho evolucionado. Éste tomó la defensa de los desheredados, permitiéndoles impugnar el testamento bajo el pretexto de locura del testador (*sub colore insaniae*). Este argumento no producía efecto cuando el desheredamiento se fundaba en causas justas.

84. En principio, cada hombre no tiene más que un heredero, aquel que lo sustituye en la jerarquía familiar, hermano, sobrino, hijo, según las costumbres. Mas, revistiendo de este modo o acrecentando su calidad de padre jurídico de los parientes de rango menos elevado, el heredero tiene la obligación personal de hacerlos participar de los bienes y derechos que ha recogido, como un buen padre de familia que hace que los suyos se aprovechen de sus riquezas. Así, él debe devolverles una parte de la sucesión. Esto no es un acto de benevolencia de su parte, sino una obligación regulada por la costumbre. (A. S., 152.)

Obligaciones semejantes existían en Derecho Romano, pero no en virtud de la costumbre, sino en virtud del testamento. Partiendo de premisas diferentes de las del Derecho Congolés, los romanos llegaron a resultados análogos.

En Roma, la sucesión se atribuye no a un solo heredero, sino a todos los que se encontraban bajo el poder inmediato del finado (*heredes sui et necessarii*, *supra*, núm. 81): los hijos, las hijas, los nietos de un hijo fallecido anteriormente, la esposa *in manu*, los hijos adoptivos. Durante largo tiempo todas estas familias seguían viviendo una al lado de la otra (*fratres consortes, societas fratrum*). Todavía en la época de las guerras púnicas se cita un *consortium* de dieciséis familias (los *Aelii*). Pero ellas podían también repartir la sucesión (*actio familiae erciscundae*). Pero, posteriormente, a medida que la familia iba creciendo, el *paterfamilias* quería evitar el desgajamiento de la tierra. Entonces se servía del testamento, a fin de designar solamente a uno o dos sucesores (*heredis institutio*) encargados de repartir los bienes inmuebles con sus hermanos y hermanas desheredadas (*legata*). Esta regulación era obligatoria: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*.

85. El que herede bienes recibe al mismo tiempo todas las cargas, a saber, los deberes de manutención y asistencia hacia los demás hijos. Pero, los que aceptan de él una parte de los bienes aceptan al mismo tiempo una parte de las obligaciones. (A. S., 152.)

Los mismos principios se encuentran en Derecho Romano. Sólo el legatario de un objeto determinado (*legatum* propiamente dicho) no soportaba las cargas de la sucesión, salvo cláusula en contrario del testamento.

86. En los grupos paterlineales se distinguen dos regímenes. En uno, la sucesión es en línea vertical. El heredero es en principio el mayor de los hijos, cuando el fallecido no tenga más de una esposa. En caso de poligamia, de acuerdo con ciertas costumbres, la primacía pasa al mayor de los hijos de la primera esposa, en otros casos corresponde al de más edad, cualquiera que sea el rango de su madre.

Las reglas de la sucesión tienen por finalidad asegurar la perennidad del grupo. Así, a veces el mayor queda eliminado, cuando él mismo no tenga hijos. Por el contrario, cuando el mayor fallezca dejando un hijo, éste le sucede por representación.

Cuando el fallecido no tenga hijos, la sucesión corresponde a su hermano segundogénito; a falta del hermano, al padre o al tío más anciano. En caso de la falta de herederos, los bienes se devuelven al anciano, no por sucesión, sino por cesación de la delegación. Excepcionalmente, en caso de caducidad, ciertas costumbres atribuyen los bienes a la hermana o incluso a la madre. (A. S., 152.)

La mayoría de estas reglas no se encuentran en Derecho Romano: ni el derecho de ancianidad, ni la poligamia, ni la sucesión en línea ascendente (puesto que, en Derecho Romano, los hijos ni siquiera tienen bienes, mientras que su padre esté con vida).

87. A veces en el régimen paterlineal, y generalmente en el régimen materlineal, la sucesión es horizontal, es decir, ella se transmite del difunto a su hermano segundogénito y, a falta de hermanos, al mayor de los hijos o de los sobrinos, hijos de hermanos en el régimen paterlineal, de los sobrinos hijos de hermanas en el régimen materlineal. Los congolese no han chocado como nosotros por la idea de que un hijo no hereda de su padre, puesto que los hijos no dependen del padre sino de la parentela. (A. S., 153.)

El Derecho Romano parece haber desconocido siempre la sucesión horizontal, según la edad (*supra*, núm. 25). A falta de descendientes (*heredes sui et necessarii*), la sucesión corresponde al colateral más próximo (*agnatus proximus*). Cuando existen varios colaterales del mismo grado (por ejemplo, hermanos y hermanas), todos ellos tienen el mismo derecho de aceptar la sucesión (*adire hereditatem*).

Ello se debe a que los colaterales eran herederos voluntarios y no necesarios, como los descendientes. A diferencia de éstos, los colaterales ya no vivían en el *heredium* del difunto. Por tanto, debían ir allá, si deseaban tomar la posesión de bienes y nadie podía obligarlos a hacerlo.

IX. EL DERECHO MATRIMONIAL

88. Una regla universal y fundamental es la interdicción del matrimonio en el mismo linaje, linaje por las mujeres en el régimen mater-

lineal, linaje masculino en el régimen paterlinca. A ello se agrega la prohibición del matrimonio entre padres o hijos, así como entre hermanos y hermanas (los cuales, cuando sean de padre o de madre diferentes, pueden no pertenecer al mismo linaje). La interdicción se detiene allí: las costumbres admiten generalmente que el abuelo se case con su nieta o la abuela se case con su nieto. Se conceden ciertos privilegios a estas uniones: el nieto ocupa el rango del abuelo. (A. S., 156.)

En Derecho Romano, el matrimonio se prohibía entre los parientes hasta el sexto grado. En Derecho Romano evolucionado, el parentesco comprende la rama paterna y la rama materna a saber, por lo que se refiere a los impedimentos al matrimonio. En el derecho arcaico, existía solamente el parentesco del lado paterno. ¿Se desprende de ello que podían casarse los parientes de sangre del lado materno? Esto me parece dudoso.

89. Los cónyuges congólcese no son

dos individuos aislados uno frente al otro. Cada uno sigue perteneciendo a su grupo, con toda la solidaridad y toda la protección de que disfrutaban los miembros de las parentelas. Por ende, cada uno puede contar con respecto a su cónyuge con el apoyo de un grupo teóricamente igual al suyo, de lo cual puede deducirse la regla de que los cónyuges son jurídicamente iguales. Esta regla se comprueba, tratándose de los efectos del matrimonio: todos los derechos y deberes de las partes, cónyuges y familias, son recíprocos. Cada vez que se observa una prerrogativa o una obligación del hombre, se descubre su correspondencia para la mujer. (A. S., 156.)

El Derecho Romano no presentaba este equilibrio. La esposa rompía religiosa y jurídicamente con su familia de origen (*detestatio sacrorum*) y recaía bajo el poder del marido (matrimonio *cum manu mariti*) o del jefe del marido. Para su protección, ella debía contar con el consejo de los parientes próximos del grupo del marido.

La igualdad jurídica entre los esposos se estableció solamente en el derecho evolucionado en favor 1º) del matrimonio *sine manu mariti*, y 2º) de la debilitación de la *patria potestas*.

90. De acuerdo con el espíritu del régimen de clanes, todos los derechos competen al padre. Llevando esta teoría al extremo, ciertas costumbres consideran que el anciano es el único titular de derechos matrimoniales y que los demás miembros del grupo pueden disfrutarlos solamente por su delegación o tolerancia. En otros términos, él es el cónyuge de todas las mujeres recibidas en matrimonio por el grupo y éstas cohabitan con sus hijos solamente merced a una concesión de su padre. (A. S., 158.)

Una concepción análoga se encuentra en Derecho Romano. En efecto, es el jefe de familia quien compra a las mujeres (*coemptio*): solamente él puede realizar actos jurídicos, solamente él representa al grupo frente a terceros. Después de la compra, es él, en virtud de su *patria potestas*, quien adjudica a la mujer a tal o cual de sus hijos o nietos. Y es este destinatario quien lleva a cabo el rito de llevar a la mujer a su casa, levantándola por encima del umbral (*deductio in domum mariti*).

91. Ciertas costumbres conocen un estado intermedio entre el concubinato y el matrimonio, un concubinato legal o institucional, al que, por analogía con el Derecho Romano, podemos llamar concubinato. Los concubinos se comprometen públicamente, de acuerdo con sus familias, a vivir juntos, pero conservando la libertad de poner término a la unión cuando uno de ellos lo desee. Mientras que la unión subsista, el concubinato produce los principales efectos del matrimonio: el caso de falta al deber de la fidelidad se considera adulterio. Los hijos pertenecerán, el primero a la parentela de la mujer, el segundo a la del hombre. (A. S., 158-159.)

Ello recuerda el periodo transitorio que lleva del matrimonio *cum manu* al matrimonio *sine manu*.

El derecho arcaico prohibía el matrimonio entre patricios y plebeyos. Pero, esta prohibición a la larga no podía impedir las uniones de hecho. Como quiera que éstas no eran conformes a la ley, no se acompañaban de ninguna formalidad del matrimonio (*detestatio sacrorum*, *coemptio*, *deductio in domum mariti*). Por la misma razón los hijos se consideraban ilegítimos y se atribuían, como tales, a la madre.

Cuando estas uniones fueron reconocidas por la ley (*lex Canuleia*, siglo v a. C.?) los hijos llegaron a ser legítimos y fueron atribuidos a la familia del padre. Pero, la fase transitoria creó la posibilidad de uniones sin ceremonias válidas solamente que subsistiera el consentimiento de las partes y que la mujer no cayera bajo el poder del hombre. Las familias de las mujeres veían ventajas en ello. Y como quiera que la evolución de las costumbres impelía hacia la emancipación de la mujer, estas ventajas fueron mantenidas.

De este modo se llega a una concepción del matrimonio que se asemeja al concubinato institucional, del cual habla Solhier en el Derecho Congolés.

92. La edad a partir de la cual es posible contraer esponsales varía según las costumbres. Por lo común, los esponsales pueden contraerse antes de la pubertad, incluso en tierna edad y antes del nacimiento. Un hombre, al saber que una mujer está encinta puede pedir al futuro padre, para él mismo o para su hijo, la mano del niño por nacer, si éste es una hija. Si esta condición se realiza, las formalidades de los esponsales se cumplen desde el nacimiento. Si, por el contrario, es un

hijo el que nace, habrá un vínculo de derecho entre él y... su marido malogrado. Se deberán recíprocamente asistencia y, de acuerdo con ciertas costumbres, habrá impedimento de matrimonio entre sus hijos, como si fueran hermanos y hermanas. (A. S., 160.)

Prescindiendo de este último rasgo, estoy convencido de que los romanos han conocido también los esponsales "en la cuna". El nombre mismo de esponsales, *sponsalia* (del verbo sacramental *spondere*, prometer bajo juramento), prueba que se trata de un compromiso solemne contraído por los jefes de familia. Por tanto, obligaba a ambas familias y no tenía el carácter revocable de los esponsales modernos.

93. En el matrimonio después de los esponsales la alianza precede a la unión conyugal. Ciertos grupos conocen una segunda forma de matrimonio, en la que el acuerdo entre los cónyuges precede al acuerdo entre las familias: es el matrimonio por raptó. (A. S., 173.)

¿Es posible recordar el raptó de las sabinas, seguido de su intervención ante sus familias que han acudido a recuperarlas?

¿Es posible citar también el *usus*, es decir, la consagración, después de un año de la vida conyugal ininterrumpida, de una unión que adolece de un vicio?

94. En el Derecho Congolés, la dote se constituye por el marido en favor de los parientes de la mujer.

Esta dote desempeña una función cuádruple que se expresa en pagos escalonados que llevan nombres diferentes (A. S., 165-166):

a) La dote es, ante todo, un instrumento de prueba del consentimiento de ambas familias.

b) Asimismo, es una prenda entregada por el marido a sus padres políticos, a fin de garantizar que él tratará bien a su mujer. Si no se comporta como un buen esposo, perderá esta parte de la dote.

c) Además, la dote es una compensación, una indemnización entregada a la parentela de la mujer, puesto que este grupo pierde la actividad de uno de sus miembros. Esta parte de la dote debe restituirse a la familia del marido si la mujer lo abandona prematuramente.

Pero no debe restituirse si ella muere.

d) Por último, la dote asegura la filiación de los hijos.

Señala el acuerdo de las partes en que los hijos de la mujer se consideren hijos del marido, con la autoridad y el derecho de guarda que ello lleva aparejado, en que formen parte de la parentela en régimen paterlineal y de su parentesco al menos en régimen materlineal. Este papel de la dote a veces se concreta mediante un presente especial.

Por lo que se refiere a los hijos, desempeña la función de prueba, pero asimismo, en régimen paterlineal, de compensación para la parentela de la madre. Con frecuencia, en este régimen, se debe un suplemento de dote a cada nacimiento de hijo: el marido debe manifestar su reconocimiento y, llegado el caso, pagar la indemnización. Por el contrario, en régimen materlineal, la superveniencia de un hijo con frecuencia lleva aparejada la restitución de una parte de la dote: la parentela manifiesta al marido su confianza y su reconocimiento, puesto que él la acrecienta.

95. ¿Cuál es el régimen de la dote romana?

A juzgar por la etimología (*dos, donare*), en un principio ella no era más que un regalo.

Pero, en el matrimonio *sine manu*, que se ha generalizado después de las guerras púnicas, la dote llegó a ser obligatoria. Cobró una importancia considerable que, en resumen, se expresa en las cuatro funciones descritas por Sohier:

a) La dote sirve de prueba del consentimiento de los cónyuges y de sus familias en establecer una unión duradera. Sirve para distinguir entre el matrimonio *sine manu* (que se celebra sin ceremonias: *supra*, núm. 9) de un concubinato. El pago de la dote misma se atestigua mediante un documento, el *instrumentum dotale*.

b) La dote romana puede servir de prenda. Pero mientras que la dote congoleña asegura la buena conducta del marido, la dote romana garantiza la buena conducta de la mujer, puesto que en vez de constituirla la familia del marido, tal como sucede en Congo, se constituye por la familia de la mujer. La mujer pierde sus derechos a la restitución en caso de divorcio por su culpa.

c) La dote romana es asimismo una compensación, una indemnización a la familia del marido, que renuncia a la *manus* de que ella disfrutaba en el matrimonio antiguo (*cum manu mariti*). En esta función, como en la segunda, la dote romana desempeñaba un sentido inverso con respecto a la dote congoleña.

d) Por último, la dote romana asegura la filiación de los hijos, ya que contribuye a comprobar la existencia de un matrimonio y, por tanto, la legitimidad de los hijos. Pero en Roma, a diferencia del Congo, todas estas funciones se confundían en un solo pago, por otra parte, importante, puesto que con frecuencia consistía en un fundo (de ahí la regla de la inalienabilidad de la dote itálica, introducida por Augusto). Por lo común, la dote romana correspondía a la parte de la sucesión que la esposa podía esperar recoger en su familia de origen. La hija que obtenía una dote se desheredaba.

96. En ciertos grupos, desde el principio de los esponsales, las partes eligen a una persona en la que tienen confianza, con frecuencia un amigo o pariente de ambos, más o menos profesionales, cuya presencia en todas estas formalidades es obligatoria. Él estipula el monto de la dote. Ningún pago, ninguna restitución, ninguna reclamación son válidos sin su presencia. Desempeñará el papel de conciliador y árbitro durante todo el matrimonio. Esta institución es sumamente útil. (A. S., 169.)

Nada semejante existe en Derecho Romano.

Recuerdo que en el matrimonio *sine manu* la mujer queda protegida contra su marido por su padre o tutor.

97. La mujer desempeña un papel sustancial en la sociedad congolese, como doncella, esposa y madre.

Las costumbres demuestran la importancia concedida en la iniciación de la muchacha. Se comprueba la igualdad jurídica de la mujer y el hombre en el matrimonio. La veneración con que los congolese tratan a su madre. La mujer tiene determinada situación en el régimen político. En ciertas regiones se encuentran vestigios de un régimen de *matriarcado*, o sea de la *potestad de la madre*. (A. S., 128.)

Sin tener esta importancia en la política, la mujer romana desempeñaba también un papel sustancial. Interviene en las leyendas célebres (las Sabinas, Virginia, Lucrecia). Sus hijos la veneran (Coriolanos, los Gracos). Reina en el hogar, como matrona. No obstante ello, le falta la capacidad civil, tanto en Roma como en el Congo. Vive hasta su muerte bajo el poder de un hombre: primero, su padre, su marido (en el matrimonio *cum manu*) o su tutor (el agnado más próximo). El poder del marido ha sido eliminado después de las guerras púnicas por la generalización del matrimonio *sine manu*. El poder del tutor cayó en desuso en las postrimerías de la República y el poder del padre no significará gran cosa en los principios del Imperio.

98. En adelante el riesgo de la mujer incumbirá al marido. El será responsable hacia la familia de la esposa de todo lo desfavorable que le acontezca: deberá pagar la indemnización y quizá pierda la dote. Esta responsabilidad deriva del principio de la responsabilidad del huésped. Esta desaparece cuando la mujer ya no vive en la casa de su cónyuge, por ejemplo, durante la estancia con su familia. (A. S., 175.)

En Derecho Romano no existe nada semejante.

99. De acuerdo con muchas costumbres, en caso de impedimento del marido, por ejemplo, de su ausencia, él tiene el derecho y el deber

de hacerse sustituir por un pariente, de modo que, pese a todo, las necesidades de la mujer sean satisfechas y que la familia pueda tener hijos. La mujer no puede sustraerse a ello, si el marido lo desea. Si la mujer lo desea, el hermano del marido tiene la obligación de tener relaciones con ella, y cuando él se niegue a cumplir con sus deberes de sustituto, ella pueda pedirle indemnización y considerar este hecho como una causa de divorcio. La mujer estéril debe buscar ella misma otra mujer, a fin de satisfacer a su marido y tener descendientes. (A. S., 176.)

Estas costumbres se encuentran en el antiguo Derecho judío (Raquel), pero no en el Derecho Romano.

100. "Toda falta grave de un cónyuge a las obligaciones derivadas del matrimonio puede ser una causa de divorcio" (A. S., 178.)

En el Derecho Romano arcaico el divorcio era raro y jamás se llevaba a cabo sin que el *paterfamilias* que deseaba repudiar a su mujer hubiera consultado a sus hermanos (*consilium propinquorum*).

Después de las guerras púnicas, por el contrario, el divorcio llegó a ser una calamidad. La ley no especificaba ni las causas de divorcio ni las condiciones de su gravedad. El *consensus* constituía el matrimonio (*sine manu*) y el *dissensus* (incluso unilateral) lo disolvía.

El único freno jurídico residía en el régimen de la dote: el marido la adquiría (*retentio propter mores*), si la culpa era de la mujer; por el contrario, la mujer tenía un crédito contra el marido (*actio rei uxoriae*), en el caso contrario. Cuando los agravios se compartían, el juez graduaba la restitución de modo consecuente.

La misma idea se encuentra en Derecho Congolés, pero en sentido inverso, dado que en este régimen la dote se encuentra en manos de la familia de la mujer (*supra*, núm. 94 b).

101. Por lo común, el divorcio no podía pronunciarse mientras que la mujer estaba encinta. Se tomaban medidas provisionales para su habitación y el debate se aplazaba hasta después del nacimiento del hijo. (A. S., 180.)

Esta idea no se encuentra en Derecho Romano.

102. Ciertas costumbres conocen categorías de matrimonio en que el divorcio no se admite jamás en razón de la cualidad de los cónyuges. Asimismo ellas permiten a los cónyuges imprimir a su unión el carácter de la indisolubilidad, con frecuencia mediante la ceremonia del intercambio de sangre. Estos compromisos por lo común se acompañaban de un pacto de monogamia. (A. S., 181.)

En Derecho Romano el estatuto de las personas casadas era el mismo para todos. El divorcio se permitía siempre, sea por la repudiación de la

mujer en el matrimonio *cum manu*, o bien mediante un simple *dissensus* en el matrimonio *sine manu*. La monogamia quedaba establecida en derecho.

103. El cónyuge superviviente debe a los parientes del difunto la indemnización por muerte. Ello se aplica sobre todo al marido, a causa del principio de que él soporta los riesgos de la mujer. Sin embargo, la indemnización es hasta cierto punto recíproca y constituye una señal de simpatía y resarcimiento por el duelo, un modo de aliviar el dolor. Queda estrictamente detallada por la costumbre y con frecuencia lleva nombres pintorescos que atestiguan una manera curiosa de analizar el perjuicio ocasionado a todos por un fallecimiento. (A. S., 184.)

La indemnización por fallecimiento no existe en Derecho Romano.

104. Al término del duelo un pariente del difunto tiene la obligación de *purificar* al sobreviviente. Según los congolese, el hombre no se compone únicamente de dos partes, cuerpo y alma, sino también de la sombra, del entendimiento y de una emanación, olor o *efluvio*. Este se exhala fuera de la persona e impregna a todos los que tienen contacto con ella, especialmente su cónyuge. Al producirse el fallecimiento, el efluviio queda sobre el cónyuge, sin peligro para él. Pero éste podría comunicarlo a otra persona con quienes tuviera relaciones, sobre todo un nuevo cónyuge o una nueva cónyuge, y para ellos el efluviio del difunto sería nefasto.

Mientras que adolezca de este defecto, el sobreviviente no podrá volver a casarse. Por ende, es menester librarlo de él, purificarlo, por lo común mediante las relaciones con una persona a quien el efluviio no perjudicara, es decir, un pariente del fallecido. Por ello, la familia tiene la obligación de proporcionar a uno de sus miembros que efectuará el acto sexual con el sobreviviente. Sin embargo, se admite un simple simulacro, un abrazo, un contacto, un lavado en agua. La familia puede negarse a ello, cuando considere que el marido ha tratado mal a su mujer: en adelante él ya no encontrará esposa. (A. S., 185.)

Al parecer el Derecho Romano desconocía estos ritos de purificación.

105. El fin del duelo plantea a las personas interesadas varias cuestiones prácticas. Los parientes de la mujer deben buscar los valores dotales, que han de reembolsarse al viudo. Éste, no pudiendo vivir solo, debe necesariamente, mediante esta dote recuperada, intentar procurarse una nueva esposa. Después, viene el problema de los hijos: si éstos se quedan con el padre, éste debe encontrar a una persona que se ocupe de ellos. Si los hijos retornan a la parentela de su madre, una de las hijas debe ser designada para cuidarlos. Todo sería más sencillo, si estos problemas se fundieran en uno solo: que una doncella de la familia de la difunta consienta en ocupar su lugar en la casa del

viudo. No más dote a reembolsar, no más unión rota. Los hijos tendrán una nueva madre que, siendo pariente de la antigua, los educará con afecto y seguirá la tradición de aquélla.

Esta solución del sentido común llegó a ser una regla de derecho: el viudo puede pedir a la familia política la sustitución de la difunta. Recibirá una hermana o una prima joven. Esta nueva unión conyugal se injertará a la antigua unión. Se trata, sin duda, de un matrimonio: un suplemento de dote se entregará a título de prueba y se verificará una ceremonia del intercambio del consentimiento de ambas partes. Ello constituye la prueba de que la sustituta debe dar su consentimiento. Si ninguna hija de la familia consiente en ello, la sustitución no se verificará y la dote será restituida. La familia se rehúsa a la sustitución si considera que el marido no ha tratado bien a su esposa. (A. S., 185-186.)

Al parecer estas reglas de sustitución de la esposa no existían en Derecho Romano.

106. Puede darse también el caso inverso.

A medida que se aproxime el fin del duelo, la mujer que hasta la fecha no ha quedado en la choza, en el seno de la parentela del marido, deberá regresar a su familia, romper con sus costumbres y abandonar a sus hijos en régimen paterlineal. Su parentela en la que quizá ella conserve pocos familiares no la acogerá siempre con entusiasmo: habrá que restituir la dote, después tratar de encontrar un marido que se ocupe de la viuda, ya que una mujer sin cónyuge no se encuentra en situación normal en la sociedad africana. Ahora bien, una viuda ya no muy joven por lo común no es una colocación fácil. Durante este periodo, descando emplear los valores dotales que ella acaba de recuperar, la familia del difunto buscará una mujer para uno de sus miembros. No es de extrañar que haya surgido la idea de combinar ambas operaciones. Los parientes de la mujer dicen a los herederos: en vez de reclamar la dote, conservad a la mujer: que uno de vosotros sustituya al marido fallecido. Es primero, el interés de la viuda y luego el de los hijos. Geurtz observa que "cuando la mujer se niega a dejarse heredar, los hijos que se quedan en la familia del marido se descuidan".

Es el heredero que tiene derecho a la restitución de la dote quien deberá resolver esta cuestión. Tomará a la mujer para sí mismo, o bien, ya estando casado, la cederá a uno de sus hermanos. Por lo común el consejo de familia hace el reparto, considerando el gusto de los interesados, los cuales, por grave que sea el duelo, habrán sabido mostrar su voluntad. Se trata de una nueva unión conyugal injertada a la antigua. Se entregará un suplemento de dote a título de prueba y

se verificará una ceremonia sencilla del intercambio del consentimiento, puesto que la mujer y el heredero tienen el derecho de negarse a ello. (A. S., 186-187.)

Parece que el Derecho Romano desconocía las reglas de sustitución del marido.

107. La poliandria existía en algunas regiones del Congo. "Varios hombres podían asociarse para pagar juntos la dote de la misma esposa. Esta práctica ha sido profundamente despreciada por los grupos vecinos." (A. S., 189.)

El Derecho Romano la ha desconocido.

108. La poligamia, por el contrario, era general en el Congo, salvo entre los pigmeos. Existen dos formas de poligamia: la pequeña y la grande.

La pequeña permitía a un hombre encargarse de la mano de obra agrícola.

Signo de riqueza y prosperidad del marido, ella realza el rango social de cada una de las esposas... Al dar a la mujer una habitación diferente de la del marido, la poligamia le permite mayor libertad de vida. En efecto, tener relaciones con otra esposa no es infidelidad. De ahí que la presencia de otras mujeres la asegura contra el peligro de que el marido tome amantes durante el largo periodo de la preñez y lactancia, en que los contactos sexuales quedaban prohibidos por los usos sociales. (A. S., 191.)

En cuanto a la gran poligamia, ella consistía en un harén a disposición del jefe, del que sacaba mujeres para recompensar a sus súbditos.

El Derecho Romano ha desconocido toda forma de poligamia, pequeña o grande.

RENE DEKKERS

Profesor visitante en la Universidad
Oficial del Congo (Elisabethville)

Traducción del francés de Miguel LUBÁN,
revisada por J. F. RUIZ MASSIEU