

EL DERECHO EN LA AMERICA LATINA Y LA DOCTRINA ITALIANA *

1).—Los felices y frecuentes contactos de nuestros juristas con el mundo jurídico latino-americano inducen, de manera natural, a reflexionar acerca de la función y alcance de tales relaciones.

En el momento presente, los rasgos característicos de numerosos países de la América Latina, están constituidos por el tránsito —ya en desenvolvimiento, ya en vía de realización, o bien apenas iniciado— de una economía colonial a una economía industrial, con la consiguiente transformación de los cultivos agrícolas (modernizados en la técnica y diferenciados en los productos); por el desarrollo de una industria nacional, con su correspondiente clase media; por la acentuación del igualitarismo social, que constituye una nota particular de aquellos países de amplia inmigración (fruto, a su vez, de esta última); y por el reforzamiento del carácter nacional de la vida y estructura políticas.

Esta transformación se viene operando con caracteres en ocasiones diversos, principalmente en lo que respecta a la relación entre iniciativa pública e iniciativa privada y a una planificación más o menos acentuada (mínima, por ejemplo, en Brasil; fuerte en Argentina, con un carácter que recuerda tristes experiencias italianas; fuerte, con caracteres diversos, en México). Pero constituye siempre un elemento común a casi toda la América Latina, y dejó a otros la labor de profetizar si dicha transformación desembocará en la estructuración de economías planificadas, o bien en la creación o vigorización de una civilización liberal o capitalista, fundada sobre la iniciativa privada y sobre la concurrencia (con un ensanchamiento, por lo mismo, de la zona geográfica a la que corresponde económicamente el capitalismo y políticamente la democracia liberal).

En el ámbito del Derecho comercial, la materia en que este contraste surge, es, quizás, la empresa, cuya teoría goza de amplísima

* Reproducimos, por su gran interés, el presente artículo del ilustre mercantilista italiano, Tullio Ascarelli, publicado en la "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", Año III, No. 4 de 1949, ya que la permanencia de su autor en el Brasil durante muchos años, como profesor de la Universidad de Sao Paulo, dá extraordinaria autoridad al brillante examen del Derecho de la América Latina que en él se realiza.

difusión y aceptación en la América Latina y mediante la cual, técnicamente se hacen valer exigencias diversas (de tutela de los trabajadores, por un lado, y de planificación económica y a veces también de tutela de las empresas existentes, por otro).

El conflicto fundamental del Derecho "Económico" de la América Latina radica, por una parte, en las persistentes tendencias mercantilistas unidas a nuevas tendencias planificadoras, y por la otra, en la existencia de tendencias liberales. El mismo exiguo desarrollo del tecnicismo jurídico da a este conflicto una importancia inmediata en la discusión de los problemas del Derecho privado, mucho más de lo que sucede en Europa, dada la tradición liberal del Derecho privado europeo en el siglo XIX. Precisamente por esto, en la América Latina y de manera especial en ciertos países, la doctrina insiste, también más que en Europa, sobre fenómenos recientes del desarrollo económico capitalista y su correlativo concentramiento financiero, y sobre la limitación de la discrecionalidad contractual por la creciente intervención del Estado; sosteniendo en forma indirecta la convicción de que la industrialización de los países requiere en amplia medida la iniciativa pública; sin que dichas doctrinas traten de describir fenómenos propios de los países singularmente considerados (en donde domina una centralización de la riqueza en relación con el escaso desarrollo de la industria y no una concentración del control de la riqueza debido al acrecentamiento técnico de la producción en grande escala).

La transformación que acabo de delinear, se conecta a su vez a la difusión de una mentalidad "americana" que el europeo menosprecia poniendo el acento, al hablar de la América Latina, en el adjetivo "latina", que, aun teniendo un gran valor propio, tiene ya y especialmente tendrá, un valor menor que el sustantivo "América"; el cual, por lo demás, indica un complejo de tendencias, hábitos, juicios de valor, que son a mi entender fruto de la inmigración, y que distinguen la mentalidad americana, proyectada hacia el futuro, de la europea, generalmente celosa del pasado, haciendo de los países americanos comunidades de esperanzas, más que de tradiciones, y ligándose con las más conocidas características de la mentalidad americana: el amor por la técnica y por la igualdad social, el optimismo y la fe en el futuro, la tolerancia en las relaciones humanas, y aquel fundamental sentido de "margen" de tierra libre y tarea por cumplir, que hace a los hombres tolerantes y ricos de esperanzas en el porvenir.

2).—La transformación que he indicado supone naturalmente la formación de un Derecho nacional y, ante todo, de un Derecho privado nacional.

En todos los países de la América Latina se presenta, a este respecto un primer problema: el de la persistencia en la ley (en el Derecho privado y público) de tradiciones y usos jurídicos de los siglos XVII y XVIII, las que a menudo contrastan con legislaciones de tipo europeo-continental, mucho más modernas a veces que las vigentes en los países europeos. El fenómeno es explicable tanto por la natural persistencia de ideas y tradiciones jurídicas, como por la situación económica de estos países, a cuyas tradiciones responde con frecuencia, mejor que la norma legalmente creada.

Por ejemplo, no es extraño (sería extraño lo contrario) encontrar en algunos Derechos latino-americanos la firma de los testigos en los documentos privados, la abundancia de formas verbales (que por lo mismo requieren una publicidad, esto es, la realización ante testigos) con la consiguiente riqueza de elementos contrapuestos; la particular importancia de las arras como elemento del cual, en la conciencia (si bien no en la ley), depende la validez del contrato. No pretendo volver sobre un tema que ya en otra ocasión (*Saggi giuridici*, Milano 1949, págs. 83 y 109) he ilustrado. El Derecho "viviente", como a veces nos complace llamarlo, mucho más que el Derecho "legal", está lleno de tradiciones y reminiscencias del pasado; contiene todos los motivos, complejos y contradictorios, que se entrecruzan en la historia y en la fisonomía de un país, los cuales a veces son suprimidos o artificiosamente unificados en la necesaria racionalización de la ley escrita.

En ocasiones, la modernidad de las legislaciones latinoamericanas es un efecto igualmente importante de la trayectoria seguida por los modelos europeos, los cuales, si bien han procedido lógicamente en sus reglamentaciones, se han visto superados y modernizados al ser adoptados.

Entre la disciplina de las sociedades por acciones en el Código civil italiano de 1942 y el Decreto brasileño sobre las sociedades por acciones de 1940, es quizás más moderno el segundo, y tal vez es el que tutela mejor las minorías, como natural consecuencia de una orientación internacional a ello encaminada; esto, a pesar de que en Brasil las sociedades por acciones son preferentemente sociedades familiares, y en donde, por tanto, es rara la existencia de una mi-

noría. De ahí, precisamente, el contraste entre la práctica y la ley, que asume, respecto a aquélla, la función de un esquema un poco ideal, que corresponde sobre todo a la situación que se aspira a alcanzar y no a la situación existente. Este contraste que es propio de la América Latina, está en vía de superación por la elaboración de una doctrina nacional, que por un lado cobra cada vez más exacta conciencia de la realidad del país, y por otro, tiende a una elaboración propia y moderna, independizándose constantemente de los modelos extranjeros.

Estos modelos dominaban, hasta hace más o menos un decenio, en todo el Derecho de la América Latina, a tal grado que a aun los libros de texto eran extranjeros; por lo demás, este fenómeno encontraba su equivalente en la dominante influencia extranjera sobre toda la cultura y en el hecho de utilizar libros de texto extranjeros incluso en las escuelas secundarias. Esta situación, naturalmente, está desde hace tiempo superada, pero la influencia de la doctrina extranjera es aún notable y en ciertos alegatos judiciales elaborados doctrinalmente o en alguna resolución (dada la publicidad del voto de cada miembro del Colegio, las decisiones de los tribunales de apelación o Cortes Supremas constituyen a menudo verdaderas pequeñas monografías) no será raro encontrar citas de obras y autores extranjeros, especialmente anteriores a la primera guerra europea.

En el ámbito del Derecho, dominaba la doctrina francesa en el Derecho civil (y esto mismo sucede en el Brasil, a pesar de que el Código civil brasileño tenga una neta impronta germánica), debiéndose a este respecto tener presente la dominante influencia francesa en toda la cultura de la América Latina; la doctrina italiana influyó en el Derecho penal, ya a través de la escuela clásica, ya de la escuela positiva, la cual, a su vez, ha ejercido una amplísima y particularmente benéfica influencia en el sistema penitenciario. En los últimos decenios la influencia italiana ha dominado en el Derecho mercantil y, muy recientemente, en el procesal. En este último, nuestra doctrina con frecuencia ha sido el vehículo de la dogmática alemana, venida a menos después de la enorme influencia ejercida por los pandectistas.

La formación de una doctrina nacional modifica de manera natural las formas a través de las cuales se actúa la influencia de la doctrina extranjera. Probablemente, la doctrina de la América Latina, que ya está pasando de la etapa de la utilización de los textos originales al de las traducciones, llegará pronto (como ya ha sucedido con algunas obras italianas y alemanas) a las traducciones anotadas, para des-

pués volver a la utilización (desde luego en un nuevo clima) del texto original.

El lector italiano puede revivir con la mente la situación de la doctrina de su país en la segunda mitad del siglo pasado, y el parangón que hiciera sería exacto en más de un punto de vista, porque tanto los problemas económicos de la inicial industrialización de la América Latina, cuanto algunas características culturales, pueden recordarle la situación italiana durante el fin de aquel siglo. Esto explica también, entre paréntesis, las corrientes culturales dominantes en la América Latina, respecto de las cuales se suscitan polémicas que estuvieron en boga en Europa a fines del siglo pasado.

3).—El segundo problema que me parece propio de la doctrina de toda la América Latina es el de las relaciones con el Derecho anglosajón. Mientras los Derechos privados de la América Latina son de tipo romanista (en el Derecho privado, la tradición persistente es la del Derecho romano común del siglo XVIII) y la legislación responde a la influencia de la Europa continental, (preferentemente, a la francesa y en ocasiones, aunque raras, a la del Código civil alemán); en el Derecho público, junto a la influencia de la tradición castellana o portuguesa, es frecuente la influencia constitucional anglosajona, particularmente la de los Estados Unidos, si bien, respetando la existencia de fenómenos peculiares de vida política local que tampoco tienen paralelo en Europa.

En tanto que aquel fenómeno que con palabra tan incorrecta fué llamado hace veinte años de la administración del Derecho privado (tendencia, por cierto, evidente incluso en la América Latina), ha seguido una técnica que recuerda la de la Europa continental y especialmente la italiana; el Derecho constitucional (que en la sistemática jurídica no puede permanecer extraño al Derecho privado y al Derecho procesal) nos remite en ocasiones a esquemas norteamericanos, lo cual da lugar algunas veces a orientaciones contradictorias.

En los esquemas norteamericanos se inspira en ocasiones el Derecho fiscal, ya sea por la organización federal de los países americanos, o bien, por la influencia del pensamiento económico anglosajón; y es evidente que el motivo fiscal influye en la práctica contractual. Quizás, dicho sea de paso, en los estudios actuales y en la futura aplicación en Italia de una reforma tributaria mediante la utilización de algunos criterios del Derecho norteamericano, no sería inútil tener

presente la legislación y la experiencia de la América Latina, donde, precisamente, se ha tenido el problema de la "latinización", de algunos ordenamientos norteamericanos. Recuerdo por ejemplo el impuesto brasileño sobre la renta, cuya práctica ha sido indudablemente feliz.

A las circunstancias arriba mencionadas referentes a la influencia anglosajona, se agrega otra: la importancia de las relaciones comerciales entre la América Latina y los Estados Unidos, país éste que, probablemente, y aun previendo una disminución del porcentaje actual, continuará siendo el mejor adquirente, el mejor proveedor y el máximo inversionista extranjero en la América Latina (salvo de Argentina que asume una posición particular, y en donde cobran especial importancia las relaciones con Inglaterra).

Esta situación crea naturalmente el problema de las relaciones entre los respectivos sistemas privados, especialmente en el campo del Derecho mercantil. Así, por ejemplo, el observador de la práctica de las sociedades comerciales no pasará por alto, por ejemplo, la presión que las exigencias financieras y el ejemplo norteamericano ejercen (por lo demás, aunque en menor medida, el fenómeno es también evidente en la Europa continental) sobre el concepto de capital social en las sociedades comerciales; de igual manera, en algunas zonas (México y América central), la aplicación del trust en sistemas de Derecho romanista es cosa frecuente.

A menudo, los problemas que se presentan en la práctica jurídica de la América Latina no se refieren tanto a la interpretación de la ley, cuanto al encuadramiento en el sistema tradicional de prácticas e instituciones nuevas o de diverso origen; para poner un ejemplo, se trata de problemas semejantes a aquellos que nosotros hemos confrontado recientemente a propósito de las obligaciones convertibles en acciones. El problema de acomodar las exigencias y las tendencias del investigador norteamericano, al sistema romanista, es corriente en la práctica jurídica de los centros de mayor desarrollo (como Sao Paulo en Brasil; Medellín en Colombia; Monterrey en México), haciéndose así natural y necesaria una cierta sensibilidad respecto de las categorías del Derecho anglosajón y de sus diferencias con las de carácter romano, sensibilidad en los "principios" de la actividad profesional de la América Latina. He aquí por qué se nota una influencia inicial (en el campo del Derecho comercial y, en algún aspecto, en el del Derecho procesal civil) de la doctrina

norteamericana, sobre todo de ésta más que de la anglosajona en general (lo contrario de lo que sucede en la Europa continental, donde el Derecho anglosajón es conocido sobre todo a través de la doctrina inglesa, siendo a menudo descuidadas las diferencias entre Derecho inglés y norteamericano).

Desde este punto de vista, la experiencia latino-americana es en extremo interesante, porque se refiere a un problema central del Derecho privado, esto es, la relación entre Derecho privado romanista y Derecho anglo-americano, *civil law* y *common law*; y, en efecto, entre algunos de los más cuidadosos juristas latino-americanos el problema está nítidamente deferenciado y es estudiado con clara conciencia de su alcance.

El fenómeno, que ha sido subrayado algunas veces, de una cierta disputa dogmática existente entre los pandectistas, extendida a los dogmáticos alemanes del Código civil, y de ellos a los italianos; destinada quizás a pasar mañana a los latino-americanos, debe corregirse observando que la especulación jurídica no se agota en argumentaciones lógicas, sino que responde a los problemas de la formación y del desarrollo de los países.

El desenvolvimiento de la vida económica y política alemana e italiana a fines del siglo XIX y comienzos del presente, ha tenido algunos caracteres comunes que explican una comunidad de direcciones metodológicas en el campo jurídico y, en mi opinión, la misma acentuación (con caracteres positivos, y también, según creo, con aspectos negativos) del método dogmático.

El desenvolvimiento latino-americano (previendo especialmente un desenvolvimiento capitalista liberal y no planificado) podrá tener otros caracteres, y los problemas jurídicos que éste plantea se ligarán ciertamente a un afinamiento y a un enriquecimiento de conceptos e instrumentos dogmáticos, pero a veces serán diversos de aquellos de la Europa continental e importarán —incluso por consideraciones geográficas y por el carácter fundamental unitario de la civilidad americana— la necesidad de un más íntimo contacto con las categorías de la dogmática anglosajona.

4).—¿Cuál es, dentro de este marco, la relación entre doctrina italiana y doctrina latino-americana?

En mi opinión el contacto puede ser sumamente útil.

La literatura jurídica latino-americana está aún en un estadio exegético aunque, conviene agregar, con frecuentes y cada día más numerosas excepciones y con una tradición doctrinaria (como en Brasil donde el Derecho común permanece en vigor desde 1916), algunas veces muy notable en el campo del Derecho común y en el del Derecho romano actual, según la calificación del sistema de Savigni, así como con figuras de juristas de alta clase aún en el plano internacional.

Por lo demás, a mi entender, la literatura latino-americana es inferior a los juristas latino-americanos.

En la prosecución de litigios o en la solución de un problema concreto, el jurista latino-americano no labora con diligencia y profundidad menores que el jurista italiano, y una menor fineza de distinción dogmática es desde luego compensada por una mayor riqueza de información internacional; a ésta, el jurista latino-americano recurre siempre en forma muy amplia, movido por la convicción de la universalidad del Derecho y de la existencia de principios de razón transmitidos y elaborados por la doctrina internacional, a los cuales rinde homenaje ferviente, creyendo en los valores de la justicia.

En cambio, el "tratado latinoamericano" está a un nivel inferior del italiano; la monografía es rara; las revistas están preferentemente dedicadas a la publicación de los decisiones judiciales y a escritos de carácter general, aunque con excepciones que van siendo cada vez más numerosas.

Esta diferencia es una consecuencia natural de algunos rasgos generales de la cultura de los países de inmigración, que tienden ante todo y de manera necesaria, a la adquisición de la riqueza, y que cuentan con una escasa tradición de estudios desinteresados (que en Europa, constituyen un legado de la tradición eclesiástica y conventual), los cuales están poco cultivados especialmente en el campo en que se siente la concurrencia de la atracción profesional. Es también consecuencia de una cierta timidez del jurista latino-americano para exponer ideas originales en contraste con la doctrina europea y, quizás, de un hábito difundido de *understatement*, en virtud del cual se prefiere esconder, más bien que poner en evidencia, la contribución propia.

La tarea actual de los juristas latino-americanos es precisamente la del desarrollo de una doctrina jurídica nacional; tarea que es, simultáneamente, de carácter político y técnico.

Políticamente, el propio contraste de ideologías de nuestro tiempo hace la tarea constructiva mucho más difícil de lo que fuera para la doctrina europea del siglo pasado, que operaba en un ambiente en el que no se ponían en duda los principios del liberalismo europeo económico y político. Esta circunstancia puede concurrir a explicar la insistencia de la doctrina latino-americana sobre problemas de carácter general y preliminar.

Técnicamente, la tarea de la doctrina latino-americana es la de la construcción dogmática.

Desde este punto de vista la doctrina italiana puede ofrecer a la latino-americana una doble ayuda.

Ante todo una ayuda metodológica, con objeto de salir de la mera tarea exegética, pasar a la constructiva y, más aún, si pudiera aconsejar a mis amigos latino-americanos, realizar una tarea de fantasía, mediante la cual y desde luego teóricamente, se establezcan varias hipótesis con las que, además de aclarar el alcance de la norma, se pueda ofrecer una solución a los casos prácticos que se vayan presentando y para los cuales, con frecuencia, la doctrina no da ninguna solución .

En segundo lugar, una ayuda técnica, ofreciendo un arsenal de conceptos técnicos, de instrumentos de trabajo con los cuales entender y ordenar la fenomenología.

El hecho de que la doctrina latino-americana recurra a la italiana cada vez con mayor frecuencia, en el ámbito del Derecho privado, procesal y penal, demuestra precisamente la plena conciencia de la doctrina latino-americana, respecto al auxilio que le puede ser ofrecido por la doctrina italiana.

5).—Por otra parte, el Derecho latino-americano puede ser de particular interés para el jurista italiano desde un doble punto de vista, prescindiendo de la importancia evidente que tiene en el terreno del Derecho comparado en general.

En efecto, por un lado, el conocimiento del Derecho latino-americano permite ilustrar los conceptos y los problemas económicos; se trataría de ver, por decirlo así, la formación histórica inicial de la doctrina y de ciertas instituciones, en paralelismo con la industrialización de un país, reviviendo así de paso, una experiencia superada en Europa. Esto, no tiene solamente un interés histórico, sino incluso un interés presente, ya que permite entender mejor problemas e

instituciones actuales, encontrando su sentido y su valor original. Ahora bien, en el sentido indicado, aquella parte, incluso introductoria y a manera de prefacio, que nosotros solemos incluir en los tratados para después pasar a la técnica de la interpretación y de la aplicación de las normas, revive en la América Latina mostrándonos toda la importancia de ambas direcciones, la económica y la jurídica, que actualmente estamos habituados a acoger como naturales, por el contraste entre las ideas del siglo XVIII y las instituciones jurídicas de un Derecho capitalista.

Por otra parte, dados los contactos, a los cuales me he referido hace poco, con el Derecho anglosajón, el estudio de los Derechos de la América Latina permite medir el alcance real de las categorías jurídicas, tanto del Derecho anglo-americano como del romanista, mediante las semejanzas y los contrastes.

Ambas experiencias me parecen ser útiles al jurista europeo y especialmente al italiano, y la América Latina puede, aún en el terreno jurídico, asumir una función de mediadora entre el mundo latino y el angloamericano, participando, de hecho, de uno y de otro.

Tullio ASCARELLI

Trad. Francisco Apodaca y Osuna.