

CAPÍTULO 1 EL FONDO CONSUECUDINARIO

465. La variedad de costumbres. El África al sur del desierto del Sahara y la isla de Madagascar han vivido durante siglos bajo el imperio de un derecho consuetudinario. La observancia de la costumbre era espontánea; cada individuo albergaba la convicción que se estaba obligado a vivir como habían vivido sus ancestros; el temor a los poderes sobrenaturales, y la opiniones prevalecientes resultaban suficientes para imponer el respeto de las formas tradicionales de convivencia. Una organización más o menos compleja permitía resolver las controversias o determinar una regla de conducta, si las circunstancias hacían emerger un problema nuevo a la comunidad.

Las costumbres del África y de Madagascar eran múltiples.¹ Cada comunidad resultaba autosuficiente en sus modos y costumbres propias. Las diferencias entre costumbres de una misma región o de una misma etnia, se referían a aspectos secundarios. Sin embargo estas diferencias cobraban mayor importancia, cuando salían del marco de estas referencias. En África encontramos tribus con un modelo de régimen monárquico y tribus de régimen democrático; existen tribus, empero con regímenes, en donde es difícil identificar elementos que pudiere asemejarlos a una organización política específica. El régimen de la familia en algunas ocasiones describe un modelo lineal patriarcal y en otras ocasiones un modelo lineal matriarcal; empero estos dos modelos contienen entre sí numerosas variantes. El valor de la tierra está sujeto por doquier a reglas muy diferentes. Es difícil por esta razón, y con frecuencia resulta arbitrario, analizar de manera general el derecho consuetudinario africano y el malgache.

¿Esto significa que no existe, en el ámbito interno de este derecho, alguna unidad? Aun cuando debe reconocerse la veracidad del postulado que sostiene la extrema diversidad de las costumbres en un continente fragmentado en una multitud de comunidades, debe igualmente concederse que existen ciertos elementos que resultan comunes a todos los derechos africanos que permiten diferenciarlos de los derechos europeos. Un prestigiado autor inglés llegó a resumir la opinión prevaleciente en estos términos: “los derechos del África contienen una similitud suficiente relativa al procedimiento, a los principios, a las instituciones y técnicas para que sea posible dar cuenta de ellos de manera general; se puede concluir que constituyen una familia de derecho, aunque no se pueda descubrir ningún ancestro que les sea común”.²

466. La concepción africana del orden social. La costumbre está vinculada en el espíritu de los africanos, a un orden mítico del universo. La observancia de la costumbre es un testimonio de

¹ La antigua África ecuatorial francesa y el antiguo Congo belga incluyen aproximadamente 1 500 etnias, el Sudán sólo cuenta con 579 etnias; el África oriental inglesa 200 etnias, Madagascar 19 etnias. En Senegal 68 costumbres han sido oficialmente reconocidas por una ordenanza del 28 de febrero de 1961; entre estas costumbres 20 están calificadas de costumbres islamizadas y 7 de costumbres cristianas.

² A.N. Allott, “African Law”, J.D.M. Derrett, ed., *An Introduction to legal systems*, 1968, p. 131.

respeto a los ancestros, cuyas osamentas están mezcladas con el suelo y cuyos espíritus velan sobre los vivos.³ Transgredir la costumbre hace que se incurra en el enorme riesgo de activar reacciones insospechadas, pero sin duda desfavorables, de los genios de la tierra, en un universo en donde todo está vinculado, lo natural y lo sobrenatural,⁴ la conducta de los hombres y los fenómenos de la naturaleza.⁵

La costumbre africana está fundada en ideas enteramente diferentes de aquellas que gobiernan el pensamiento occidental moderno. En una concepción esencialmente estática del mundo, los africanos rechazan la idea de progreso, y ven desfavorable toda operación (tal como la venta inmobiliaria), toda institución (tal como la prescripción) que tiene por efecto una alteración de situaciones establecidas. Su interés se concentra en los grupos que son atemporales (verbi gratia las tribus, las castas, las poblaciones y los linajes) a la inversa que en Occidente, que discurre sobre elementos más perecederos, como son los individuos, las casas y los hogares.⁶ La tierra pertenece al igual a los ancestros y a las generaciones por venir, que a los hombres actualmente vivos. Al matrimonio se le concibe como una alianza entre familias, más que como una unión entre dos seres humanos. Si bien al individuo no se le ignora y se le reconoce personalidad; es finalmente el grupo el que aparece como la unidad de base.⁷

Esta concepción impide el desarrollo de la noción de derechos subjetivos, que están íntimamente vinculados a la personalidad propia de los individuos; más que hacer gravitar las obligaciones sobre el individuo, el énfasis de las obligaciones se encuentra en la condición social del individuo. Resulta muy complejo desde la perspectiva occidental, diferenciar entre las obligaciones que tienen un carácter jurídico y aquellas que pertenecen al ámbito de la moral. Esta distinción que los juristas occidentales formulan dentro de las costumbres africanas, es difícil de comprender por los africanos, en donde se carece de toda ciencia del derecho y de juristas. La distinción tradicional occidental entre derecho público y derecho privado; la clasificación de las disciplinas jurídicas como el derecho penal; el derecho civil; las nociones de derecho y equidad son a fortiori totalmente desconocidas; el derecho de bienes y el derecho de las obligaciones, adscritos a la noción del estatuto, están íntimamente vinculados al derecho de las personas.⁸ Los autores occidentales se habían interrogado, frente a lo que juzgaban como una inextricable confusión, si no resultaba artificial tratar de identificar en África y en Madagascar nociones de

3 R. Verdier, "Chef de terre de lignage", *Études de droit africain et de droit malgache*. (J. Poirier, dir.), 1965, pp. 333-359.

4 Dika Akwanya Bonambela, *La sphère du sacré en Afrique noire*. Tesis, París VII, 1972.

5 H. Dechamps, "Los fundamentos del derecho cotidiano malgache", *ibidem*, pp. 19-25. La palabra malgache *fomba*, que designa la costumbre de los ancestros, significa etimológicamente la cobertura protectora del orden del mundo; toda amenaza traída a la *fomba* constituye un pecado (*fady*) y un peligro para el universo, en particular para aquel que contravino la costumbre y para su grupo.

6 M. Alliot, "Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les États d'Afrique francophone et à Madagascar": *Études de droit africain et de droit malgache* (J. Poirier, dir.), 1965, pp. 235-256.

7 A. N. Allott, "African Law", J.D.M. Derrett, ed: *An Introduction to Legal Systems*, 1968, pp. 147 y ss.

8 M. Glickman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, 1965, pp. 94, 170. La observación ha sido ya hecha por Maine en su *Ancient Law* (1861), traducido al francés bajo el título "*L'ancien droit considéré dans ses rapports avec l'histoire de la société primitive et avec les idées modernes*", 1874.

derecho, y si el derecho consuetudinario de esos países debería ser considerado, como un objeto de conocimiento propio de la antropología, y no del derecho.⁹

467. La función del proceso. Veamos qué va pasar si se produce un conflicto, si a un individuo se le atribuye haber actuado contrariamente a la costumbre. El mismo derecho consuetudinario bien puede contener estos mecanismos. Pero estos mecanismos con frecuencia se limitan, cuando surge la controversia, a proveer un organismo que le ponga fin y por ese organismo, una base de discusión. La justicia no siempre encontrará reglas de fondo para aplicar a una controversia. Su función es realizar una amigable composición entre los involucrados, más que sancionar la trasgresión de las obligaciones.¹⁰ No se busca identificar lo que a cada individuo “le es dado”. La percepción de lo “justo” en el medio africano, es ante todo un elemento que asegure la cohesión del grupo y que restaure la armonía y la buena comprensión entre sus miembros.

Las nociones de derecho y de justicia son irremisiblemente diferentes en una comunidad restringida, como son todas las comunidades de África y de Madagascar desde la época precolonial, o en comunidades vastas como son nuestros Estados de Europa. La justicia indígena debe ser analizada más bien como una institución de paz, y no de aplicación de un derecho estricto; tiene como función la reconciliación de las partes y la restauración de la armonía en la comunidad. La ausencia de procedimientos eficaces de ejecución de resoluciones judiciales, induce necesariamente al entendimiento; cualquier resolución fundada en el principio de autoridad, incurriría en el riesgo de la ineficacia. En un espíritu de generosidad, característico de la sociedad africana, no es infrecuente por otra parte, que quien hubiera obtenido una sentencia favorable, renuncie a ejecutarla.¹¹

468. Dificultad de conocer las costumbres. Para un extranjero, el conocimiento de las costumbres es considerable.

Resulta sumamente complejo describir las instituciones africanas o de Madagascar, empleando nuestro vocabulario. Intentar identificarlas en las categorías y métodos de nuestros derechos, puede conducir con relativa facilidad a una deformación total de las concepciones consuetudinarias.¹² El análisis se hace todavía más complejo en el ámbito del derecho de la familia. Esta situación es particularmente clara en materia de derecho de familia; las relaciones de parentesco están concebidas de una manera sustancialmente diferente a la occidental; la dote africana carece de un equivalente funcional, con la dote del derecho musulmán y menos aún con la dote romana; la restitución en el derecho sucesorio se formula conforme a reglas que nosotros

9 M. Gluckman, *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*, 1965, pp. XXII, 112; A. Allott, *New Essays in African Law*, 1970, p. 148.

10 A. N. Allott, *Essays in African Law*, 1960, p. 73; M. Gluckman, *The Ideas in Barotse Jurisprudence*, 1965, pp. 10, 22. Éste último autor ha subrayado, desde el inicio de su obra, la ausencia total de formalismo del procedimiento africano; jamás ha existido en África reglas de procedimiento que limiten la competencia o los poderes de los órganos encargados de administrar la justicia.

11 J. Van Velsen, “Procedure Informality, Reconciliation and False Comparison”, M. Gluckman, *Ideas and Procedures in African Customary Law*, 1960, pp. 137-152.

12 M. Gluckman, “Legal Aspects of Development in Africa”, en A. TUNC, dir., *Les aspects juridiques du développement économique*, 1966, 59-73, p. 61.

a veces no entendemos; la noción que un individuo pueda ser propietario de la tierra va en contra del sentimiento profundo de los africanos.¹³

Resulta en extremo complejo determinar en qué medida la costumbre, tal como puede ser descrita por un interlocutor indígena, corresponde verdaderamente a la costumbre que es efectivamente observada por la comunidad, y más aún tal como es aplicada por los tribunales; con mucha frecuencia el indígena tiende a deformarla para no confrontar al interlocutor o con el propósito de aparentar que su tribu es civilizada.

Ningún testimonio escrito de origen indígena, permite orientarse en el dedal de las costumbres y de dilucidar los principios. La costumbre ha conservado un carácter puramente oral en África.¹⁴ Los códigos y leyes de Madagascar¹⁵ no pueden ser considerados como constitutivos de una verdadera excepción; su función se ha visto limitada a prever ciertas soluciones particulares o de introducir disposiciones reglamentarias; el orden social continua encontrando su reglamentación de detalle y su fundamento mismo al margen de ellas, en los fomba, que encuentran su equivalente funcional en los ritos chinos o en los giris del derecho japonés.

Numerosas “costumbres” (en un número aproximado de 150) fueron redactadas en la época de la colonización, bajo el esmero de los administradores coloniales especialmente en el África francófona; aún así únicamente la mitad de estos textos fue publicada, con un valor poco uniforme.¹⁶ Por otra parte en el África anglosajona, hubo un total desinterés por las costumbres;¹⁷ es hasta épocas recientes que se han publicado obras escritas por etnólogos o juristas, que han permitido entrever toda la diversidad de las costumbres y de comprender el mecanismo y el espíritu que las gobierna.

469. Influencia del cristianismo y del Islam. Incluso antes del periodo colonial, pueden ser identificadas numerosas influencias no africanas en el continente africano y a Madagascar. Estas influencias fueron principalmente las provenientes del cristianismo y del Islam.

La evangelización del África se produjo en dos épocas. Los Amharas de Etiopía se convirtieron al cristianismo desde principios del siglo IV DC; a diferencia de otras partes de África y de Madagascar en donde la conversión tuvo lugar con la ocupación europea, principalmente en el siglo XIX; se estima que treinta por ciento aproximadamente de la población africana, al sur del desierto del Sahara es actualmente cristiana. La islamización ha constituido un fenómeno más progresivo. A partir del siglo XI los países del África occidental fueron parcialmente islamizados. El Islam en los siglos XIV y XV, conquistó también Somalia y se extendió sobre las riveras del

13 Véase sobre todos estos aspectos en Kéba M'BAYE, “Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest”, A. Tunc, dir., *Les aspects juridiques du développement économique*, 1966, pp. 121-165.

14 VERDIER, Une esquisse anthropologique des droits de la tradition orale d'Afrique noire, en *Revue de synthèse*, 1985, p. 118; Statique et dynamique des droits des civilisations de l'oralité, en *Archives philosophie du droit*. T. 29, 1984, p. 251.

15 E. P. Thebault, *Les lois et coutumes malgaches*, 1960. Esta obra contiene el texto malgache y la traducción francesa del *código de 305 artículos*, publicado en 1881. Los códigos anteriores son más breves: el de 1828 únicamente tiene 48 artículos.

16 Sobre la historia de la redacción de las costumbres jurídicas en África occidental francesa, véase la introducción de B. Maupoil a las *Coutumiers juridiques de la A.O.F.* (3 vol., 1939). Adde J. Poirier, “L'avenir du droit coutumier négro-africain”, en *L'avenir du droit coutumier en Afrique* (Simposio-Coloquio Amsterdam, 1955), pp. 155-169.

17 E. Cortan, “The Place and Future of Customary Law in East Africa”, en *East African Law today*, 1966, pp. 72-92.

Océano Índigo. Aproximadamente treinta y cinco por ciento de los habitantes del África negra (dentro de los cuales el cuarenta y cinco por ciento en el África occidental) pertenece al Islam.¹⁸

La influencia que el cristianismo o el Islam tuvieron sobre las costumbres fue muy variable. Las diferentes costumbres continuaron practicándose, incluso cuando pudieran haber sido contrarias a la nueva fe adoptada; esta aseveración rige por igual a un país cristianizado que a uno islamizado: el hombre es un pecador, y en la Ciudad de Dios,¹⁹ las sociedades humanas son iguales tanto en África, como en cualquier otra parte del mundo.

Al margen de las transformaciones que pudieron haber impuesto las costumbres, la cristianización o la islamización tuvieron en todo caso un efecto muy importante. Las costumbres aún cuando continuaban siendo observadas, empezaron a perder en la percepción social el carácter fundamental, vinculado a lo sobrenatural, que las distinguían antaño. A través de esta mutación las costumbres en lugar de estar impuestas por el orden mismo del mundo, se convirtieron en productos de sociedades imperfectas. Porque no se tenía la virtud necesaria para reformarse; las sociedades continuaban viviendo como en el pasado; pero a partir de ahora se sabía que no se vivía conforme a la ley de Dios, según “el derecho”. Las costumbres conservaron su valor sociológico; sin embargo su autoridad fue puesta en predicamento a partir del momento en que se cambió la concepción del orden a la vez social y moral, distinto de las costumbres que provenían de un orden superior. El nuevo estado de cosas varió sustancialmente, y toda proporción guardada, en muchos aspectos análogos a los que se pudo observar en Europa con el renacimiento de los estudios del derecho romano, en donde pudieron coexistir costumbres regionales y locales; el “derecho” se contenía en otro cuerpo de reglas. La idea de derecho se introdujo en África, en la misma forma como se hizo en Europa; cristianización e islamización desprovieron a las costumbres de su fundamento sobrenatural y mágico y con ello se propició su decadencia.

470. El ejemplo de Etiopía. El modelo de Etiopía es altamente ilustrativo en este contexto. Etiopía, aun cuando estuvo gobernada por poblaciones cristianas —los Amharas, Tigrens y Gallas cristianizados— observó hasta épocas recientes costumbres en extremo diversas.²⁰ Al margen de estas costumbres, que representaban un hecho puro, el derecho, sin embargo, para los cristianos de Etiopía estaba constituido por un nomocanón redactado en Egipto en el siglo XIII; el Fetha Negast (Justicia de los reyes)²¹ fue traducido del arábé al ge'ez en el siglo XVI. A iniciativa del emperador Hailé Sellassié I se emprendió una obra de modernización. Los nuevos códigos pudieron omitir radicalmente la práctica consuetudinaria, sin que se escuchara ninguna voz de protesta. En Etiopía, sin lugar a dudas se preservaron algunas costumbres, pero la costumbre rechazada con frecuencia por la religión, carece para los etíopes de un carácter

18 V. Monteil, *L'Islam noir*, 2a. ed., 1971; J.N.D. Anderson, *Islamic Law in Africa*, 2a. ed., 1970.

19 J. O. Froelich, “Droit musulman et droit coutumier”, en J. Poirier, dir. *Études de droit africain et droit malgache*, 1965, pp. 361-389; J.N.D. Anderson, “Islamic Law in Africa: Problems of Today and Tomorrow”, en J.N.D. Anderson, ed., *Changing Law in Developing Countries*, 1963, p. 164-183.

20 Véase las dos obras de C. Conti-Rossini, *Trattato di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, 1916, y de F. Ostini, *Trattato di diritto consuetudinario dell'Eritrea*, 1956.

21 El Fetha Negast fue publicado, en ge'ez y en italiano, por I. Guidi, *Il Fetha Negast o Legislazione dei Rè, Codice ecclesiastico e civile di Abissinia, trattato e annotato*, 1899.

divino.²² En épocas recientes, se ha explorado la posibilidad de redactar nuevos códigos; la influencia francesa en el Código de Comercio y en el Código Civil, continúa siendo perceptible.

²² R. David, "A civil code for Ethiopia", 37 *Tulane L.R.*, 1963, pp. 187-204; J.M. Beckstorm, "Transplantation of legal systems: An early report on the reception of western laws in Ethiopia", 21 *Am. J. Comp. Law*, 1973, pp. 557-583.