

CAPÍTULO 2 EL PERIODO DE LA COLONIZACIÓN

471. La actitud de los colonizadores. En el siglo XIX bajo la dominación de los europeos,¹ se sometió a toda el África y a Madagascar. ¿Cuál fue, en lo que concierne al derecho, la actitud de los colonizadores?

La actitud de los británicos por una parte y la de los pueblos latinos por otra parte, en su origen fue distinta. Los Franceses, los Españoles, los Portugueses tuvieron una política de asimilación, fundada sobre el doble postulado del valor de la igualdad de todos los hombres frente a la ley y de la superioridad de la civilización europea sobre los modelos africanos prevalecientes; esta política pudo ser observada durante todo el tiempo colonial:² la Constitución francesa de 1946, proclamó que los indígenas, convertidos en ciudadanos franceses, podían conservar su estatuto personal, pero exclusivamente en la medida “que no hubieren renunciado a él”; la tendencia francesa se distingue claramente por esta excepción. La evolución en el Congo belga no fue diferente; se proclamó el principio del respeto de las costumbres indígenas a través de textos legislativos: desde la fundación del Estado independiente del Congo en 1885, y a través de la Carta colonial del 18 de octubre de 1908. En el Congo belga prevaleció, fundamentalmente una situación similar a las colonias francesas; a la asimilación se le percibió como la conclusión normal de una acción civilizadora, ya que la metrópoli había asumido directamente la administración del país. Los Ingleses tuvieron por el contrario una política de administración indirecta (*indirect rule*); admitieron, en principio, que los indígenas debían continuar gobernándose y administrándose por ellos mismos, bajo el control de los británicos, según sus costumbres.

La diferencia de ambas políticas es de sustancia sobre todo en el ámbito del derecho público. La fórmula de la colonia, sometida directamente a la administración de la metrópoli, fue la adoptada por los países latinos; los ingleses se orientaron más hacia la fórmula del simple protectorado. En ambas fórmulas se transpusieron en el contexto colonial las concepciones centralizadoras o descentralizadoras que éstos aplicaban sobre su propio territorio en lo que concierne a las colectividades locales.

Atrás de estas fórmulas diferentes de administración, no obstante, se pudo lograr una obra, en gran medida idéntica.³ Para poder persuadirse de lo acertado de esta conclusión basta considerar sus efectos finales: los Estados que pertenecieron al Imperio británico se consideran hoy día como países de *common law*, en tanto los Estados que pertenecieron al Imperio francés y al

¹ La República de Liberia fue constituida en 1847 por los Negros que la Sociedad americana de colonización que había repatriado de los Estados Unidos desde 1821. Se reserva el caso especial de Etiopía.

² Numerosos dirigentes del África francesa han sido electos como diputados y han podido incluso ser Ministros de Estado, en Francia.

³ P. F. Gonidec, *Les droits africains*, 1968, pp. 248 y ss.

antiguo Congo belga, así como Ruanda y Burundi y las antiguas colonias españolas o portuguesas, se adhirieron al sistema de derechos romanistas.

¿Cómo se produjo este fenómeno y cual fue la suerte de las costumbres africanas y malgaches? En este proceso puede ser identificado un desarrollo con una doble vertiente. Por una parte se asistió a la recepción de un derecho moderno, para regular todas las controversias y la nueva realidad que se originó en el tránsito hacia una nueva civilización, sobre las cuales, las costumbres tradicionales no aportaban ningún elemento de solución práctica viable. Pero por otra parte, se asistió a una transformación del derecho consuetudinario, en los ámbitos en los que este derecho ofrecía una reglamentación completa: esta transformación se produjo ya fuera por que este derecho no hubiera sido considerado por la potencia colonizadora como suficientemente civilizado, o bien por que este derecho hubiere sido obligado a adaptarse a los cambios que se habían producido en otros ámbitos.

Sección 1. El derecho moderno

Sección 2. El derecho tradicional

SECCIÓN 1 EL DERECHO MODERNO

472. Necesidad de un nuevo derecho. La costumbre comprendía en sus inicios, en África y en Madagascar, la totalidad de la vida social. La costumbre regulaba la organización de la sociedad en sus ámbitos políticos y económicos, de la misma forma en que regulaba las relaciones de familia o de intercambio entre los individuos; el ámbito del derecho penal, y el de procedimiento. El derecho tradicional expresaba, en diferentes ámbitos, la concepción del orden social que prevalecía en la aldea o en la tribu, pero carecía de la necesaria aptitud de acoplamiento al nuevo tipo de sociedad que se impondría, en África y en Madagascar en los siglos XIX y XX.

La elaboración de un derecho nuevo se impuso en ciertos ámbitos, especialmente en el ámbito del derecho mercantil moderno. El derecho consuetudinario, se limitaba a regular ciertos contratos, de número reducido, específicamente concernientes al ámbito rural; el derecho de sociedades mercantiles, de efectos de comercio, el derecho marítimo, y el derecho de contratos en su conjunto, debieron ser importados del Occidente. Conforme a las concepciones tradicionales africanas el trabajo era, más que una forma de ganarse la vida, un modo de vida vinculado con las fuerzas de la naturaleza que involucraba la realización de los ritos; así la noción de contrato de trabajo, que es el mecanismo legal a través del cual se asumía la obligación de trabajar para un extranjero para obtener en contraprestación un salario, resultaba inimaginable.⁴ El derecho del trabajo tuvo también, que ser importado de Occidente en el momento en que la mano de obra asalariada hace su aparición.

Las costumbres por otra parte se habían desarrollado para regir las relaciones entre miembros de comunidades, practicando el modo de vida indígena. En esa forma, a efecto de proveer a los

4 P. F. Gonidec, *Les droits africains*, 1968, p. 20, Adde Kéba M'baye, "Droits et développement en Afrique francophone de l'Ouest", en A- Tunc (dir.), *Les aspects juridiques du développement économique*, 1966, pp. 131-132.

Europeos de un estatuto específico, debido a que su estilo de vida era totalmente diferente, fue necesario aceptar un derecho occidental. Para regular las relaciones entre europeos e indígenas, o las relaciones entre indígenas pertenecientes a diferentes comunidades o que se hubieran emancipado de su comunidad, se debió construir un derecho moderno (u n poco como sucedió en otros tiempos con el *jus gentium*).

Para aplicar el nuevo derecho, importado de Occidente, no era posible recurrir a jurisdicciones y a procesos consuetudinarios. En todos los países del África y de Madagascar se constituyeron en esa forma, al margen de las jurisdicciones tradicionales, jurisdicciones de tipo europeo, que resultaban competentes en aquellos supuestos en los que las reglas de derecho consuetudinario no podían ser normalmente aplicadas: controversias en las que estuvieran implicados justiciables europeos y africanos que debían ser resueltas por un estatuto moderno; estas controversias implicaban vínculos de una nueva especie que no se encontraban reguladas por el derecho consuetudinario.

473. Restricción del ámbito del derecho consuetudinario. La evolución jurídica no se detuvo ahí. El comercio con los países de África, y la valorización del país, necesaria para elevar el nivel de vida de los habitantes, requería de una administración moderna. En toda África y en Madagascar se implantó una administración, que significa una ruptura en la continuidad con las instituciones consuetudinarias. Los liderazgos locales fueron reorganizados y sujetos a un control y en ocasiones fueron suprimidos. Se instituyeron Asambleas locales de tipo nuevo. Los servicios financieros, de policía, de salud, de instrucción, de trabajos públicos fueron organizados en cuadros enteramente nuevos; las estructuras sociales tradicionales no ofrecían ninguna base satisfactoria para su edificación.

En el ámbito del derecho penal, las potencias colonizadoras se esforzaron desde el inicio para proscribir ciertas prácticas bárbaras y combatir los abusos. Su intervención se volvió gradualmente más activa. Al término de la conclusión del primer periodo de la colonización, a partir de 1946, *verbi gratia* se extendió el ámbito territorial de validez del Código Penal francés para que fuera aplicable a toda el África francesa y a Madagascar, con ligeros cambios, provenientes fundamentalmente de los modismos locales; las jurisdicciones del derecho francés habían igualmente adquirido una competencia exclusiva en materia penal.⁵ En el África occidental inglesa, se introdujeron códigos penales y códigos de procedimiento criminal, con una clara influencia del derecho penal inglés, salvo en Sierra Leona, en donde se impuso, sin la elaboración de un código, la aplicación del *common law*.

Como un efecto principal de este nuevo derecho, el derecho consuetudinario se vio limitado, en el África francesa y en Madagascar, al ámbito único de las relaciones de derecho privado, que involucraban a la familia, al régimen de la propiedad de la tierra, y a las obligaciones de “derecho civil”, en la acepción más pura del término. Una situación análoga se produjo en las colonias sometidas a otras soberanías; el derecho consuetudinario había sin embargo, conservado cierta importancia en el ámbito del derecho penal en las colonias inglesas y en el Congo belga.

En aquellos ámbitos en donde el derecho consuetudinario tradicional había sido respetado, pudo ser sustituido, por otra vía, por un derecho de inspiración extranjera. Se les dio a los

⁵ J. Costa Lascoux, *La politique criminelle des États africains d'expression française* en G. Conac (dir.), *Dynamiques et fiscalités des droits africains*, 1980.

africanos en las colonias francesas, belgas y portuguesas la opción de someterse al estatuto europeo.⁶ En esa forma *verbi gratia*, a través de la inmatriculación, los indígenas podían en el África francófona, someter la propiedad de sus tierras a un régimen enteramente diferente del previsto por el derecho consuetudinario tradicional. En las colonias inglesas se corrió con una suerte diversa. Los naturales no podían someterse a través de una opción general, al régimen del "derecho moderno"; esta opción estaba reservada en lo que concernía a ciertos actos o a ciertos estatutos; en esa forma *verbi gratia* podían concluir un contrato o contratar nupcias "a la europea", con todas las consecuencias vinculadas al régimen del matrimonio europeo.

474. Vinculación del derecho moderno a las familias de derecho occidental. El derecho de inspiración europea, que se aplicaba a las colonias africanas, era un derecho calcado del vigente en la metrópoli. Ello, sin embargo, requiere de precisiones obligadas.

En el África francesa y en Madagascar los códigos y leyes de Francia únicamente se aplicaban, cuando mediara un decreto que así lo ordenara; decretos u otras medidas reglamentarias podían prescribir en ciertos territorios la aplicación de reglas particulares. Situaciones análogas se presentaban en las colonias españolas y portuguesas, al igual que en el Congo belga, que estaba regido por un código civil propio.

En los territorios sometidos a la corona británica, los súbditos y protegidos británicos — contrariamente a los indígenas (natives)—, se encontraban sujetos a regímenes que variaban según las regiones, de conformidad a las Orders in Council y medidas de legislación local. En el África occidental, en Rodesia del Norte (Zambia), en Nyassalandia (Malawi) y en Somalia británica se aplicaba el *common law*, las doctrinas de equity y las leyes de aplicación general (statutes of general application)⁷ que habían entrado en vigor, en la metrópoli, en una fecha determinada: en 1874 para la Costa de Oro (Ghana), en 1880 para Sierra Leona, en 1888 para Gambia, en 1900 para Somalia, en 1902 para Nyassalandia (Malawi), en 1911 para Rodesia del Norte (Zambia). En el este del continente africano, la referencia se daba en función del derecho de la India (British India), tal como estuviera en vigor en una fecha determinada (en 1897 para Kenia, en 1902 para Uganda, en 1920 para Tanganika), el derecho inglés conservó exclusivamente un valor subsidiario. Al sur de Zambeze, el derecho aplicable era en principio el derecho romano-holandés (Roman-Dutch law), con las leyes de carácter general a una cierta fecha y en una cierta colonia: aquella del Cabo de Buena Esperanza en Rodesia del Sur (Zimbabwe), en Bechuanalandia (Botswana) y en Basutolandia (Lesotho),⁸ aquella de Transvaal en Swazilandia (Ngunwane). En Liberia se proclamó como derecho vigente "el *common law* y los usos de las cortes de Inglaterra y de los Estados Unidos de América, tal como se encuentran

6 La legislación del Congo belga distinguía el estatuto civil, obtenido por la inmatriculación, y un estatuto intermedio (estatuto cívico), que concedía a sus titulares una "carta de mérito cívico".

7 Sobre las dificultades desprendidas por esta fórmula, véase A. Allott, *New Essays in African Law*, 1970, pp. 28-69. Es válido interrogarse en lo particular si se refería al *common law* de Inglaterra o a una noción más general del *common law*; si las fechas de referencia concernía exclusivamente las leyes de aplicación general o también del *common law* y cuales eran las leyes tenían una "aplicación general", etc. Otro planteamiento que suscitó grandes debates, concierne a la autoridad de las decisiones judiciales pronunciadas, en los países donde el derecho fue recibido y posteriormente a la fecha prevista por la recepción: A. Allott, *ibidem*, pp. 87-92.

8 S. POULTER, "The *common law* in Lesotho", 13 *J. Afr. Law*, 1969, pp. 127-144.

expuestos en las obras de Blackstone y de Kent así como todas aquellas obras que gozaran de una autoridad”.

La recepción del derecho tal como fue ordenada, no fue ni definitiva, ni total. El legislador local tuvo la oportunidad en principio, de modificar el derecho recibido;⁹ de la misma forma, los tribunales pudieron excluir la aplicación de reglas de derecho, cuando apreciaban que resultaban inapropiadas para resolver controversias en las condiciones locales. Por efecto de este doble desarrollo, en los ámbitos legislativo y jurisprudencial, el derecho de los países de África comenzaron a diferenciarse, en ocasiones sustancialmente, de aquel que había sido proclamado en su inicio; nuevas ramas pudieron pues observarse a partir de lo que simplemente era un tronco común.¹⁰

SECCIÓN 2 EL DERECHO TRADICIONAL

475. La evolución necesaria del derecho consuetudinario. Las potencias coloniales elaboraron un nuevo derecho en ámbitos en los que el derecho consuetudinario jamás había incursionado y por lo tanto carecía de fundamentos sólidos, para proveer de una reglamentación que se volvió indispensable. Aunado a lo anterior, las potencias coloniales excluyeron la aplicación del derecho consuetudinario en numerosos ámbitos en los que éste estaba vigente, pero cuyas reglas de derecho, les resultaban inaceptables. Así *verbi gratia*, en el África francófona, se adoptaron diferentes medidas para liberar a los individuos de ciertas servidumbres o para fortalecer la condición de la mujer; a pesar de los buenos propósitos, estas disposiciones con relativa frecuencia permanecieron como letra muerta.¹¹ En el África anglosajona se indujo a las Cortes a apartarse de las reglas de la costumbre cuando éstas parecían contrarias a la justicia, a la equidad o a la conciencia; empero las cortes hicieron un uso bastante moderado de esta facultad.¹²

Resta, solamente analizar cual fue el curso del derecho consuetudinario, en aquellos ámbitos en donde fue admitido que podía y debía continuar en vigor.

El derecho consuetudinario no se opone a la evolución. Desde antes de la colonización el derecho consuetudinario se transformó cuando nuevos agrupamientos políticos emergían (*verbi gratia* en Buganda, en Basutolandia [Lesotho] o con los Zoulous), y aún más por la influencia del Islam o del cristianismo; la unidad familiar había dejado de observar *verbi gratia* en diferentes países africanos el modelo matriarcal, para retomar el modelo patriarcal. La evolución jurídica se precipitó con la introducción de las nuevas estructuras e ideas por parte de las potencias

9 Un nuevo Código Penal reemplazó así el Código Penal de la India en 1930 en el Este africano; Tanganika adoptó la *Law of Property Act* inglesa en 1902, etc.

10 A. Allott, *New Essays in African Law*, 1970, pp. 68-69; - Sir Kenneth Roberts-Wray, “The Adaptation of Imported Law in Africa”, 4 *J. o. Afr. Law*, 1960, p.66-78.

11 El Decreto Mandel del 15 de junio de 1939 y el decreto Jacquinet del 14 de septiembre de 1951 *verbi gratia*, intentan introducir ciertos principios aceptados en el matrimonio en Occidente: Keba M’baye, “Droit et développement en Afrique francophone de l’Ouest”, en *Les aspects juridiques du développement économique*, A. Tunc, dir., 1966, p. 128.

12 A. Allott, *New Essays in African Law*, 1970, p. 158. Esta excepción fue suprimida, después de la independencia, en Ghana y en Tanzania.

colonizadoras. La adopción de una economía monetaria, la urbanización, la creación de un mercado de trabajo, la difusión de la instrucción, la del individualismo y de las ideas democráticas, la ampliación de las comunicaciones, el contacto con los Europeos “crearon una atmósfera de invernadero”, y condujeron a numerosos Africanos a interrogarse sobre los fundamentos de las reglas de la tradición. La mayoría de los africanos, es cierto, continuaron viviendo como habían vivido siempre, pero un número cuestionó las instituciones y prácticas consuetudinarias.

Si se quería poner a salvo el derecho consuetudinario tradicional, no resultaba suficiente proclamar el respeto de las costumbres de los indígenas. Esta proclama era ilusoria si no se ponía al derecho consuetudinario tradicional en estado de supervivencia. A este efecto se imponía sólo una obra positiva: hacia falta clarificar, reformar, sistematizar las costumbres, dar al derecho consuetudinario tradicional los medios para afirmarse, paralelamente con el derecho europeo. Poco o nada se hizo. Las potencias coloniales predicaron en principio, su respeto al derecho consuetudinario tradicional. Las medidas que se tomaron a este efecto, sin embargo, con la intención de asegurar la aplicación del derecho consuetudinario tradicional, condujeron a falsear totalmente esta aplicación.

476. La función de las jurisdicciones consuetudinarias. La función de las jurisdicciones consuetudinarias resulta evidente en el África francófona y en Madagascar. La composición misma de las jurisdicciones encargadas de aplicar el derecho consuetudinario tradicional, se modificó de una manera fundamental en los países concernidos; las autoridades tradicionales fueron remplazadas por funcionarios del orden administrativo, asistidos simplemente por asesores consuetudinarios.

Se podría haber albergado la expectativa que el derecho consuetudinario tradicional pudiera haber tenido una evolución más natural en el África anglosajona donde, conforme al principio de la indirect rule, se había dejado a las autoridades tradicionales administrar la justicia, bajo el simple control de los administradores ingleses. La diferencia fue mucho menor de lo que pudiera aparentar, ya que en un número significativo de controversias la administración de justicia inglesa se vio obligada a identificar instituciones de los naturales indígenas sin un verdadero fundamento de la tradición o bien terminaron por reforzar el poder de los líderes que habían dejado de ser reconocidos como tales.

Esto sin embargo no es lo esencial. Lo verdaderamente importante es que tanto en el África anglosajona, como en la francófona, se terminó por desnaturalizar el derecho consuetudinario tradicional; se falseó completamente su aplicación cuando se pretendió conceptuarlo como un derecho de tipo occidental. Con las inquietudes de eliminar los elementos arbitrarios, y con la obsesión de asegurar la seguridad en las relaciones jurídicas, se transformaron las condiciones de funcionalidad y la función misma de las jurisdicciones indígenas. Se pretendió convertir a las jurisdicciones indígenas como las garantes de los derechos subjetivos reconocidos a los individuos, y con ello se pervirtió la función tradicional, que era el de apaciguar los conflictos y de operar conciliaciones; así “se volvieron poco a poco instituciones estamentarias, con un vínculo inexistente o sumamente precario con la costumbre jurídica tradicional”.¹³

13 A. Allott, “La place des coutumes juridiques africaines dans les systèmes juridiques africains modernes”, en J. Poirier, dir., *Étude de droit africain et malgache*, 1965, pp. 257-266.

477. La función de las jurisdicciones en el derecho moderno. Las jurisdicciones de derecho moderno, con un personal de juristas formados a la europea, terminaron por reforzar esta tendencia al aplicar reglas de un derecho concebido a la europea, respecto de las reglas africanas del derecho consuetudinario tradicional, contrariando en esta forma frontalmente su naturaleza. En las controversias aisladas en las que debieron aplicar el derecho consuetudinario tradicional o en aquellas controversias en las que los tribunales se vieron en la necesidad de aplicar el derecho consuetudinario tradicional, se alejaron totalmente de su espíritu, y en donde por lo demás, su intervención misma, por principio, era contraria al derecho consuetudinario.

En el África anglosajona en particular las jurisdicciones del derecho moderno estaban desorientadas en presencia de las costumbres. Cuando el derecho consuetudinario tradicional había sido declarado y aplicado por una jurisdicción de los naturales indígenas, las jurisdicciones británicas calificaron su existencia y contenido, como un planteamiento de facto y por una “regla del precedente inverso”,¹⁴ las jurisdicciones británicas admitieron que las Native Courts se pronunciaran soberanamente sobre este tema en particular. Sin embargo, cuando tenían ellas mismas que aplicar el derecho consuetudinario tradicional, transpusieron en África las reglas de derecho que prevalecían en Inglaterra, lo que hacía surgir la prueba del derecho extranjero o la de las reglas de derecho de las costumbres locales o comerciales. En ambos supuestos no se podía dar satisfacción a la verdadera naturaleza del derecho consuetudinario tradicional; la aplicación del derecho consuetudinario tradicional no podía más que falsearse debido a esta distorsión. La aplicación de la regla del precedente, en el supuesto en donde una regla de derecho proveniente de una costumbre había adquirido para los efectos de la administración de la justicia elementos de convicción, resultó para el medio africano poco satisfactorio. En el medio africano la necesidad de propiciar la evolución del derecho consuetudinario tradicional era mucho más apremiante que la necesidad de asegurar la predicibilidad de las resoluciones judiciales y la seguridad de las relaciones jurídicas.¹⁵ Las mismas concepciones referentes a las fuentes de derecho no resultaban convenientes para todos los países.

478. Conclusión. La transformación más relevante que le fue aportada al derecho consuetudinario tradicional en la época colonial propició el abandono del modo tradicional de solución de controversias, y la introducción de una concepción nueva del orden social, rígida y formalista, incomprensible para los africanos.¹⁶

Los resultados obtenidos son juzgados en la actualidad con severidad. Al querer realizar prematuramente el reino del derecho concebido a la europea, se modificó el orden social que regulaban su existencia por otros medios y que no estaban preparados para aceptar la noción europea moderna de derecho. La civilización africana estaba fundada en ciertos valores: el espíritu de comunidad, el respeto por los ancianos, la ausencia de clases antagónicas, entre otros muchos. Se aceptó demasiado fácil que esos valores sean destruidos sin preocuparse de reemplazarlos por valores nuevos; se forzó así de manera inconsciente el relajamiento de los

14 La expresión corresponde al profesor Allott, *New Essays in African Law*, 1970.

15 A. Allott, *New Essays in African Law*, 1970, pp. 151, 253 y ss.

16 E. Cotran, “The Place and Future of Customary Law in East Africa”, en *East African Law today*, 1966,

vínculos familiares y de clan, sin que se pudiera introducir, la solidaridad del cuerpo social en su conjunto.