

CAPÍTULO 3

LOS ESTADOS AFRICANOS INDEPENDIENTES

479. La reafirmación del derecho moderno. La evolución jurídica que se produjo en el tiempo de la colonización fue en su conjunto, considerada como ineluctable por las poblaciones africanas y de Madagascar. El advenimiento de los países africanos y de Madagascar a la independencia de ninguna manera determinó una reacción contraria a esta evolución jurídica; los nuevos dirigentes, bien por el contrario, manifestaron su determinación de proseguir con ella.

Los derechos de inspiración occidental, que las potencias colonizadoras habían impuesto, fue reafirmado por los nuevos Estados africanos independientes; incluso en los países que adoptaron el modelo socialista. Durante una buena parte del siglo XX, no se escuchó voz alguna que hubiera pretendido su abrogación. Ninguna ley importante ha sido abrogada con el ánimo de restaurar el pasado. Antes al contrario; toda la legislación que ha sido promulgada por doquier, conlleva la clara determinación de preservar la vigencia y perfeccionar el “derecho moderno” que se inició durante la época de la colonización.

La independencia, sin embargo, permitió el ascenso de una nueva generación de dirigentes que pudo considerar la solución de muchos problemas bajo una nueva óptica. Los dirigentes africanos de los países africanos que han accedido a la independencia han mostrado en un mayor grado que sus predecesores europeos, la preocupación de transformar sus países, al igual que reafirmar los valores que encuentran en sus tradiciones. Con ello se ha dado curso a un vigoroso movimiento de reforma, que concierne a la vez al derecho público y al derecho privado.

En el ámbito del derecho público el modelo plural de democracia propio de las constituciones de Europa occidental, se mostró francamente poco apto para las sociedades africanas. Este modelo fue rápidamente abandonado en un buen número de países por un régimen presidencial, que con frecuencia resultó en una dictadura con un sistema de partido único, excluyendo toda participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder. Esta situación es considerada como transitoria. Permitirá, se espera, una modernización de las estructuras sociales y económicas y de las mentalidades, que son el fundamento indispensable para que pueda funcionar un régimen democrático.¹

En el ámbito del derecho privado, las contradicciones no han sido menores. Por una parte se intentó rehabilitar el derecho consuetudinario tradicional, y reafirmar su vinculación con los

¹ D. G. Lavroff, *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire. Les États francophones*, 1976; V. Tchirkin y Y. Youdin. *L'État à l'orientation socialiste: instrument de transformation révolutionnaire*, 1974. Véase el número especial del *Journal of African Law*, 1991. “Recent constitutional developments in Africa” y el número especial de *Tirad World Legal Studies*, 1988, “Building Constitutional order in Sub-Saharan Africa”. R. Sacco, M. Guadagni, R. Aluffi Beck Pechos, L. Castellani, *Il diritto africano*, 1995. Nwabueze, *Presidentialism in Commonwealth Africa*, en G. Conac (dir.), *Dynamiques et fiscalités des droits africains* 1980; Dondoye, *La Constitution du Sénégal commentée*. Ed.jur.africaine, 1996; *Les Constitutions africaines* 1998.

principios del derecho costumbrista, donde el valor moral tiene una gran prominencia. Por otro lado sin embargo se excluyeron numerosas reglas de derecho y se destruyeron numerosas estructuras que comprometían el desarrollo de los países; se procuró el reforzamiento de la unidad del Estado, con frecuencia a través de un derecho nacional. El derecho se transformó en estas condiciones, en un instrumento de transformación revolucionaria y se alejó con frecuencia de las costumbres de la tradición.

480. Rehabilitación de los valores tradicionales. La nueva clase dirigente de los nuevos Estados, son africanos que fueron educados en el medio del derecho consuetudinario tradicional; un buen número de ellos comparten la determinación de afirmar y mantener ciertos valores de orden moral que aprendieron a apreciar en este medio, y albergan la convicción que, si se eliminan ciertas prácticas abusivas, el derecho consuetudinario tradicional puede constituir el fundamento de los vínculos en el orden privado de las sociedades africanas. De ninguna manera se ha imaginado rechazar el modo de vida tradicional. El poeta-presidente de Senegal, L.S. Senghor, exaltó la noción de "negritud". La solidaridad que el derecho consuetudinario tradicional presupone entre los miembros del grupo, constituye en particular un elemento positivo que debe ser preservado; El África y la isla de Madagascar² no deben caer en los excesos del individualismo que son, en nuestra época, condenados incluso en el mismo Occidente. La concepción del "socialismo africano" en este contexto es de gran valía.³

La decolonización se acompañó con frecuencia de proclamas que expresaban el deseo de hacerle justicia al derecho consuetudinario tradicional; si es de darse crédito a su nueva clase dirigente, se intenta rehabilitar el derecho consuetudinario tradicional, como una clara por reacción a la actitud de condescendencia y desprecio que pudo observarse durante la época colonial.

Se pueden reconocer esfuerzos de gran valía para conocer mejor al derecho consuetudinario tradicional. En Madagascar, desde 1957, se promulgó una resolución de la asamblea representativa, que ordenaba constatar y codificar al derecho consuetudinario tradicional; en igual forma se creó una comisión para la codificación de las costumbres en Senegal. Tanganika se propuso igualmente el mismo objetivo; los Consejos de distrito redactaron, en lengua suahili, numerosas costumbres que tienen un carácter obligatorio, a efecto de propiciar cierta unificación de las costumbres.⁴ En Nigeria, se alentó a las asambleas regionales formar compilaciones destinadas a declarar de manera autorizada la costumbre. Una vasta obra de exposición sistemática del derecho consuetudinario africano (Restatement of African Law Project) se emprendió bajo los auspicios de la School of Oriental and African Studies de la Universidad de

2 Véase el *Recueil des lois civiles* (T.I: Disposiciones generales. Derecho de la familia) publicado en 1964 por el Ministerio de Justicia de la República de Madagascar, que contiene un Informe de síntesis muy interesante de M.A. Ramangasoavina (p. 7-76).

3 Sobre el socialismo africano y la influencia del marxismo en África, véase J.N. Hazard, "Marxian Socialism in Africa", 2 *Comparative-Politics*, 1969, 1-15 y "Marxist Models for West African Law", en *Jus privatum gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, 1969, vol.1, p. 285-297. Véase igualmente J.N. Hazard, "La familia de sistemas jurídicos de inspiración marxista en África", *Libro-homenaje a la memoria de R. Goldschmidt*, 1967, pp. 131-146. Crespi Righizi, La influencia de los modelos jurídicos socialistas en África musulmana, en G. Conan (dir.), *Dynamiques et fiscalités des droits africains*, 1980.

4 El derecho del matrimonio fue efectivamente reformado en Tanzania por la *Law of Marriage Act*, 1971.

Londres con el apoyo de la Nuffield Foundation y la colaboración de los estados involucrados. Se publicaron diversos volúmenes, que exponen el derecho del matrimonio y el derecho de sucesiones de Kenia (1968/69), el derecho del matrimonio, el derecho de bienes, el derecho de sucesiones y el derecho de las obligaciones en Malawi (1970/71) y finalmente el derecho de familia en Bostwana (1972).⁵

481. La política de los dirigentes africanos. Los trabajos de los que se dado cuenta no alcanzaron la consecución de su principal objetivo que consistía en el rescate del derecho consuetudinario tradicional africano.⁶

Los dirigentes de los nuevos Estados nuevos africanos, que provenían de los sectores "evolucionados" activos formados en los modelos de vida del Occidente, exaltaban en sus discursos la noción de "negritud" y reafirmaban su africanismo. Se pudieron diferenciar unos de otros conforme al modelo económico que adoptaban: de economía liberal o de economía colectivizada. Con el sano propósito de modernizar sus Estados, de desarrollar y de forjar sus Estados, unos como otros actuaron en definitiva en perjuicio de la costumbre.⁷

Incuestionablemente en el largo plazo, hubiera sido sumamente complejo hacer coexistir un derecho público moderno, fundado sobre ciertos principios, y un derecho privado consuetudinario de carácter tradicional, fundado sobre principios contrapuestos. La unidad de una nación tiende a acoplarse con una gran dificultad a la fuerte cohesión de la tribu; el desarrollo de la economía de mercado requiere que el individuo se libere de la enorme dependencia que prevalece en el modelo de familia o de etnia africana. Los dirigentes africanos se vieron obligados a hacer una elección. El derecho consuetudinario tradicional es aquel que es propio de un grupo; en donde no se puede cambiar arbitrariamente las dimensiones; cuando se intentó unificar el derecho en este nuevo marco de legalidad de la nación, uno de sus principales efectos fue la metamorfosis del derecho consuetudinario tradicional. El derecho consuetudinario tradicional es consistente con los postulados de la armonía y de la conciliación; sin embargo, al buscar introducir el reino del derecho, conceptuado como la garantía de derechos subjetivos, en donde la ley o las reglas de derecho que provienen de los precedentes deben de acatarse en forma estricta y no como el punto de origen para la elaboración de una amigable composición para la solución de controversias de los conflictos, terminó por rechazarse lo que constituye la esencia misma del derecho consuetudinario tradicional.

5 El derecho de 17 etnias, que representaban el 90% de la población de Kenia, fue tomado en consideración por el experto inglés E. Cortan; el derecho de 9 etnias fue expuesto en Bostwana por S. Roberts. La obra de J. O. IVIC sobre Malawi considera igualmente diversas etnias, salvo por que respecta la responsabilidad delictiva donde sólo se toma en consideración la etnia de los *Tumbaka*.

6 Keba M'Baye, "Droit et développement en Afrique francophone de l'Ouest", en A. Tunc, dir., *Les aspects juridiques du développement économique*, 1966, 121-165, pp. 146 y ss. El autor analiza con pertinencia los factores que condujeron a revisar posiciones demasiado teóricas y a renovar profundamente, en diferentes ámbitos, el derecho costumbrista, Adde H. y L. Kuper, ed., *African Law: Adaptation and Development*, 1965.

7 A. Tunc, dir., *Les aspects juridiques du développement économique*, 1966. Véase especialmente, en esta obra, los artículos de K. M'Baye y B. O. Nwabueze, así como el informe introductivo de síntesis de A. Tunc. Existe una plena coincidencia con lo expuesto por M. Gluckman y A. A. Schiller, quienes deploran el abandono de las costumbres y puntualizan los múltiples inconvenientes producidos por la falta de adaptación del derecho moderno al medio africano; la interrogante subsiste. ¿Sin embargo, será preferible y posible, para evitarlo, mantener en África lo que un autor ha llamado "un zoo anthropologique"?

Resulta de muy poca relevancia que la ley o la jurisprudencia hubieran retomado e incorporado en alguna forma alguna de las soluciones que ofrecía el derecho consuetudinario tradicional. Si se tenía el propósito de respetar y perpetuar la tradición jurídica africana, se deberían de haber repuesto los procesos flexibles de aplicación y de evolución que le son propios al derecho consuetudinario tradicional y admitir la concepción pluralista de la sociedad; los grupos en los que era observable el derecho consuetudinario tradicional debían de haberlo continuado administrando; al margen de este marco de legalidad difícilmente puede sostenerse que pudiera existir un verdadero derecho consuetudinario tradicional. Al Estado no le es dable, sin pervertir el derecho consuetudinario tradicional, suplantar a los agrupamientos originales para definirlo y administrar una justicia consuetudinaria.

Es precisamente esta vía la que fue abandonada por los nuevos Estados africanos; justo es reconocerlo existían muy importantes razones para abandonarla. El nuevo derecho pudo ser estructurado en cierta medida, sobre los fundamentos de las costumbres; el derecho estatal no es más un derecho consuetudinario, aún cuando se haya pensado oportuno conservar en la terminología oficial ese vocablo.⁸

482. La reforma de la organización judicial. En tiempos del periodo colonial pueden ser identificadas dos categorías de jurisdicciones; unas especializadas en la aplicación del derecho consuetudinario tradicional y otras el derecho moderno. Esta dualidad fue puesta en predicamento en el advenimiento de la independencia de los Estados en África. Resultaba inaceptable que en un mismo Estado pudieran coexistir dos diferentes clases de jurisdicciones, más aún cuando era fácilmente observable, en forma correcta o incorrecta, que una resultaba inferior a la otra. Leyes de gran trascendencia fueron promulgadas por doquier, para reformar la organización judicial; estas reformas pretendieron integrar las jurisdicciones de los indígenas en un sistema unitario de administración de la justicia. Algunos Estados suprimieron inmediatamente los tribunales consuetudinarios (verbi gratia Senegal, Costa de Marfil, Mali, Burundi y Ruanda); otros Estados (verbi gratia Camerún, Benin, Congo, Gabón, Níger y Togo) mantuvieron, a título provisional las dos clases de jurisdicciones. Otros Estados más, habían instaurado, al interior de las jurisdicciones del derecho moderno, una organización judicial especial integrada por asesores consuetudinarios; estas organizaciones judiciales fueron rápidamente suprimidas (verbi gratia Senegal, Costa de Marfil, Gabón). En la actualidad los tribunales de derecho consuetudinario tradicional han prácticamente desaparecido de un gran número de Estados africanos.⁹

8 A. Allott, *New Essays in African Law*, 1970, pp. 145 y ss. El autor subraya la enorme dificultad de implementar por una parte en plena igualdad de tratamiento el derecho consuetudinario y el derecho moderno y por otra parte preservar el carácter consuetudinario del derecho. (p. 278). El derecho consuetudinario es indubitablemente un derecho en toda la acepción del término (p. 148), pero es por esencia un derecho que escapa al análisis de los juristas (Allott, *Law and Language*, 1965), y que se adapta con grandes dificultades a la regla inglesa del precedente.

9 Existen jurisdicciones “no integradas” en la organización judicial del derecho común que continúan sin embargo aplicando el derecho musulmán en diversos Estados. Véase A. N. Allott, *Judicial and Legal Systems in Africa*, 2a. edic., 1970 P. Lampue, “La justice civile dans les États d’Afrique francophone et à Madagascar”, *Rev.jur.et pol. Ind.et Coop.*, 1966, pp. 155-184; P. Lampue, “La justice administrative dans les États d’Afrique francophone”, *Rev.jur.et pol. Ind.et Coop.*, 1965 ; pp. 3-31 ; -« Actes du Congrès de l’I.D.E.F. au Canada », *Rev.jur.Id. et Coop.* 1969, pp. 451-1361; Degni-Segui, *Encycl.jur.de l’Afrique*, Vol. 1, 1984, ch. XVIII, codification et uniformisation du droit, p. 468; S. Melone, “Les juridictions mixtes de droit écrit et de droit coutumier dans les pays en voie de développement. Du bon usage du pluralisme judiciaire en Afrique : l’exemple du Cameroun”, *RID comp.*, 1968, p.

Estas reformas estaban llamadas a tener consecuencias de una vasta implicación en lo que concierne el derecho consuetudinario. En el análisis que se expone en el transcurso de esta obra ha sido posible constatarlo en un número importante de jurisdicciones: siempre ha existido recurrentemente una oposición real entre las concepciones de los juristas y aquellas que han sido postuladas por el derecho consuetudinario. Si a éste último se le ubica bajo el control de los juristas, se incurre en el enorme riesgo de desnaturalizar el derecho consuetudinario y de precipitar la decadencia del derecho tradicional.

Consideremos de esta manera a los países africanos anglosajones. El derecho consuetudinario tradicional en estos países, hasta el advenimiento de la independencia, había sido declarado y aplicado soberanamente por las jurisdicciones de los indígenas. Las Cortes supremas se limitaban a considerar a las costumbres como simples hechos. En la actualidad en algunos de esos países, se ha declarado que se trata de todo un derecho. El derecho consuetudinario tradicional por ese motivo pudiera haberse beneficiado de un reconocimiento o promoción. En la práctica, sin embargo este reconocimiento era aparente: significaba que el derecho consuetudinario tradicional sería aplicado en lo sucesivo, en una versión reformada por los jueces, y sin duda muy pronto con la participación de juristas, que habían sido formados en la tradición del *common law*, para quienes la noción de derecho consuetudinario tradicional es totalmente ajena.¹⁰

La publicación, cada vez más generalizada de los Restatements y de las compilaciones de jurisprudencia tiene igualmente por objetivo rescatar al derecho consuetudinario; lo que pudiera entenderse como un rescate, incurre en el enorme riesgo de contribuir en gran medida a su pérdida. A través de estas medidas, el derecho consuetudinario devendrá un derecho rígido; con ello terminará por perder su espíritu; la costumbre, cuando se convierte plenamente en derecho, deja de ser la costumbre de la tradición. La descolonización no contribuyó para rehabilitar la costumbre; antes al contrario provocó su total extinción.¹¹

483. Sociedad moderna y costumbre. Los derechos modernos de África pueden bien tratar de retomar ciertos elementos, provenientes de la tradición de los derechos consuetudinarios. Aún cuando tienden a repudiar ineluctablemente lo que era la esencia misma de esos derechos consuetudinarios.

El cristianismo, al igual que el islamismo, había minado sensiblemente al derecho consuetudinario en África; ambos sistemas religiosos substituyeron con el postulado de ley divina, la noción de equilibrio cósmico, que sería perturbado por la ruptura de las prohibiciones. El fundamento mismo del derecho consuetudinario queda al descubierto con el pensamiento racionalista moderno que disocia al derecho de las creencias y de los mitos de otros tiempos.

El derecho consuetudinario era aquel propio de comunidades que vivían replegadas sobre ellas mismas. El derecho moderno es por necesidad un *jus gentium*, que se entiende para una sociedad en la que las comunidades múltiples de antaño se refunden en una sola comunidad. El derecho no

327; K. M'Baye, "L'organisation des juridictions", *Encycl. Jurid. d'Afrique*, vol. IV, *Historique actualité*, p. 25. J. du Bois de Gaudusson y G. Conac (dir.), *Le statut de la justice dans les états d'Afrique francophone*, *Afrique contemporaine*, 1990; B. Boumakani, *Le mediateur de la République en Afrique noire francophone (Senegal, Gabón, Burkina Fasso)* *RID comp.*, 1999, p. 307.

10 D. S. Richardson, "Whither lay justice in Africa?", in M. Gluckman, ed. *Ideas and Procedures in African Customary Law*, 1969, pp. 128-136.

11 R. Degni-Segui, *op.cit.*, pp. 465 y ss.

puede ser propio de una u otra de esas comunidades.¹² La aspiración de toda sociedad, en numerosos países, consiste en construir un derecho nacional, con el espíritu de reforzar, en el ámbito jurídico, una cohesión nacional que, aún en algunos de entre ellos, se encuentra mal asegurada. Había sin embargo una mayor ambición en los dirigentes africanos esperaban, que a través de la aplicación de un derecho moderno en sus países, se podría acceder a un derecho común africano.¹³

El derecho consuetudinario respondía a necesidades propias de sociedades agrícolas estáticas. Los dirigentes de los Estados africanos actuales quieren realizar en la estructura misma de sus sociedades reformas profundas; colmar el “abismo cultural” que separa actualmente a las poblaciones urbanas con las del campo, a los intelectuales y otros reformadores y a la masa de ciudadanos; desean desarrollar sectores nuevos en la economía y para ello operar reformas legales en torno a la propiedad. El nuevo derecho no puede ser una réplica del derecho consuetudinario, ya que su fin es precisamente modificar, en múltiples aspectos el modo de vida de los habitantes: “la ley -sostenía un ministro de justicia de Madagascar- tiene por objeto transformar las tradiciones para permitir la emancipación social y económica; ésta se confronta por lo tanto con la costumbre”.¹⁴ El derecho moderno debe asegurar la uniformidad y la modernización del derecho. Al igual que fue presentado en los países socialistas, el nuevo derecho va a presentarse en gran medida, como la expresión de la voluntad de los dirigentes, que aspiran a operar una revolución.

484. Codificación del derecho africano. Después del advenimiento de la independencia se ha emprendido una importante obra que se ha propuesto revisar todas las leyes existentes, tanto en los Estados de tradición británica, como en aquellos de tradición francesa o belga, así como en Etiopía. A partir de ese momento, más de cien códigos han sido promulgados en los países africanos francófonos.¹⁵ En Etiopía se promulgados cinco códigos, a partir de los años de 1957 a 1965¹⁶ y de 1957 a 1965¹⁷ cuyo contenido corresponde en gran medida al de los Códigos napoleónicos. Leyes de similar importancia fueron promulgadas igualmente en los países anglófonos de África, particularmente en Ghana, en Nigeria, y en el África oriental.

12 Véase la declaración del Ministerio de Justicia de Costa de Marfil, de que dio cuenta el primer presidente de la Suprema Corte de Senegal: cualquiera que sea la opción, a propósito de cada disciplina, las cuatro quintas partes de la totalidad de la población, verán aplicar una regla de derecho que les resulta tan extraña como la ley francesa o la ley italiana. Entonces porqué privarse de las ventajas de una legislación moderna, con gran ventaja que ningún clan, ninguna tribu podrá arrogarse el haber impuesto su ley (A. Tunc, dir., *Les aspects juridiques du développement économique*, 1966, pp. 146 y 147).

13 Conferencia de Dakar del 30 de enero de 1961 (véase I. Hilaire, “Nos ancêtres les Gaulois”, *Annales Africaines* 1964, p. 43, nota 129).

14 A. Ramangasoavina, “Les impératifs de la justice dans les pays en voie de développement”, *Am. Univ. Madagascar (Derecho)*, vol. 2, 1965, 1-30, p.18.

15 M. Allott, “Problèmes de l’unification des droits africains”, *J. of African Law*, 1967, p. 88-98.

16 N. J. Singer, “Modernisation of Law in Etiophia”, 11 *Havard Int. J.*, 1970, pp. 73-125. R. David, “Rapport à S.M. Haile Sellassie I sur la codification des lois civiles”, en R. David, *Le droit comparé. Droits d’hier, Droits de demain*, 1982, p. 258-276.

17 N. J. Singer, “Modernisation of Law in Etiophia”, 11 *Havard Int. J.*, 1970, pp. 73-125. R. David, “Rapport à S.M. Haile Sellassie I sur la codification des lois civiles” in R. David, *Le droit compare. Droits d’hier, Droits de demain*, 1982, pp. 258-276.

La redacción de los Códigos africanos se dio en el transcurso de dos periodos. En el primer decenio a partir del advenimiento de la independencia, todos los países africanos conocieron un movimiento legislativo intenso. La mayor parte de los Códigos fueron promulgados a partir de 1960 a 1961, hasta 1970; de 1960 a 1965 fueron los años más fructíferos. A partir de entonces, el movimiento de codificación se volvió mucho más lento, especialmente a partir de 1971. Ello por una razón muy clara; algunos Estados habían codificado, casi integralmente su derecho. A partir de entonces, los textos promulgados en 1970-1980 tuvieron por fin esencial modificar, completar o abrogar los textos anteriormente aplicados. El entusiasmo de los primeros tiempos de la independencia, dio paso a la prudencia. Se empezó a verse con claridad que la codificación no podía resolver siempre satisfactoriamente, los problemas presentados en el proceso al desarrollo.

El movimiento de reformas concernió en primer lugar al derecho moderno. Se promulgaron nuevos códigos en prácticamente todos los ámbitos del derecho: el derecho de la nacionalidad,¹⁸ el derecho penal, el derecho de procedimientos penales, el derecho sobre inversiones, el derecho del trabajo, la organización judicial; en Senegal y en Madagascar, en Ghana y en Uganda, se reformaron el derecho de las obligaciones y el derecho de los contratos. Este primer movimiento legislativo no se agotó ahí; se lanzó a la reforma del derecho en materias que afectan estrechamente el "estatuto personal" de los africanos. Las reglas relativas al régimen territorial fueron profundamente reformadas en Senegal,¹⁹ en Ghana y en Kenia. Algunas reformas legislativas que pueden considerarse como revolucionarias, fueron promulgadas en el ámbito del derecho de la familia.²⁰ En prácticamente casi todos los países africanos, esta disciplina del derecho fue reformada, ya sea a través de una codificación total (verbi gratia Senegal, Togo), ya sea reglamentada en un conjunto de leyes que no se habían agrupado en un Código (verbi gratia Costa de Marfil) o bien en países donde fue objeto exclusivamente de reformas legislativas parciales (verbi gratia Guinea, Mali, Gabón, Burundi).

Algunos Estados codificaron o legislaron en casi todas las ramas del derecho (verbi gratia Costa de Marfil, Senegal, Gabón y Camerún). Estos Estados, en donde Costa de Marfil aparece como el mejor ejemplo, adoptaron entonces decididamente una actitud "modernista", que privilegió al derecho moderno. En otros Estados africanos, que constituyen la mayoría, los códigos y las leyes son menos numerosos.

En este contexto surgen dos interrogantes obligadas: la primera consiste en determinar en qué medida la nueva legislación es efectivamente respetada; la segunda es saber, si acaso en Africa no se han inspirado demasiado en los modelos occidentales.

18 R. Decottignies, "Les nouvelles nationalités africaines", 1964; Zatzepine, "L'Évolution des nationalités des Républiques francophones d'Afrique et de Madagascar", 1975.

19 E. Le Roy, L'émergence d'un droit foncier local au Senegal, en G. Conac (dir.), *Dynamiques et fiscalités des droits africains*, 1980.

20 Keba M'Baye, dir., *Le droit de la famille en Afrique et à Madagascar*, 1968; X. Blanc-Jouvan, "La codification du droit du mariage dans les pays d'Afrique noire francophone", *Ius privation gentium, Festschrift für Max Rheinstein*, 1969, vol. II, pp. 909-935; R. Verdier, "Évolution et réformes foncières de l'Afrique noire francophone" 15 *Journal de droit Africain*, 1971, pp. 85-101; G. Kouassigan, "Famille, droit et changement social en Afrique noire francophone". Famille et changement social dans les sociétés contemporains, travaux des huitième journées juridiques Jean Dabin, vol. XI, Bruselas, 1978, pp. 160-220; Armstrong (dir.), *Women and Law in Southern Africa*, 1987.

485. Persistencia de los modos de vida tradicionales. En este aspecto debe siempre tenerse presente en el análisis que un número muy importante de las nuevas leyes, pero en especial aquellas que pretenden reformar en cuanto al fondo las estructuras familiares, penetran con dificultad en amplios sectores de la sociedad africana y no han podido alterar su comportamiento. Más allá del aspecto estrictamente formal, los campesinos en particular continúan viviendo como habían vivido sus ancestros, ignorando el derecho de las urbes y las instituciones puestas en marcha por los reformistas.²¹ Conforme a las voces más autorizadas,²² entre un 80 a 90% de la totalidad de la población africana continúa viviendo según el modo antiguo, al margen de todo movimiento de modernización. El matrimonio consuetudinario, la poligamia, la dote, entre otras instituciones, si bien han sido suprimidas o reglamentadas, son ampliamente observadas en la práctica. En Costa de Marfil “la mayoría de los individuos no aceptan las prácticas nuevas y las instituciones consuetudinarias están todavía vigentes”.²³ La costumbre de antaño continúa siendo observada de facto, los tribunales estatales abandonados en beneficio de arbitrajes administrados o, más frecuentemente, de conciliaciones logradas de acuerdo a la tradición.²⁴

Lo anterior, de ninguna manera debe entenderse, que la promulgación de todas las nuevas leyes promulgadas por parte de los gobiernos africanos, hayan sido inútiles. Adelantadas, a la percepción de la opinión pública y a los diferentes modos costumbristas que éstas pretenden precisamente reformar, tienen una incuestionable función de educación y de persuasión, como en su tiempo lo fue el *jus commune*, que se enseñaba en las Universidades de Europa. Las nuevas reglas de derecho expresan la imagen de sociedad que se aspira a crear, sin tener que esperar que éstas sean aplicadas íntegra e inmediatamente como un derecho occidental europeo. Pero, de la misma forma y a efecto de no comprometer su autoridad, el legislador deberá mostrarse prudente y conferirle a los jueces, grandes márgenes, en cuanto se refiere a la aplicación cotidiana de las nuevas disposiciones que ha promulgado; finalmente la nueva legislación debe concebirse, más como modelos destinados a guiar la conducta de los ciudadanos, que como mandatos rigurosos de estricta observancia.

486. El contexto de la aplicación del derecho. En los países en vías de desarrollo debe siempre tomarse en consideración las condiciones prevalecientes en las que se aplica el derecho.²⁵ Resulta indispensable expandir la enseñanza del derecho, publicar recopilaciones de leyes o de jurisprudencia y asegurar su conservación, escribir manuales de derecho y facilitar la documentación en materia de legislación y de reglamentación africanas. En este contexto se han

21 Esta afirmación resulta veraz de manera general. Puede suceder que la costumbre sea transformada: véase S. A. Roberts, “The settlement of family disputes in the Kgatha Customary courts. Some new approaches”, *J. African Law*, 1971, pp. 60-76.

22 R. Degni-Segui, *op. cit.*, p. 472.

23 A. Dumetz, “Le droit du mariage en Côte-d’Ivoire”, 1975.

24 J. Poirier, “L’analyse des espèces juridiques et l’étude des droits coutumiers africains”, en M. Gluckman, ed., *Idées et procédures dans les systèmes légaux africains*, 1969, pp. 97-109; N. A. Ollennu, “The Structure of African Judicial Authority and Problems of evidence and proof in Traditional Courts”, *ibidem*, pp. 110-122; G. Krzeczunowicz: “The present role of equity in Ethiopian Civil Law”, 13 *J. Afr. Law*, 1969, pp. 145-157; P.F. Gonidec, “Les droits africains”, 1987.

25 A. Boni, “La mise en pratique des lois dans les nations en voie de développement”, *Recueil Penant* 1963, pp. 449-461; P. F. Gonidec, “Problèmes d’application de la législation en Afrique”, *Bull. Inst. int. d’administration publique*, 1967, 2, pp. 7-22; J. Vanderlinden (dir.), *La connaissance de droit en Afrique*, 1987.

realizado grandes esfuerzos, específicamente por las Instituciones africanas y las asociaciones de juristas africanos.²⁶ Sin embargo, un trabajo legislativo de esta envergadura, es claro que no podría producir los mismos resultados en África, que en contextos diferentes como es el europeo. En África, se carece aún en la actualidad de suficientes organizaciones gremiales de índole profesional, suficientes abogados practicantes y las reglas de derecho incurren en el enorme riesgo de permanecer como letra muerta, o bien que las ventajas que ofrecen puedan exclusivamente beneficiar a los sectores más evolucionados de las sociedades africanas, que bien pudiera provocar el efecto indeseable de fortalecer sus privilegios, en lugar de reducirlos, como se quisiera. En los países industrializados incluso se ha tomado conciencia que los sectores menos favorecidos de la población permanecen al margen de las ventajas que les proporciona el derecho, ya que con frecuencia ignoran sus derechos y la forma de hacerlos valer.²⁷ En épocas recientes, desde los Estados Unidos de América, Inglaterra y Francia un cuestionamiento total de las estructuras de asistencia jurídica ha sido operado en estos últimos años. El mismo problema aparece con mayor intensidad todavía, en África.

487. El primado de la idea de desarrollo. La otra interrogante consiste en dilucidar si en el ámbito jurídico se replicó en forma demasiado ortodoxa y fiel el modelo de los países europeos. El derecho, conforme al criterio de algunos autores, debe ser totalmente repensado en África y en Madagascar, para que pueda efectivamente ponerse al servicio del desarrollo;²⁸ cualquier otra consideración desmerece frente a este objetivo principal.

No se trata de sacrificar en África los valores morales ni la dignidad al hombre; pero pudiera parecer legítimo, en países en vías de desarrollo, subordinar, aún cuando para ello Occidente esté mal preparado para admitirlo, al individuo a la comunidad, que por otra parte es consistente con el espíritu de la costumbre tradicional.

Las relaciones que se observan entre derecho público y derecho privado no pueden ser las mismas en sociedades, como las europeas, en donde el progreso proviene de las iniciativas del Estado más que de aquellas de particulares demasiado pobres e ignorantes para abstraerse de la rutina y de los prejuicios. Los derechos naturales del hombre deben ser garantizados, aún cuando pudieran observar mayores restricciones que en los países europeos; el carácter "sagrado" del derecho de propiedad no debe ser un obstáculo para implementar reformas agrarias, que conllevaran una valorización racional de los países africanos; la legislación del crédito agrícola debe considerar que los campesinos se encuentran eternamente frecuentemente, y debe prever medidas que impidan que los créditos acordados no tengan como destino final sufragar los pagos a prestamistas abusivos o sean destinados a gastos improductivos, como son ceremonias de matrimonio o de funerales.

26 H. Pedamon, *L'éducation juridique dans l'Afrique du Sud du Sahara*, 1979.

27 M. Cappelletti, *Giustizia e società*, 1972.

28 R. Granger, "Problèmes d'application du droit moderne dans les pays en voie de développement", *Ann. Univ. Madagascar*, vol. 2, 1965, pp. 113-128; R. Gendarme, "Problèmes juridiques et développement économique"; en A. Tunc, dir., *Les aspects juridiques du développement économique*, 1966, pp. 25-58; M. Petit-Pont, *Structures traditionnelles et développement*, 1968; A. N. Allott, "Legal Development and Economic Growth in Africa" en J. N. D. Anderson, ed., *Changing Law in Developing Countries*, 1963, pp. 194-209; R. Seidman, *The State, Law and Development*, 1978.

488. Riesgos de las leyes o convenciones de modelo europeo. Muy frecuentemente después de su independencia, los países de África y Madagascar, en muchos ámbitos promulgaron leyes demasiado inspiradas del derecho de los países europeos. Esta legislación no era apropiada a las condiciones de vida y a las necesidades específicas de los países africanos. Pero también es de admitirse que resultaba sumamente difícil que los Estados africanos, con entornos graves de penuria y una carencia de juristas, pudieran estudiar de manera independiente, cada uno para sí, la legislación más adecuada que podría convenirles.

Lo que es válido para la legislación interna, resulta igualmente válido en lo que concierne a las Convenciones internacionales. Si bien es cierto que los Estados de África participan activamente en los foros internacionales, sus intereses no han estado lo suficientemente bien representados. El texto de convenciones internacionales, por lo tanto, no ha estado siempre adaptado a las condiciones de vida en el continente africano.

489. Peligro de la diversificación del derecho de los países africanos. La fragmentación de África en más de cuarenta Estados, en una época en donde sólo conjuntos lo suficientemente vastos, tienen oportunidades razonables de desarrollo, ha resultado lamentable; la balcanización del continente africano ha conllevado una fragmentación del derecho. Que representa con frecuencia una prolongación de las divisiones territoriales trazadas artificialmente por las viejas potencias coloniales.

Simultáneamente a la emergencia de la idea de un derecho común en los Estados de Europa, en los Estados de África, rechazando la tentación de un nacionalismo limitado; han entendido que una cooperación era necesaria para asegurar un desarrollo económico.

490. La OHADA. Ciertos países de África, han expresado su determinación de llevar a cabo una forma de integración económica, (que debe conducir a la libertad de circulación de personas, de servicios y de capitales) y han llegado a la conclusión que la diversidad de legislaciones adoptadas en los Estados independientes de África, su carácter anacrónico y las dificultades de su aplicación por los tribunales han significado todo un obstáculo para las inversiones, que resultan indispensables para el desarrollo de la economía africana. Ello ha propiciado que a partir de 1991 se gestara todo un movimiento de armonización y de modernización y lograron precisar el procedimiento que debería seguirse para la redacción y en su caso aprobación de las actas uniformes en diversos ámbitos comerciales.²⁹ El 17 de octubre de 1993 fue firmado un Tratado que creó la Organización para la Harmonización en África del Derecho mercantil (OHADA).³⁰ El

29 J. Lohoues-Oble, L'apparition d'un droit international des affaires en Afrique, *RID comp.*, 1999, p. 543; Ph. Tiger, Le droit des affaires en Afrique, "Que sais-je?", 2001. J. Issa-Sayegh, La Ohada, l'instrument d'intégration juridique des pays africains de la zone franc, *Rev. de Jurisp. Com.*, 1999, p. 237. Portal Internet de la OHADA <http://www.cm.refer.org/eco/ecohada/ohada.htm>: Credau (Centro para la Investigación y el estudio del Derecho Africano Unificado): <http://www.credau.org/>

30 El Tratado fue firmado por catorce países: Benin, Burkina Fasso, Camerún, la República Centroafricana, los Comoros, Costa de Marfil, Gabón, la Guinea Ecuatorial, Mali, Níger, Senegal, Chad y Togo. Posteriormente, el Tratado ha sido ratificado por la República de Guinea y la Guinea Bissau. Al margen del Camerún, que es simultáneamente francófono y anglófono, todos los demás países son francófonos. El Tratado prevé que la lengua de trabajo es el francés. Es en francés la lengua en la que están redactadas las actas uniformes. Sin embargo el Tratado no está reservado al espacio africano francófono; está abierto a todos los países miembros de la Organización de la Unión Africana (OUA); los países de tradición del *common law* podrían por tanto adherirse.

tratado, conforme a su letra, “tiene por objeto la armonización del derecho mercantil en los Estados miembros a través de la elaboración y la adopción de reglas comunes simples, modernas y adaptadas a la situación de sus economías, a través de la puesta en marcha de procedimientos judiciales apropiados y a través del aliento al recurso del arbitraje para la regulación de diferendos contractuales”.

A efecto de lograr la consecución de los objetivos del Tratado, se crearon cuatro instituciones regionales: el Consejo de Ministros que es el órgano de decisión, encargado de adoptar las actas uniformes, la Corte Común de Justicia y de Arbitraje, cuya competencia tiene por objeto asegurar en los Estados miembros, la interpretación y la aplicación común del Tratado así como de sus actas uniformes, el Secretariado permanente, que asiste al Consejo de ministros y tiene específicamente como mandato preparar proyectos de actas uniformes (en concertación con los gobiernos de los Estados miembros) y que ejerce entre otras la tutela sobre la cuarta y última institución que es la Escuela Regional Superior de la Magistratura. Ésta última institución tiene como objetivo asegurar la formación de magistrados y de auxiliares de justicia de los Estados miembros de la OHADA.

La OHADA ha redactado y publicado un cierto número de textos uniformes; ha elaborado textos unificando una gran parte de los ámbitos del derecho mercantil, que se contienen en el ámbito material del Tratado. En enero de 1998 entraron en vigor las actas uniformes que conciernen respectivamente, el derecho comercial general, el derecho de las sociedades mercantiles y de los agrupamientos de interés económico,³¹ y el derecho de los seguros.³² En julio de 1998 entraron en vigor el acta uniforme relativa a la organización de los procedimientos simplificados y vías de ejecución³³ y el acta uniforme relativa a los procedimientos colectivos de revisión de pasivos.³⁴ Finalmente el primero de enero de 1999 entró en vigor el acta uniforme relativa al derecho de arbitraje y el reglamento de arbitraje de la Corte común de justicia y de arbitraje.³⁵ Aún se encuentran en proyecto de redacción y de discusión, el acta uniforme sobre el

31 P. Agboyibor, *Nouveau droit des sociétés, RD aff. Int.*, 2001, p. 1015; A. Seck, *Actes uniformes relatifs au droit des sociétés commerciales et au groupement d'intérêt économique au droit commercial en général et au sûretés, Gaz Pal.*, 17 de febrero de 1999, p. 8.

32 D. Hounghbedji Rauch, *Ohada: Acte Uniforme – droit des sûretés, Cahiers jur. et fisc. de l'exportation*, 1999, p. 41.

33 J. Issa-Sayegh, *Présentation de l'acte uniforme portant sur les procédures simplifiées de recouvrement des créanciers et voies d'exécution, Cahiers jur. et fisc. de l'exportation*, 1999, p. 15; G. Wamba Makollo, *La procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales, l'injonction de payer dans le traité OHADA, sa pratique quotidienne au Cameroun, Rev. Droit des pays d'Afrique*, 1999, p. 135. Véase número especial OHADA, *Penant*, 827, 1998.

34 K. Assogbavi, *Les procédures collectives d'apurement du passif dans l'espace OHADA, Rev. Droit des pays d'Afrique*, 2000, p. 55; M. Lecerf, *OHADA, La procédure d'alerte, un nouveau moyen de prévention des difficultés des entreprises, Cahiers jur. et fisc. de l'exportation*, 1998, p. 333.

35 Ph. Fouchard, (dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, 2000; A. Fénéon, *OHADA, Harmonisation du Droit des Affaires, droit de l'Arbitrage, Commentaires de l'Acte Uniforme sur l'arbitrage et du règlement de la CCJA*, 2000; P. Meyer, *L'acte uniforme de l'OHADA sur le droit de l'arbitrage, Rev. droit aff. Inter.*, 1999, p. 629; T. Lauriol, *Le centre d'arbitrage OHADA: formation et effets de la Convention d'arbitrage, Rev. Droit. Aff. Intern.*, 2000, p. 1012.

nuevo derecho del trabajo, el derecho y programa contable común, las actas uniformes relativas al derecho de la venta a los consumidores y al derecho de los transportes.³⁶

Todas las actas adoptadas han sido publicadas en su versión francesa en el periódico oficial de la OHADA. Algunas traducciones se han hecho al inglés, propiciadas por ciertos Estados miembros de la OHADA, como es el Camerún.

Conforme al artículo décimo del Tratado, las actas uniformes tienen fuerza obligatoria y prevalecen sobre las disposiciones de derecho interno, ya fueren éstas anteriores o posteriores. Sus disposiciones son de aplicación directa. Las disposiciones de derecho interno de cada uno de los países miembros de la OHADA que sean contrarias a las disposiciones de las Actas uniformes, se encuentran por lo tanto abrogadas (a menos que el Acta uniforme haya previsto lo contrario).³⁷ En los ámbitos que estén dentro de los ámbitos materiales de validez de las Actas uniformes, el derecho de los Estados miembros de la OHADA puede sostenerse que se encuentra unificado.³⁸

En los países miembros de la OHADA existen en la actualidad textos legislativos uniformes y una jurisprudencia naciente, que son aplicables en dieciséis países africanos, que son los países africanos francófonos.³⁹ Resultaría muy precipitado determinar si la existencia de un derecho común, pudiera asegurar la promoción de inversiones económicas y si esta forma de integración económica y jurídica, pudiera contribuir a la consecución de los objetivos que precedieron a la creación de la OHADA. No obstante, los comparatistas están sumamente interesados por esta nueva experiencia de uniformización del derecho.

36 F. Ferrari, The OHADA Draft Uniform Act on Contracts for the Carriage of Goods by Road. First remarks on its Sphere of Application, *RD aff. Int.*, 2001, p. 925.

37 G. Kenfack Douajni, L'abandon de souveraineté dans le traité OHADA, *Rev. Droit de pays d'Afrique*, 1999, p. 125.

38 T. Lauriol, OHADA: L'intensification du processus d'harmonisation, *RD aff. Int.*, 2001, p. 752.

39 P. Agbohibor, La CCJA rindió sus primeros fallos el 11 de octubre de 2001, *RD aff. Int.*, 2001, p. 1015.