

CAPÍTULO XXX

EL *ROMAN-DUTCH LAW*:
SUDÁFRICA Y OTRAS REGIONES

127. EL DERECHO ROMANO-HOLANDÉS FUERA DE EUROPA

LA HEMOS mencionado cómo la *Iurisprudentia Elegans*, en Holanda, se amalgamó con derechos locales, no-romanistas, dando así nacimiento al derecho romano-holandés.

Para explicar la expansión de este derecho romano-holandés fuera del pequeño territorio ocupado por las Siete Provincias, o sea por Holanda-en-sentido-amplio, debemos hacer hincapié en la existencia de dos famosas organizaciones: la Compañía Holandesa de las Indias Orientales (1602) y la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales (1621). Estas conocidas precursoras de la moderna sociedad por acciones, eran “para-estatales” en un sentido muy especial: formalmente eran privadas (las acciones pertenecieron a particulares, que a menudo estuvieron comercialmente muy activos dentro de las sub-compañías, “Cámaras” —de índole regional— de las que se compusieron estas Compañías). Sin embargo, funcionaban bajo concesión estatal, y habían recibido, inclusive, el derecho de declarar guerra, de celebrar tratados de paz, de gobernar sus posesiones territoriales y de legislar (tales leyes, sin embargo, requerían de la ratificación por parte del Parlamento de las Siete Provincias, o sea los *Staten Generaal*).¹ La Compañía Holandesa de las Indias Orientales tuvo tanto éxito en su doble tarea de traer prosperidad a las Siete Provincias, y de causar daño al imperio colonial de España, que es gracias a ella que España tuvo que conceder a Holanda, en 1609, un armisticio de doce años (Armisticio de Amberes), plazo que las provincias rebeldes aprovecharon diestramente para consolidar sus ventajas milita-

¹ Es a causa de tales derechos soberanos por parte de organismos privados, que Hugo Grocio, en alguna fase de su vida profesional muy ligado a la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, da a su teoría de la soberanía unos perfiles que a veces causan consternación en el lector moderno.

res, comerciales y diplomáticas: desde entonces, la guerra de ochenta años (1568-1648) a la que Holanda debe su independencia, en realidad ya estuvo decidida. Terminando este armisticio, pareció conveniente crear otra compañía semejante, la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales, para el comercio (¡y el corso!) en África y, sobre todo, en las Américas española y portuguesa. A causa de la importancia del elemento meridional de Holanda en esta nueva empresa, ésta tenía su domicilio alternativamente en la ciudad de Middelburg (Zeelandia, en el sur del país) y Amsterdam (en Holanda septentrional).

Estas dos compañías, además de poner la base para el enorme imperio colonial que daría a Holanda durante mucho tiempo un lugar en la primera fila de los poderes occidentales, llevaron el derecho romano-holandés a diversos territorios "exóticos". A raíz de las convulsiones que Napoleón aportó a Europa, varias de estas posesiones fueron finalmente arrancadas a Holanda por los ingleses, o cedidas a éstos bajo cierta presión, después de lo cual los ingleses a menudo permitieron la subsistencia del sistema de derecho que allí habían encontrado (salvo en cuestiones de derecho constitucional, desde luego, y salvaguardando la facultad legislativa de aportar cambios). Esto dio lugar a aquel interesante espectáculo de cómo un sistema romano-holandés poco a poco fue absorbiendo elementos anglosajones.

Los territorios de que se trata aquí, fueron: Nueva York, Mauritius, la Guayana, Ceilán, Sudáfrica, Rodesia del Sur, Basutolandia, Suazilandia, Bechuanalandia y África del Sudoeste (Amibia); y en la actualidad, sólo en un aspecto del derecho de Guayana, y en varias ramas del derecho sudafricano, aquel derecho romano-holandés todavía puede considerarse como derecho vigente.²

Por lo demás, en los territorios coloniales que Holanda logró preservar hasta la segunda postguerra, el derecho romano-holandés ha seguido, desde luego, el mismo ritmo de evolución que se observa en la Metrópoli; primero la implantación de los Cinco Códigos napoleónicos (durante algunos años, Holanda inclusive fue incorporada a Francia, por Napoleón), y luego la elaboración de códigos nacionales, a los cuales el derecho romano-holandés entregó parte de su cosecha. Sin embargo, como en este esfuerzo codificador holandés (pensemos en el Código Civil de 1838) la influencia francesa fue muy grande, y como

² Un caso aparte es el del Brasil, al que haremos una breve referencia.

también los *Cinq Codes* habían recibido muchos elementos de derecho romano, generalmente es ocioso averiguar si alguna institución iusromana entró en el derecho codificado holandés por la influencia napoleónica o, ya recuperada la Independencia, por el recuerdo del antiguo derecho romano-holandés de la Holanda pre-napoleónica.

Véamos ahora cómo se desarrolló el derecho en los mencionados territorios del derecho romano-holandés.

128. EL DERECHO ROMANO-HOLANDÉS EN *NIEUW AMSTERDAM* (NUEVA YORK)

En *Nieuw Amsterdam*, el *Roman-Dutch Law* fue aplicado desde el comienzo de la colonización holandesa (1638), hasta la implantación de un régimen anglosajón colonial con las *Duke's Laws*, de 1665, inspiradas en el derecho colonial de Nueva Inglaterra, vigentes, sobre todo desde el segundo y definitivo traspaso de Nueva York a Inglaterra, en 1674. Durante este breve intervalo, el *Roman-Dutch Law* logró dar a las mujeres una independencia económica y jurídica, que destaca favorablemente de la situación neoyorkina que prevalece durante el siglo xviii.

Es quizás por el carácter filológico-histórico de la *Iurisprudentia Elegans*, que en la Nueva York de antes de 1674 hallemos la figura opcional de la *manus* sobre la esposa,³ institución que floreció en tiempos preclásicos romanos y que tuvo todavía algo de vida en la fase clásica, pero que en el *Corpus Iuris* de Justiniano ya no juega ningún papel. Sin embargo, durante la fase holandesa la *manus* perteneció en Nueva York al panorama de las instituciones vigentes, siempre que la esposa diera su consentimiento al respecto. Por otra parte, inclusive en un matrimonio *cum manu*, el marido podía dar su autorización (revocable) para que la esposa se dedicara al comercio; las propiedades de ambos se juntaron en una comunidad, administrada por el marido, de la cual una mitad sería para la esposa.

Si la esposa optara por un matrimonio *sine manu*, el matrimonio no cambiaría el poder de la mujer sobre su patrimonio o su libertad de contratación, de manera que este *Roman-Dutch Law* otorgaba a las mujeres de Nueva York unas posibilidades jurídicas, que destacan favorablemente de la deprimente condición de la mujer, que el calvinismo y el puritanismo pronto inducirían en aquella parte de las Américas.

³ Linda Briggs Biemer, *Women and Property in Colonial New York*, Ann Arbor, 1983, p. 1.

Parece que los archivos dan ejemplos de ambas opciones: hubo matrimonios *cum manu* y *sine manu*, y, como ya indicamos, inclusive en el matrimonio *cum manu*, la situación jurídica de la esposa era mejor de la que hubiera resultado de la *manus* romana.

Un curioso rasgo de esta forma del *Roman-Dutch Law* fue que la viuda, en caso de resultar que las deudas que gravaban la comunidad excedieran el valor de los bienes, podía liberarse del deber de participar en el déficit, colocando las llaves sobre el ataúd y retirándose con únicamente la ropa que tuviera puesta.⁴

En cuanto a otras diferencias entre el derecho justinianeo y el *Roman-Dutch Law* que encontramos en la Nueva York de aquel entonces, llama la atención la posibilidad de que ambos cónyuges, en conjunto, hicieran un solo testamento. Otra característica ajena al sistema justinianeo, es la existencia de una *patria potestas* —ahora ya plenamente *matria potestas*—, por parte de la viuda, sin necesidad del nombramiento de un tutor. Otra desviación del derecho justinianeo era que *ab intestato* la viuda recibiría una mitad de la herencia, y los hijos *en conjunto* otra mitad.⁵

Sin embargo, después del primer traslado de Nueva York a Inglaterra, en 1664, y sobre todo desde 1674, año del segundo y definitivo traslado, la situación jurídica de las mujeres, bajo el impacto de las *Duke's Laws*, pronto declinó, como resulta de la investigación respectiva que hizo Linda B. Biemer en los archivos: el breve intervalo del *Roman-Dutch Law* había sido una fase de sabor “moderno”, en la historia de la mujer colonial norteamericana.

129. EL DERECHO ROMANO-HOLANDÉS EN GUAYANA⁶

También en la Guayana inglesa, hasta una medida de 1916 que entró en vigor el 1.1.1917, a causa del original impacto colonial holandés el *Roman-Dutch Law* fue aplicado a muchos aspectos de la vida.

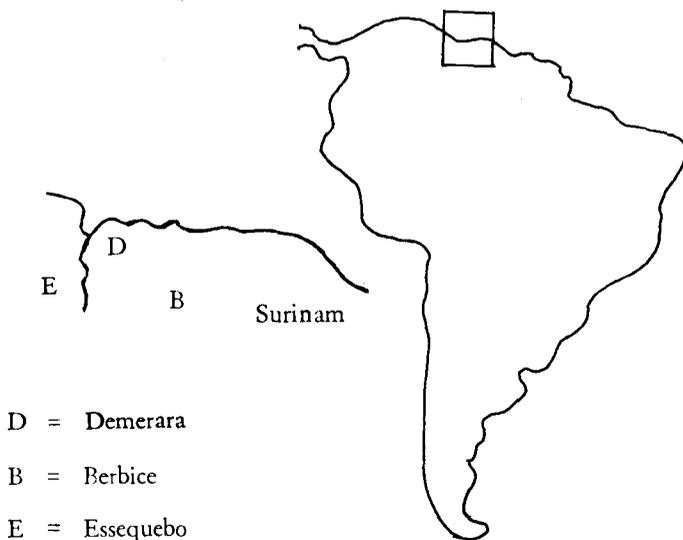
⁴ L.B. Biemer se refiere para esto a James Kent, *Commentaries on American Law*, reed. 1971 de la edición de 1827, N. York II. p. 109, y Beard, *Woman as Force in History*, N. York, 1946 reed. 1973.

⁵ Para todo esto véase Biemer, l.c., p. 4.

⁶ Ejemplos paralelos, pero más abruptos, en el Caribe, de la sustitución del derecho colonial original (con elementos romanistas), por derecho inglés, han sido el de Jamaica (donde el poder británico consideraba que la colonización española había sido tan superficial, que no había necesidad de respetar el derecho colonial-español preexistente) y de Santa Lucía (donde los jueces ingleses, con aquella asombrosa autoridad que el poder judicial suele tener en el ambiente anglosajón en 1880 decidieron sustituir el derecho germánico-francés de la *Coutume de Paris*, por derecho inglés: véase *The Legal System of Guyana*, p. 189.

Como ya dijimos, animada por el éxito financiero y expansionista-territorial de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, en 1621 Holanda decidió formar una compañía semejante para las Indias Occidentales, donde el monopolio comercial arrogado por España y Portugal tuvo, en la práctica, muchas fisuras. Se trataba, una vez más, de una compañía con accionistas privados, pero trabajando bajo concesión y protección de la República Neerlandesa, y, además de comerciar, se dedicaría a establecer plantaciones en las Indias, aprovechando el bajo costo de la mano de obra, principalmente de los esclavos.

El derecho que se aplicó a esta posesión (y a la otra gran posesión, el Brasil) de la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales fue una mezcla. Como punto de partida servirían, de acuerdo con el acta de fundación de la Compañía, las normas expedidas por la Compañía, ratificadas por el Parlamento holandés; y ya pocos años después, en 1629, este legislador bicéfalo expidió la importante Ordenanza que determinó cuáles sistemas de normas tendrían vigencia en las Indias Occidentales de Holanda.



Para el derecho *privado* serviría como base una Ordenanza Política de 1580 para Holanda Meridional y Zeeland, que se refería especialmen-

te (aunque no en forma exclusiva) a cuestiones de familia y sucesiones. Esta Ordenanza dispuso, *inter alia*, que en estas dos ramas de derecho la costumbre común de Holanda Meridional y Zeelandia (el “derecho de *Scheependom*” que era el derecho consuetudinario aceptado por los jueces laicos, los escabinos o sea *Schepenen*) se extendería, desde entonces, a las Indias Occidentales. En 1774 el Parlamento holandés cambió su acento, en materia sucesoria, desde el derecho de Holanda Meridional y Zeelandia, hacia el de Holanda Septentrional, declarando aplicable el derecho sucesorio de *Aasdom*, formulado en el *Placaat* de 1599.

rando aplicable el derecho sucesorio de *Aasdom*, formulado en el *Placaat* de 1599 por el mismo legislador que había creado la Ordenanza Política de 1580.

En cuanto al derecho penal, la Ordenanza de 1629 se refería a una Ordenanza de Felipe II, de 1570 (o sea de once años antes de la “abjuración” de la soberanía de este monarca, por las Provincias rebeldes, en 1581 y que, a pesar de este llamativo acto de separación, se había quedado en vigor).

Para el procedimiento, se recurrió a las costumbres de Zeelandia (ya hemos mencionado el contacto especial de la Compañía Holandesa de las Indias Occidentales con los comerciantes de Zeelandia). Desde luego, la vida forense estuvo en mano, sobre todo, de laicos. Sólo el procurador general, o sea el fiscal, era siempre un jurista, y desde 1783 también los presidentes de los Consejos judiciales de Essequibo y Demerara, algo que incrementó el impacto del derecho romano en la práctica judicial.

Para todo lo no previsto (i.e. sobre todo en materia de contratos y obligaciones), se aplicaría el “derecho escrito” (*Beschreven Rechten*), término confuso que, en este caso parecía significar: el derecho que encontramos en la gran *literatura* jurídica, mencionada en el Cap. XXII de este libro.⁷ Ya hemos dicho que la penetración de juristas diplomados en la vida forense de Essequibo y Demerara ayudó a dar más importancia a esta forma de derecho romano.

Sin embargo, no en toda la Guayana el desarrollo fue uniforme. La posesión británica que conocemos bajo este nombre (y que ahora goza de autonomía) fue creada en 1831, por la unión de los tres territorios

⁷ Sin embargo, hubo autores en la Guayana que quisieron dar otra interpretación a este término: véase la ponencia presentada por Fenton Ramsahoye al *Colloquium at Seigneury Club*, Montebello, Quebec, pp. 17-20 V. 1983 (doc, mimeografiado al que tuve acceso gracias al Prof. Baade. Austin),

que hasta 1803 (con breves interrupciones) primero habían sido administrados por la oficial Compañía Holandesa de las Indias Occidentales: Essequibo⁸ y Demerara,⁹ (que desde 1750 ya fueron considerados como unidad administrativa, con un director general en Essequibo y en Demerara un comandante, bajo las órdenes de aquel director general), y Berbice;¹⁰ y cuando esta última colonia fue dotada de un propio estatuto en 1732, los colonos recibieron un curioso privilegio, totalmente ajeno al derecho romano, pero conocido en las tradiciones jurídicas de los Países Bajos: el de poder fijar en su contrato pre-nupcial si en caso de sucesión *ab intestato* en la herencia de un hijo, a los padres sería aplicado el sistema de Holanda Meridional o Septentrional (en caso de no fijar su preferencia, se suponía que los padres se habían adherido tácitamente a la Ordenanza de 1580 junto con una Ordenanza de Interpretación de 1594).

En 1803 las colonias de la Guayana holandesa capitularon ante las fuerzas británicas, pero los artículos de capitulación previeron que, por lo pronto, el derecho tradicional no cambiaría. Sin embargo, la nueva administración estuvo acostumbrada al derecho anglosajón; en 1810 (Berbice) y 1812 (Demerara-Essequibo) el holandés fue sustituido en los tribunales por el inglés y, además, la popularidad del derecho romano-holandés palideció en vista de que, desde 1803, creció rápidamente la cantidad de nuevos colonos de extracción anglosajona, que no tuvieron acceso a libros de derecho en holandés renacentista o en latín. Así, ya pronto comenzó la anglicanización, ayudada por el hecho de que los grandes autores de la *Iurisprudentia Elegans* a menudo no estuvieron de acuerdo entre ellos, en cuyo caso los jueces de Guayana se consideraron autorizados a seguir el derecho anglosajón. Pero lo que fue esencial, al respecto, fue la intervención legislativa: a menudo, ramas enteras de la materia jurídica romano-holandesa fueron amputadas y sustituidas por implantes de origen inglés. En 1829 esto sucedió con el procedimiento penal; en 1832 fue abandonado el límite de 25 años para

⁸ Esta colonia, *de facto* ocupada por holandeses desde aproximadamente 1613, había sido aprovechada, en forma particular por la Cámara Zeelandesa de la mencionada compañía.

⁹ Esta región fue colonizada sólo desde aproximadamente 1745, pero luego se desarrolló muy rápidamente.

¹⁰ Esta parte fue explotada, desde 1627, por iniciativa privada de colonos, que bajo vigilancia de la Compañía podían comprar terrenos de los indígenas, pero que tenían que ajustarse al gobierno general, impuesto por la Compañía (gozando, por otra parte, de su protección).

la mayoría de edad; en 1838 comenzó la modificación de las normas sobre el matrimonio; además, el *spatium deliberandi* del heredero fue reducido de 12 a 6 meses, y en 1839 el testamento de estilo inglés inició su coexistencia con el testamento de estilo iusromanista, hasta que éste desapareció al comienzo de este siglo; en 1844 se introdujo el jurado popular; en 1846 varias normas de derecho penal sustantivo inglés fueron introducidas; en 1856 el sistema inglés de prescripción en materia de muebles sustituyó el sistema romano-holandés; en 1864 el derecho mercantil inglés llegó a Guayana; en 1904 se acabó no sólo con el sistema romano-holandés de la comunidad de bienes (rasgo típicamente germánico de aquel derecho), sino al mismo tiempo con la incapacidad de las mujeres para ser fiadoras, aboliendo el *Senatusconsultum Velleianum* y la *Authentica si quis mulier*; en 1906 los testamentos notariales y la *Lex hac edictali* fueron relegados a la historia del derecho, además de la *Lex Falcidia* y el *Senatusconsultum trebellianum*; después también la *portio legitima* abandonó el escenario del derecho positivo; en 1909 el heredero dejó de ser sucesor universal al estilo romano; y en 1913 la Ley de Venta, de Inglaterra, fue declarada en vigor en esta colonia. Donde mejor se preservó el derecho romano-holandés, fue en el campo de las servidumbres reales y en la hipoteca. Finalmente, la *Civil Law Ordinance* que entró en vigor el 1.I.1917 eliminó de plano el derecho romano-holandés, salvo en relación con aspectos del derecho inmobiliario (*Civil Law Ord.*, 3.C. y D), y cuando “un derecho está basado en una norma o costumbre de derecho romano-holandés que no tenga equivalente en el *Common Law* inglés, o cuando este derecho inglés, en opinión de la Suprema Corte, no es aplicable en virtud de condiciones locales especiales no previstas en esta Ordenanza o en cualquier otra” (*Civil Law Ord.*, 2.3), en estos casos la S. Corte podría seguir aplicando derecho romano-holandés en honor a la equidad, en la medida que considerara aconsejable. Esta fórmula, tan flexible, hubiera podido asegurar al derecho romano-holandés una gama variada de aplicaciones, pero la ausencia de conocimientos iusromanistas en el gremio jurídico de Guayana redujo esta potencialidad a casi nada.¹¹

¹¹ Fenton Ramsahoye, en su mencionada ponencia, presenta algunos casos concretos en que la oportunidad de hacer entrar el derecho romano por la puerita de *Civ.L.Ord.* 2 (3) fue desaprovechada.

130. EL DERECHO ROMANO-HOLANDÉS EN CEILÁN (SRI LANKA)¹²

La Compañía Holandesa de las Indias Orientales comenzó a ocupar la costa de Ceilán (a causa del comercio de canela, sobre todo) en 1638, y logró expulsar a los portugueses por 1658. No pudo penetrar en el interior (Reino de Kandi), pero para la zona ocupada por los holandeses estableció un sistema realista y flexible de derecho, basado en una jerarquía de normas: el Parlamento de las Siete Provincias Unidas estableció un marco general, dentro del cual la Compañía Holandesa de las Indias Orientales pudo legislar, acción que en parte quedaba delegada al Gobernador General de las Indias Orientales en Batavia (a esta última fuente, Ceilán debía, desde 1666, los Antiguos Estatutos de Batavia, y desde 1766 los Nuevos Estatutos de Batavia). Los huecos se llenarían con el derecho romano-holandés en su versión de la Provincia de Holanda Septentrional (*Aaslandsrecht*), y en caso de lagunas, con el "derecho escrito imperial" (derecho justiniano). Se hicieron sendas codificaciones para los hindúes (1707) y los mahometanos (1766, parte de los Nuevos Estatutos de Batavia, después trasladada por los ingleses hacia su *Mohammedan Code* de 1806), de costumbres relativas a la materia de familia y sucesiones (en caso de los hindúes, estas normas tomaban en cuenta el sistema de castas).

Cuando en 1796 los ingleses tomaron la isla, extendiendo, esta vez, el poderío eficaz hacia el interior, Kandi, se continuaba inicialmente con el sistema legal encontrado, pero reservándose la libertad de hacer los cambios que pareciesen aconsejables (Proclamación del 23.IX.1799). Tales enmiendas se hicieron luego, tanto por vía legislativa, como por vía judicial, y como los tribunales tuvieron problemas para recibir acceso a los archivos (los holandeses no quisieron colaborar), además de lo cual los libros de autoridad para el derecho romano-holandés estuvieron redactados en holandés, totalmente incomprensible para los nuevos jueces, o en latín, incomprensible para parte de ellos, la vigencia del derecho romano-holandés bajó de nivel.

Ya pronto comenzó la sustitución de elementos del sistema tradicional por el anglosajón, sobre todo en materia de derecho penal y del sistema procesal (civil y penal). Pero también en otras materias, la infiltración

¹² Debo estos datos a una investigación hecha por Geoffrey G. Tudor, estudiante mío en la Universidad de Texas.

del derecho anglosajón, por legislación o decisiones judiciales, no tardó en dejarse sentir: entró el sistema del *trust* (en lugar del *fideicommissum* y de las anteriores *piae causae*); la comunidad conyugal, tan típica del derecho romano-holandés (aunque no del derecho romano), fue abolida en 1877; en cambio, la adopción (que se había quedado ajena al derecho romano-holandés), desde luego, no con la estructura justiniana exacta, y nuevos elementos, ajenos al derecho romano-holandés, fueron introducidos en campos como la legitimidad, matrimonio y divorcio, el contrato de compraventa (ahora reglamentado por el *Sale of Goods Act* de 1893), la propiedad inmobiliaria (para la cual el derecho romano-holandés fue eliminado), formas de testamento (se conservó la *portio legitima*), la vía legítima, el sistema de obligaciones, etc. En todas estas materias, el impacto del derecho romano-holandés fue disminuido, pero, aunque por razones obvias es raro que se recurriera allí a antiguos libros de autoridad pertenecientes al derecho romano-holandés (o, como próxima línea de defensa, a textos de derecho romano), de todos modos, en la mezcla que es actualmente el complejo derecho de Sri-Lanka, algo de terminología, de la sistemática, y de las instituciones del derecho romano aún puede percibirse. A medida que crezca la cantidad de normas legisladas y de casos jurisprudenciales de esta nación, independiente desde 1948, la función del derecho romano-holandés, o de derecho romano, como derechos supletorios, es cada vez más ilusoria, sobre todo por la dificultad del acceso a las fuentes necesarias y la barrera lingüística. Es verdad que ya hay una creciente cantidad de traducciones al inglés de libros de autoridad de la antigua holanda, pero también la posición del inglés como lenguaje oficial y como esperanto para la cultura, se ve puesta en duda por la actual evolución política de Sri-Lanka. Se discute allí a menudo la necesidad de establecer un sistema de códigos, recogiendo en éstos los elementos que en la práctica nacional han dado buen resultado, de la tradición romano-holandesa e inglesa, pero por lo pronto existe allí una situación con un sistema territorial de derecho en que el elemento romano-holandés (y *a fortiori* el elemento romano allí incorporado) está retrocediendo, en combinación con algunos sistemas personales de derecho (ya no simplemente para hindúes y mahometanos, sino ya con concesiones también, a otros grupos).¹³

¹³ La *The British Commonwealth Series*, vol. 7, 1952, contiene la contribución de I. Jennings y H.W. Tambiah: *Ceylon, the Development of its Laws and Constitution*, que presenta algunos datos al respecto.

131. EVOLUCIÓN DEL DERECHO ROMANO-HOLANDÉS EN SUDÁFRICA¹⁴

En 1652, Jan van Riebeeck, en representación de la Compañía Holandesa de las Indias Orientales, inició la colonización de la región alrededor del Cabo, una posesión que con su agricultura debía proporcionar a los barcos de la Compañía una estación intermedia entre Holanda y las Indias Orientales, para fines de abastecimiento. Aunque no se haya encontrado alguna norma específica al respecto, se aceptó *de facto* que el derecho de la nueva colonia era el sistema romano-holandés de Holanda, con enmiendas legislativas desde 1652, promulgadas específicamente en Sudáfrica. Luego, en tres etapas (1795, 1806, 1814) Inglaterra obtuvo la soberanía sobre la antigua colonia holandesa, la Colonia del Cabo. Encontró allí una población agrícola, de lengua holandesa, los *Boeren*,¹⁵ *Boers*, conservadores y calvinistas, que vivieron bajo el derecho romano-holandés; el nuevo soberano les permitió conservar su derecho privado y penal, salvo modificaciones posteriores por el nuevo poder colonial; como los recursos llegarían, en última instancia, al *Judicial Committee del Privy Council*, en Londres, en asuntos importantes la última palabra estuvo en manos de un colegio judicial que no tuvo entrenamiento en el derecho romano-holandés (o siquiera en el derecho romano).

Durante las primeras dos generaciones después de este cambio de soberanía, el derecho romano-holandés se preservó bien, a pesar de las infiltraciones inevitables del derecho anglosajón. Ayudó al respecto¹⁶ la frecuencia con que jueces escoceses fueron nombrados en la Colonia del Cabo —jueces, por lo tanto, que tenían desde las aulas universitarias cierto conocimiento del derecho romano. A mediados del siglo pasado, precisamente cuando los hallazgos de diamantes y oro introdujeron un nuevo espíritu en el ambiente tradicionalista de esta colonia, el sistema romano-holandés parecía ya retroceder; pero esto cambió cuando llegó a la *Appellate División de la Suprema Court* de la Colonia, el famoso Henry de Villiers, que trabajó allí desde 1873 hasta su muerte en 1914.

¹⁴ Obras, ya clásicas, sobre este tema son: Johannes Wessel, *History of Roman-Dutch Law*, Grahamstown, 1908 y H.R. Hahlo y E. Kahn, *The Union of South Africa. The Development of its Laws and Constitution*, Londres, 1960. Para un resumen son aconsejables las páginas históricas de Robert Warden Lee, *An introduction to Roman-Dutch Law*, Oxford, 1953, y Max Kaser, *Das roemische Recht in Suedafrika*, ZSS (1960), pp. 1-30.

¹⁵ Palabra holandesa para "campesinos".

¹⁶ Véase M. Kaser, l.c., p. 10 y nota 40.

Un conocedor como R.W. Lee, que luego, siendo titular de la cátedra "Cecil Rhodes" explicaría el *Roman-Dutch Law* en Oxford (usando inicialmente como libro de texto la Introducción de Grocio que mencionamos en relación con el derecho holandés renacentista), y fue autor, más tarde, de un admirable texto al respecto, considera que de Villiers tuvo siempre buena intuición para tomar de la corriente anglosajona y de la variada literatura romano-holandesa (a cuyo respecto era un admirador de Voetius), los elementos mejor adaptables a las necesidades de Sudáfrica, para formar luego con ellos, la influencia anglosajona y la legislación más reciente, un sistema bastante bien armonizado.¹⁷

En 1845, Natal fue incorporado en la colonia, y durante la vida judicial de Villiers se presentó la crisis traumática de la guerra de los *Boers*. El gran éxodo, el gran *Trek*, de los *Boers*, no había podido otorgarles la independencia definitiva; fueron derrotados en 1902, y sus regiones, Oranjévrijstaat y Transvalia, fueron juntadas en 1910, con Natal y la Colonia del Cabo, en la Unión Sudafricana. Las cuatro colonias integrantes de esta Unión habían tenido historias legislativas ligeramente discrepantes (siempre contra el fondo común del derecho romano-holandés), pero su derecho fue unificándose paulatinamente desde 1910.

Este cambio incrementó la importancia de la *Appellate Division*. Antes había sido un aspecto del aparato judicial de una de las colonias, la Colonia del Cabo; pero desde la Unión de 1910 recibió las apelaciones de las cuatro Provincias. Es este alto tribunal que ha contribuido a la formación de un derecho sudafricano, un derecho común, distinto del inglés; y pudo hacer esto más libremente por el hecho de que sólo raras veces fue permitido a una parte inconforme llevar algún caso todavía hacia más arriba, hacia el *Privy Council* (práctica poco frecuente desde 1910, y abolida en 1950), de manera que en la práctica, esta *Appellate Division* tenía la última palabra.

El lector recordará que el elemento "romano" dentro del derecho "romano-holandés" fue de un romanismo especial, al estilo del *Mos Gallicus*, y que de ningún modo todo el derecho "romano" entró en el derecho "romano-holandés"; también recordará que este derecho tuvo su desarrollo a través de casi 250 años, y se manifestó en una gran cantidad de comentarios, no siempre concordantes entre ellos. Ahora bien, este derecho romano-holandés que fue aplicado con bastante firmeza por

¹⁷ R. W. Lee, "Roman-Dutch Law in South Africa", 40 *Law Quarterly Review*, 1924, pp. 61-75.

los tribunales de Holanda, sólo en parte fue incorporado en el derecho sudafricano, estructurado tan hábilmente por Villiers y sus sucesores.

En este nuevo sistema, la jerarquía de las normas parece ser la siguiente¹⁸ (no existe una ley que establezca la jerarquía en cuestión):

a) En primer lugar se toma en cuenta la ley sudafricana; en este nivel legislativo, empero, no encontramos códigos civiles, penales o procesales; la influencia británica no indujo a codificación, y cuando Sudáfrica se separó de Holanda, el derecho holandés tampoco estuvo inclinado a seguir la nueva moda iusnaturalista-codificadora de aquel entonces. La ausencia de códigos modernos significa para la legislación sudafricana que las lagunas y los aspectos controvertidos en sus leyes no son colmadas respuestas resueltas mediante principios derivados del contenido mismo de aquellas leyes —como sucedería con códigos modernos—, de manera que la costumbre y la tradición romano-holandesa completan al respecto la labor del legislador.

b) Sigue la costumbre jurídica general (más importante que las decisiones judiciales).

c) Luego viene el *judge-made law*, las tesis jurisprudenciales, con un sistema parecido al anglosajón, con su *stare decisis*, pero en forma suavizada; los jueces no quedan obligados por decisiones de otros jueces del mismo nivel, y la Suprema Corte, además de la *Appellate Division*, todavía de más jerarquía, puede abandonar su propia jurisprudencia. Este *judge-made law* ha permitido la infiltración de muchos principios anglosajones, sobre todo en materia del derecho mercantil, de sociedades, teoría general del contrato, *torts*, derecho penal,¹⁹ y los derechos procesal-penal y civil (donde la persistencia de una terminología romana no debe despistarnos respecto de la anglosajonización). Como muchos de los jueces y abogados sudafricanos han estudiado el derecho total o parcialmente en Inglaterra,²⁰ les es más fácil recurrir al método anglosajón de la aplicación de precedentes (con la técnica de decidir si existe alguna *distinción* y de separar los *obiter dicta* de la esencia de alguna tesis jurisprudencial), que de subsumir el caso con-

¹⁸ Véase Wille's *Principles of South African Law*, revisado por J.T.R. Gibson, Capetown, 1970, ¹⁹ Obsérvese, empero, que en materia de difamación, después de algunas vacilaciones, se ha mantenido el principio romano, contrario al anglosajón, de que sin *animus iniuriandi* —una forma de dolo— no hay delito; *Jordaan vs. v. Biljon*, 1962 (1), S.A., p. 286.

²⁰ Parece que, a causa de la separación que sufrió Sudáfrica del *British Empire*, ahora hay de nuevo un incremento de los estudiantes sudafricanos en la Facultad de Derecho en Leiden.

creto bajo la regla abstracta, formulada en la antigua literatura del derecho romano-holandés, como observa Kaser.²¹

d) Y en caso de no encontrar tampoco en la jurisprudencia una solución para la controversia, se aplica el derecho romano-holandés (no el derecho inglés). A este respecto, los juristas sudafricanos encuentran a su disposición una literatura abundante, cuyo uso, empero, es limitado por razones lingüísticas (muchos juristas sudafricanos no dominan el antiguo holandés, y también el latín está perdiendo terreno en la formación jurídica, de manera que se quedan dependientes de traducciones al inglés). Causa admiración, empero, el profundo conocimiento que algunos de estos juristas muestran respecto de la estructura de esta compleja literatura, alegando, por ej., que alguna obra que normalmente presentaría una opinión de buena autoridad, en el caso en cuestión no debe tener mucho peso, por tratarse de autores de Utrecht (van Someren, van Wesel) que, por haberse quedado su provincia ajena al *Schependomsrecht* de la antigua Holanda meridional, tendrían su interpretación especial del derecho sucesorio justiniano.²² Este derecho romano-holandés a menudo da lugar a interpretaciones extensivas, como cuando la regla de que *nasciturus pro iam nato habetur*, que en el derecho romano se limitaba a la determinación del *status* del *nasciturus*, extiende su efecto a cuestiones de indemnización.²³

e) Si este derecho romano-holandés (manifestación tan especial del derecho romano) tampoco ofrece una solución, se puede recurrir al derecho romano en general, a cuyo respecto autores como Bártolo, Molinaeus, Donellus, Carpzovius, Domat, Pothier, Glück, Savigny, Jhering, Mommsen (en materia penal), Dernburg, Windscheid, Sohm (popular gracias a una buena traducción inglesa), Girard, Bonfante y Schulz han sido aceptados por los jueces.

La jerarquía que aquí presentamos no es muy rigurosa, y a causa de la flexibilidad del sistema de las fuentes, puede suceder incidentalmente que un argumento basado en el derecho romano triunfe sobre otro argumento, derivado del derecho romano-holandés,²⁴ y Kaser propone en su citado artículo que la moderna ciencia del derecho romano ponga a la disposición de la vida jurídica sudafricana cuando menos la *opinio communis doctorum* sobre la evolución desde el derecho clásico hacia

²¹ M. Kaser, l. c., p. 15.

²² Véase, por ej., Glazar vs. Glazer, 1963. 4 S.A. pp. 694-707.

²³ M. Kaser, *op. cit.*, p. 13 y nota 49.

²⁴ Ejemplos con M. Kaser, l. c. p. 19 y nota 70.

el derecho justinianeo (no siempre una evolución loable), para otorgar a los jueces más libertad aún de escoger la solución más equitativa dentro del derecho romano.²⁵

Además, en el caso de *Glazer vs. Glazer*, citado en la nota 22, uno ve que los argumentos de las partes no distinguen a los autores de la corriente holandesa, de los demás (Bártolo, Molinaeus, Carpzovius, Glück, Windscheid, Biondi), de manera que las categorías del derecho romano-holandés y del derecho romano en general allí se confunden. Ante la abundancia de opiniones antiguas en pro y en contra de la tesis discutida, la Corte alega que *testes non numerantur, sed ponderantur*, y el hecho de estar de acuerdo con el espíritu de la época moderna se toma debidamente en cuenta.

f) Si todo lo anterior no ofrece autoridad para llegar a una solución satisfactoria, el juez podrá recurrir al derecho comparado en general—aquí, el derecho inglés encuentra por fin un lugar en esta jerarquía— y

g) Si el caso es tan particular que ni siquiera esta fuente ofrece inspiración para una decisión equitativa, el juez podrá recurrir a su propia conciencia jurídica: el sentido común, pulido por estudios y experiencia profesionales.

Como resultado de todo lo anterior surgió un sistema de derecho sudafricano *sui generis*, en el cual el recurso al *Corpus Iuris* (a menudo en la traducción inglesa por Scott,²⁶ o en la traducción alemana de Otto Schilling y Síntesis) y a la amplia literatura de la segunda vida del derecho romano, todavía es admitido con cierta frecuencia para alcanzar resultados forenses. Sin embargo, sería exagerado decir en forma absoluta que en Sudáfrica “el derecho romano sigue vigente”. El lector se habrá dado cuenta de que el derecho sudafricano es una mezcla, uno de cuyos ingredientes (el tercero en la jerarquía que propone Wille) es el derecho, “no romano”, sino romano-holandés; y recordará que éste, a su vez, era una mezcla de derecho antiguo holandés con un derecho romano, presentado en los comentarios de la *Iurisprudentia Elegans*. Como rasgos romanos que se han preservado hasta la fecha, se suelen mencionar: el sistema de propiedad (tanto más monolítico que el sistema matizado del derecho anglosajón) y de posesión; el hecho de que los contratos de enajenación no produzcan por sí mismos el traslado de

²⁵ M. Kaser, l.c., pp. 20-26.

²⁶ Esta traducción tiene fallas; posiblemente la traducción iniciada por C.H. Monro es mejor (Cambridge, 2 vol., 1904 y 1909), pero la muerte interrumpió esta labor cuando el traductor había llegado a D.15.4.

dominio; el dualismo de *actio in rem* y *actio in personam*; el enriquecimiento ilegítimo; la *gestio negotorum* y el *animus iriuriandi* como elemento esencial de la difamación.

El lector quizás se preguntará: ahora que, mediante este sistema tan flexible de fuentes múltiples se ha logrado crear un sistema jurídico sudafricano que obviamente da resultados satisfactorios (una economía tan desarrollada no podría funcionar sin *substratum* jurídico de buena calidad), ¿no ha venido, acaso, el momento de preparar una codificación de los resultados? La flexibilidad tiene sus méritos, y permite a los jueces orientar sus decisiones hacia la equidad; pero para la seguridad jurídica, la codificación también tendría sus ventajas.

El tema causa intermitentemente discusiones importantes en Sudáfrica,²⁷ que recuerdan la polémica entre Savigny y Thibaut. Hasta ahora, empero, ha prevalecido la opinión de que más conviene dejar el derecho sudafricano todavía por algún tiempo en este estado de flexibilidad, que quizás no es el mejor desde el punto de vista de seguridad jurídica, pero que, en manos de buenos jueces, garantiza al público un derecho bien adaptado a la realidad, cambiante y matizada.

Como repercusión del *Roman-Dutch Law* de Sudáfrica, hallamos cierta influencia iusromanista en Namibia, Lesotho, (antes Basutolandia), Botswana (antes Bechuanalandia), Suazilandia y Sud-Rodesia. Además, la Ley Sudafricana 55, de 1962, extiende el *Roman-Dutch Law* a los ciudadanos sudafricanos que se encuentren en Antártica.²⁸

²⁷ Cf. el Simposio de 1961 sobre esta cuestión, que organizó la Universidad de Pretoria. Cf. también la otra discusión, a menudo ligada al tema de la codificación, entre los "modernistas" (que aceptan la infiltración de ideas anglosajonas en instituciones de origen romanista) y los "puristas" (que quieren eliminar la contaminación de instituciones romanistas por influencias del derecho inglés). Cf. Adrienne van Blerk, *The genesis of the "modernist"-"purist" debate: a historical bird's-eye view*, *Tijdschrift vir Hedendaagse Rom.-Hollandse Reg.*, Durban, 47.3 (Agosto 1984), pp. 255-279.

²⁸ J.M.J. Chorus, "Romeins Recht op de Zuidpool en Elders", en *Inleidende Opstellen over Romeins Recht*, ed. J.E. Spruit, Zwolle, 1974, p. 148.