

## CAPÍTULO II

### OBSERVACIONES SOBRE EL ANTIGUO DERECHO

*3. La aplicación de leyes extrañas en el antiguo derecho. 4. Posición adoptada por el derecho romano clásico frente a las situaciones de derecho creadas fuera del Imperio. 5. Apreciación de la importancia que tiene para nosotros esta parte del derecho romano. 6. Situación de derecho creada a la caída del Imperio Romano de Occidente. 7. Problemas originados por el régimen de derecho personal y soluciones adoptadas. 8. El sistema de derecho personal en la legislación de Indias; causas por las cuales tuvo poca eficacia esa legislación. 9. Subsistencia de hecho de ese sistema en determinadas regiones de nuestro país.*

#### 3) *La aplicación de leyes extrañas en el antiguo derecho*

Son escasos e imprecisos los datos que hasta nosotros han llegado sobre las legislaciones anteriores a la romana y aun cuando no estaría por demás dedicar un corto espacio a su estudio enfocado a los problemas derivados de la aplicación de leyes extrañas, nos parece que si algún dato aislado podemos obtener, por precioso que sea, históricamente considerado, es inútil para el objeto que buscamos.

La sola imprecisión de las noticias que tenemos bastaría para justificar que no intentemos hacer una investigación en esas legislaciones, pero salta a la vista su inutilidad cuando observamos que casi todas las leyes de la antigüedad tenían un predominante carácter teocrático, lo que hacía que tuvieran, como sucedió en el siglo vi de nuestra era, un carácter absolutamente personal, muy semejante al de la religión a la que se encontraban íntimamente ligadas.

No es sino hasta el derecho romano cuando hemos de principiar la investigación sobre los antecedentes del derecho actual y en el mismo derecho romano de la época clásica hemos de encontrar algunos datos que han de ser de alguna utilidad para nuestro estudio.

No pretendemos encontrar en el derecho romano clásico ni en el posterior, el origen de las soluciones propuestas hoy por la doctrina o adoptadas por la legislación para resolver los problemas originados por

situaciones de derecho creadas por leyes extrañas, sino que sólo nos limitaremos a hacer constar la existencia del problema y la técnica adoptada para su resolución, técnica que por su misma generalidad y su pureza teórica debe considerarse entre las múltiples enseñanzas que el derecho romano nos lega.

#### 4) *Posición adoptada por el derecho romano clásico frente a las situaciones de derecho creadas fuera del Imperio*

Desde que Roma empezó a manifestar la política imperialista, que debía de hacerla capital del mundo, los juristas comprendieron la necesidad de abrir las puertas de sus tribunales a los extranjeros no sólo concediéndoles el derecho de petición, primitivamente reservado sólo a los ciudadanos, sino también asegurándoles en la misma administración de justicia un fallo justo aun en aquellos casos excepcionales en que se encontraran a causa de su anterior sujeción a leyes o a costumbres ajenas al derecho romano.

Esta tendencia no fue inspirada sólo por sentimientos de justicia, pues que fue su móvil principal facilitar la inmigración de forasteros, que como sabemos fue considerable y con el tiempo llegó a ser factor principalísimo del desarrollo económico y social de la ciudad dominante.

Para lograr esa justicia en los fallos de los negocios en que intervenían forasteros, no se dieron normas precisas y permanentes que llevaran a los magistrados a aplicar en tales o cuales situaciones leyes o costumbres de un pueblo extraño, y es por esto que los autores afirman, no sin razón, que la legislación del Pueblo Rey no conoció el derecho internacional privado.

La forma adoptada, acorde de una manera absoluta con las necesidades de la época, fue enteramente especial. Se creó el *praetor peregrinus* con atribución de *jus dicere inter peregrinos et inter cives et peregrinos* y en forma constitucional, en el año de 242 antes de Jesucristo, se le facultó para dejar de aplicar el derecho romano, librándolo de la estricta obligación que tenían los magistrados romanos de aplicarlo siempre. Esta libertad concedida a los jueces los colocó en situación de aplicar leyes y costumbres ajenas al derecho romano en todos aquellos casos en que estimaron que por su aplicación se obtendría una solución justa y conveniente en los negocios de que conocieron.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Con relación al fundamento constitucional o de validez interna de esta institución, véase G. Pacchioni, *Corso di diritto romano*, vol. 1, p. 149 y ss. (2ª edición) y lo relativo a este asunto en Walker *Internationales privatrecht*, cuya relación es debida según el mismo Walker a Moritz Wlassak.

Siguiendo el desarrollo del derecho romano, observamos cómo esta primitiva facultad concedida a los magistrados para juzgar sin tener en cuenta el *jus civile* fue sabiamente empleada y llegó a formar el *jus gentium* considerado como derecho *quod apud omnes populos peraeque custoditur*, viniendo a ser contrapuesto posteriormente al *jus civile* con el nombre de derecho pretoriano y por último llega a identificarse con el derecho natural.<sup>2</sup>

Tanto el origen del *jus gentium* como su identificación con el derecho natural son datos de importancia para nuestro estudio, no sólo para apreciar la actitud de los jurisconsultos de Roma frente al problema de la aplicación de la ley extranjera, sino también para aclararnos los primeros estudios que sobre la materia emprendieron los postglosadores en el siglo xiv.

Desde la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d. de J.C.) hasta la codificación de Justiniano (527-534), observamos la labor de unificación tanto del derecho público como del derecho privado que tiende a borrar las divergencias existentes entre las legislaciones de los diversos pueblos que componían el Imperio, sujetando a todos sus habitantes a las mismas leyes y haciendo por lo tanto innecesarias las normas destinadas a dar efecto ante los tribunales a los fenómenos jurídicos nacidos bajo otras leyes. Es por esto natural, como ha observado un conocido escritor, que no hayan llegado hasta nosotros las soluciones que se adoptaron para resolver esos problemas, cuya existencia es indudable aún en las últimas épocas, según se desprende de una constitución del emperador Constantino que trata de impedir que las leyes locales puedan comprometer la unidad de la ley romana<sup>3</sup> y de los estudios de Mitteis de documentos relativos al derecho romano del imperio de Oriente.<sup>4</sup>

##### 5) *Apreciación de la importancia que tiene para nosotros esta parte del derecho romano*

Hemos de observar desde luego, no obstante la opinión de autores respetables, que los conflictos de leyes fueron conocidos de los jurisconsultos romanos y resueltos por sus magistrados, y que el solo hecho de que no conozcamos sino la técnica general seguida en estos casos no nos autoriza

<sup>2</sup> Sobre la identificación del *jus gentium* con el derecho natural por los jurisconsultos clásicos, véase Perozi, *Institutioni di diritto romano*, vol. I, p. 66 nota; Pacchioni, obra citada, vol. I, p. 3087; Bonfante, *Instituzioni* (2ª edición), p. 36.

<sup>3</sup> Ver Pacchioni, *Corso di diritto romano*, p. 348 y ss. y las obras citadas por él.

<sup>4</sup> *Reichsrecht und Volksrecht*, libro que ha provocado gran número de estudios recientes sobre la historia del derecho romano.

para afirmar la inexistencia de los conflictos, sino sólo nuestra falta de conocimiento de sus soluciones particulares.

Sin embargo, es muy importante observar cómo en el derecho que ha servido de base al actual, la técnica seguida es el método de simple incorporación a la *lex fori* del derecho extraño, considerándolo en cierto modo como supletorio, pero aplicándolo como si fuera propio hasta el punto de llegar a formar con las resoluciones dictadas en esos casos una rama tan importante como fue el *jus gentium*.

Hemos de fijar también nuestra atención en que los motivos que causaron la institución del *praetor peregrinus* fueron de orden económico, pero con el deseo visible en la facultad concedida al pretor de obtener siempre la solución que a su juicio fuera más propia y conveniente. Es decir, el Estado romano dejó en libertad al magistrado para determinar, en nombre del soberano, la utilidad y la justicia de aplicar a determinadas situaciones leyes ajenas al Pueblo Rey, pudiendo observarse esto en el *Digesto* la ley 34 *Reg. jur.*, que marca una perfecta orientación en este sentido.

No son estas, sin embargo, las observaciones fundamentales que deben llamar nuestra atención sino principalmente esta otra: los juristas romanos sintieron la imperiosa necesidad de dar fuerza ante sus tribunales a situaciones jurídicas derivadas de leyes o costumbres extrañas al derecho de Roma y para hacerlo se vieron obligados a dejar de aplicar de modo exclusivo el *jus civile*, por razones no sólo de justicia sino también de utilidad, pero sin tener en cuenta el imperio de otras leyes ni su vigencia, ni el poder de otros pueblos, sino con fines de carácter puramente interior.

#### 6) *Situación de derecho creada a la caída del Imperio Romano de Occidente*

A la caída del Imperio Romano de Occidente, desaparece la organización de la ciudad imperial y en el tiempo que transcurre entre la invasión y los principios de la organización de las tribus en Estados, encontramos una situación peculiar, pero no única como han creído la mayor parte de los tratadistas de derecho internacional privado.

Las tribus invasoras, carentes de civilización, carecían también de un vínculo jurídico que hiciera de ellas un Estado ni aun rudimentario: unidas por escasas tradiciones de carácter religioso no existía entre ellas otra norma que el orden invariable del campamento;<sup>5</sup> son tribus autónomas sin cohesión ni organización de conjunto.

<sup>5</sup> Ratzel, *Voelkerkund*, 2ª ed., tomo II, p. 545, citado por F. Oppenheimer.

Sus relaciones de derecho fueron seguramente regidas por costumbres y tradiciones íntimamente ligadas con las tradiciones de carácter religioso y apoyadas por el poder militar que tenía necesidad de evitar conflictos personales entre los soldados de su tribu y así las normas fueron forzosamente de carácter absolutamente personal; sólo podían ser válidas para quienes formaban la tribu y no sólo carecían de valor normativo para los extraños, sino que también es de notarse que ningún interés tenía el jefe de la tribu en que dichas normas fueran cumplidas por quienes eran ajenos a la organización militar que constituía su única finalidad.

Si frente a estas ideas naturales en los pueblos invasores consideramos que los romanos tenían como privilegio regirse por las leyes de Roma, podemos comprender cómo al terminar las diferentes invasiones se encontraban en un mismo lugar grupos de personas regidas por sistemas de derecho que sólo a ellos era aplicable, y forzosamente en las relaciones de individuos de una tribu con los de otra, debieron surgir graves problemas.

Los gobernantes, en razón de la tendencia de su tribu, no sintieron la necesidad de dictar normas obligatorias para todos los que habitaran sus dominios, tanto por no tener territorios delimitados, como por encontrarse frente a una civilización muy superior a la propia, debiendo continuar este estado de cosas, según afirma Stouff<sup>6</sup> hasta el siglo XII, época en la cual, como después veremos, la situación política de Europa se transforma considerablemente.

La situación descrita puede notarse sobre todo en Francia y en Italia, pues las tribus germánicas, según frase de un tratadista italiano, "como amantes de la libertad llevaban consigo sus armas, sus carros, sus jueces y sus leyes y si bien no renunciaban a ellas, tampoco las imponían".

En España parece ser que los visigodos tenían una tendencia mucho más marcada hacia el territorialismo, aun cuando el nombre mismo de sus leyes nos hace pensar en sistemas análogos a los seguidos en Francia e Italia.

#### 7) *Problemas originados por el régimen de derecho personal y soluciones adoptadas*

Las tribus invasoras del Imperio Romano de Occidente, vinieron a formar, como consecuencia de las invasiones sucesivas, grupos de familias de diversas tribus que juntamente con los anteriores pobladores de cada comarca convivían. Ni los vencidos huían por razón de su antiguo arraigo

<sup>6</sup> *Étude sur le principe de la personnalité des lois depuis les invasions barbares jusqu'au XII Siècle*, París, 1894.

y los vencedores tenían interés en conservarlos en su territorio para aprovechar su ayuda y su mayor cultura.

Esta coexistencia de varias tribus, con leyes propias, tenía que traer consigo forzosamente conflictos en cuanto a la validez normativa de cada sistema de derecho.

La forma especial de la ocupación que antes hemos descrito proporcionó desde luego la solución que se adoptó dejando que cada individuo se rigiera por las leyes de su tribu o de su raza, por su ley personal, solución única posible en aquella organización que no llegara a ser un Estado.

Sin embargo, en los primeros años que siguieron a la invasión, las diversas razas eran perfectamente identificables y sus mutuas relaciones pocas veces debieron tener el verdadero carácter de relaciones jurídicas. Poco después, cuando las relaciones entre vencedores y vencidos se hicieron más frecuentes y más difícil la identificación de las razas, los conflictos surgieron y para la determinación de la ley aplicable se empleó la *professio juris* o *professio jure* en la cual el individuo al tratar una relación jurídica declaraba la raza a que pertenecía y la ley que le amparaba,<sup>7</sup> apareciendo así en la historia del derecho, de una manera patente, el derecho personal que después habrá de designarse como estatuto personal, es decir, el sistema de derecho que rige a una persona determinada independientemente del sistema de derecho vigente en el país en que se encuentra.

Las complicaciones cada vez mayores a que el sistema de derecho personal daba lugar van apareciendo en la misma medida en que los pueblos invasores van llegando a la formación de Estados propiamente dichos provistos de un territorio y de un sistema de derecho que posteriormente habrá de evolucionar hasta formar los sistemas totales de derecho, tal como existen en la época actual.

#### 8) *El sistema de derecho personal en la legislación de Indias; causas por las cuales tuvo poca eficacia esa legislación*

Como hemos visto, el sistema de derecho personal no es una pura creación del espíritu humano, sino el resultado forzoso de una situación real, anterior evidentemente, a la formación del Estado, y así ese sistema vigente en Europa a la caída del Imperio Romano de Occidente lo encontramos reproducido en todas las situaciones análogas que actualmente se presentan, pudiendo verse tal estado de derecho en los sistemas jurídicos personales de Egipto y, en general, del norte de África, y en nuestro país.

La conquista de la Nueva España creó una situación si no idéntica, aná-

<sup>7</sup> *Ego... ex gente romanorum (Gothorum, Longobardorum, etc.) professis ex jure vivere Romano (Gótico, Longobardo, etc.).*

loga a la que en Europa existió del siglo VI al siglo XII, puesto que se pusieron en contacto dos razas, dos civilizaciones, completamente distintas y cuya convivencia era imposible bajo el régimen legal existente en España a principios del siglo XVI.

Previendo esta situación de hecho, el emperador Carlos V, al legislar para las Indias Occidentales, estableció la necesidad de que se dejara a los indios vivir conforme a sus buenas leyes y costumbres (*Rec. de Indias*, libro II, título I, ley 4), con el indudable objeto de dar validez a las normas jurídicas por las que los nativos regían sus relaciones de derecho, ya que consideró que era de todo punto imposible que a los indígenas se aplicaran las leyes de Castilla formadas para población de una cultura mayor y cuya situación sociológica era totalmente distinta.

No obstante esta atinada disposición, el derecho indígena no fue aplicado por las audiencias de Nueva España, lo que ha hecho pensar a nuestros historiadores del derecho que nunca las costumbres aborígenes tuvieron aplicación, siendo la ley de Carlos V letra muerta.

Efectivamente, el derecho indígena no fue aplicado por las Audiencias, pero esto además de tener causas especialísimas relacionadas con el derecho mismo de los nativos, no debe llamarnos la atención en vista de la aversión tradicional de los pobladores indígenas a someter sus conflictos a la autoridad y de la violencia con que los conquistadores hacían valer frecuentemente sus derechos contra los indios, usando de sus prerrogativas y de su fuerza propia, sin tener que recurrir a las Audiencias que casi exclusivamente se ocuparon en conflictos surgidos entre españoles.

En relación con las causas normales de inaplicación del derecho indígena, debemos señalar desde luego el aspecto peculiar de la conquista de Nueva España que debe considerarse como resultado de iniciativas particulares y no de iniciativa estatal.

Los conquistadores asociaban a su empresa a los caciques indígenas a quienes no sólo ofrecían ganancias económicas, sino también posición política dentro del régimen de gobierno de la Nueva España.<sup>8</sup> Con ello resultó que los indígenas se vieron precisados, por razón de conveniencia, a adoptar de una manera inmediata el derecho español, impuesto no sólo por la violencia, sino también por razones de utilidad inmediata pecuniaria y política.

En segundo término es preciso observar la influencia que la religión ejercía en las legislaciones tanto indígena como española y tener en cuenta que aun cuando las leyes debieron respetarse, la religión católica "debía inculcarse por todos los medios" que autorizaba la moral de aquella época

<sup>8</sup> Ver sobre este punto la tesis presentada por el señor licenciado Silvio A. Zavala *Los intereses particulares en la conquista de Nueva España*, Madrid... y el discurso del señor ingeniero José López Portillo y Weber con motivo de su admisión en la Academia Mexicana de la Historia.

y esa labor de cristianización tuvo también como consecuencia obligar a los indios a abandonar sus creencias y su derecho fue relegado con ello a una categoría que no pudo dejar huella en los archivos de las Audiencias virreinales.

9) *Subsistencia de hecho de ese sistema en determinadas regiones de nuestro país*

A pesar de todo esto, no podemos pensar que el derecho indígena desapareciera en el momento de la Conquista; aun cuando los tribunales españoles no lo aplicaran, forzosamente subsistió puesto que todavía hoy encontramos entre los indígenas usos y costumbres que no tienen relación alguna ni con nuestro derecho ni con el derecho español.

Existen, efectivamente, en el territorio de la República varias tribus indígenas cuya organización ha sido y es suficientemente fuerte para sostener su independencia casi total en relación con el gobierno. Estas tribus siguen viviendo conforme a sus usos y costumbres, sus normas de derecho tienen una validez evidente pues las sanciona la fuerza del jefe de la misma tribu; tienen instituciones jurídicas propias y conforme a ellas vivieron durante el virreinato y siguen viviendo en la actualidad.

Además de estas tribus aisladas, encontramos también en varios lugares de la república que los indígenas, en donde forman grupos bastante importantes, siguen viviendo conforme a normas jurídicas distintas del derecho territorial actual y del derecho español, teniendo esas normas garantía de su cumplimiento en la sanción del grupo.

La ley de Carlos V a que antes hacemos referencia, dio validez dentro del sistema general de derecho a esos usos y costumbres y en consecuencia, hasta antes de la Independencia de México, seguramente fueron respetados por las autoridades virreinales. Posteriormente, no comprendidas esas disposiciones en el orden escalonado de nuestro derecho constitucional no ha sido reconocida su eficacia y con este motivo se han cometido y se siguen cometiendo abusos de que se hace víctima al indígena, amparándose autoridades y victimarios en el derecho escrito, sin que tampoco en los archivos de nuestros tribunales conste la existencia de tales usos y costumbres.

La observación personal y lo que sobre las costumbres indígenas se ha escrito comprueba la subsistencia de sistemas de derecho personal en nuestro territorio y los conflictos que provoca su relación con el sistema territorial, lejos de solucionarse con la altiva ignorancia que de ellos tiene nuestra ley, causa trastornos cuya importancia no podemos determinar sino en casos aislados, pero que muestran la imperiosa necesidad de que dichos sistemas de derecho sean reconocidos por nuestra ley positiva, previniendo

la manera como han de resolver los órganos del Estado aquellos casos en que el conflicto se presente, aun cuando para ello tengamos que abandonar los cánones de las legislaciones de pueblos extraños donde dichos problemas no existen. Es a nuestro juicio preferible confesar en nuestras leyes la existencia de grupos no incorporados a la actual civilización, que dejar sin solución los problemas que su existencia crea.