

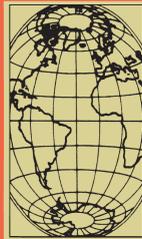


# ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

39/2018

ESTRATTO



ROMA E AMERICA.  
DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

*Promossa da*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani  
Università di Roma 'Tor Vergata'/ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche

*In collaborazione con*

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira'  
del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma  
Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)  
Istituto Italo-Latino Americano (IILA)

39/2018

La Rivista pubblica un volume ogni anno.

Abbonamento: Italia € 75,00; Estero € 115,00; Digitale € 60,00

Cartaceo + Digitale (Italia) € 90,00; Cartaceo + Digitale (Estero) € 138,00

Fascicolo cartaceo: € 75,00; digitale: € 65,00

Tutti gli ordini, eccettuata l'America Latina, vanno indirizzati a:

STEM Mucchi Editore S.r.l.

Via Emilia est - 1741 - 41122 Modena - Italia

tel. (39-059) 374094; c/c postale n. 11051414

info@mucchieditore.it - info@pec.mucchieditore.it

www.mucchieditore.it

per l'America Latina, le richieste vanno indirizzate a:

Universidad Externado de Colombia

Calle 12 n. 1-17 Est, Bogotá - Colombia - Fax (57-01) 2843769

<http://www.uexternado.edu.co>

Registrazione al Tribunale di Modena n. 1372 del 24.2.1997 – M. Mucchi *direttore responsabile*  
issn 1125-7105

© STEM Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.

Grafica e impaginazione, STEM Mucchi (MO), stampa Editografica (BO)

Finito di stampare nel mese di marzo del 2019

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o articolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

Volume realizzato con il contributo del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università di Roma 'Tor Vergata', del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia e della Fondazione di Sardegna.



Centro di Studi  
Giuridici  
Latinoamericani



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI BRESCIA

UNIBS.it



Fondazione  
di Sardegna

### *Promossa da*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Università di Roma 'Tor Vergata'/ISGI - CNR  
*Direttore:* Riccardo Cardilli

### *In collaborazione con*

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma

*Responsabile:* Pierangelo Catalano

Istituto Italo-Latino Americano (IILA)

*Presidente:* Luis Iberico Nuñez

*Segretario Generale:* Amb. Donato Di Santo

Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

*Presidenza:* Alberto Merler

### *Direttori della Rivista*

Antonio Saccoccio

David Fabio Esborraz

### *Comitato scientifico*

*Presidente:* Sandro Schipani, 'Sapienza' Università di Roma (Italia)

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM (Messico); Tatiana Alexeeva, Università nazionale di ricerca 'Scuola Superiore di Economia' - sede di San Pietroburgo (Russia); Riccardo Cardilli, Università di Roma 'Tor Vergata' e CSGLA (Italia); Édgar Cortés Moncayo, Universidad Externado de Colombia (Colombia); Maria Floriana Cursi, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid (Spagna); Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL (Cina); Giovanni Finazzi, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Roberto Fiori, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Enrico Gabrielli, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Alejandro Guzmán Brito, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Cile); Gábor Hamza, Università 'Eötvös Loránd' di Budapest (Ungheria); Huang Feng, Università Normale di Pechino - BNU (Cina); Jiang Ping, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL (Cina); Rolf Knütel, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn (Germania); Giovanni Lobrano, Università di Sassari (Italia); Machkam Machmudov, Corte Costituzionale della Repubblica del Tagikistan; Judith Martins-Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasile); Carla Masi Doria, Università di Napoli 'Federico II' (Italia); Cesare Mirabelli, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Luis Moisset de Espanés, Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Argentina); José C. Moreira Alves, Universidade de São Paulo - USP (Brasile); Noemí L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario - UNR (Argentina); Giuseppe Palmisano, Università degli Studi di Camerino e ISGI-CNR (Italia); Massimo Papa, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Aldo Petrucci, Università di Pisa (Italia); Ronaldo de Britto Poletti, Universidade de Brasília - UnB (Brasile); Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires - UBA (Argentina); Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (Perù); Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn (Germania); Xu Guodong, Università di Xiamen - XmU (Cina).

*La Redazione è presso:*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani  
Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI - CNR  
Via Cracovia, 50  
00133 Roma (Italia)

Tel. 39 06 72592303

antonio.saccoccio@unibs.it

esborraz@juris.uniroma2.it

<http://www.mucchieditore.it>

*In redazione*

Emanuela Calore, Alessandro Cassarino, Laura Formichella, Roberta Marini, Caterina Trocini, Paolo Troisi.

*Comitato editoriale*

Emanuela Calore, Laura Formichella, Stefano Liva, Pietro Paolo Onida, Roberta Marini, Gianni Santucci, Caterina Trocini, Giovanni Turelli.

I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.

La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute.

Le pubblicazioni continuative e periodiche per 'cambio' vanno inviate a:

Biblioteca del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani (stesso indirizzo della Redazione)

In adesione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione positiva espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e del revisore) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama.

L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista e presso la Direzione.

Hanno espresso valutazione positiva in ordine ai contributi del presente volume:

Cristina Amato (Università di Brescia); Sandra Antoniazzi (Università di Roma 'Tor Vergata'); Pierangelo Buongiorno (Università di Lecce); Giacomo Biagioni (Università di Cagliari); Roberto Carleo (Università di Teramo); Tommaso Dalla Massara (Università di Verona); Iole Fargnoli (Università di Milano); Francesco Fasolino (Università di Salerno); Paolo Ferretti (Università di Trieste); Patrizia Giunti (Università di Firenze); Jia Wanting (Beijing Normal University); Andrea Landi (Università di Pisa); Giovanni Lobrano (Università di Sassari); Giovanni Luchetti (Università di Bologna); Luo Zhimin (CUPL, Pechino); Fabiana Mattioli (Università di Bologna); Massimo Miglietta (Università di Trento); Martha Lucía Neme Villareal (Universidad Externado de Colombia); Pietro Paolo Onida (Università di Sassari); Mauro Orlandi (Università Cattolica Milano); Massimo Papa (Università di Roma 'Tor Vergata'); Massimo Proto (Università Link Campus Roma); Valerio Pescatore (Università di Brescia); Catalina Salgado Ramírez (Universidad Externado de Colombia); Deborah Scolart (Università di Roma 'Tor Vergata'); Sebastiano Tafaro (Università di Bari); Mauro Tesaro (Università di Verona); Xu Tiejing (Sichuan University, Chengdu); Xue Jun (Peking University Law School); Zhai Yuanjian (CUPL, Pechino); Zhang Changmian (ECUPL, Shanghai); Paola Ziliotto (Università di Udine).

# INDICE

## DIRITTO ROMANO, DIRITTO CINESE, CODIFICAZIONE

SANDRO SCHIPANI		
<i>Rileggere i Digesti, codificare il Diritto</i> .....	pag.	3
ANTONIO GAMBARO		
<i>Codice Civile e diritti reali</i> .....	»	29
ENRICO GABRIELLI		
<i>Note a margine del nuovo Progetto cinese di Codice Civile. (Parte generale: diritti civili e negozio giuridico)</i> .....	»	41
ENRICO DEL PRATO		
<i>Una disciplina per l'obbligazione</i> .....	»	61
ALDO PETRUCCI		
<i>La predisposizione unilaterale delle clausole contrattuali: libertà e limiti. Diritto romano ed ordinamenti moderni</i> .....	»	71
ANTONIO SACCOCCIO		
<i>Osservazioni sparse in tema di servitù tra storia e dogmatica. Per una rilettura delle norme cinesi</i> .....	»	97

## LA VIA DELLA SETA

DAVID FABIO ESBORRAZ		
<i>L'altra Via della Seta: la rotta transpacificca del 'Galeone di Manila' (1565-1815). Aspetti storico-giuridici</i> .....	»	121
EMANUELA CALORE		
<i>Riflessioni sul diritto di proprietà lungo la Via della Seta</i> .....	»	145
LAURA FORMICHELLA		
<i>La riforma giudiziaria in Cina e il ruolo della Suprema Corte Popolare</i> .....	»	167
ROBERTA MARINI		
<i>Il problema della recezione del 'contratto-accordo': diritto romano e diritto cinese</i> .....	»	185
STEFANO PORCELLI		
<i>Diritto e logica. Da Roma alla Via della Seta</i> .....	»	201
PIERLUIGI SIMONE		
<i>L'Unione Europea e la Nuova Banca di Sviluppo dei Paesi BRICS</i> .....	»	225

## CODICE CIVILE CINESE. PARTE GENERALE

MARINA TIMOTEO		
<i>La Parte generale del Codice civile cinese fra modelli importati e modelli locali</i> .....	pag.	245
WU LAN		
<i>I principi dell'indennizzo in materia di espropriazione dei beni immobili nella Parte generale del Diritto civile cinese</i> .....	»	259
BARBARA VERRI		
<i>L'articolo 9 del codice civile: un nuovo traguardo per la tutela ambientale in Cina</i> .....	»	275

## DIRITTO ROMANO COMUNE

LAURA D'AMATI		
<i>Ancora su parentes alere</i> .....	»	289
GIOVANNI TURELLI		
<i>Persona jurídica y Derecho romano en las notas al Código civil de Vélez Sársfield</i> .....	»	311
IGNAZIO CASTELLUCCI		
<i>Ius Romanum, Sistema jurídico latinoamericano, ordenamientos</i> .....	»	323
STEFANO LIVA		
<i>Socio d'opera y socio industrial: influencias romanistas en la legislación argentina</i> .....	»	341

## NOTIZIE

<i>Laboratorio Romanistico Gardesano «Moot Court Competition. Diritto romano e tradizione civilistica» [MARTA BEGHINI]</i> .....	»	351
<i>International Summer School 2018. «Sistema Jurídico Latinoamericano» [GIULIA RABAIOLI]</i> .....	»	355
<i>Vent'anni di 'Fondamenti': esperienze e prospettive (Sul Convegno di Trento, 13-14 dicembre 2018) [ALVISE SCHIAVON]</i> .....	»	361
<i>Il diritto delle successioni è 'morto'? Resoconto del Convegno «Casi controversi in materia di diritto delle successioni. Esperienze italiane e straniere» (Verona, 14-15 dicembre 2018) [LUCA BALLERINI]</i> .....	»	371

## PAGINE SCELTE

<i>Manifiesto liminar de la Reforma Universitaria de 1918</i> .....	»	383
<i>Collaboratori di questo volume</i> .....	»	387

# IUS ROMANUM, SISTEMA JURÍDICO LATINOAMERICANO, ORDENAMIENTOS

IGNAZIO CASTELLUCCI

RESUMEN: Existe una profunda diferencia entre las nociones, muy utilizadas por los juristas, de sistema y de ordenamiento; diferencia que muchas veces es fuente de confusión entre ambas nociones. La primera noción indica un ambiente jurídico abierto, caracterizado por principios y reglas de origen religiosa, social y consuetudinario; la segunda noción se asocia a los derechos positivos, normalmente nacionales y fundados en la ley. Un sistema jurídico puede ser asociado a una tradición jurídica e incluye, tendencialmente, más de un ordenamiento. El sistema jurídico latinoamericano representa la continuidad con el sistema del derecho romano, una realidad en la que están envueltos y viven los ordenamientos latinoamericanos. América Latina también está caracterizada por una tensión entre el sistema romanista y el de origen norteamericano de la *Western Legal Tradition*, sistemas con características formales y sustanciales diferentes.

ABSTRACT: Vi è una profonda differenza tra le nozioni, entrambe molto usate dai giuristi, di sistema e ordinamento; la differenza è spesso fonte di confusione tra le due nozioni. La prima nozione indica un ambiente giuridico aperto caratterizzato da principi e regole di origine religiosa, sociale, consuetudinaria; la seconda è associata ai diritti positivi, normalmente nazionali e spesso su base legislativa. Un sistema giuridico è associabile a una tradizione giuridica e include, tendenzialmente, più ordinamenti. Il sistema giuridico latinoamericano rappresenta la continuità col sistema del diritto romano: una realtà nel quale sono avvolti e vivono gli ordinamenti dei Paesi dell'America latina. L'America Latina è tuttavia caratterizzata da una rilevabile tensione tra il sistema romanista e quello di origine nordamericana della *Western Legal Tradition*, sistemi con differenti caratteristiche formali e sostanziali.

PALABRAS CLAVE: Sistema; ordenamiento; imperio; derecho romano; sistema jurídico romanista; *Western Legal Tradition*; otros sistemas; sistema jurídico latinoamericano.

PAROLE CHIAVE: Sistema; ordinamento; impero; diritto romano; sistema giuridico romanistico; *Western Legal Tradition*; altri sistemi; sistema giuridico latinoamericano.

SUMARIO: 1. Declaraciones preliminares y nociones. – 2. Un problema terminológico. – 3. Derecho Romano e Imperio. – 4. Comparaciones. – 5. América latina. – 6. Entre sistema jurídico latinoamericano y *Western rule of law*.

## 1. *Declaraciones preliminares y nociones*

No es nuestro objetivo brindar definiciones desde el punto de vista dogmático de las nociones de ‘ordenamiento’ y de ‘sistema’, de las que se han ocupado ampliamente tanto la ciencia jurídica romanista como los teóricos del derecho a lo largo del siglo XX, ni tampoco nos detendremos en la compleja historia de la formación de esas nociones, todo lo cual precisaría un espacio y un esfuerzo muy superior a los de este ensayo. Solo retomaremos uno de los aspectos de ese gran debate, que ha merecido la atención des-

de hace ya algún tiempo de Pierangelo Catalano<sup>1</sup>, y añadiremos algunas reflexiones a las del Maestro desde el punto de vista (no ya del romanista, ni del teórico del derecho, sino) del derecho comparado.

La noción de ‘ordenamiento jurídico’ de la que nos ocuparemos tiene sus raíces en los siglos XIX y XX, en el pensamiento positivista desarrollado por Hans Kelsen, quien reconstruyó el fenómeno jurídico como expresión únicamente de la potestad legislativa del Estado; es decir, el derecho positivo, sus reglas, las relaciones internas entre ellas, en una visión que define todo el derecho dentro de la legalidad<sup>2</sup>. Es cierto que hubo muchas contribuciones al debate, y muchas nociones de ‘ordenamiento jurídico’, entre las cuales merece sin dudas una mención especial la de Santi Romano<sup>3</sup>, que ofreció una noción bastante diferente de la de Kelsen – pero de la cual no quedó satisfecho por el empleo del término ‘ordenamiento’<sup>4</sup> – en ocasión de desarrollar su teoría ‘institucional’. Para esta teoría, el derecho es una noción radicalmente diferente de la del derecho positivo del Estado, encontrando su origen en la fisiología social de cualquier comunidad organizada (como el mismo S. Romano sintetizó mediante la expresión *ubi societas ibi ius; ubi ius, ibi societas*<sup>5</sup>), en un hecho social<sup>6</sup>, es decir, una situación fundamental e inicial que tiene relevancia jurídico-operativa (más que en una abstracta *Grundnorm*).

Cabe mencionar también la expresión ‘orden jurídico’, empleada por Paolo Grossi con relación al derecho medieval, literalmente parecida pero sustancialmente muy diferente. Esta expresión designa un conjunto muy complejo de instituciones, fuentes y reglas de existencia natural, encontrándose sin embargo muy lejos de las ideas westfalianas y, más aún, del positivismo moderno. Un sistema que no está establecido por una voluntad (humana), sino un orden que existe; mientras que el ordenamiento es el resultado del acto positivo de ordenar, llevado a cabo por alguien que tiene el poder de hacerlo en un determinado territorio<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América latina*, en *Mundus novus. America. Sistema giuridico latinoamericano*, Actas del congreso internacional de Roma, 26-29 de noviembre de 2003, coordinado por S. SCHIPANI, Roma, 2005, 19-38; ID. *Sistemas Jurídicos, Sistema Jurídico Latinoamericano y Derecho Romano*, in *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 1982, 163 ss. Una visión parcialmente diferente es expresada por S. SCHIPANI, *Riconoscimento del sistema, interpretazione sistematica, armonizzazione e unificazione del diritto*, en esta revista, 24/2007, 5 ss. Tuve el honor de participar a la *Summer school* sobre la cual da noticia A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia*, en esta revista, 38/2017, 3 ss., recorriendo a los fundamentos del discurso científico en cuestión. Véase, también, C. SALGADO RAMÍREZ, *Breves reflexiones sobre la interacción entre ‘ordenamiento’ y ‘sistema’ de ius romanum*, en *Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano - Liber discipulorum para el Profesor Sandro Schipani*, Bogotá, 2013, 167 ss.

<sup>2</sup> H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (doctrina pura del Derecho), en las dos versiones de 1934 y de 1960.

<sup>3</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 1918; 2ª ed., Firenze, 1946.

<sup>4</sup> Debido a las dificultades «generadas por la indeterminación y la pobreza del lenguaje, que causan inexactitudes en las definiciones de conceptos muy abstractos [...] sería suficiente sustituir la palabra ‘ordenamiento’ con alguna otra»; S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* cit., 1946, 25.

<sup>5</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* cit., 27.

<sup>6</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* cit., 51.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *L'Ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006.

De todas maneras, la noción de Kelsen constituye un punto de llegada del pensamiento jurídico del siglo XX, precisamente la visión opuesta a la de Catalano<sup>8</sup>, que también tomaremos como punto de partida para desarrollar las reflexiones que siguen a continuación.

Procederemos haciendo algunas simplificaciones, basándonos en simples contraposiciones entre nociones conocidas y con un estilo no demasiado dogmático (más ‘impresionista’, podríamos decir), en el que la descripción del objeto incognito se forme o emerja gradualmente, en lugar de intentar ofrecer definiciones que podrían resultar oscuras o de difícil entendimiento.

En general, el término ‘sistema’ indica relaciones estables y complejas entre entidades, sujetos, estructuras y funciones, en la sociedad, en las ciencias naturales y humanas<sup>9</sup>, así como en las ciencias duras. Hay ‘sistemas’ matemáticos, ecológicos, geográficos, hidrogeológicos, sociales, etc. y, también, jurídicos<sup>10</sup>.

El derecho (romano) es *notitia rerum*, no es la creación de un mandato. Es *ars boni et aequi*, como elegantemente lo definió Celso (Ulpiano en D. 1,1,1). Es la conciencia práctica y el mejor empleo concreto de ese arte, de lo que es justo, bueno y equitativo. La *iusti atque iniusti scientia* no es solo la aplicación de una técnica abstracta, ni la aplicación *more geometrico* de racionalidad pura, ni la expresión de voluntad bruta. Es el arte de entender y realizar una justicia fisiológica en la comunidad, que naturalmente reside en (y es revelada por) los *mores*; o sea, el derecho más o menos mudo<sup>11</sup> que el atento y sabio observador de cosas humanas y divinas (D. 1,1,10) detectará y transformará en *iura* por medio de un adecuado lenguaje técnico. Nace así el sistema, nociones, principios y reglas para racionalizar esa fisiología, conservarla y mejorarla.

La noción de ‘sistema jurídico’ que en este ensayo, siguiendo a Catalano, llamaremos ‘romanista’ es más amplia que la de ‘ordenamiento jurídico’. El ‘sistema jurídico’ incluye la descripción objetiva del funcionamiento natural del cuerpo social, en su fisiología; es un sistema de reglas y principios jurídicos ‘abierto’ a la dimensión cultural, inclusive a los valores religiosos, morales, éticos, y a los usos y costumbres que objetivamente caracterizan una comunidad y determinan su evolución<sup>12</sup>. A lo largo de los siglos, las comunidades políticas del mundo produjeron unos cuantos sistemas jurídicos,

<sup>8</sup> Esa oposición entre ideas fundamentales sobre la naturaleza y origen del derecho están también muy bien ilustradas por F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Turín, 2010 (= trad. cas. de M. GRASSO, *Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica*, Buenos Aires, 2015).

<sup>9</sup> P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos* cit., 22-27.

<sup>10</sup> La noción – σύστημα, en griego – es utilizada por Justiniano en la Const. *TantaDédoken* § 7, que en el texto griego se refiere al Digesto como *τοῦ παντὸς συστήματος* / «toda esta [composición] sistemática» (el texto latino es más sintético y no ofrece esa caracterización). La noción fue retomada en F.C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1840-1849. Más cerca de nuestros tiempos, v. J. BASADRE, *Los fundamentos de la historia del derecho*, Lima, 1967, 83.

<sup>11</sup> R. SACCO, *Mute Law*, en *American Journal of Comparative Law*, 43, 3, 1995, 455-467; ID., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bolonia, 2015.

<sup>12</sup> P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos* cit., *passim*.

entre los que se destacan los derechos continental, anglosajón, canónico, islámico, hindú, hebreo, socialista, chino tradicional y chino actual<sup>13</sup>.

El ordenamiento en sentido kelseniano, por el contrario, es un conjunto de mandatos legales<sup>14</sup>, ‘cerrado’ sobre sí mismo, delimitado por sus reglas de fuente legislativa; son intervenciones externas que con la voluntad y la fuerza – aun cuando las mismas resulten legítimas – intentan mudar en un momento determinado la fisiología, la realidad fenoménica (de partes) del organismo social, mediante el empleo de una vasta gama de ‘recursos médico-sanitarios’ (sean éstos homeopáticos, farmacológicos, ortopédicos, de internación, de rehabilitación, etc.). Su instrumento típico de intervención es la *lex*, el mandato del soberano.

El sistema del derecho romano cuestiona la validez de las reglas y la justicia de las conductas; el ordenamiento positivo solo cuestiona la efectividad de las primeras y la legalidad de las segundas<sup>15</sup>.

Puede decirse que, mientras el derecho y la doctrina jurídica del pensamiento positivista ilustran lo que manda la ley respecto a ciertos fenómenos humanos y sociales, el derecho de la tradición romanista es, más exactamente, la descripción de esos fenómenos; la costumbre expresada en texto y no mediada por la voluntad normativa de la autoridad política. Se resuelve así, al final, la aparente antinomia entre D. 1,3,32 (e 1,3,33) y C. 8,52, que tanto ha preocupado a generaciones de estudiosos, y que solo puede resolverse considerando la diferente naturaleza de las dos normas: una llega de un texto doctrinal y explica la costumbre como fenómeno social, en su dimensión jurídica; la otra es un fragmento de un *rescriptum* de Costantino, que resuelve con base en el principio de autoridad un problema de jerarquía de fuentes en caso de disconformidad entre la costumbre y la legislación imperial<sup>16</sup>.

El positivismo jurídico, hijo tanto de la ilustración y de la codificación del derecho francesa como de la ciencia jurídica y del liberalismo alemán, aproximó las nociones de ‘derecho’ y de ‘ley’ hasta fundirlas, con Kelsen, en una visión perfecta y cerrada de pura legalidad. De esta manera, el derecho quedaría reducido al arte – o tal vez, simplemente, a la técnica – de comprender y explicar la ley escrita. La historia, la tradición y la doctrina fueron formalmente superadas y absorbidas por la ley, en cuyos intersticios pueden ser halladas a los fines de su aplicación. El conjunto de las leyes devino así en ‘el ordenamiento jurídico’, que ocupa y determina todo el ámbito jurídico, con el que se identifica.

<sup>13</sup> P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos* cit., 25, identifica cuatro sistemas jurídicos ‘de importancia mundial’ hoy en día: el romano, el anglosajón, el musulmán y el socialista; precisando, además, que los derechos hebreo, hindú y canónico no se colocan en los ámbitos de los primeros cuatro.

<sup>14</sup> F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica* cit.

<sup>15</sup> P. CATALANO, *Sistema y ordenamientos* cit., 19 s.; ID. *Diritto e persone. Studio su origine e attualità del sistema romano*, Turín, 1990, *passim*, y esp. VII, 48 s., y 91 ss.

<sup>16</sup> I. CASTELLUCCI, *Il Diritto e la Legge; studio comparativo di una relazione critica tra le fonti*, también en chino: *Fa Lu Yu Fa: LuoMa Fa Yu DaLu Fa Zhong Yao GuanXi De Fen Xi*, ambos en *Boletín da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, 16, 2003, 79-112; ID., *Law v. Statute, Ius v. Lex: An Analysis of a Critical Relation in Roman and Civil Law*, en *Global Jurist*, 8, 1, 2008; ID., *Sistema jurídico latinoamericano*, Turín, 2011.

El art. 12 de las disposiciones preliminares del Código civil italiano de 1942, sobre la manera de llenar los vacíos de la ley, sintetiza este recorrido ideológico-jurídico. Así, mientras que en el Código civil italiano de 1865 la fuente última para llenar las lagunas eran «i principii generali di diritto» (art. 3 de las disposiciones preliminares), en el de 1942 solo existe «l'ordinamento giuridico dello Stato», en el que se incluyen todos los fenómenos juregenéticos dentro de la jurisdicción territorial (v., también, el art. 1 de las referidas disposiciones preliminares, que brindan la jerarquía de las fuentes del derecho).

A la luz de todo lo expresado el mismo adjetivo 'jurídico', obviamente, no tiene el mismo significado en las dos locuciones 'sistema jurídico' y 'ordenamiento jurídico'.

## 2. *Un problema terminológico*

La noción de 'sistema jurídico' es empleada en forma habitual en los estudios de derecho comparado, pero entendiéndola normalmente como sinónimo de 'ordenamiento jurídico nacional'<sup>17</sup> y no en el sentido 'romanista' al que hemos referido anteriormente.

Así, en el que tal vez fuera el libro más conocido de derecho comparado del siglo XX, René David habla de los derechos nacionales como 'ordenamientos', pero añadiendo luego que «cada ordenamiento constituye, de hecho, un *sistema*» (con énfasis en el original)<sup>18</sup>. David, al final, utiliza los dos términos de manera no dogmática e intercambiable, agrupando los ordenamientos más importantes de ese entonces según sus conocidas 'familias jurídicas', e intitulando su libro *Los grandes sistemas jurídicos*.

La literatura anglosajona de derecho comparado también emplea la expresión '*legal system*', en el sentido (originariamente general y genérico, pero más fáctico que conceptual) de conjunto de funciones y estructuras que brindan reglas o soluciones jurídicas<sup>19</sup>.

Esta expresión siguió siendo utilizada por los comparatistas, anglosajones y latinos, a veces sin distinguir entre los derechos positivos, cerrados, legales de los Estados, y los sistemas de derecho abierto, con arraigo en la historia y la cultura de sus respectivas comunidades.

Para identificar estos últimos los comparatistas llegaron a emplear como noción más amplia, aproximable a la romanista de 'sistema', que histórica y geográficamente puede incluir varios ordenamientos ('*legal systems*', en inglés), la expresión '*legal tradition*'<sup>20</sup>.

Patrick H. Glenn, el culto y ecléctico autor del exitoso libro sobre las tradiciones jurídicas, detectó las diferencias entre los dos conceptos de los que estamos hablando, y luego las señaló definiendo algunos 'sistemas' jurídicos del mundo (en el sentido de

<sup>17</sup> R. SACCO, voces *Sistemi giuridici (aspetti generali)*; *Sistemi giuridici (rassegna e comparazione)*; y *Sistemi giuridici romanisti*, en *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., 18, Turín, 1998, 527 ss.

<sup>18</sup> R. DAVID, *Les grandes systèmes juridiques*, París, 1954, en la trad. it. de R. SACCO, Padua, 1980, 16.

<sup>19</sup> R. BROUWER, *On the Meaning of 'System' in the Common and Civil Law Traditions: Two Approaches to Legal Unity*, en *Utrecht Journal of International and European Law*, 34, 1, 2018, 45-55.

<sup>20</sup> P.H. GLENN, *Major Legal Traditions of the World*, Oxford, 1998.

'*legal traditions*', es decir, los 'sistemas' de Catalano) como '*common laws*'<sup>21</sup>; señalando así también una específica función de esos 'sistemas' (o 'tradiciones', o 'derechos comunes') respecto a los ordenamientos nacionales ('*national legal systems*', en inglés), que con los primeros tengan relación.

En la jerga de los comparatistas (y utilizando la expresión '*legal systems*' como sinónimos de 'ordenamientos nacionales') podríamos llamar a dichos *common laws* como '*traditions*' o, tal vez, '*meta-systems*'. En este trabajo, en cambio, emplearemos el término 'sistema' en un sentido que podríamos llamar 'romanista', siguiendo las enseñanzas de P. Catalano<sup>22</sup>.

Otras incomprensiones entre comparatistas y romanistas pueden surgir de la distinción entre las nociones de 'fuentes' y 'formantes'<sup>23</sup>. El origen de esta distinción se encuentra en el hecho de que muchos de los objetos de estudio del comparatista están fundados en una visión positivista, en la cual es preeminente el ordenamiento nacional y su 'fuente' más típica, la ley del Estado en su jurisdicción territorial (concibiéndose además el derecho, esencialmente, como la ciencia o técnica para entender la ley).

El comparatista detectó la existencia de fuerzas sociales con capacidad para producir normas junto con las 'fuentes' oficiales de cada ordenamiento (religión, moral, doctrina, jurisprudencia y muchas más), y las calificó como 'formantes' (para distinguirlas de las 'fuentes') a los fines de su discurso científico y de una correcta descripción de los ordenamientos, que incluya y evalúe críticamente sus mismas autodescripciones.

El comparatista necesita frecuentemente cambiar sus puntos de vista, y actualizarlos de vez en cuando, considerando las clasificaciones ya existentes y el público heterogéneo al que habla, debiendo evitar confusiones en la construcción y en el uso de las clasificaciones, en relación a sus diferentes públicos y a los temas tratados. En esta difícil tarea puede estar obligado a emplear términos variables según el contexto.

En la visión romanista el 'sistema jurídico' es una entidad o noción vasta, abierta, que incluye uno o más ordenamientos locales; que tiene destino universal y que reconoce de manera especial como fuentes fundantes las que para los positivistas son elementos secundarios o irrelevantes del ordenamiento legal, tales como la dimensión religiosa y moral<sup>24</sup>, la costumbre, la doctrina y la tradición.

De esta manera, el sistema romanista es no solo idealmente más 'alto' y espacialmente más vasto, sino que está también caracterizado por un diferente listado de fuentes del derecho – que además de las fuentes legislativas incluye los *mores antiqui*, la *longa consuetudo* y la *iuris prudentia* – y por diferentes relaciones entre ellas.

<sup>21</sup> P.H. GLENN, *On Common Laws*, Oxford, 2005, lleva a cabo un reconocimiento de los *common laws* históricos, no solo occidentales, incluyendo dentro de dicha noción el derecho romano, el derecho continental de tradición romanista y sus sub-sistemas alemán, francés e iberoamericano; el derecho inglés y el norteamericano; los derechos medievales feudal y mercantil, el canónico; y los derechos judío, islámico e hindú.

<sup>22</sup> V. *supra*, nt. 1.

<sup>23</sup> R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, en *Am. Journ. Comp. Law*, 39, 1, 1991, 1-34 y 343-401; en italiano, en *Introduzione al diritto comparato*, Padua, 1992, 43 ss.

<sup>24</sup> D. 1,1,10 (Ulpiano): *iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia*.

### 3. Derecho Romano e Imperio

Tampoco es éste el lugar apropiado para profundizar la noción jurídica y política de ‘Imperio’, por lo que la consideraremos como conocida, aunque más no sea a un nivel instintivo y aproximativo (y sin detenernos en las diferencias que pudieran presentarse entre los diversos Imperios, y entre Imperios e imperialismos, a lo largo de la historia). El Imperio es una civilización expansiva, una *civitas augescens* que efectivamente proyecta su sistema hegemónico<sup>25</sup> – político, militar, económico, cultural, jurídico – fuera de su propia dimensión espacial en cualquier tiempo, con el objetivo de atraer e incluir cada vez más territorios (e, incluso, ámbitos no territoriales) en su esfera de hegemonía<sup>26</sup>.

Podemos así intentar una comparación entre el soberano de un Estado nacional, su jurisdicción territorial de matriz westfaliana y su ordenamiento positivo, por un lado; y un Emperador romano y su sistema jurídico, por el otro. Si el Rey es el ‘dueño de la ley’ en su jurisdicción, el Emperador romano tiene una jurisdicción tendencialmente cósmica. Él es un pilar del sistema de principios y reglas que rigen el universo, un sistema trascendente de valores históricos y culturales, proyectado en todo el mundo e *in omne aevum*<sup>27</sup> y no un mero (por bien organizado que sea) conjunto de leyes territoriales positivas aislado de toda interferencia cultural, política y social.

El Emperador se identifica y compenetra con el derecho y con la Divinidad: ‘*Deo Auctore*’ es el *incipit* de la Constitución de Justiniano del 15 de diciembre de 530, con la que se da inicio a la gran obra de compilación del Digesto.

El Emperador es el *Dominus Mundi*, según un *rescriptum* de Antonino Pio (D. 14,2,9), quien respondiendo a un requerimiento en un caso jurídico concreto enunciaba una doctrina imperial, pero no lo hace poniendo una regla en calidad de Legislador (como sería, v.gr., si dijera que ‘desde hoy quiero, decido y proclamo que yo soy el *Dominus Mundi*’), sino explicando una doctrina como jurista (por lo que describe una situación ‘objetiva’ y ‘natural’ de las cosas del mundo)<sup>28</sup>.

En un trabajo reciente<sup>29</sup> P.G. Monateri abordó la cuestión de quien es el Emperador según D. 14,2,9. En este fragmento se diría, según la lectura de Mommsen, que el

<sup>25</sup> M. CACCIARI, *Il Potere che frena*, Milán, 2013, 30: «l'impero non può che esigere auctoritas, da auggeo: la sua civitas è augescens, o non è [...] Essa contiene in sé lo stesso katechon, ma come un ‘ministero’ al servizio della sua più autentica missione: l'universalizzazione del proprio dominio, fare del mondo il proprio ‘sistema’», con ‘universalidad’, ‘dominio’ y ‘sistema’ como nociones-clave.

<sup>26</sup> Sobre la noción de ‘hegemonía’, más allá de la antigua noción griega, relacionada con la presencia de una comunidad-guía en una alianza en periodos de crisis políticas y militares, es preciso volver a A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, Turín, 1975, para quien se trata de una noción basada en un dominio fáctico caracterizado por un elemento ideal, político y/o ideológico, al que los dominados se someten voluntariamente, con recepción del elemento ideal dominante. Gramsci observa, por ejemplo, como la relación hegemónica es una relación ‘pedagógica’, no solo en las relaciones políticas internas sino también entre civilizaciones nacionales y continentales; Cuaderno 10 (XXXIII), § 44, 31; 1331 en la edición crítica del Instituto Gramsci, coordinado por V. GARRATANA, Turín, 1975, ed. 2014.

<sup>27</sup> *Tanta*, 23; M. CELLURALE, *Locus e ius: observaciones sobre espacio y sistema a la luz del derecho romano*, en *Revista de Derecho Privado*, 16 (jun. 2009), 31 ss., 36 s.; M. CACCIARI, *Il Potere che frena* cit.

<sup>28</sup> Sobre el papel del Emperador como «primer jurista del Imperio», v. I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano* cit., 231 ss.

<sup>29</sup> P.G. MONATERI, *Dominus Mundi*, Oxford, 2018.

Emperador es el señor del mundo terrestre, mientras que el mar está gobernado por la *lex maris*<sup>30</sup>. Monateri sostiene, en cambio, que el fragmento no expresa una oposición, sino una yuxtaposición, por lo que el Emperador sería el señor del mundo terrestre y la ley del mar<sup>31</sup>. Esta interpretación se fundamenta en el texto griego del fragmento, en el que Antonino declara ἐγὼ μὲν τοῦ κόσμου κύριος... (*ego men tou kosmos kyrios*...). En efecto, *kyrios* parece una noción más vasta que la de *dominus* del mundo terrestre<sup>32</sup> y contradice la idea mommseniana de un mar gobernado por su propia ley, externa al *Ius Romanum*, casi una *rule of law* marítima universal (un ‘grocismo’ *ante litteram*).

La opinión de Monateri parecería confirmada por la misma construcción teórica del *Ius Romanum*, que reconoce en la Divinidad su autor y en la persona del Emperador el vértice humano del sistema, lo cual incluye, además del derecho civil, el derecho de gentes (la *Lex Rhodia*, usos marítimos originados en la isla griega de Rodas, era al tiempo del Imperio parte de la *lex maris* comúnmente aplicada<sup>33</sup> en todo el Mediterráneo) y el derecho natural<sup>34</sup>, que también gobierna animales, aves y peces del mar (que viven afuera del espacio territorial del mundo terrestre). Ninguna parte del mundo se queda entonces afuera del ámbito de validez del derecho universal de Roma, y de la potestad imperial. Esta lectura estaría confirmada por otras fuentes, anteriores y sucesivas al *rescriptum* de Antonino Pio conservado en D. 14,2,9<sup>35</sup>.

El *Ius Romanum* rige el *kosmos*, es decir, la naturaleza, las personas, el pueblo romano con su derecho civil, y otros pueblos con sus propios derechos; por lo que sería muy raro que el Imperio aceptara de no poder reglamentar ese *mare nostrum* en que cotidianamente se realizaba una parte importante de su política y de su economía<sup>36</sup>. Cada nación puede tener, por supuesto, sus propias leyes, emanadas por sus propios órganos

<sup>30</sup> ‘*Mundi Dominus*’ es la dicción utilizada, v.gr., en la traducción italiana de D. Manin del Digesto reordenado por Pothier, Venecia, 1825; la versión de Mommsen de 1870 dice en vez ‘*orbis terrarum Dominus*’.

<sup>31</sup> P.G. MONATERI, *Dominus Mundi* cit., 20 ss.

<sup>32</sup> También los términos utilizados en el texto griego, *kyrios* para *dominus*, y *kosmos* para *mundus* o *orbis terrarum*, parecen indicar un dominio de naturaleza más alta y total. Se hablaría de un Señor del universo, en lugar de un más limitado ‘dueño de las tierras’, excluido del dominio sobre los mares, que encontramos en la versión de Mommsen. P.G. MONATERI, *Dominus Mundi* cit., 16 ss.

<sup>33</sup> La *lex Rhodia* de que se habla en D. 14,2,9 y que Antonino Pio declara aplicable en cuanto no esté en conflicto con la ley imperial citando una decisión anterior de Augusto, también había sido declarada aplicable como ley general del mar por Claudio, Nerón, Vespasiano, Trajano (citados en el mismo fragmento).

<sup>34</sup> D. 1,1,2.

<sup>35</sup> P.G. MONATERI, *Dominus Mundi* cit., 25-26, indica algunos epígrafes, entre los cuales resultan particularmente claros los siguientes: ‘αὐτοκράτορα Μᾶ(ρκον) Αὐρήλιο[ν] Ἄντωνεῖνον, θεῶν ἐνφανέστατον, γῆς καὶ θαλάσσης δεσπότην’ (‘Emperador Marco Aurelio Antonino, el más manifiesto de los dioses, señor de la tierra y del mar’ [*ges kai thalassis despoten*]) y ‘αὐτοκράτορα Κόμοδον Καίσαρα, τῶν θεῶν ἐνφανέστατον, γῆς θαλάσσης δεσπότην’ (‘Emperador Commodo Cesar, el más manifiesto de los dioses, señor de la tierra y del mar’), citados por C.H.E. HASPELS, *The Highlands of Phrygia. Sites and Monuments*, Princeton, 1971, 333, nt. 93.

<sup>36</sup> En D. 14,2,9 Antonino Pio confirma la posición eminente del Imperio y la potestad del Emperador sobre los mares también, declarando la *Lex Rhodia* aplicable en cuanto no contradiga la ley imperial.

políticos, pero el *Ius Romanum* es el sistema universal sin geografía ni tiempo que los envuelve y los vivifica (el respiro jurídico del mundo, podríamos decir).

El sistema del *Ius Romanum* está integrado por reglas y principios, detectados por medio de la observación de la realidad: *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*. Estos términos – *notitia* y *scientia* – están asociados a las actividades humanas de observar y conocer la realidad, ajenas a la de establecer normas-mandatos por medio de alguna fuerza pública. Ese sistema expresa el pensamiento jurídico y los valores de una vasta comunidad cultural en sentido espacial y diacrónico, que incluye varias entidades políticas organizadas (cada una con sus jefes, aparatos de gobierno, y mandatos y reglas producidas por estos). De lo expuesto se destaca la distancia entre la figura imperial, trascendente y global (hasta ‘esférica’, podríamos decir) y la del ‘simple’ Rey, soberano de un territorio delimitado y sujeto a su propia ley (‘positiva’, diríamos hoy), pero sin poder llegar nunca a ser Dueño del océano, ni representante en tierra del derecho universal.

El *Ius Romanum* nace como un sistema universal que tiene una validez intrínseca y vocación de integrarse con las leyes y los derechos de pueblos diferentes. El hecho bien conocido por los romanos de que el *Ius Romanum* pudiera, sin embargo, no ser aplicado en otras partes del mundo<sup>37</sup> no disminuye su validez universal, aun cuando ella no sea necesariamente reconocida por otros pueblos diferentes del romano<sup>38</sup>.

El contraste con los ordenamientos de los Estados contemporáneos es fuerte: por un lado, hay un ‘sistema’ histórico y geográficamente abierto, integrable e ‘interoperable’ con los ordenamientos locales en todo tiempo y lugar; por el otro, hay un ‘ordenamiento jurídico del Estado’ (como lo dice en forma muy clara el art. 12 disp. prel. del cód. civ. it. de 1942), un Leviatán en competencia con otros como él y como todos sus ‘colegas’ receptor (más o menos desde la Paz de Westfalia de 1648) de un ámbito territorial bien delimitado en el que no se admite otra fuente afuera de él.

#### 4. Comparaciones

El mundo de hoy nos ofrece la oportunidad para meditar sobre el sistema romanista analizando las trayectorias expansivas de la *Western legal tradition*, con la que se asocian las ideas de *Western rule of law* y, más recientemente, las de *human rights law*.

Las nociones occidentales de *rule of law*, Estado de derecho, *Rechtsstaat* son bastante numerosas y todavía, quizás, no completamente estabilizadas<sup>39</sup>. A los fines de este tra-

<sup>37</sup> M. CELLURALE, *Locus e ius: observaciones sobre espacio y sistema a la luz del derecho romano* cit., 40-42 y 44-48.

<sup>38</sup> Los estudios de P. Catalano sobre el *ius fetiale* refuerzan esta conclusión: P. CATALANO, *Origini del sistema sovranazionale romano – Ius fetiale e iura communia*, en ID., *Diritto e Persone* cit., 5 ss.

<sup>39</sup> J.W. HEAD, *Great Legal Traditions – Civil Law, Common Law, and Chinese Law in Historical and Operational Perspective*, Durham NC., 2011, 645-654, ofrece una de las definiciones más recientes de la noción de *rule of law* en el mundo anglosajón, identificando unas 19 definiciones diferentes elaboradas entre finales del siglo XX y comienzos del XXI por autores anglosajones y fuentes institucionales; las que tendrían también que ser combinadas con fuentes ‘clásicas’ como v.gr. A.V. DICEY, *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Londres, 1885. En la tradición continental también hay innumerables nociones

bajo podemos simplificarlas y condensarlas en nociones breves, relativamente conocidas y claras: en la tradición anglosajona «the rule of law provides that decisions should be made by the application of known principles or laws without the intervention of discretion in their application»<sup>40</sup>; en la tradición continental «Le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat»<sup>41</sup>. Con mayor detalle, hablamos de un sistema de reglas producidas por fuentes jurídicamente autorizadas, siguiendo procedimientos legales claros, ciertos, públicos, aplicables en principio sin retroactividad; reglas aplicables sin discrecionalidad por medio de órganos judiciales y sin estar influenciados por factores extrajurídicos como la moral, la religión, la política, las normas sociales o las opiniones personales del operador; reglas vinculantes especialmente para los poderes públicos<sup>42</sup>; la visión que prevalece hoy en día también incluye algunos valores y derechos fundamentales (*human rights, fundamental rights*), sustantivos y procesales<sup>43</sup>.

Podemos luego comparar la noción de *rule of law* con formas de organización política, social y jurídica diferentes de la occidental, inclusive con algunas nociones que parecen tener alguna asonancia ideal con la noción occidental, pero que sustancialmente difieren mucho de ella (hasta caracterizarse como sistemas en competición con la misma), como las de 'legalidad socialista' o de 依法治国 (*yifā zhìguó*)<sup>44</sup>. Es bastante claro que el *rule of law* occidental es una noción poco conocida en varias tradiciones jurídicas del mundo no occidental y que incluso no es indispensable en experiencias jurídicas desarrolladas, como las de los países socialistas 'clásicos' y la de China actual. Esa noción está íntimamente conectada con una visión específica del mundo, la que caracteriza el occidente, del que es fácil identificar el actual Emperador con los EE.UU.<sup>45</sup>.

Como el *Ius Romanum*, el *Western rule of law* también (aunque nace anglo-americano) es propuesto al mundo como un sistema universal, con vocación declarada para interactuar con los ordenamientos locales de los países que lo reciban. El hecho de que en algunos lugares esos principios no sean (todavía) efectivos no disminuye la supuesta validez universal (ni una cierta trascendencia) de los mismos. Por supuesto, es tarea de la potencia imperial difundir esos principios en forma *soft* (paulatinamente), y con una penetración más o menos *hard* cuando sea necesario.

de Estado de derecho, *Rechtsstaat, état de droit, stato di diritto* en la doctrina jurídica y política, comenzando con O. BÄHR, *Der Rechtsstaat*, 1864; un panorama más reciente es ofrecido en la colección *L'État de droit - Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, París, 1996.

<sup>40</sup> BLACK'S LAW DICTIONARY, voz *Rule of Law*, 1979<sup>5</sup>.

<sup>41</sup> V. art. 5 de la Constitución federal suiza, que en su título incluye las referencias, en los cuatro idiomas oficiales de la confederación, al *Rechtsstaat*, al *Etat régi par le droit*, al *Stato di diritto*, y al *Stadi da dretg*.

<sup>42</sup> Esa síntesis fue propuesta por U. MATTEI, *Verso una tripartizione non eurocentrica dei sistemi giuridici*, en AA.VV., *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, I, Milán, 1994, 775 ss.

<sup>43</sup> Sobre las nociones de *thin* y *thick rule of law* v., v.gr., B. TAMANAHA, *A Coincise Guide to the Rule of Law*, St. John University, Legal Studies Research Papers Series, 2007.

<sup>44</sup> I. CASTELLUCCI, *L'idea di Rule of Law nella Repubblica Popolare Cinese*, en AA.VV., *Diritti, cittadini e potere in Cina*, coordinado por R. CAVALIERI, serie *Sulla via del Catai* del Centro Martini Martini, 12, Trento, 2015, 59 ss.; ID., *Rule of Law with Chinese Characteristics*, en *Annual Survey of International and Comparative Law*, 13, 2007, 35; ID., *Rule of Law and Legal Complexity on the People's Republic of China*, Trento, 2012, *passim*, espec. el capítulo primero.

<sup>45</sup> M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente*, Turin, 2010, *passim*.

El *Western rule of law* – que incluye principios sobre la división de poderes, derechos sustantivos fundamentales, principios y reglas de naturaleza procesal, principios y reglas fundamentales en el ámbito económico – no coincide necesariamente con el derecho nacional norteamericano, sino que solo incluye algunos de los principios jurídicos fundantes de dicho ordenamiento nacional.

El imperio norteamericano utilizará todas sus energías para que ese conjunto de principios y valores fundantes penetre en los ordenamientos más diversos, se infiltre en ellos, los envuelva – obviamente no para volverlos iguales al ordenamiento nacional de los EE.UU., sino para colocarlos en el marco de la visión y organización imperiales, con finalidades geopolíticas y geoeconómicas – realizando una fundamental consonancia ideológica y una adecuada ‘interoperabilidad’ técnica entre los ordenamientos por medio de la expansión de un sistema (de pensamiento) jurídico general, destinado a ser común a los derechos colocados en su vasta área de hegemonía<sup>46</sup>.

Existe un paralelismo entre los binomios *ius civile* e *ius gentium/naturale*, por un lado, y el derecho nacional de los EE.UU. y los valores sustantivos y procesales conocidos como *Western rule of law*, por el otro, pues ambos binomios expresan una misma relación entre los respectivos términos, entre un derecho nacional que rige el Estado de la potencia hegemónica, por una parte, y el sistema de pensamiento que incluye la visión y los principios jurídicos generales, por la otra. En ambos casos, se trata de un sistema de aplicabilidad tendencialmente mundial siendo afirmado como ‘natural’ y común a los pueblos civilizados: un sistema que incluye la dimensión cultural, ética y moral e, incluso, la religiosa (como en el caso del *Ius Romanum*), además de un conjunto de valores ideológicos y técnico-jurídicos útiles para la expansión hegemónica de la metrópolis.

La historia y la geografía nos brindan unas cuantas visiones universales que subyacen en grandes ideologías imperiales. El Imperio chino, v.gr., siempre tuvo fronteras inciertas y móviles, con reinos tributarios, reinos tributarios solo en ocasiones y reinos respecto de los cuales es discutida o no es conocida la exacta relación con el Celeste Imperio. Pero sabemos que el Emperador chino era, como el romano, el centro y la personificación del Imperio, en posición central respecto del mundo, de mediador entre el Cielo y la Tierra (de ahí el nombre *Zhong Guo*, ‘nación central’ o ‘del medio’, de la China antigua y de la de hoy) y que tenía en Asia su propia extensa área de hegemonía política, económica, y cultural (incluso también sobre naciones no tributarias)<sup>47</sup>.

La hegemonía china se extendía hasta donde el Imperio tenía capacidad de exportar su ideología general, social y de gobierno, el modelo confuciano de organización administrativa, la cultura general de China y, algunas veces, también sus códigos legales (recibidos a lo largo de los siglos en Corea, Japón, Vietnam)<sup>48</sup>. Esta espacialidad ideal

<sup>46</sup> M. BUSSANI, *Il diritto dell'occidente* cit., *passim*.

<sup>47</sup> J.Y. LEE, *China's Hegemony: Four Hundred Years of East Asian Domination*, New York, Columbia University Press, 2017; WANG Yuan-kang, *Managing regional Hegemony in Historical Asia: The Case of Early Ming China*, en *The Chinese Journal of International Politics*, vol. 5, 2012, 129-153.

<sup>48</sup> G. AJANI, M. TIMOTEI, A. SERAFINO, *Diritto dell'Asia Orientale*, en *Trattato di diritto comparato*, dirigido por R. SACCO, Turín, 2007; AA.VV., *Diritto dell'Asia Orientale*, coordinado por R. CAVALIERI, Venecia, 2008 (2ª ed. 2019); AA.VV., *I sistemi del lontano Oriente*, coordinado por M. MAZZA, en *Trattato di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo* dirigido por G.F. FERRARI, XVII, Padua, 2019.

del Imperio Chino y de su sistema general de pensamiento administrativo y jurídico no siempre y necesariamente correspondía a un elemento territorial definido por fronteras claras; lo que es un logro del Estado moderno aplicando una noción nueva, occidental, de espacialidad y de ámbito jurídico territorial, convencionalmente establecida con la paz de Westfalia de 1648.

El sistema del derecho islámico también lleva consigo una visión universal, contradictoria con la presencia hoy en día en el mundo islámico de muchos Estados nacionales, más o menos laicos. Sin embargo, en sus primeros siglos el sistema y sus representantes terrenos efectivamente buscaron y por un cierto tiempo lograron actuar el ideal de la *Umma*, o sea, la comunidad universal de los fieles. Aquí también hay una ideología y un conjunto de valores jurídicos que legitiman la expansión liderada por los Califas, cumbres políticas y religiosas de la comunidad de los fieles<sup>49</sup>, con una estrategia de inclusión en la *Umma* de los territorios y naciones que se iban adquiriendo. Falta hoy un creíble, único y fuerte ‘centro’ secular de este imperio carente en la actualidad de un Emperador, integrado por muchos Estados y entidades políticas que se mueven en este sistema de pensamiento jurídico sin que haya uno capaz de proponerse como potencia hegemónica del Islam. Sin embargo, existen algunos países emergentes que podrían tarde o temprano asumir ese rol central, por lo menos en ámbitos regionales (como, v.gr., Irán, Arabia Saudí, Pakistán, Indonesia, Egipto, Turquía).

A las visiones universales también se yuxtaponen visiones de imperios que nacen ya ‘regionales’. Así, en Europa Carl Schmitt ya había visto en la primera mitad del siglo XX el crecimiento inexorable y global de la potencia norteamericana y el fin de la relevancia geopolítica mundial de los pequeños Estados europeos, teorizando al mismo tiempo también la contraposición de un único espacio jurídico europeo, con un marco dado no por el derecho internacional general sino por un derecho y/o una *governance* regional (en la cual Alemania tenía que asumir un papel preponderante), imaginando así un mundo dividido en ‘grandes espacios’ (cada uno de ellos dominado por una potencia hegemónica y caracterizado por su propio sistema jurídico supranacional)<sup>50</sup>.

El fin de la segunda guerra mundial nos dejó más o menos en una situación semejante, con la creación de grandes áreas de interés geopolítico diagramadas en Yalta y, luego, con la división del mundo en las dos áreas contrapuestas que caracterizaron la Guerra Fría. Mientras tanto, la presencia de la U.E. entre los actuales actores globales no puede no recordarnos, aunque de lejos, la visión de Schmitt, de un gran ente geopolí-

<sup>49</sup> Sobre la actitud universalista de los líderes religiosos y políticos islámicos de la Edad Media es interesante la obra de M. CAVINA, *Maometto Papa e Imperatore*, Roma-Bari, 2018, quien – tal vez provocativamente – destaca algunos elementos de proximidad histórica y jurídica entre el Califa Mahoma II y la posición del Emperador Romano.

<sup>50</sup> C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, 1950, traducido en italiano por E. CASTRUCCI, *Il Nomos della Terra*, Milán, 1991; ID., *Raum und Großraum im Völkerrecht*, en *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1941; ID., *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte*, Berlin, 1941<sup>4</sup>, traducido en italiano por G. GURISATTI, *L'ordinamento dei grandi spazi nel diritto internazionale con divieto di intervento per potenze straniere. Un contributo sul concetto di impero nel diritto internazionale*, en la colección de ensayos de C. SCHMITT, *Stato, Grande Spazio, Nomos*, Milán, 2015.

tico europeo dotado de su propio espacio y de su propio derecho continental, liderado por Alemania.

La aparición en el ámbito internacional, en los últimos años, de los denominados países BRICS tal vez sea una posible nueva manifestación a escala global del pensamiento de Schmitt, con el nacimiento de bloques en oposición a la superpotencia global norteamericana, con la finalidad de contraponer a la primera globalización de los años '90 del siglo XX un modelo diferente, más policéntrico. Se trataría de un modelo fundado sobre la presencia de algunas potencias globales-regionales, con sus respectivos aparatos hegemónicos, sus grandes espacios de hegemonía y tal vez también con valores, principios y reglas difundidos por una visión jurídica general exportable; es decir, un 'sistema jurídico' en el sentido romanista ya referido, con el que los ordenamientos de los demás países sujetos a la hegemonía de los 'grandes' deban aprender a conversar, para que la cooperación política, social y económica sea funcional y eficiente.

Hasta hoy parece cierto que, de los países BRICS, China haya comenzado desde hace tiempo a construir y utilizar su propio sistema (político, económico y) jurídico hegemónico, constituido por principios administrativos y económicos procedentes de su propia experiencia, sea socialista ortodoxa y de mercado, sea nacional, internacional y transnacional. Es un modelo jurídico-administrativo-económico desarrollado y experimentado, v.gr., en los ya veinte años de presencia de China en África y ahora listo para ser desplegado, hasta donde sea posible, como marco para las relaciones (no solo económicas) del Dragón a lo largo de los ramales de la 'Nueva Vía de la Seda' (一帶一路, *yī dài yī lù*), conocida en todo el mundo como *Belt and Road Initiative*<sup>51</sup>.

La República Popular China claramente no tiene interés en clonar su propio ordenamiento nacional en los varios países de Eurasia, pero sí está interesada en promover el desarrollo y expansión de su sistema político-jurídico-económico – entendiendo el 'sistema' en un sentido parecido al romanista, del cual ya hemos hablado – por medio de su política exterior, de sus actividades económicas, de la proyección de su hegemonía cultural, como también de su *legal diplomacy*<sup>52</sup>. China intenta así lograr el triple objetivo de hacer que las sociedades y los ordenamientos con que interactúa sean lo más afines posibles con su propio sistema político, económico y hegemónico; de incrementar

<sup>51</sup> V. el documento basilar de esta visión, *Vision and Actions on Jointly Building Silk Road Economic Belt and 21st-Century Maritime Silk Road* publicado (en inglés) en marzo 2015 por la 'Comisión Nacional para el Desarrollo y las Reformas, el Ministerio de Asuntos Exteriores y el Ministerio del Comercio, con la aprobación del Consejo de Estado [el Gobierno, n.d.a.] de la República Popular de China'. En la literatura latinoamericana v., v.gr., el reciente A. OROPEZA GARCÍA, *China: BRI o el nuevo camino de la seda*, Mexico, 2018, *passim*. Sobre la dimensión jurídica de los BRICS v. *The BRICS-Lawyer's Guide to Global Cooperation*, coordinado por R.J. NEUWIRTH, A. SVETLICHNII y D. DE CASTRO HALIS, Cambridge, 2017; *Aspetti giuridici del BRICS – Legal Aspects of BRICS. Atti della Conferenza Internazionale 'Aspetti giuridici del BRICS / Legal Aspects of BRICS' (Roma, 6-8 maggio 2013)*, coordinado por R. CARDILLI y S. PORCELLI, Colección *Roma e America*, dirigida por R. CARDILLI, Padua, 2015; L. SCAFFARDI, *BRICS: Paesi emergenti nel prisma del diritto comparato*, Turín, 2012; *Pravove Aspekti BRIKS*, coordinado por T. ALEXEEVA y P. CATALANO, San Petersburgo, 2011; P. BORBA CASELLA, *BRIC: Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud A l'heure d'un nouvel ordre juridique international*, París, 2011.

<sup>52</sup> Z. HE, *Legal Diplomacy and the Possible Approach of China*, en *The Routledge Handbook of Soft Power*, coordinado por N. CHITTY, LI JI, G.D. RAWNSLEY, C. HAYDEN, Abingdon y New York, 2017, 166 ss.

su *soft power* en el mundo; y de desarrollar un contrapoder global respecto a la *Western legal tradition* de inspiración norteamericana.

Rusia también asume posturas cada vez más asertivas en sus relaciones internacionales, proponiéndose nuevamente como potencia mundial. Será interesante analizar si hay una dimensión imperial de tipo jurídico en su renovada hegemonía sobre los países que constituyen sus satélites desde un punto de vista político y económico.

Cabe destacar que en estas experiencias imperiales es justamente la ideología jurídica, el sistema o tradición o meta-sistema jurídico (es decir, aquella compleja red de valores, principios y reglas generales no totalmente definidos o definibles por su trascendencia, ‘demasiadez’<sup>53</sup> y/o postulada ‘inefabilidad’) lo que resulta proyectable al exterior en el proceso de expansión hegemónica.

Por el contrario, nunca es así respecto del derecho ‘municipal’ de la potencia hegemónica, imposible o muy difícil de trasplantar en bloque, lo que conduciría a resultados deformes y disfuncionales al ser aplicado en un contexto diverso y generaría con toda probabilidad resistencias por parte del país de destino. Mucho más practicable y útil que trasplantar un ordenamiento nacional (con todas sus instituciones y reglas específicas) es implantar los fundamentos de un sistema de pensamiento jurídico parcialmente no expresado, trascendente, ‘sublime’<sup>54</sup>, pero interpretable cuando sea necesario por los inefables guardianes del derecho hegemónico.

El derecho, más que la ley, es una de las dimensiones principales del Imperio.

Cada Imperio está caracterizado – además de por la diversidad de las historias, instituciones, derechos, leyes de los pueblos que lo pueblan – por un conjunto básico de valores, incluso jurídicos, que representa el derecho común, la ideología general y la visión de la potencia hegemónica<sup>55</sup>. En el mundo multipolar del siglo XXI es plausible que tengamos que observar la interacción de más Imperios, cada uno con su derecho, con su *Dominus Mundi* e incluso con su *mare clausum* (quizás también con su propia ley del mar)<sup>56</sup>, así como la aplicación de doctrinas imperiales de las potencias hegemónicas en ámbitos geográficos mudables, ‘grandes espacios’ determinados por el encuentro-choque y la interacción de las recíprocas actividades y capacidades expansivas.

### 5. América Latina

Como se desprende claramente de los estudios de los romanistas latinoamericanos, y de algunos italianos, luego de la descolonización española del subcontinente latinoamericano en la primera mitad del siglo XIX, se produjo un fenómeno bastante particular pues no obstante la desaparición del Emperador, la dimensión jurídica del Imperio sobrevivió y siguió existiendo hasta la actualidad. Los países de Latinoamérica no

<sup>53</sup> Monateri habla de la ‘*too-muchness*’ y de la trascendencia de la noción del *Dominus Mundi*; P.G. MONATERI, *Dominus Mundi* cit., 10-13.

<sup>54</sup> P.G. MONATERI, *Dominus Mundi* cit.

<sup>55</sup> I. CASTELLUCCI, *Il diritto nel mondo dei molti imperi*, en *Eurasia*, 3, 2011, 103 ss.

<sup>56</sup> Ya vemos un ejemplo de este específico tema en la disputada cuestión de la soberanía china sobre el Mar de la China Meridional.

aceptaron las ideas modernas del positivismo y del estatismo jurídico<sup>57</sup>, que tan fuerte y típicamente marcaron los derechos de los países de Europa continental<sup>58</sup> (o, por lo menos, no las aceptaron totalmente), manteniendo en cambio operativa en clave sistémica la distinción entre ordenamientos nacionales y sistema del derecho común romano-ibérico<sup>59</sup>.

Los derechos de América Latina comparten un sustrato doctrinal común<sup>60</sup> (muy romanista)<sup>61</sup>, procedente del anterior sistema jurídico de las potencias ibéricas, y códigos civiles que son el resultado de la circulación continental de ideas y modelos normativos del siglo XIX (v. los Proyectos de Bello, Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfiel)<sup>62</sup>; productos jurídicos que, hasta el comienzo del siglo XXI, siguen manteniendo cierta originalidad respecto a los de Europa continental (v., v.gr., las Constituciones de Ecuador y Bolivia o los nuevos Códigos civiles de Brasil y Argentina).

El derecho latinoamericano (como desarrollo de la tradición romanista) no reposa sobre una *lex* positiva sino sobre el sistema del *ius*, sobre el arte de lo que es bueno y equitativo. Este sistema en su operatividad está coordinado con las leyes en vigor, los principios de la tradición y los usos locales, hasta producir un resultado que sea 'justo' en cada concreta aplicación singular (*iuxtum*, conforme al *ius*, a lo que es bueno y equitativo, es decir que resulta aceptable para la conciencia crítica y entrenada con el estudio y la práctica del jurista)<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, 2007, *passim*.

<sup>58</sup> Puede incidentalmente notarse, tal vez, como la construcción del derecho de la Unión Europea realice hoy en día la tendencia a producir otro imperio sin Emperador, con instituciones y derecho percibidos como artificiales por los pueblos comprometidos, tal vez por su esencia puramente tecnocrática y faltando una guía política legitimada que sea superior a la de los diferentes Estados de la Unión. Esto no excluye que alguna potencia europea pueda asumir dicho papel de guía política y disfrutar de ello, pudiendo contar con un aparato hegemónico y administrativo ya listo.

<sup>59</sup> Demasiados serían los autores que habría que citar al respecto, entre los cuales pueden destacarse: J. Castán Tobeñas, J.M. Castán Vázquez, P. Catalano, A. Díaz Biale, A. Guzmán Brito, S. Schipani, G. Lobrano. En I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano* cit., y en A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano a Brescia* cit., son ofrecidas reconstrucciones de la historia de estas ideas.

<sup>60</sup> J.M. CASTÁN VÁZQUEZ, *El Código Civil de Bello, factor de unidad*, en *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano* (Actas del Congreso Internacional de Roma, 10-12 de diciembre de 1981), Caracas, 1987, 339 s.; A. GUZMÁN BRITO, *La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica*, en *Index*, 6, 1976, 74 ss.; ID., *Mos latinoamericanus iura legendi*, en esta revista, 1/1996, 15 ss.

<sup>61</sup> A. DÍAZ BIALET, *La Recepción del Derecho Romano en América Hispana*, en *La Ley*, 99, Buenos Aires, 1960, Introducción, § III; ID. *La transfusión du droit romain*, en *Rev. Int. Droit Antiquité*, 1971, 421 ss. Díaz Biale utilizó por primera vez la noción de transfusión del derecho romano en el derecho argentino, y luego en los de Latinoamérica, en el Congreso Internacional de estudios acursianos de Bolonia de 1963, en el que participó con la ponencia *La fortuna y el valor práctico de la obra de Acursio en el Derecho Común Americano* (actas publicadas en 1968 por Giuffré, 1007 ss.).

<sup>62</sup> V. las tres fundamentales obras: *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano* cit.; *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano* (actas del Congreso internacional de Roma, 12-14 de diciembre de 1983), coordinado por S. SCHIPANI, Padua, 1988; *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latinoamericano* (actas del Congreso internacional de Roma, 17-19 de marzo de 1986), coordinado por S. SCHIPANI, Padua, 1991.

<sup>63</sup> I. CASTELLUCCI, *Il Giurista, cuore del sistema nella tradizione romanista latinoamericana*, en esta revista, 36/2015, 239 ss.

La tensión entre derecho y ley en el contexto latinoamericano es a menudo bastante evidente. La literatura jurídica nos brinda muchos ejemplos de ése fenómeno en casos de leyes del Estado que no producen resultados satisfactorios ('justos'), integradas o hasta superadas por el juez recurriendo al 'sistema'<sup>64</sup>, es decir, al derecho romano, a la tradición jurídica continental, a los derechos de otros países pertenecientes a la misma tradición, a los demás derechos de América Latina, a la doctrina jurídica continental. Lo mismo puede decirse respecto de la aplicación de los usos y costumbres, que revelan la raíz profunda del derecho, siendo ellos mismos una expresión del derecho en su forma primordial no (todavía) verbalizada por el jurista y que constituyen (incluso luego de su verbalización, tecnicificación o recepción legislativa) una óptima clave de interpretación del derecho y de la ley<sup>65</sup>.

#### 6. *Entre sistema jurídico latinoamericano y Western rule of law*

Al lado de la tradición romanista se destaca en América Latina, desde los alabores mismos de la Independencia de las potencias ibéricas, la expansión del modelo jurídico norteamericano.

Si bien América Latina rechazó en cierta medida las ideas del positivismo y del estatismo jurídico de Europa, no consiguió en cambio sustraerse a la influencia de la potencia del Norte, que expandió en el subcontinente latinoamericano su hegemonía, su presencia económica, y sus propios modelos jurídicos. Eso aconteció especialmente en el ámbito de las instituciones del derecho público, como destaca con frecuencia la doctrina, pero también existió una penetración del sistema norteamericano en el ámbito del derecho económico y mercantil. Incluso hubo alguna infiltración de la cultura jurídica norteamericana en Brasil, en la segunda mitad del siglo XIX, al indicarse el *common law* entre las fuentes supletorias del derecho brasileños en un Decreto Presidencial de 1890<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Como ejemplos muy llamativos pueden citarse aquí la sentencia del *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* del 14/09/1993, publicada en *Jurisprudência do Tribunal de Justiça*, año 27, vol. 150 (nov. 1993), 90 ss. y en *Index*, 25, 201 y la sentencia de la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal en pleno, 6/8/1991, *Ganadera Argentina S.A. c. Aerolíneas Argentinas*, publicada en *La Ley*, 1991-E, Buenos Aires, 577 y en *Jurisprudencia Argentina*, 1992-1, Buenos Aires, 402. Más atrás en el tiempo, v. Superior Tribunal de Jujuy, 23/07/1947, en *La Ley*, 48, Buenos Aires, 842. Esos y otros casos, especialmente argentinos de las décadas cuarta y quinta del siglo XX, están analizados en I. CASTELLUCCI, *Sistema jurídico latinoamericano* cit., *passim*.

<sup>65</sup> Es conocido el brocardo de la *Summa Trecensis: Consuetudo est optima legum interpres*.

<sup>66</sup> El *Decreto do Executivo* n. 848 del 11/10/1890 sobre la organización de la justicia federal, contenía como regla general en el art. 386: «Constituirão legislação subsidiaria em casos omissos as antigas leis do processo criminal, civil e commercial, não sendo contrarias ás disposições e espirito do presente decreto./ Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de common law e equity, serão também subsidiarios da jurisprudencia e processo federal».

Esa norma es claramente el fruto del tiempo en el que fue elaborada, y de los eventos políticos de ese entonces: a la *Revolução Republicana* y al gobierno provisional del General Fonseca siguió la realización de un modelo institucional de inspiración norteamericana, federal, con un sistema de justicia federal y un control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes y de los actos de gobierno. Lo cierto es que el art.

El derecho privado de los países latinoamericanos no se alejó, en general, de la tradición romanista. Pero la hegemonía norteamericana, cultural, política, económica y también, en cierta medida, jurídica se consolidó en Latinoamérica en el siglo XX (con momentos de fuerte enfrentamiento durante la guerra fría y luego de ella, y hasta tiempos muy recientes) determinando un continente todavía hoy política e ideológicamente dividido<sup>67</sup>, especialmente respecto a las relaciones con (y al papel continental y mundial de) los EE.UU.

Todo eso pudo acontecer no sólo por medio de los estudios y de los movimientos doctrinales jurídicos, sino principalmente a través de un muy hábil y bien coordinado empleo de grandes recursos en el ámbito político, militar, cultural, económico y financiero<sup>68</sup> por parte de la potencia del Norte e, incluso, mediante instituciones financieras globales como el FMI y el Banco Mundial<sup>69</sup>.

Es bastante fácil estimar las dificultades del subcontinente latinoamericano, Imperio sin Emperador, de resistir – no obstante algún ejemplo exista o haya existido – al ‘armamento’ (en sentido metafórico, pero a veces también literal), a la presión económica y cultural, a la organización del Imperio del Norte y a los recursos que éste emplea para actuar su propia agenda geopolítica.

386 rigió hasta 1942, mucho más allá de la aprobación del código civil de 1916. El mismo Beviláqua, autor del primer código civil de Brasil, menciona el referido art. 386 entre las fuentes del derecho brasileño (v. C. BEVILÁQUA, *Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro, 1929, 26 y 40 s.). Solo en 1942 la indicación de las fuentes volverá a ser más genérica, refiriendo a los principios generales del derecho, tal como hacen muchas otras codificaciones de esa época. Pero si una norma semejante fue adoptada en 1890, su aprobación tenía que parecer técnicamente plausible y concretamente comprensible y aplicable por los juristas brasileños de ese tiempo.

<sup>67</sup> A.B. TICKNER, C. CEPEDA, M. BERNAL, J.L. BERNAL, *Anti-americanismo, pro-americanismo y sentido común en América Latina*, en *Foro internacional*, 55, 3, 221, 2015, 805 ss.

<sup>68</sup> El tema de la deuda externa y de la usura internacional es otro de los macro-temas del que se ha ocupado la doctrina romanista de las últimas décadas, en Latinoamérica y en Italia, con P. Catalano y S. Schipani al frente de este otro ámbito de investigación.

<sup>69</sup> Es bien conocido como estas instituciones se activen en la promoción del modelo político-económico patrocinado por los EE.UU., y como las mismas condicionen sus paquetes de ayuda financiera a la *compliance* de los países destinatarios con los estándares correspondientes y a la adopción de reformas jurídicas en el mismo sentido. En este sentido puede citarse el caso de los índices de crecimiento publicados en el reporte anual *Doing Business* del Banco Mundial, que (como se hizo público en una entrevista al funcionario de este organismo internacional Paul Borman en el 2018) fueron manipulados a lo largo de algunos años en relación a Chile (y tal vez a otras naciones) a favor o en contra de los diferentes gobiernos de ese país, según que sus actitudes fueren conformes o no al ideario neoliberal.

La Rivista *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina* è promossa dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani della Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche, in collaborazione con l'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma, l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA) e l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). La Rivista propugna lo studio e la diffusione del diritto romano (*ars boni et aequi*) costituito *hominum causa*, come strumento di pace tra i popoli. Essa si dedica in particolare ai temi dell'unità e dell'unificazione del diritto, e del diritto dell'integrazione, in Eurasia e in America Latina.

Si considera innanzitutto il periodo di 'inizio' (*principium*) del sistema giuridico romanistico, dalla fondazione di Roma alla compilazione del Digesto (*templum iustitiae* secondo Giustiniano) in 'Costantinopoli nuova Roma', e, sottolineandone il carattere già originariamente eurasiatico, se ne seguono gli sviluppi dovuti alla teoria 'Mosca terza Roma'.

Nello studio del sistema (e dei singoli ordinamenti statali che con esso si confrontano) viene dato risalto all'America Latina, in quanto Europa e America Latina «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica ed anche in certo modo sociale, economica e politica che la scienza giuridica romana saldamente cementa ed unifica. *Unitas et pax orbis ex iure*» (G. La Pira). Il diritto romano dà al sottosistema giuridico latinoamericano il fondamento della sua unità, della sua identità (e resistenza) e del suo universalismo.

L'origine eurasiatica, e quindi mediterranea, del diritto romano rafforza l'esigenza del confronto con le grandi realtà geopolitiche continentali (in primo luogo la Repubblica Popolare Cinese), intercontinentali (il BRICS) e con gli altri grandi sistemi giuridici (in primo luogo il diritto musulmano).

Hanno collaborato a questo numero della rivista:

LUCA BALLERINI  
EMANUELA CALORE  
IGNAZIO CASTELLUCCI  
LAURA D'AMATI  
ENRICO DEL PRATO  
DAVID F. ESBORRAZ  
LAURA FORMICHELLA  
ANTONIO GAMBARO  
ENRICO GABRIELLI  
STEFANO LIVA  
ROBERTA MARINI

ALDO PETRUCCI  
STEFANO PORCELLI  
ANTONIO SACCOCCIO  
ALVISE SCHIAVON  
SANDRO SCHIPANI  
PIERLUGI SIMONE  
MARINA TIMOTEO  
GIOVANNI TURELLI  
BARBARA VERRI  
WU LAN



Centro di Studi  
Giuridici  
Latinoamericani



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI BRESCIA

unibs.it



Fondazione  
di Sardegna