PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LATINOAMERICANO

IRMA ADRIANA GARCÍA NETTO
(COMPILADORA)

A. FILIPPI - C. H. AOSTRI - J. CASAS - P. A. COLMAN
D. DELEST - G. E. FRIELE - I. A. GARCÍA NETTO - Z. MALVICINO
C. MALVICINO - J. A. PEDROSO - M. V. PRADO - S. A. ROGNONI
S. SCIOCIOLI - V. STAROWLANSKY - G. VILGRÉ LAMADRID
M. IBÁÑEZ - R. CARDONE

EUDEBA

DERECHO

PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO LATINOAMERICANO

IRMA ADRIANA GARCÍA NETTO
(COMPILADORA)

ALBERTO FILIPPI
INTRODUCCIÓN

EUDEBA

Principios generales del derecho latinoamericano / compilado por Irma Adriana García Netto. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Eudeba, 2020.
Libro digital, PDF - (Derecho)

Archivo Digital: descarga
ISBN 978-950-23-3057-0

1. Derecho. I. García Netto, Irma Adriana, comp.
CDD 340.1

Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: agosto de 2020

© 2020
Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Diseño de tapa: Silvina Simondet

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

LA FOTOCOPIA MATA AL LIBRO Y ES UN DELITO

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

Índice

Prefacio 13
Introducción histórica 17
Alberto Filippi
I. De la Hispanía Romana al "derecho comunal": periodización del Derecho Hispano Indiano 18
II. Etnias y derechos en la América Hispana 22
III. Los orígenes de la integración suramericana: "una nación de Repúblicas" 29
IV. La experiencia unificadora de la codificación latinoamericana 32
V. Formas de gobierno: presidencialismo, cesarismo y dictadura 35
VI. El pensamiento de Bobbio en la cultura argentina: la cuestión de la "democracia integral" 41
VII. La incorporación de los nuevos derechos y el reto institucional de la globalización 47

Capítulo I. Concepto de derecho y los principios generales 55
Irma Adriana García Netto
1.1 ¿Qué es el derecho? 55
1.2 Los textos en análisis nos sitúan en los fundamentos morales y religiosos de lo jurídico 56
1.2.1 Relación con la moral 56
1.2.2 Relación con la religión 57
1.3 La equidad 58
1.4 Divisiones del derecho 59
1.4.1 Derecho objetivo y subjetivo 60
1.4.2 Derecho Público y Privado 60
1.4.3 Derecho Civil Romano, de Gentes y Natural 61
1.5 Orden público 62
1.6 ¿Por qué estudiar los principios generales del derecho? ¿De dónde derivan? ¿Cuál es su relevancia? ¿Podemos hablar de principios generales del derecho latinoamericano? 63

1.6.1 ¿Para qué sirven? 64
1.6.2 Principios generales en el derecho latinoamericano 64
1.7 Conclusión 68

Capítulo II. Teorías filosóficas 69
Por Sebastián Sciocioli
2.1 Iusnaturalismo 69
2.2 Positivismo 72
2.3 Realismo jurídico 75
2.4 Norma y sistema jurídico 77
2.4.1 La norma jurídica. La norma jurídica según Kelsen 77
2.4.2 El sistema jurídico. La teoría de Kelsen 79

Capítulo III. La idea de justicia 83
Verónica Starowlansky
3.1 En Platón 83
3.2 Aristóteles 84
3.3 En el Pensamiento Romano 87
3.4 En Tomás de Aquino 87
3.5 En Inmanuel Kant 88
3.6 En el consecuencialismo 88
3.7 En Hans Kelsen 89
3.8 En Gustav Radbruch 89
3.9 En John Rawls 92
3.10 Conclusión 93

Capítulo IV. Fuentes del derecho 95
Gervasia Vilgré La Madrid y Julio Augusto Pedroso
4.1 Clasificación 95
4.2 Jerarquía de las fuentes 95
4.3 La Ley 96
4.3.1 Procedimiento de formación de leyes formales en nuestro ordenamiento jurídico 96
4.3.2 Clasificación 96
4.4 La costumbre 97
4.4.1 Elementos 97
4.4.2 Clasificación 98
4.5 La jurisprudencia 99
4.5.1 Fallos Plenarios 100
4.5.2 Recurso de Casación 101
4.6 Principios generales del derecho 102
4.7 La doctrina 103

Capítulo V. Proceso de formación y sanción de la ley 105
Sabrina Rognoni
5.1 Etapa inicial 105
5.1.1 La iniciativa popular 106
5.1.1.1 Mayoría especiales para el régimen electoral y de los partidos políticos 108
5.2 Etapa constitutiva 108
5.2.1 Trámite de leyes en comisión 109

5.2.2 Aprobación de las leyes por simple trámite 109
5.2.3 Rechazo total de un proyecto por la cámara revisora 110
5.2.4 Desacuerdo parcial de una de las cámaras 110
5.2.5 Prohibición de la aprobación tácita por parte de las cámaras 111
5.3 Etapa de eficacia 111
5.3.1 Promulgación 111
5.3.2 Publicación 112

Capítulo VI. Consideraciones sobre la evolución histórica del derecho romano 115
Irma Adriana García Netto
6.1 Monarquía 116
6.2 República 117
6.3 Principado 120
6.4 Dominado 120

Capítulo VII. Sistemas jurídicos contemporáneos derivados del romano 123
Zoraida Inés Malvicino y Ovidio Carlos Malvicino
7.1 Sistema jurídico continental europeo 123
7.1.1 Antecedentes históricos 124
7.2 Sistema del common law 127
7.2.1 Antecedentes históricos 130

Capítulo VIII. Nociones sobre institutos de derecho privado romano y su recepción 133
Por Diana Delest e Irma Adriana García Netto
8.1 Concepto de persona 134
8.1.1 Comienzo y fin de existencia de la persona física 134
8.1.2 Status libertatis. Matrimonio. Sucesiones. 135
8.1.3 Status civitatis 136
8.1.4 Status familiae 137
8.1.5 Capitis deminutio 140
8.2 Las cosas y el patrimonio 140
8.3 Nacimiento y evolución de los negocios jurídicos 142
8.4 La obligación y el sistema de responsabilidad 143

Capitulo IX. Persona 145
Juan Alberto Casas
9.1 Las personas fisicas 146
9.1.1 Persona por nacer 146
9.1.1.1 Momento de la concepción 147
9.1.1.2 Embarazo 147
9.1.2 Nacimiento 148
9.1.3 Extinción de la persona física 148
9.2 Atributos de la persona física 148
9.3 La capacidad 149
9.3.1 Caracteres 149
9.3.2 Capacidad de derecho 151
9.3.2.1 Supuestos aparentes de incapaces de derecho 152

9.3.3 Capacidad de hecho 152
9.3.3.1 Incapaces de hecho absoluto y relativo 153
9.3.4 Sistema de protección de los incapaces 153
9.3.4.1 Representantes 153
9.3.4.2 Representación promiscua 153
9.3.4.3 Cesación de la incapacidad por minoridad 154
9.3.5 Condenados por causas penales 155
9.3.6 Los inhabilitados 155
9.4 Domicilio 156
9.5 Estado de familia 157
9.5.1 Título de estado de familia 158
9.5.2 Posesión de estado 159
9.5.3 Acciones de estado 159
9.5.4 Prueba 159
9.5.4.1 Partidas 160
9.5.4.2 Inscripción de nacimiento 160
9.5.4.3 Prueba de la defunción 160
9.5.4.4 Prueba del matrimonio 161
9.5.5 Efectos 161
9.6 Nombre 162
9.6.1 Principio de inmutabilidad 162
9.6.2 Composición 163
9.6.3 Seudónimo (nombre falso) 163
9.6.3.1 Funciones 164
9.6.4 Acciones para la protección jurídica del nombre 164
9.7 Patrimonio 165
9.7.1 Cosas 166
9.7.2 Bienes 167

Capítulo X. Los derechos humanos 169
Diana Delest y Pablo Colman
10.1 Antecedentes históricos y breve desarrollo de la evolución de los mismos 170
10.2 Principios que informan los derechos humanos 173
10.2.1 Autonomía de la persona 174
10.2.2 Inviolabilidad de la persona 174
10.2.3 Dignidad de la persona 174
10.2.4 Pro homine y erga omnes 174
10.3 Instrumentos internacionales 175
10.4 Alcances de los derechos humanos 179
10.5 Concepto de derechos humanos 181

Capítulo XI. El sistema de garantías en un estado de derecho democrático 185
Carlos Horacio Aostri
11.1 Análisis del artículo 18 186
11.1.1 Principio de legalidad 186
11.1.2 La garantía de los jueces naturales 186
11.1.3 La garantía contra la autoincriminación 187
11.1.4 Resguardo a la libertad ambulatoria 187
11.1.5 El debido proceso legal 188

11.1.5.1 Principio de congruencia 188
11.1.5.2 Plazo razonable del proceso 189
11.1.6 Inviolabilidad del domicilio y papeles privados 189
11.1.7 Protección de quienes se encuentran detenidos 189

Capítulo XII. Control de constitucionalidad 191
María Victoria Prado
12.1 Antecedente. Caso "Marbury vs. Madison" 191
12.1.1 Hechos 192
12.1.2 Derecho que funda la acción 192
12.1.3 Sentencia 193
12.2 Sistemas de control constitucional 195
12.2.1 Político 195
12.2.2 Jurisdiccional 195
12.2.3 Conclusión 196

Capítulo XIII. Vías de protección de los derechos humanos 197
Guillermo Enrique Friele
13.1 Amparo 197
13.1.1 ¿Qué es el amparo? 198
13.1.2 ¿Qué otros tipos de amparo han sido incorporados a la Constitución Nacional? 199
13.1.2.1 Amparo contra la inconstitucionalidad de leyes 200
13.1.2.2 Amparos especiales 200
13.1.3 Trámite de la acción de amparo 202
13.2 Hábeas corpus 204
13.2.1 ¿Qué es? 204
13.2.2 Clases 205
13.2.2.1 Hábeas corpus reparador 205
13.2.2.2 Hábeas corpus restringido 205
13.2.2.3 Hábeas corpus preventivo 205
13.2.2.4 Hábeas corpus correctivo 206
13.2.2.5 Hábeas corpus por desaparición forzada 207
13.2.3 Trámite de la acción de habeas corpus 207
13.3 Hábeas data 209
13.3.1 ¿Qué es? 209
13.3.2 Objetivo y finalidad. Legitimación 210
13.3.3 Trámite de la acción de hábeas data 212
13.3.4 Secreto de las fuentes de información 213

Capítulo XIV. El sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos 215
Pablo Colman
14.1 La comisión interamericana de derechos humanos 215
14.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos 218
14.3 Opiniones consultivas 220

Apéndice 223
Bibliografía general 233
Sobre los autores 243

Prefacio

Son tantos los obstáculos que un proyecto debe soslayar que, a veces, el objetivo final parece desdibujarse en la lejanía. Se conocen los caminos, se acierta, se retrocede a veces y otras se avanza con firmeza para, finalmente, alcanzar aquella meta que se asemeja a la... *Córdoba lejana y sola...* del poeta Federico García Lorca, que mostraba sus torres y a la vez gustaba de ocultarse.

Este proyecto, que se inició con muchos encuentros y desencuentros, es el producto del trabajo llevado a cabo junto con los integrantes de la Cátedra a mi cargo, entre quienes hemos discutido, contrapuesto opiniones, aunado posturas para equilibrar y dar coherencia a unos textos que, aunque redactados por diferentes profesores, debían expresar el ideario del Departamento y los fundamentos desde los cuales impartimos nuestros contenidos.

Otorgamos especial relevancia al hecho de vivir en un Estado constitucional de Derecho, lo que implica vivir de acuerdo con un conjunto normativo que, en cuanto ciudadanos, nos hemos dado a nosotros mismos con la finalidad de gozar de una sociedad justa, respetuosa, estable y libre. En ningún caso hemos querido hacer abstracción del carácter humanístico del Derecho ni hemos querido contemplarlo como un mero conjunto de normas o paradigmas abstractos. Antes bien, hemos querido subrayar que, en cuanto actividad eminentemente humana, es el Derecho un producto del hombre, elaborado desde la imperfección de la persona, desde su versatilidad, desde sus limitaciones y que tiene como objetivo el posibilitar nuestra vida en sociedad. El carácter necesario del Derecho no puede identificarse con el inmovilismo de la ley tal y como ésta fue entendida en los primeros escritos de los filósofos presocráticos. En el mundo antiguo más arcaico, la ley era producto divino y, como tal, impuesta e inalterable por los hombres aunque, eso sí, sujeta al arbitrio y capricho de los dioses.

En los escritos que reunimos en este volumen hemos desestimado esa tendencia intelectualista del Derecho, derivada remotamente del origen religioso de la ley, mantenida por el absolutismo, y que persiste hoy en día bajo fórmulas laicas muy variadas pero coincidentes

todas ellas en concebir al Derecho desde un punto de vista excesivamente conservador, subrayando demasiado el carácter autosuficiente del mismo.

Aunque, evidentemente, el Derecho no puede ser nunca una fuerza disgregadora, hecho que iría contra su propia naturaleza, nosotros hemos optado por acentuar su origen en la persona, con todo lo que ello conlleva. En cuanto actividad personal no será ajeno a la vulnerabilidad, a la imperfección y, a la vez –también hay que decirlo–, a la grandeza del hombre. La referencia al ser humano será, pues, la guía que iluminará constantemente la enseñanza de nuestra disciplina.

Si bien Justiniano en sus *Institutas* aconseja no perturbar el espíritu de los estudiantes y propone ofrecerles una interpretación sencilla y breve de las cuestiones, que esperamos de ese modo trasmitirlas, no debemos en ningún caso ignorar que, desde la más genuina tradición socrática, la enseñanza debe potenciar la libertad del individuo. La adquisición de la libertad a través del conocimiento es un acto estrictamente individual en el que el maestro debe limitarse a ser guía. Como pusieron de manifiesto no sólo Sócrates sino Platón, Aristóteles y otros filósofos clásicos, es necesario suscitar la admiración, la curiosidad, la perplejidad y el cuestionamiento en los estudiantes para que sientan por ellos mismos la necesidad de crecer en su conocimiento. El hombre se hace libre al hacerse sabio.

Hemos intentado, pues, plantear los grandes problemas jurídicos y los principios de nuestros ordenamientos desde cuestionamientos dialécticos e historicistas abiertos a la constante revisión.

Compartiendo el pensamiento del profesor Luigi Labruna y de acuerdo con todo lo dicho anteriormente, pretenderemos en este manual aunar los principios que desde el *ius* de la Roma republicana han permanecido vigentes –a través del Derecho de gentes– y que reflejándose en el *aequum et bonum* deben sustanciar cualquier ordenamiento que se considere jurídico, exigiendo, consecuentemente, proporcionalidad en las relaciones entre los individuos y entre éstos y el poder.

Contemplado así el Derecho desde la persona y desde el punto de vista humanístico que queremos dar a nuestra disciplina, los alumnos se enfrentarán con los que tradicionalmente han sido los grandes temas de la reflexión filosófica sobre el Derecho:

Derecho versus justicia: la relación entre ambos conceptos no sólo es una cuestión filosófica sino que la postura que el legislador adopte ante la misma impregnará todo el ordenamiento jurídico. Algunos identifican los términos y otros declaran su independencia mutua relegando la justicia al ámbito de la ética. La discusión sobre el Derecho injusto será para el alumno, por su constante actualidad, un tema básico para su formación.

Derecho versus deber: la actividad consciente de la persona se halla siempre condicionada por la axiología. En su esfera personal el hombre vive dialécticamente lo exigible por la ley y lo que asume como deber moral, dicotomía que frecuentemente presenta rasgos dramáticos. En la medida en que vivir es actuar y, por lo tanto, elegir, esa dialéctica eleva la mera reflexión a categoría de drama intelectual para la que el futuro jurista debe recibir una formación.

Derecho versus hecho: si el Derecho es lo exigible, el hecho es lo dado. Surge aquí de nuevo una dicotomía: naturaleza frente a norma, con la que el jurista, como persona, debe enfrentarse. La cuestión, que culmina con la oposición entre iusnaturalismo y positivismo, de

extensa tradición en la reflexión jurídica, tiene su origen histórico en los sofistas que introdujeron el concepto de *nomos* frente al eleático de *physis* que englobaba tanto la ley natural como una supuesta ley divina, ya atisbada entonces. Desde esta reflexión accederán los estudiantes, igualmente, a plantearse uno de los temas claves de su formación jurídica: la universalidad de la ley será analizada como cuestión de enorme actualidad, precisamente referida a la afirmación y defensa a nivel mundial de los derechos fundamentales, como necesaria respuesta jurídica a los desafíos de la globalización.

Derecho universal versus historicismo: para discutir el carácter universal o relativo de las normas es necesario partir de una consideración filosófica de la persona procediendo después al análisis histórico de la sociedad y del Derecho. Tan sólo una valoración filosófica de la definición de persona permitirá, en efecto, la comprensión de las diferentes teorías que sobre la universalidad de la ley se han dado a lo largo de la historia.

El presente texto se dirige también a todos aquellos que tengan interés por conocer la base de los institutos que forman el Derecho y que son comunes en el territorio latinoamericano. Nuestro Derecho, en gran parte importado de la Europa romanizada, está basado en el Derecho romano al que debemos hacer, necesariamente, constantes alusiones. Fundamentado en el Derecho romano sufre, sin embargo, a lo largo de la historia, una compleja evolución a través de la cual va incorporando numerosos cambios. En su estudio podemos ir definiendo nuestra, también, compleja identidad, conocimiento que posibilita que tengamos una actitud abierta y crítica que nos permita conservar los logros, discutir las incógnitas y rechazar lo negativo. Este interés por la dimensión histórica de los derechos nos ha llevado a solicitar al profesor Alberto Filippi, de la Universidad de Camerino en Italia, ilustre filósofo y jurista, que realizara una introducción histórica sobre el derecho en Latinoamérica. Su profundo conocimiento –interdisciplinario y comparado– del desarrollo europeo y americano de nuestras instituciones, a la par de su generosidad intelectual, nos permite contar con una visión integradora del común pasado iberoamericano. Estamos agradecidos por el prestigio que su contribución ha dado a nuestro manual.

Partiendo de la introducción del Profesor Filippi, hemos seguido las líneas generales establecidas por la Universidad de Buenos Aires en lo que a contenidos mínimos de la materia –*Principios Generales del Derecho Latinoamericano*– se refiere. Hemos considerado apropiado iniciar el estudio con el concepto de Derecho y la relación del mismo con las ideas de justicia, equidad y moral. Hemos definido qué entendemos por principios generales, analizado distintas teorías filosóficas sobre el Derecho, diversas posturas sobre la justicia, el nacimiento del Derecho, los sistemas jurídicos contemporáneos, la fundamentación en el Derecho romano y la evolución e influencia de éste sobre nuestro Derecho con una referencia a algunas instituciones de Derecho privado romano receptadas en nuestro ordenamiento. Hemos hecho, igualmente, referencia al sujeto de Derecho en la actualidad. De la consideración de la individualidad de la persona hemos derivado el tratamiento de los derechos humanos,

las garantías constitucionales, el control de la constitucionalidad y las vías de protección de los derechos humanos en el ámbito nacional. Hemos finalizado con un apéndice que recoge casos prácticos y jurisprudencia que serán discutidos en clase.

Desde la perspectiva humanística que la cátedra ha querido dar al enfoque de la materia, deseamos hacer constar, para terminar, la consideración y la primacía que hemos dado a los análisis filosóficos derivados, generalmente, de concepciones de carácter existencial de tendencia axiológica y que exigen en todo caso que el Derecho se apoye siempre en la consideración y en el respeto de los valores que caracterizan a la vida humana.

Esperamos que este texto sea, como su nombre indica, un principio y no un fin en la vocación del futuro jurista y que el carácter humanístico del que hemos partido sea fundante y constitutivo en la formación prioritariamente de mujeres y hombres que, si además llegan a ser juristas, hagan del Derecho un instrumento indispensable para lograr la aplicación de la "democracia constitucional" que ha teorizado y debatido –en Europa y América Latina– el insigne jurista italiano Luigi Ferrajoli.

Irma Adriana García Netto
Buenos Aires, febrero de 2009.

Introducción histórica

Alberto Filippi

I- De la Hispanía Romana al "derecho comunal": periodización del Derecho Hispano Indiano. II- Etnias y derechos en la América Hispana. III- Los orígenes seculares de la integración suramericana: "una nación de Repúblicas". IV- La experiencia unificadora de la codificación latinoamericana. V- Formas de gobierno entre Europa y América Latina: presidencialismo, cesarismo y dictadura. VI- El pensamiento de Bobbio en la cultura argentina: la cuestión de la "democracia integral". VII- La incorporación de los nuevos derechos y el reto institucional de la globalización.

Las consideraciones que siguen las formulo, por una muy feliz coincidencia, en ocasión de los sesenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del cuarto de siglo de la democracia en la Argentina, quien precisamente para su recuperación y defensa ha dado una de las contribuciones más significativas en toda América.

Afortunada coyuntura, del aniversario de ambos acontecimientos, que nos permite observar cómo la afirmación del derecho y de la democracia constitucional ha sido posible y con mayor convicción después de las atroces experiencias tanto de la Segunda Guerra Mundial como de las dictaduras militares en los años 60 y 70 del siglo pasado.

Cuando se piensa y se proclama en París la Declaración Universal de 1948, Europa venía de la conflagración que (sólo ahora sabemos) había producido la muerte de más de 80 millones de personas, lo cual significa también que varias decenas de millones más resultaron heridas, así como otras tantas fueron desplazadas de sus hogares y de sus países para emigrar atravesando infinitas peripecias y penurias, en una muy dura lucha por la libertad y la sobrevivencia.

La experiencia de semejante horror histórico padecido por una humanidad entera tuvo enormes consecuencias desde el punto de vista de la revisión de las concepciones totalitarias del nazi-fascismo, así como del liberalismo y del socialismo, sobre la guerra y la paz, o de las prácticas institucionales de la "democracia" y los "derechos humanos". Concepciones filosófi-

cas y políticas que fueron objeto de la originalísima reflexión crítica de autores sin duda tan diferentes como Bertrand Russell, Jean Paul Sartre, Isaiah Berlin, Hannah Arendt o Norberto Bobbio.

De manera análoga, la experiencia del terrorismo de Estado, la negación de las libertades y del genocidio indiscriminado que ejercitaron los regímenes militares en América Ibérica han dejado enseñanzas duraderas acerca de lo imprescindible del derecho como única alternativa para la convivencia y para la salvaguarda de la civilización que hemos podido generar y acumular hasta hoy.

Esta introducción –a la obra colectiva concebida y organizada por la encomiable colega Adriana García Netto– quiere orientar a los estudiantes de derecho de la UBA en varias direcciones que considero fundamentales y complementarias, tanto desde el punto de vista de la historia de las legislaciones como de las instituciones jurídico-políticas. Ante todo, haré referencia a los orígenes romanísticos de las transformaciones americanas del derecho, lo cual permitirá observar las peculiaridades hispanoamericanas de la configuración histórica de tales derechos, en sus diferentes cruces étnicos y mestizajes culturales, que conocieron, desde la época colonial hasta la emancipación, desarrollos propios y muy originales respecto a la cultura jurídica angloamericana.

Analizaré también la peculiaridad latinoamericana de las codificaciones y las distintas formas de gobierno presidencialista hasta las diferentes manifestaciones del "cesarismo" y las dictaduras que fueron adoptando las distintas oligarquías en el curso del siglo pasado.

Finalmente, haremos una reseña de las muchas influencias que ha tenido en la cultura argentina Norberto Bobbio, el filósofo y el jurista italiano que estuvo muy presente en los años de la transición democrática y del cual se cumple este año el centenario de su nacimiento –en 1909.

Para concluir esta introducción sobre la configuración histórica del derecho, haré referencia a la gestación y el reconocimiento constitucional, en nuestros países, de los "nuevos" derechos internacionalmente reconocidos como respuesta a los múltiples retos que nos plantea la globalización.

I. De la Hispanía Romana al "derecho comunal": periodización del Derecho Hispano Indiano

Me limito con resumir aquí lo que ha tratado extensamente Luigi Labruna en su lección magistral en ocasión del doctorado Honoris Causa en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en 2004.

Ante todo haciendo referencia al llamado *ius commune* –el "derecho comunal" como se definía en la primera de *Las Siete Partidas* del rey Alfonso el Sabio–, que no era más que el

derecho romano revivido y, por eso mismo, transformado y adaptado a las exigencias de sociedades siempre nuevas, a través de las obras de legisladores, estudiosos y operadores del derecho. Conjugando los principios que desde el *ius* de la antigua Roma, por medio del derecho común, han permanecido vitales hasta hoy, con la reiterada afirmación del *aequum et bonum*, que debe sustentar todo ordenamiento jurídico, es decir, que manifieste una proporcionalidad en las relaciones entre sujetos y entre éstos y el poder.

Se fue así consolidando, con el transcurrir de los siglos y de las diferentes circunstancias, una íntima relación que, precisamente sobre bases romanísticas, se estableció entre los derechos de Europa continental y los de América Ibérica. Una relación que, históricamente, se tradujo en la práctica en una recíproca y extraordinaria fecundidad jurídico-política, como se puede observar estudiando la formación –como veremos– de los nuevos Estados después de la caída del Imperio Borbónico. Piénsese en los ejemplos del constitucionalismo republicano americano que tuvieron como fundamento determinante el valor de la *libertas* (de la libertad republicana) y que se pueden resumir en la célebre expresión: *res publica res populi.* Tales aspectos han caracterizado la reflexión teórica y la acción práctica del movimiento emancipador y del republicanismo latinoamericano desde los comienzos del siglo XIX para luego ser acogidos por las "mentes más lúcidas" y en los "momentos políticos más altos" de la historia europea, en la programática convicción de proclamar "la necesidad absoluta de la igualdad y de la libertad de todos (de los hombres y de las naciones)".

En Europa, la gran innovación durante el Renacimiento fue representada sobre todo a partir del Humanismo, por la aplicación de la filología al estudio del *Corpus iuris civilis* de Justiniano, el *ius (Romanum) commune* de las diferentes naciones europeas, al mismo tiempo que la legislación imperial iba desapareciendo junto con el rechazo de las formas tradicionales del estudio de los textos antiguos. Esa innovación significó la racionalización del saber jurídico. Una racionalización que creció a la par con "el palidecer de lo antiguo" y que caracterizó, cada vez más profundamente, la cultura europea.

De manera análoga, en América hispana se determinó la configuración histórica y la difusión de una cultura jurídica cuyo origen era sustancialmente romanístico, conservado en el derecho medieval y en el derecho común de las Españas (pero, por supuesto, también de Portugal y Francia, presentes de otra manera en América) que a su vez se entrelazará con las variadísimas costumbres e instituciones de las civilizaciones de los pueblos originarios (que luego fueron genéricamente denominados "indios"), anteriores a 1492, para dar vida a las múltiples formas del derecho que conocemos como Indiano o de las Indias [Labruna, 2007].[1]

1. A la relación histórica entre Derecho romano y América Ibérica, la revista italiana *Index, Quaderni camerti di studi romanisti* (fundada en 1970), surgida con el patrocinio de la Universidad de Camerino y de la colaboración entre Luigi Labruna, Pierangelo Catalano y Luigi Capogrossi Colognesi), ha prestado siempre una atención amplia y rigurosa, analizando y reportando las vicisitudes del estudio de la historia del derecho romano y de sus instituciones en la América Ibérica, especialmente el número 4 de 1973 [*Index*, 1973].

La historia de las instituciones y del constitucionalismo latinoamericanos ha elaborado la reconstrucción crítica de las influencias que los "humanistas civiles" (especialmente los de Florencia) y, luego, los tratadistas "republicanos" del siglo XVI han tenido de forma sustancialmente *unitaria* sobre los constitucionalismos americanos, comenzando por el de Simón Bolívar hasta los constitucionalistas del siglo antepasado, entre ellos Juan Bautista Alberdi y los codificadores Andrés Bello y Dalmacio Vélez Sarsfield, dando vida a un derecho bien consciente de sus diversos y remotos orígenes romanos y que, al mismo tiempo, pudo ser deliberadamente moderno para la edificación de las nuevas Repúblicas [Filippi, 1999 a].

Paso a referirme, aunque sea en extrema síntesis, a las distintas etapas de la recepción (y de la proyección) de esta tradición romanista en la América Hispana y que, además, está relacionada con los diversos usos teóricos y con las transformaciones históricas e institucionales que ha conocido el *Romanismo.* Es decir, la concepción general de la romanidad entendida –y ahora, finalmente, lo reconoce también el Diccionario de la Real Academia– como "el conjunto de instituciones, cultura o tendencias políticas de Roma", y de sus tantos y diversos desenvolvimientos en Europa y América.

La periodización, para la cual siguen abiertas muchas discusiones entre los investigadores (quiero recordar aquí por lo menos a Richard Konetzke, José María Ots Capdequi, Silvio Zavala, Alfonso García-Gallo, Bernardino Bravo Lira, y muy especialmente a Ignacio Pérez Fernández), es la referida a la configuración de las instituciones hispanoamericanas desde los Reyes Católicos al reformismo borbónico pasando por la edad de mayor elaboración jurídico-política, es decir, la de la *Monarchia Universalis* de Carlos V.

Las tantísimas fuentes documentales sobre las instituciones jurídico-sociales y económico-políticas del período colonial permiten hacer una reconstrucción plausible de la proyección tanto de la tradición romanística como de las distintas interpretaciones de la experiencia institucional que se va constituyendo con intrincada y contradictoria originalidad en las Indias. Desde la condición jurídica de los "indios" y el problema de su "condición humana" y consecuente libertad, hasta el Repartimiento, las Reducciones, los Cacigazgos, etc. Desde la estructura jurídica de las Encomiendas hasta la condición de los esclavos y los derechos de los mestizos y luego de los criollos; todos ellos, si bien a muy diverso título, inmersos en el consiguiente complejísimo laberinto de entrecruzamientos y segregaciones generados por el etnocentrismo jurídico-político en los siglos de la dominación colonial.

Laberinto cuya exploración permite entender la reiteración de los intentos –no siempre fallidos– de defensa de los derechos de los pueblos originarios y la racionalización de su inclusión en el sistema imperial –de explotación económica y de organización jurídico-política, así como de las sucesivas variaciones y combinaciones étnicas de (y entre) los mestizos-blancos hasta los criollos, siempre mantenidos, sin embargo, diferenciados y limitados en sus derechos, respecto a los blancos metropolitanos [Filippi, 1999 b].

Primera etapa: Traslación del derecho hispano en las Indias (1492-1511)

1- El "hecho" del descubrimiento y el "derecho" de la conquista y del dominio colonial sobre los nuevos territorios. 2- Primeras instituciones hispano-indianas. 3- Despachos reales

normativos anteriores a la promulgación de Leyes para las Indias. a) despachos referentes a los asentamientos; b) despachos referentes a las expediciones. 4- Segregación étnica y marginación en el sistema de los derechos para los indios. 5- Regulación del conflicto entre mercaderes de Sevilla y encomenderos en América.

Segunda etapa: Gestación del derecho hispano-indiano (1512-1541)

1- Primeras Leyes, Ordenanzas y Provisiones generales de Indias. 2- Nuevas instituciones hispano-indianas. a) despachos reales puntuales bajo las primeras leyes de Indias; b) despachos referentes a los asentamientos o a los requerimientos; c) despachos referentes a las expediciones. 3- Situación real de los indios bajo las primeras leyes. 4- Crisis de la situación real y legal (1540-1542).

Tercera etapa: Constitución básica del derecho hispano-indiano (1542-1566)

1- Nuevas Ordenanzas o Leyes Nuevas de Indias (1542-1543). 2- ¿Revocación de las Leyes Nuevas? (1543-1545). 3- Despachos reales específicos sobre ejecución de las Leyes Nuevas (1543-1566). a) despachos referentes a los asentamientos; b) despachos referentes a las expediciones. 4- Situación de los indios bajo las Leyes Nuevas (1543-1566). 5- Ulterior crisis de la situación legal (1556-1566).

Cuarta etapa: Remodelación del derecho hispano-indiano y primer intento de su recopilación (1566-1582)

1- La visita de inspección al Consejo de Indias (1566-1568). 2- La información del "hecho" y la recopilación del "derecho" (1566-1575). 3- La Junta Magna para la "reformación espiritual y temporal de las Indias". 4- Despachos reales sobre la ejecución de la reforma (1569-1582). 5- Despachos virreinales sobre las diversas etapas de las ejecuciones de la reforma (1569-1582).

Quinta etapa. Nuevos intentos de recopilación del derecho hispano-indiano (1582-1636)

1- Prólogo a la reanudación de los intentos (1575-1582). 2- Primer nuevo intento: el de Diego de Encinas (1582-1596). 3- Segundo nuevo intento: el de Diego de Zorrilla (1603-1608). 4- Tercer nuevo intento: el de Juan de Solórzano y Pereira y de Antonio de León Pinelo (1610-1622). 5- Cuarto nuevo intento: el de Rodrigo de Aguiar y Acuña, de Antonio de León Pinelo y de Juan de Solórzano Pereira (1624-1636).

Sexta etapa. Revisión, promulgación e impresión del derecho hispano-indiano (1637-1681)

1- Revisión de la recopilación ya redactada (1637). 2- Intento de impresión de la recopilación ya redactada (1644). 3- Nueva revisión y complementación de la recopilación ya redactada (1660). 4- Revisión definitiva y complementación de la recopilación ya redactada (1667). 5- Sanción real, promulgación e impresión de la recopilación (1680-1681).

Esta vastísima producción de leyes de lo que se conoció como Derecho Hispano-Indiano culmina con la recopilación que se promulgó en el año 1681 durante el reinado del último de los monarcas de la casa de Austria, Carlos II el Hechizado, y estaba compuesta por nueve libros que regulaban temáticamente a través de 6.377 leyes toda la vida económica, social e institucional de la América española, habiendo sido extraídas de más de doscientas mil preexistentes que había leído y estudiado (en quinientos libros originales) el famoso licenciado Rodrigo Aguiar y Acuña: tarea gigantesca que al fallecer en 1629 había retomado Juan de Solorzano y Pereira, el mayor jurista y tratadista de derecho indiano y defensor de los incipientes derechos también de los blancos nacidos en América. Sea dicho de paso, y en honor de los juristas bolivianos y ecuatorianos –como veremos más adelante– que han trabajado en las recientes y nuevas cartas constitucionales de 2008, que Solórzano y Pereira (egresado y catedrático de Salamanca y oidor de la Audiencia de Lima) era bien conocido en las universidades de Chuquisaca, Quito y San Marcos de Lima, adonde se formarán luego los hombres de la emancipación. El jurista hispano sostenía, contracorriente, que los criollos debían tener los mismos derechos que los españoles combatiendo la tesis típica del racismo cultural de la época según la cual los nacidos en América "degeneran tanto con el cielo y temperamento de aquellas provincias que pierden cuanto de bueno les pudo influir la sangre de España y apenas se les puede juzgar dignos del nombre de racionales […]" [Ots Capdequi, 1959; Filippi, 2007: 1873-1905].

Sin embargo, en todos los casos incluidos en las normas que hemos indicado, como en tantos otros que nos ofrece la historia de las instituciones jurídico-políticas en la América Hispana, hay que tomar en cuenta aquella advertencia crítica sobre la diferencia, a menudo abismal, entre el "derecho" y el "hecho", resumida en la célebre frase referida a la legislación que provenía a América desde España: "se acata, pero... no se cumple", tal es el caso del (in) cumplimiento de las distintas leyes en algunas de las aplicaciones específicas acerca del reconocimiento de la libertad de los indios y, en cambio, las violaciones y atropellos que en la práctica la negaban. Advertencia muy bien formulada por el jurista uruguayo Héctor Gros Espiell al sostener que en el tránsito desde España al Nuevo Mundo hay que distinguir siempre, y con rigurosa atención, entre "el Derecho que *rigió*, el Derecho que se *acató*, el Derecho que se *descartó*, el Derecho que *subsistió* y el Derecho que *nació* en América" (cursiva mía) [Gros Espiell, 1998: 105-133; 2003].

II. Etnias y derechos en la América Hispana

Este volumen y esta introducción a la historia del derecho latinoamericano aparece, por otra singular coyuntura, en vísperas del segundo centenario de la Independencia. En un

momento en el cual, desde una perspectiva histórica que estamos alcanzando por vez primera, podemos reconstruir nuestro pasado entendido como una larguísima lucha por la progresiva afirmación de los derechos étnicos, culturales, sociales, políticos y económicos de las sociedades que hoy conforman esta Nuestra América que –recuérdese– jamás ejercitó forma alguna de imperialismo hacia otras civilizaciones o continentes y cuyos libertadores –como recordaba siempre Leopoldo Zea– jamás se volvieron, como los Napoleón I y III, "conquistadores" de otros pueblos y de otras culturas [Zea, 1980: 11; 1978: 269-294].

Recorriendo de atrás hacia el presente este camino, andando y valorando la dramática construcción, social e individual, que se ha hecho en este continente de lo que ahora denominamos "derechos humanos", quiero fijar la atención en un memorable acontecimiento del que se cumplirán los quinientos años en 2011: me refiero a la denuncia contra la opresión genocida y catastrófica ejercida por los encomenderos españoles, hecha por Antonio Montesino y la comunidad dominica de predicadores encabezada por Pedro de Córdoba y Bernardo de Santo Domingo, el 21 de diciembre de 1511 en la iglesia catedral; denuncia que marca el comienzo en las Américas de la lucha por un nuevo "derecho comunal [común] de todas las gentes", así llamado en la Primera de *Las Siete Partidas* de Alfonso X el Sabio.

De la razonada y violentísima prédica subrayo solamente la referencia explícita al "derecho" y a "la justicia", que hace el fraile dominico intérprete de "la voz de Cristo" que, en ese lugar y en ese momento, él representa "en el desierto de esta isla y, por tanto, conviene que con toda atención no cualquiera, sino con todo vuestro corazón y con todo vuestros sentidos la oigáis [le dice a los conquistadores], la qual voz os será la mas soave que nunca oísteis, la más áspera y dura. Esta voz es que estáis en pecado mortal y en él vivís y morís, por la crudeldad y tirania que usáis con estas inocentes gentes". Y es para defender los derechos de estas "inocentes gentes" que sigue inquiriendo Montesino: "Decid ¿con qué *derecho* y con qué *justicia* tenéis en tan cruel y horrible servidumbre aquestos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas *gentes* que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas dellas, con muertes y estragos, nunca oídos, habéis consumido? […] ¿*Estos no son hombres*? ¿No tienen ánimas racionales? […]" [Luisa Campo Villalón, 2008, cursiva mía].

Reflexiones que serán decisivas para la futura "conversión" (en 1514) de Bartolomé de las Casas (entonces un encomendero entre los presentes al sermón de Montesino) a la causa de los *derechos* (de los indios por él considerados) *humanos* y cuya enorme obra es un monumento jurídico-político y de "teología cristológica"[2] todavía (¿deliberadamente?) no estudiado en nuestras universidades (y tampoco en las europeas) [Pérez Fernández, 1984; 1995].

2. En el sentido pensado y actualizado por el teólogo de la liberación Gustavo Gutiérrez [1992: 138-141], siguiendo cuanto había confesado en la intimidad de una carta a un querido amigo, el propio Las Casas al sostener: "Yo dejo en las Indias a Jesucristo, nuestro Dios,/ azotándolo, afligiéndolo y crucificándolo,/ no una sino millones de veces,/ cuanto es de parte de los españoles que asuelan/ y destruyen aquellas gentes".

A partir de ese excepcional inicio –que marca para siempre la diferencia con la colonización inglesa– se establece una secular lucha por la ampliación de los derechos que al comienzo eran exclusividad de los blancos metropolitanos, "cristianos viejos con limpieza de sangre" para alcanzar los descendientes de los pueblos originarios, y luego extenderse hasta los mestizos y los mestizos-blancos.

Lo cierto es que ya para finales del siglo XVIII y, varios lustros después en el siglo XIX, en vísperas de la Independencia, los protagonistas en la conquista de los derechos se han vuelto los "blancos americanos", los criollos. En esos años, y en casos y por motivos excepcionales determinados por las guerras contra el Imperio, esos mismos criollos propugnan la igualdad de los derechos (comenzando por el derecho a la libertad) también para los descendientes de los africanos, como fue precisamente el caso de Haití y poco después el de Venezuela con la liberación absoluta de los esclavos.

Resumiendo, en la centenaria construcción histórica de los derechos y de su defensa, nos encontramos con tres grandes etapas que, según los países y las distintas configuraciones étnicas bien marcadas en todo el continente hispanoamericano, comprenden i) el reclamo por los derechos de los *indígenas y de los mestizos-blancos*, ii) el reclamo por el derecho de los *criollos* y, mucho después, iii) el reclamo por el derecho de los *esclavos originarios de África*, que estudios recientes calculan entre doce y quince millones de personas que durante tres siglos fueron llevados al Caribe, Centro y Suramérica [Moya Pons, 2007].

Lo cierto es que solamente hoy en día podemos entender, a la luz de la crítica del etnocentrismo que había sido impuesto por el blanco europeo primero y por el criollo americano después (en el ejercicio del poder durante el imperio y en la ruptura del vínculo colonial con España y Portugal, así como en la construcción de las Repúblicas oligárquicas), cómo *la distinta composición demográfica de las etnias* tuvo una enorme y decisiva relevancia en esas luchas por los derechos. Tómese el ejemplo de los "países del Ande" en los cuales las formas de explotación colonial impusieron una parcial salvaguardia de la mano de obra indígena (respecto, por ejemplo, a los países del Caribe cuyas condiciones ambientales permitieron la importación de esclavos africanos).

Las constantes demográficas en la economía colonial representaron un factor cuya larga duración desde el siglo XVIII se sigue manifestando en la base social de las "naciones" étnico-culturales andinas, que están finalmente contempladas e incluidas, como veremos, en las actuales –y muy relevantes por la síntesis histórico-étnica y cultural que representan– constituciones de Bolivia y de Ecuador.

Obsérvese que pocos años antes de la independencia, según el censo de 1795, la población del Perú (compuesta por las intendencias de Lima, Tarma, Huamanga, Cuzco, Arequipa y Trujillo) sumaba 1.151.207 habitantes, que se subdividían en 140.890 españoles (12,63%); 648.615 indios (58,16%); 244.313 mestizos (21,90%); 41.004 negros libres (3,67%) y 40.385 esclavos (3,62%). La mayor parte de la población andina, en el siglo XVIII, se concentraba en los obispados de Cuzco y La Paz, y el arzobispado de Chuquisaca, área que coincide con la mita de Potosí y que producía la mayor cantidad de tributos.

Proporciones demográficas similares son las que encontramos en los territorios del futuro virreinato del Río de la Plata, aunque la suma de habitantes (divididos y separados por la segregación colonial) que residían en los "Pueblos de Indios" y en las "Poblaciones grandes de Españoles" era notablemente menor. Según el censo organizado por el gobernador de Buenos Aires, Diego de Góngora (1618-1623), daba 2.730 habitantes blancos y criollos y 4.899 indios en las reducciones o al servicio de las ciudades. Todavía en el censo de 1776 se daba para la población rioplatense 70.876 blancos con limpieza de sangre (metropolitanos o americanos), 41.509 indios y 74.712 mestizos, mulatos, negros y zambos [Lehuedé y Langue, 2000: 414-418].

La clave, pues, para la comprensión de la formación histórica de los derechos y de las identidades iberoamericanas (cuya existencia misma, repito, es del todo distinta respecto a la configuración histórica de Anglo-América o a la colonización europea en Asia) se fundamenta en las varias declinaciones de los cruces que dieron origen a los mestizos. De tal suerte que la integración en este siglo XXI reconoce y potencia todo aquello que durante la colonia y todavía en el siglo XX se había considerado como la "suma perniciosa" de los derechos reconocidos a los indios acumulados con los que el blanco le agregaba en los procesos (biológicos y culturales) de "acriollamiento" del indígena.

En este largo proceso, un papel fundamental lo jugaron las mujeres indias, cuya matrilinearidad en la procreación y cuidado (materno) de la descendencia fue y sigue siendo determinante en las sociedades andinas, mexicanas o guatemaltecas.

Consideradas idólatras, salvajes o paganas, en las diversas fases del espantoso proceso que desintegra sus comunidades, religiones y culturas, las "indias cobrizas", al parirle al conquistador, en vez de alcanzarlo en el rango de su poder (o sea, de su estatus jurídico-político), en virtud de la maternidad/filiación, terminaban por ratificar en el blanco su voluntad de dominación y crecimiento poblacional, y consolidaban la tradición de la supremacía ibérica del macho sobre la hembra, del cristiano vencedor sobre la conquistada infiel. Durante siglos los mestizos, los nuevos "americanos", lenta y tenazmente fueron sumando los derechos heredados de las madres indias y de los blancos, españoles primero y criollos después. Condición de mestizo celebrada con excepcional orgullo por uno de sus primeros y más altos representantes, el cuzqueño Garcilaso el Inca de la Vega: "al los hijos de español y de india –escribe en los *Comentarios Reales*– nos llaman mestizos por decir que somos mezclados de ambas naciones; fué impuesto por los primeros españoles que tuvieron hijos en indias, y por ser nombre impuesto por nuestros padres, y por su significación, me lo llamo yo a boca llena y me honro con él" (Garcilaso de la Vega (1609), 1985: 103).

Con el resultado de que en 1574 el virrey Francisco de Toledo había precozmente advertido, con fundada alarma y comunicándolo al rey, que se iba generando, en la lucha por los derechos, "una alianza entre Mestizos e Indios en contra de los españoles". El virrey observa con sagaz preocupación el "tanto número de mestizos [...] como cada año se multiplican en estas provincias" en razón de lo cual escribía a "vuestra Majestad [sobre] los daños de no atajar y cortar esto. Digo que el número presente es muy grande, causado de la gran libertad