



IUS VOCATIO

REVISTA DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUÁNUCO

Vol. 7, n.º 10, julio-diciembre, 2024, 19-50

Publicación semestral. Huánuco, Perú

ISSN: 2810-8043 (En línea)

DOI: 10.35292/iusVocatio.v7i10.1049

Historia del derecho, Estado de derecho y república en Latinoamérica: más cercanías que lejanías

History of law, Rule of law and republic in Latin America: closer
than farther apart

História da lei, Estado de direito e república na América Latina:
mais perto do que longe

EDWIN FIGUEROA GUTARRA

Corte Superior de Justicia de Lambayeque
(Lambayeque, Perú)

Contacto: efigueroag@pj.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-4009-3953>

*La misión de la historia consiste en conocer la verdad
sobre el pasado con el fin de prever el porvenir.*

Tucídides

RESUMEN

La historia del derecho representa un concepto dinámico y no estático, en la medida que su cabal comprensión conceptual permite entender mejor los fenómenos jurídicos del presente. De igual forma, la transición de los países latinoamericanos hacia formas republicanas de gobierno nos conduce, invariablemente, a los procesos emancipatorios del siglo XIX. Sostenemos que el afianzamiento de la idea de Estado de derecho fue

fundamental en dicho tránsito y, en ese sentido, representó, a través de la difusión de los ideales de libertad e igualdad, así como de la codificación y constitucionalización del ordenamiento jurídico, la noción de Estado constitucional, como forma más avanzada del Estado de derecho.

Palabras clave: historia del derecho; Estado de derecho; Latinoamérica; república; procesos de independencia; Estado constitucional.

Términos de indización: historia del derecho; derecho constitucional; América Latina; república; derecho; derecho constitucional (Fuente: Tesouro Unesco).

ABSTRACT

The history of law represents a dynamic and not a static concept, to the extent that its full conceptual understanding allows for a better understanding of the legal phenomena of the present. Similarly, the transition of Latin American countries towards republican forms of government invariably leads us to the emancipatory processes of the 19th century. We maintain that the consolidation of the idea of the rule of law was fundamental in this transition and, in this sense, represented, through the dissemination of the ideals of freedom and equality, as well as the codification and constitutionalization of the legal system, the notion of the constitutional state, as the most advanced form of the rule of law.

Key words: history of law; rule of law; Latin America; republic; independence processes; constitutional state.

Indexing terms: history of law; constitutional law; Latin America; republic; law; constitutional law (Source: Unesco Thesaurus).

RESUMO

A história do direito representa um conceito dinâmico e não estático, na medida em que um entendimento conceitual completo permite uma melhor compreensão dos fenômenos jurídicos do presente. Da mesma forma, a transição dos países latino-americanos para formas republicanas

de governo nos leva invariavelmente aos processos emancipatórios do século XIX. Argumentamos que o enraizamento da ideia do Estado de Direito foi fundamental nessa transição e, nesse sentido, representou, por meio da disseminação dos ideais de liberdade e igualdade, bem como da codificação e constitucionalização do sistema jurídico, a noção do Estado constitucional como a forma mais avançada do Estado de Direito.

Palavras-chave: história do direito; estado de direito; América Latina; república; processos de independência; estado constitucional.

Termos de indexação: história do direito; direito constitucional; América Latina; república; lei; direito constitucional (Fonte: Unesco Thesaurus).

Recibido: 10/9/2024

Revisado: 13/11/2024

Aceptado: 28/11/2024

Publicado en línea: 30/12/2024

1. INTRODUCCIÓN

La noción de historia del derecho, revisada con detenimiento, pareciera denotar un oxímoron en la medida que, de un lado, nos conduce a una idea descriptiva de un conjunto de circunstancias que tuvieron lugar en otro tiempo respecto de hechos con trascendencia jurídica. De otro lado, el derecho, entendido hoy como una disciplina que está en movimiento constante, en perspectiva dinámica y en continua renovación material de sus contenidos, se alejaría de esa aparente fotografía quieta que la historia parece representar.

Las nociones descritas como *supra* implican una naturaleza mixta respecto de nuestra afirmación. He aquí un contraste a destacar: ni la historia es solo el examen de un hecho del pasado y del cual solo quedan datos, fechas, personas y cuantías, ni el derecho es solo el estudio de la ley, la Constitución y la jurisprudencia.

En cuanto a la historia, un factor dinámico reside en que no se puede entender el pasado sin vincularlo con el presente, ni el presente es

solo un recuento del pasado. A su vez, la comprensión del pasado, en buena cuenta, ayuda a entender mejor las perspectivas del futuro. Ahora, en cuanto al derecho, al ligarse a la historia, es mucho más que una disciplina técnica de orden normativo. Hoy el derecho es también un conjunto de vectores que recalcan en la moral, la justicia, la equidad y la razonabilidad. En ese orden de ideas, al correlacionar historia y derecho nos orientamos a un examen necesariamente vigoroso del pasado, y a una concepción dinámica de las leyes, la Constitución y los principios.

De igual forma, dentro de las categorías de examen que desarrollamos, incluimos el abordaje de la noción de Estado de derecho. La justificación de este propósito es relevante, ya que, para comprender este concepto, se emplea la terminología del *homo homini lupus*, ‘el hombre es un lobo para el hombre’, de la filosofía hobbesiana. Este concepto de guerra de todos contra todos del pensador inglés de Westport implica un escenario que en su momento fue superado.

Nos explicamos: si el hombre vive en estado de naturaleza, como afirma Hobbes, el estado de guerra es permanente, continuo e inevitable. Por lo tanto, se necesita un *pactum societatis*, ‘acuerdo de sociedad’, y un *pactum subjectionis*, ‘acuerdo de sujeción’, para que los hombres renuncien a parte de su omnímoda libertad, y puedan vivir a la sombra de un Estado de derecho que representa, antes que restricción de libertades, una expresión más amplia de estas últimas.

Por tanto, a cambio de respetar las leyes —lo que implica cierto nivel de sujeción— o limitar la libertad irrestricta de un utilitarismo sin freno, cedemos parte de nuestra libertad. Como consecuencia de ello, el hombre vive en un Estado de derecho en el que logra sus realizaciones personales, a costa de renunciar a parte de esa libertad que, en estado de naturaleza, denota ser peligrosa.

El ejemplo de los Estados latinoamericanos de la primera mitad del siglo XIX es más que expresivo sobre lo que señalamos: nos desprendimos del yugo español a través de las guerras de independencia y para forjar naciones unitarias, pero a costa de numerosos conflictos bélicos, sacrificio de vidas y renunciadas territoriales. Asimismo, las guerras internas y externas

expresaron parte de esa naturaleza hobbesiana marcada para el conflicto de todos contra todos, aunque, finalmente, los Estados se consolidaron como naciones independientes.

En adición a lo expuesto, y en desarrollo de los lineamientos que anteceden, este estudio se fija en un segmento que históricamente es de singular relevancia. Nos referimos a la transición de los Estados latinoamericanos hacia formas republicanas de gobierno. Este período acaece entre fines del siglo XVIII —aún época del derecho indiano— y gran parte de los siglos XIX y XX. Se trata, ciertamente, de períodos muy convulsos pero que deben ser entendidos como esfuerzos de afirmación por las identidades nacionales. Construir esa unidad por país tomó decenios enteros, no exentos de macroconflictos nacionales que, en suma, hemos de escrutar.

Hacia el siglo XXI, las formas de Estado han asimilado, en su gran mayoría, sistemas unitarios de gobierno y, en menor grado, modalidades federales de organización. En todos los casos, la forma republicana ha significado un carácter distintivo. En cuanto a los procesos de independencia de los nacientes Estados, precisamente se orientaron a derribar el coloniaje que representaba prevalentemente España y, en menor grado, otras potencias europeas.

Bajo ese enfoque, distinguimos algunas tesis que conjeturan una explicación de esos procesos, y nos permitimos adelantar dos de ellas: primero, que los procesos de independencia y consiguiente nacimiento de las repúblicas en Latinoamérica se debieron, en gran medida, a la crisis que representó para España la activa invasión francesa de suelo hispano hacia inicios del siglo XIX. Ese trauma peninsular, ineluctablemente, condujo a distraer recursos logísticos y de diverso orden en las colonias. Ello potenció los procesos de independencia de los nacientes Estados.

Entonces, si España hubiera estado en capacidad de responder a los intentos de independencia de las colonias, con todo su potencial de respuesta militar, sin distracción de recursos para responder a las campañas napoleónicas de entonces en suelo europeo, en especial respecto de dominios ibéricos, de seguro nuestros procesos de independencia habrían

demorado mucho más. Aun cuando este razonamiento es ucrónico, es decir, es una conjetura respecto a hechos que pudieron ocurrir de diversa forma, hay mucho de cierto en estas digresiones. En concreto, la independencia de países latinoamericanos pudo haber demorado mucho más de no ser por los auges hegemónicos del coloso de Córcega.

Segundo, la transición a la república expresó, sin distinción en contrario, manifiestos períodos de inestabilidad política y social. Perú, entre otras naciones, es un claro ejemplo de ello: ocho constituciones adoptadas en el siglo XIX (por oposición a las cuatro constituciones del siglo XX de este mismo país) tienen una clara explicación: los militarismos de entonces, reforzados por el vacío de poder que dejó España al ser expulsada de las colonias, crearon un ambiente de inestabilidad manifiesta en toda Latinoamérica. Ese es un dato objetivo que no podemos soslayar.

Podríamos denominar a estos períodos, en mejores términos, de afirmación de la independencia latinoamericana; sin embargo, no podemos dejar de observar que se trató de épocas en las cuales los pujantes militarismos de antaño encontraron un escenario floreciente para un sinnúmero de aventuras, entre golpes de Estado, revoluciones ciudadanas y desarraigos nacionales. Frente a todo ello, los procesos de independencia, por fortuna, se consolidaron vía coaliciones militares, entre ellas las de José de San Martín y Simón Bolívar, que desembocaron en el fenecimiento del coloniaje español.

¿Qué logramos de esta mixtura de reflexiones a propósito de la historia del derecho, el propio Estado de derecho y la reafirmación de las repúblicas latinoamericanas? Creemos que la perspectiva más importante fue el fortalecimiento de las nacientes repúblicas, ciertamente aún cautivas de extensos períodos de incertidumbre política y, sin perjuicio de ello, a la vez beneficiarias de una nueva concepción del necesario afianzamiento de los países nacientes.

En ese apuntalamiento, fue vital entender la forja de la idea del Estado de derecho y su consiguiente expresión de orden social. Desapareció el factor hispano; sin embargo, en esta idea, debemos ser, también y necesariamente, constructivos. Una referencia a este constructo es el legado del

idioma español, cuya herencia —reconozcamos su potencial unificador— es la posibilidad de una mejor y mayor unión latinoamericana.

Aquí es importante adelantar una primera conclusión: a pesar de nuestra relativa unidad idiomática, dado que muchos países de esta parte del continente tenemos raíces latinas, son aún tímidos los logros de consolidación identitaria en términos de bloques supranacionales. El Pacto Andino, hoy la Comunidad Andina, por ejemplo, es una muestra de lento avance comunitario, en tanto que, a pesar de los años de vigencia —al haber sido creado en 1969— tan solo congrega a nueve países: Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, como países miembros, y Argentina, Brasil Chile, Paraguay y Uruguay, como países asociados. O en el caso de la Organización de Estados Americanos (OEA), que solo registra 20 de 35 países sometidos a la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En contraste, la Unión Europea, para enunciar un solo ejemplo, a pesar de sus marcadas distintas nacionalidades, ha logrado una moneda común y libre tránsito en los 26 países que conforman la Unión del Viejo Continente.

En ese orden de ideas, la unión latinoamericana sigue constituyendo un gran reto pendiente por el que el derecho, en sus diversas expresiones, debe constituirse en un factor de cohesión a través de estándares comunes. Nuestra historia continental es muy similar. Hay rasgos concurrentes que nos hacen pensar en un potencial de acercamiento —idioma, tradiciones históricas, modelos muy próximos de cohesión territorial, entre otros factores de ligazón—, a los que debe apuntar el derecho. De esa forma, alcanzado un nivel de vinculación fuerte, lograremos que no retumben en nuestros oídos las lapidarias frases de Bolívar en el sentido de que sus esfuerzos de unión simplemente araron en el mar.

2. LA HISTORIA DEL DERECHO COMO CONCEPTO

La utilidad del estudio histórico del pasado, en términos de Garcé (2021), nos conduce a la singular reflexión de Cicerón sobre el aforismo *historia vitae magistra*, es decir, ‘la historia es maestra de la vida’. Este pensamiento va más allá, en la medida que, en cita de Raymond Aron (1962), el

conocimiento histórico constituye «la reconstitución por y para los vivos de la vida de los muertos» (citado en López, 2004, p. 13).

Esa recomposición del pasado asume mayor trascendencia —es importante reconocerlo— en un campo de las ciencias sociales como lo es el derecho, disciplina que representa un esfuerzo importante en la historia del género humano por fijar reglas de convivencia aceptadas por la comunidad. Tal evolución ha sido compleja y ha abarcado períodos que es importante diferenciar.

Dicha división por períodos distingue concepciones importantes del pensamiento humano en la historia del derecho y nos muestra etapas diferentes frente a la valoración de los bienes jurídicos. Observemos, por ejemplo, el cambio trascendente en la valoración del bien jurídico representado por el derecho a la vida. Desde constituir la persona simplemente objeto de derechos por parte del soberano, al ser este dueño casi entero de la vida de sus súbditos en el primer milenio de historia del hombre desde la era cristiana, hasta alcanzar la idea de *a person as subject of rights*, es decir, ‘una persona como sujeto de derechos’, en amplia concepción de la protección de la vida hacia fines del segundo milenio de historia del hombre.

En el primer escenario, la vida del súbdito no tiene mayor valor. Incluso, la carta magna de 1215, con sus tímidos esbozos de derecho a un debido proceso legal, lo cual representaba un avance trascendente sin igual, denotaba derechos de las personas, pero en grupos: condes, barones, herederos, viudas, es decir, los nobles y los hombres del pueblo, pero siempre en clave de estamentos y no a título individual. Por ello, fue necesaria la Carta de Declaración de Derechos de Virginia, de 1776, para entender una dimensión de los derechos fundamentales desde la perspectiva de la propia persona humana.

Volvamos a la idea de distinguir la utilidad de los períodos del derecho en la historia de la humanidad. Entre esos estamentos distinguimos un derecho primitivo, uno arcaico y otro antiguo. Le siguen un derecho medieval, uno moderno y uno contemporáneo, los que se fijan según el esquema de periodicidad de Christoph Keller (Garcé, 2021). Los puntos

de partida de los dos últimos períodos son los siguientes: el primero —la Edad Moderna— en el año 1453, en que cae Constantinopla, hasta 1789, año de la Revolución francesa; y el segundo —la Edad Contemporánea— desde dicha revolución hasta la actualidad (Garcé, 2021, p. 15).

Son objeto de este estudio los períodos que abarcan la evolución del derecho en Latinoamérica, fundamentalmente sobre el lapso de transición hacia las formas republicanas de gobierno, tramo sumamente álgido, ya que implicó romper la tradición de un derecho indiano, de raigambre prevalentemente colonial, hacia formas de Estado que identificaron modalidades republicanas de organización estatal. Esto es ciertamente complejo, en la medida que el derecho propiamente indiano-colonial implicaba una evidente sujeción al poder español. A este respecto, es de corroborarse que la misión evangelizadora de la conquista de América representó, antes que una verdad material —es decir, una real justificación de los efectos de la colonización—, tan solo una explicación formal de la ocupación de las Américas.

En ese sentido, las razones de la toma de territorios en esta parte del mundo fueron, en términos objetivos, la necesidad de afianzamiento de nuevos dominios territoriales allende la misma Europa y, en buena cuenta, la consiguiente fuente de provisión de recursos para la monarquía española. Es verdad, de esta forma, que las conquistas ibéricas consolidaron un dominio de sus políticas mercantilistas intercontinentales entre los siglos XVI, XVII y parte del XVIII, hasta el dominio inglés de los mares en el siglo XIX.

La concepción mercantilista del comercio, en rigor, implicó una forma cerrada de transacciones, es decir, de operaciones comerciales solo entre España y sus colonias. De ahí que los períodos de independencia representaran la apertura del comercio marítimo más allá de las fronteras nacionales, pero en condiciones aún complejas: los países recién nacían y ni sus fronteras se encontraban aún bien definidas. Entonces, fueron necesarias varias décadas de conflictos para afianzar los territorios nacionales.

¿Cuál fue el lugar que ocupó el derecho en estas etapas? Se constituyó en una herramienta de instrumentación para justificar el trasvase de recursos hacia el Viejo Continente. He aquí que confluyeron dos fenómenos, el primero dio lugar al segundo. En principio, nos referimos a que se creó un orden social en condiciones de serias desventajas para las culturas autóctonas, cuyas poblaciones se vieron diezmadas, antes que por enfrentamientos militares directos, por diferentes enfermedades que redujeron drásticamente las naciones aborígenes.

En un segundo orden —y ello nos interesa por el eje de trabajo de este estudio—, ese avasallamiento de territorios produjo condiciones de rechazo social que se tradujeron en sendos alzamientos regionales patriotas, en su momento, sometidos por las autoridades coloniales. A esto, incluso, contribuyó el sesgo discriminatorio contra los españoles nacidos en América, a quienes se catalogó, inevitablemente, como ciudadanos de segundo orden. La restricción de sus derechos constituyó otro cúmulo de razones para que se forjaran condiciones de serio impulso de las causas libertarias en todos los centros de pensamiento racional del Nuevo Mundo.

Al derecho le cupo, como sostenemos, una importante cuota de justificación de los mecanismos de perpetuación de las políticas coloniales; sin embargo, se trataba de un derecho con muchas indefiniciones de exigencia moral. Es verdad, de esa forma, que la historia del derecho, en consecuencia, es una rama del saber con límites imprecisos (Martínez, 2012, p. 7), pero hemos de entender esta proposición sobre el argumento de que la rigurosidad científica en esta disciplina, antes que apuntar a una recopilación de sucesos, realmente se orienta a un ejercicio de comprensión de la dinámica de lo ocurrido en el pasado, a efectos de entender mejor el presente.

Lo afirmado es muy importante: *la conoscenza del passato*; es decir, la comprensión del pasado implica conocer, con veracidad, las circunstancias que rodearon determinados sucesos de nuestra historia. Es la denominada exigibilidad histórica de rigurosidad en la calidad fidedigna de la fuente, un aspecto que no siempre se logra, en cuanto a que los hechos ya tuvieron lugar y, respecto de ellos, no cabe una reconstrucción directa. Sin

embargo, sí se puede proponer, en especial a través del historiador del derecho, una fórmula que logre el consenso respecto a cómo se produjeron específicos sucesos de nuestra historia.

Esa comprensión, cercana a la rigurosidad histórica del pasado, nos ayuda, por supuesto que sí, a comprender las circunstancias del presente. Nos basta un ejemplo de esta propuesta. Las numerosas cartas fundacionales de las repúblicas latinoamericanas, a partir de inicios del siglo XIX, tienen una justificación de necesidad en las circunstancias generadas de desigualdad social a raíz del colonialismo español. Por ello, el auge de los procesos de independencia obedeció, inescrutablemente, a la exigencia de crear un nuevo orden social, con independencia del poder español. De ahí la oposición continental, en especial de Bolívar, quien manifiesta, sobre la propuesta de San Martín, tras establecer el Protectorado en Perú en 1821, que debe mantenerse en este país una monarquía independiente.

Naturalmente, la propuesta sanmartiniana no superaba la observación de que volviéramos a una misma situación, en comparación al poder colonial, si solo se cambiaba a un soberano por otro. La justificación de los partidarios de San Martín, a su vez, no parecía muy sólida, en cuanto apelaba a un argumento *ad misericordiam*, al proponer, por un lado, que la monarquía representaba la forma más prestigiosa de sistema de gobierno en Europa, así como que la sociedad peruana, tan aferrada al poderío hispano tras ser tres veces coronada villa en los tiempos de la colonia, no se podía sostener por sí sola y necesitaba, consiguientemente, de una autoridad férrea, como la de un soberano de sangre real.

Entonces, nuestra acotación respecto a entender mejor el presente, a partir de las circunstancias del pasado, encaja en los hechos expuestos (el Perú necesitaba renacer a través de argumentos fuertes y uno de ellos era su exigencia de propia soberanía). A su vez, entender cabalmente el presente nos ayuda a proyectarnos prospectivamente hacia el futuro, por ejemplo, cuando pisamos sobre suelo firme, al conocer mejor nuestra idiosincrasia, nuestras acciones y la relevancia social de nuestro devenir político social. En suma, esto nos ayuda a tomar mejores decisiones.

En estos aspectos en conjunto, el derecho constituye una herramienta trascendente, en cuanto significa la plasmación formal de diversos instrumentos que recalcan en una recopilación de normas, disposiciones, regulaciones reglamentarias, reglamentos administrativos, entre muchos otros instrumentos, los cuales se constituyen en un *corpus iuris* de trascendencia para la reafirmación de los bloques de legalidad y constitucionalidad en nuestros ordenamientos jurídicos. De esa forma, las constituciones de los siglos XIX y XX, las cuales marcan un notorio acento de transición a formas republicanas de gobierno, constituyen una expresión de cómo visualizaron nuestras sociedades su entorno y de cómo fijaron, superando el trauma hobbesiano de que el hombre es lobo del hombre, sus reglas de convivencia social.

A este bloque sumamos el aporte de la jurisprudencia para destacar ese contexto de la historia del derecho, pero he aquí la necesidad de resaltar una condición dual de la misma jurisprudencia, en cuanto innegablemente ella constituye, bajo ciertas características, parte troncal de ese ordenamiento jurídico formal. Con los numerosos precedentes respecto a la verticalidad de la ley en nuestros países, ella es fuente de naturaleza vinculante ordinaria en cuanto expulsa la ley. Pero, en adición a lo expresado, la jurisprudencia es también una fuente material, lo cual nos conduce al segundo elemento de lo que se ha descrito como *supra*: nos referimos a la condición trascendente del derecho.

Cuando queremos expresar esta referencia, el derecho, hoy reconocido en su dimensión de fuente ampliamente material, esto es, que trasciende largamente su mera condición de fuente ordinaria, se acerca a expresar razones más allá de aquellas que simplemente enuncian las leyes y las constituciones. En efecto, un enfoque material del derecho, esta vez afianzado en la historia del mismo, nos argumenta que las fuentes formales admiten lecturas de fondo permitidas más allá de lo que las normas simplemente enuncian.

Otro ejemplo nos puede ayudar a entender mejor la idea propuesta sobre la jurisprudencia como fuente material: la Constitución de la Gran Colombia, Cúcuta, allá por el año 1821. Esta no solo abarcó la vigencia de

191 artículos y la unificación de Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela, sino que expresó el ideal material relevante y, en ello, le reconocemos la razón a Bolívar, en torno a la necesidad de unir a Latinoamérica. Por cierto, las experiencias de Estados Unidos y el bloque que representaba Europa, a pesar de sus guerras fratricidas, calaron en la noción de expresar, mucho más allá de las meras disposiciones formales, un contexto material de una necesaria cohesión de nuestro continente. Desafortunadamente, la Gran Colombia se disolvió en los hechos, mucho antes de 1830, año de la disolución formal de esta propuesta, por el afán de cada país de conducir su propio destino. Ante ello, esta pregunta siempre será pertinente: ¿valió la idea de una Latinoamérica enteramente unida? Creemos nosotros que sí.

3. EL ESTADO DE DERECHO EN LATINOAMÉRICA

Ubicado nuestro principal escenario de examen sobre la historia del derecho y su referencia a Latinoamérica, es pertinente acotar que, según Garcé (2021), tres caracteres resultan distintivos respecto al derecho contemporáneo: «(1) La proclamación de la libertad y la igualdad como principios generales; (2) el desarrollo de la codificación y del constitucionalismo como principios generales; y, (3) la adopción del Estado de derecho como modelo de organización» (p. 17).

Las variantes anotadas merecen algunas líneas de reflexión. El proceso de transición hacia formas republicanas de gobierno significó, sin lugar a argumento en contrario, el desmontaje objetivo de toda una maquinaria de la colonia española respecto a las condiciones de sumisión y vasallaje respecto al soberano español. Esto, para dar espacio al principio de soberanía popular como correlato implícito del principio de soberanía territorial. Aunque la libertad de los ciudadanos fue progresiva, ella llegó. Por ejemplo, en el caso de Perú, liberado en 1821 por José de San Martín, solo se decretó en ese año la libertad de vientres, respecto de los esclavos, es decir, solo para los nacidos después de la propia independencia.

La manumisión total acaeció recién en 1854, por disposición del Gobierno de Castilla. Sin duda, ese período entre 1821 y 1854 es de

enorme deuda histórica hacia la minoría afrodescendiente, más aún si los hacendados españoles afectados económicamente por la norma de libertad de vientres encontraron formas de tutoría hacia los nacidos desde 1821, a efectos de conservar su dominio de hecho sobre la fuerza de trabajo de los jóvenes ahora libres.

La igualdad representó otro aspecto esencial del derecho contemporáneo y he aquí que ella, como sucedánea de la libertad, no podía existir sin esta última. El hombre exige ser libre para poder competir, en condiciones de igualdad, por sus tiempos de realización. Se trata de las dos caras de Jano, necesariamente correlacionadas para existir. Sobre ello, las constituciones latinoamericanas —hemos de reconocerlo con pesar— demoraron ostensiblemente, inclusive bastante entrado el siglo xx, para establecer los mismos derechos a todas las personas. Un ejemplo notorio de ello fue la Constitución de Ecuador de 1929 que, aun siendo la primera en reconocer el voto a la mujer, en definitiva, mostró una tardanza ostensible, desde una perspectiva de mundo global, en el reconocimiento de la igualdad de género.

Por su lado, la codificación y el constitucionalismo representaron elementos angulares en la historia del derecho contemporáneo. El rasgo francés es, quizá, el más notorio, pues la Revolución francesa acarrió, dentro de su espíritu iusnaturalista y consiguientemente positivista, una marcada sujeción hacia la ley, a tal punto que, incluso, el juez que fallara contra el texto de la norma se arriesgaba a ir a prisión. De alguna forma, rodó la cabeza del rey de Francia en la guillotina y se cambió a un tirano por otro: cayó el rey, pero en su lugar se entronizó una marcada verticalidad de la ley. Al final, por su excesiva formalidad, esta pareció convertirse en déspota ante el nuevo ordenamiento.

A su turno, el constitucionalismo y la dación de normas fundamentales representaron, en la transición a la forma republicana de los siglos xix y xx, el destino natural para materializar el pacto social hobbesiano o bien una forma de hacer tangible la voluntad general rousseauiana. Nuestras diferencias podían ser muchas, es cierto, pero era necesario definir, en una norma de normas, las reglas sociales de convivencia social.

De esa forma, las constituciones representaron acuerdos mínimos para conducir las nacientes repúblicas.

Finalmente, la forma de Estado de derecho, adoptada como nueva regulación estatal por las nacientes repúblicas, generó el espacio necesario para entender nuevas formas de convivencia social. El Estado de derecho asumió diversas formas: un *matchstaat*, o Estado de la fuerza; un *polizeistaat*, o Estado policía; o la forma de un Estado legislativo de derecho. En todos los casos, sin embargo, tuvieron lugar mecanismos de control de poder, o en buena cuenta, de limitación del poder. En esencia, el Estado de derecho surgió para corregir los excesos de poder.

Un rasgo importante a anotar sobre los temas *supra* que se han sostenido es lo que hemos de entender por historicidad del derecho (Garcé, 2021, p. 17). Esta es una contribución que corresponde, a través de la tantas veces mentada *Historische Rechtsschule* o escuela histórica del derecho, a Von Savigny, quien en 1814 publicó *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*.

Savigny rompe con los postulados iusnaturalistas que se plasmaron en las revoluciones estadounidense, de 1776, y francesa, de 1789, para afirmar que el derecho es producto de un *Volksgeist*, 'espíritu del pueblo'. Esta representa unidad que se entendía que estaba formada por el lenguaje, las tradiciones, las costumbres y el propio derecho, rasgos prominentes de un pueblo a lo largo de su evolución (Garcé, 2021, p. 17).

La escuela histórica del derecho, como destacado mecanismo de sistematización del derecho romano, enfrentó dos grandes segmentos. De un lado, el carácter antihistórico del iusnaturalismo, dada su sola prevalencia de una razón superior; y, de otro lado, se trató de un mecanismo contrario a la codificación francesa. Para esta escuela, el derecho representaba un elemento integrante de la cultura y, por tanto, no había ciencia verdadera del derecho si se prescindía de la historia.

En torno a la codificación, es de destacarse el arraigo de la concepción francesa en la evolución del derecho a lo largo del siglo XIX y, a este efecto, es relevante el Código de Napoleón de 1804. Su mentor, el gran estadista francés, llegó a afirmar en Santa Elena, su último refugio, lo siguiente:

«Mi verdadera gloria no está en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo anulará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nada borrará, lo que vivirá eternamente, es mi código civil» (citado en Garcé, 2021, p. 19).

Todos los elementos *supra* acotados, y debidamente engarzados, nos permiten construir una tesis importante: el derecho se afianza en nuestro continente a través del aporte de la influencia europea de ideas para la construcción material de la noción del Estado de derecho. Aquí es importante una digresión. No se trata con nuestra calificación de «magnificar desproporcionadamente» la producción intelectual del norte (Rodríguez, 2011, p. 12) ni de que América Latina fuera un «contexto de recepción» de normas, doctrinas y teorías provenientes de «contextos de producción» del mismo norte (Rodríguez, 2011, p. 13), sino de atenernos a que los fenómenos históricos aludidos ciertamente fueron sucesos generadores de nuevas circunstancias que superaban ampliamente las tradicionales concepciones políticas de aquellos tiempos. Entonces, Europa representó una fuente importante de hechos, de primera línea, para entender que el mundo cambiaba radicalmente en el Viejo Continente y que ello necesariamente generaba cambios sociales, directos e indirectos, en el Nuevo Mundo.

A su turno, el iusnaturalismo caló en el pensamiento latinoamericano en cuanto indujo a las colonias españolas, de esta parte del orbe, a seguir el ejemplo de las revoluciones de más allá del Río Grande y de aquella otra de origen galo. Aludimos aquí a la revolución americana de 1776 y a la francesa de 1789, las cuales representaron un nuevo ángulo de enfoque, sobre todo viable, de las ideas de libertad.

La revolución norteamericana nos permitió entender que el rey Jorge III de Inglaterra no solamente residía a más de 5500 km de distancia de las trece viejas colonias fundadoras de la nación del norte, sino que, por tanto, no debería decidir sobre el destino de dichas colonias. Por otra parte, se comprendió, del mismo modo, que tampoco le asistía el derecho a gravar ominosamente los cargamentos de té en 1773, hasta el punto de hartazgo de que fueran tirados al mar por los patriotas americanos. Fueron estos hechos, entre muchos otros más, los que, en perspectiva

general, constituyeron las circunstancias que impulsaron, por su propio peso histórico, la insurrección de los colonos de América del Norte y su consiguiente independencia. A ello se sumó la otra premisa central de que los pueblos tenían el derecho a decidir sus destinos.

A su vez, la Revolución francesa dio un paso más arriesgado: no solo se trató de disputarle poder al rey, sino incluso de enviarlo, como hemos referido ya, a la propia guillotina el 21 de enero de 1793. Esto no solo significó rodar la cabeza del máximo soberano francés, sino que culminaba toda una concepción del mundo entendida desde el poder de un *ancien régime*, 'antiguo régimen', que, por sus propios excesos históricos como fuente de abusos de los derechos de las personas, devenía plenamente incompatible con los ideales de libertad, igualdad y fraternidad.

Lo antes acotado, al margen de sus implicancias históricas y propios contextos, constituyó un efecto disparador para toda Latinoamérica en diversos sentidos. Las ideas libertarias comenzaron a germinar con fuerza y con más brío para lograr el abatimiento del poder colonial. Si Estados Unidos y Francia lo habían logrado, pues la semilla estaba presta a brotar en esta parte del continente americano. Nos referimos a mayores bríos, pues las gestas libertarias, en ese entonces, constituían esfuerzos múltiples hacia fines del siglo XVIII en toda Latinoamérica; sin embargo, el poder de la corona española aún era considerablemente superior en términos militares.

Luego de la *Carta a los españoles americanos* de Vizcardo y Guzmán en 1791; pasando por la independencia de Haití en 1804, en la primera revolución de esclavos que tomaban el poder; y las empresas de San Martín y Bolívar en los primeros decenios del siglo XIX, los esfuerzos de independencia se vieron coronados con éxito, tras la batalla de Ayacucho, en suelo de Perú hacia el año 1824. Este suceso militar fue mérito de Bolívar y sus tropas. Hasta entonces, el poderío hispano era sosteniblemente superior en los Andes peruanos, pues era este espacio donde logísticamente se prestaban las condiciones favorables para defender una mejor organización militar. Sin embargo, antes de ello, con Lima como capital, ubicada muy cerca del mar, el acceso a la ciudad permitía rápidos desplazamientos, a diferencia de otras capitales no costeras como Quito, Bogotá

y Santiago. Por ello, estratégicamente, Lima siempre prestó facilidades para el desplazamiento de tropas.

En este punto, es importante anotar algunos rasgos. Narváez (2016) alude a una historia del derecho latinoamericano «matizada» (p. 39), en tanto se refiere a encontrar gradaciones en las afirmaciones rotundas que explican los fenómenos de orden anarquista, iusnaturalista, socialista, positivista analítico, etcétera. Este matiz implica entender la investigación histórica desde diferentes perspectivas. En efecto, si sostenemos que el monroísmo desvirtúa el panamericanismo (Narváez, 2016, p. 53), aludimos, igualmente, que se trata de doctrinas de alguna forma opuestas, aunque conducentes a un mismo propósito: el de la fuerza de una nación.

El monroísmo, o la doctrina Monroe relativa a América para los americanos, parte de una tesis central: mirar hacia el interior de las naciones y evitar injerencias externas. Por su lado, el panamericanismo encierra la premisa de un orden conjunto, de la exigencia de una unión perdurable en el tiempo. Entonces, podemos afirmar que la historia de Latinoamérica se ha decantado por intentos y podemos adjetivarlos como panamericanistas —como el ejemplo de la Gran Colombia de Bolívar—, pero que, finalmente, tomaron prestados fundamentos monroístas, en tanto que cada país definió su independencia directamente o bien en conjunción de esfuerzos, como lo fue, en este último caso, el paso por la parte sur (los Andes) del ejército de San Martín y las campañas de las huestes libertadoras de Bolívar desde la parte norte de Sudamérica.

En suma, Latinoamérica debió mirarse a sí misma, en torno a que la cultura europea osciló entre líneas de poder vertical y nulo reconocimiento de los derechos ciudadanos en nuestro continente. Bátese recordar la decisión de Fernando VII, una vez que recuperó el poder en España tras la invasión francesa, de desconocer la Constitución de Cádiz de 1812, a pesar de todos los importantes avances de esta en materia de reconocimiento de los derechos de los españoles nacidos en América.

En suma, se trató de una bofetada soberana a todo el esfuerzo de progreso social que esta carta emblemática representó para la América de entonces. Con esto, cobra fuerza la sentencia de Frost (2009) en el sentido

de que «Europa ha sido incapaz de crear una filosofía de la cultura que haga justicia a las culturas de la América» (p. 81). Huelga cualquier comentario al respecto.

4. TRANSICIÓN HACIA LA REPÚBLICA. UN CAMINO COMPLEJO

Pretender definir la idea de república nos exige diversas precisiones. De la república de Platón hasta las formas modernas de republicanismo en el mundo, hay diversos matices. Acotar una idea de transición a esta reflexión nos conduce, conforme se desprende de los avances realizados en este estudio, a un período de corte que se centra en parte del siglo XVIII, su tramo final en especial, dada la efervescencia de los movimientos independentistas; el siglo XIX en su totalidad, en cuanto representó el surgimiento de las naciones en esta parte del continente; y, finalmente, parte del siglo XX, en tanto evidencia este período la consolidación de los regímenes de gobiernos independientes, de formas republicanas y nacientes Estados de derecho.

Hasta ahora hemos anotado, entre otros rasgos distintivos del derecho contemporáneo, según Garcé (2021) en glosa anterior, los ideales de libertad e igualdad, así como las tendencias de codificación y constitucionalismo. No obstante, merece centrar nuestra atención en la ubicación de las repúblicas latinoamericanas como referencias al Estado de derecho.

En esas líneas de reflexión, debemos convenir con Rodríguez (2011) que «pensar el derecho desde Latinoamérica, entonces, es aludir a una contra cartografía que se resume en un híbrido de aportes de los pensamientos jurídicos generados dentro y fuera de la región» (p. 16). La atinencia formulada deviene valiosa para nuestro examen, pues nos obliga a preguntarnos qué implicaron las aspiraciones de las repúblicas nacientes del siglo XIX y cuál fue el rol del derecho al respecto. En relación con lo primero, corresponde distinguir los variados matices producidos a partir de los procesos de independencia y he aquí que es importante cuestionarnos sobre los propios matices revolucionarios del caso. Dos son los más conocidos.

Por un lado, la tesis vencedora de una independencia total respecto de España, propuesta que se impuso con la derrota total de las fuerzas coloniales en la aludida batalla de Ayacucho en la sierra de Perú en 1824. Por otro lado, la tesis opuesta se manifestó en la posición prorrealista que vio en los procesos de independencia una amenaza a sus cuotas de poder. Aludimos aquí no solo al poder español, sino a las propias clases criollas cuyos intereses económicos colisionaban con el *mare magnum* indefinicional de nuevas regulaciones que acarrearían los procesos emancipatorios. Por tanto, resulta una variable histórica necesaria alinearse con el poder peninsular para que el *statu quo* se mantuviera.

Y he aquí que corresponde, en rango de nuevo nivel de examen, lo que denominaríamos una tercera posición de independentismo moderado, ya que no se buscaba realmente una emancipación de España, sino la mejora sustantiva de las condiciones de vida de la población. Por ejemplo, la revolución de Túpac Amaru II en Perú, en 1780, no asumió la tesis de independencia total de España, sino acusaba al mal gobierno por los abusos perpetrados (O'Phelan, 2021, p. 20) y, en especial, por los excesos de los corregidores españoles y los cobros indebidos de los tributos indígenas. Este contexto fue producido tras las reformas borbónicas en las colonias españolas.

El levantamiento del líder cusqueño tuvo un objetivo muy diferente frente a los procesos de independencia, los cuales buscaban un rompimiento total con la metrópoli hispana. El movimiento del cacique de Tinta, quien nunca negó lealtad al rey de España, condujo a diversas batallas victoriosas. La más importante de ellas fue la de Sangarará. Finalmente, vencido, Túpac Amaru fue acusado de lesa majestad y condenado a muerte.

El caso descrito bien puede entrar en este nivel de examen de un independentismo moderado, en la medida que los intereses de una clase determinada apuntaban, ya en la gesta de movimientos libertarios, a lograr mejores posiciones sociales y no a una grave desvinculación de España. Al respecto, fue un basamento de apoyo para estos intereses que el artículo primero de la Constitución de Cádiz de 1812, única ciudad no

tomada por la invasión napoleónica de España entre los años 1808 y 1813, previera que la nación española era la reunión de los españoles de ambos hemisferios.

El aserto referido es más que objetivo. Se trataba de una propuesta de igualdad entre españoles, la que debería haber terminado con las exclusiones a las que eran sometidos los criollos, es decir, los españoles nacidos en América. Si esa igualdad se lograba, entonces tenía poco propósito un conjunto de guerras de independencia. Lamentablemente, la vuelta al poder de Fernando VII, el Deseado, antes obligado a dimitir en favor de José Bonaparte en Bayona en 1808, significó la abrogación de la carta gaditana y, con ello, el retorno del absolutismo a las nacientes repúblicas latinoamericanas, cuyo primer momento institucional fue las Juntas de Gobierno, dado el vacío de poder que generó en España la ausencia de la monarquía por causa de la invasión napoleónica.

Podemos coincidir con Sierra (2016), en atención con lo hasta ahora glosado, respecto a que «la transición a la democracia en varios países latinoamericanos ha sido acompañada por graves crisis económicas e inestabilidad social» (p. 254). En efecto, la ebullición independentista en Latinoamérica, podemos apreciar, nos revela un complejo camino hacia las formas republicanas de gobierno. Desde México y las revoluciones de los curas Hidalgo en 1810, con el Grito de Dolores, y Morelos, en 1812, que abarcó el heroico paso de las tropas de Bolívar por el Páramo de Pisba, un lugar totalmente inhóspito en suelo colombiano, en el afán del Libertador de marchar hacia Bogotá, hasta la formación de las Juntas de Gobierno en varios países sudamericanos, y las batallas de Chacabuco y Maipú en Chile en 1817 y 1818, respectivamente, gestas de José de San Martín. En verdad, nos referimos a innumerables expresiones patrióticas que se decantaron por la premisa de una independencia total del poder español.

¿Cuál fue el rol del derecho en estos emprendimientos independentistas? Ciertamente, tuvo lugar, como hemos ya reseñado, un rol instrumental para escribir la historia de ese entonces, que destacó, en esencia, el ideal de la formación de un Estado de derecho. En ese mismo eje de ideas, hemos de destacar que «mientras el pensamiento jurídico latinoamericano

continúa centrado en el Estado nación [...], la práctica jurídica regional está marcada por dilemas regulatorios y por conflictos sociales y legales post westfalianos» (Rodríguez, 2011, p. 70).

La reflexión de Rodríguez nos brinda algunas pistas autocríticas de ese proceso de transición a la república. Además, una cuestión concurre directamente: ¿nos hemos centrado solo en la proyección de un Estado nación para comprender estos procesos de cambio trascendentes? ¿O es que los tiempos de independencia debieron variar, radicalmente, nuestra concepción del mundo hacia formas más organizadas de unión, es decir, un modelo poswestfaliano?

Desde la Paz de Westfalia en 1648, instrumento que significó el fin de la guerra de los Treinta Años en Alemania y de la guerra de los Ochenta Años entre España y Países Bajos, y que, a su vez, consagró el germen conceptual del Estado nación, hemos de apreciar que la idea de un modelo poswestfaliano es atender a un conjunto de cambios profundos (Bremier, 2013, p. 67), además de trascendentes en la vida de las naciones. De esta forma, si el poder de las naciones en los siglos XIX y XX residía en el control de las rutas de navegación, hoy las condiciones son diferentes, pues se imponen situaciones como manejo de las líneas de información, además de un discurso social que conforma las opiniones públicas (Bremier, 2013, p. 62).

Los procesos de independencia latinoamericana significaron, a juicio nuestro, sustantivas expresiones de un modelo mixto (entre westfaliano y postwestfaliano). Por supuesto que el modelo de Estado nación aún seguía siendo importante. Se trataba de una forma de consolidar nacientes repúblicas, por lo que era necesario un modelo de afianzamiento y que el Derecho podía prestar para las nuevas formas organizativas.

De otro lado, el cambio sustantivo de condiciones, es decir, de países subordinados al poder de España a naciones autónomas e independientes, se tradujo en un conjunto de circunstancias de decisivos cambios, para las cuales la forma republicana de gobierno denotó constituirse en el modo de organización más adecuado. El tránsito fue, ciertamente, muy difícil y complejo. Además, por naturaleza propia, fue altamente exigente en el

número de sacrificios a realizar. Fuera de los necesarios cambios legales a ser modelados desde la perspectiva del derecho, esto es, la plasmación de constituciones, la otra cuestión giraba en torno a cuántas vidas debía aportar Latinoamérica para la consolidación de su proceso de independencia. De seguro que muchas y, más aún, el balance de ellas se pierde en la noche y oscuridad de la historia.

En forma adicional a lo expresado, sustenta nuestra posición de mixtura de los modelos westfaliano y poswestfaliano, que el segundo es una consecuencia de los cambios que genera el primero. Es verdad que el Estado nación germinó con fuerza por un largo tramo de tiempo entre los períodos previos a la independencia y los espacios de afianzamiento de esta, pero es cierto, de igual modo, que las sociedades evolucionaron hacia nuevas necesidades a raíz de los cambios producidos, lo cual desembocó en tiempos de cambio: nuevos valores constitucionales, reafirmación de los modelos normativos legal y constitucional, y el origen de un esquema de Estado constitucional, como manifestación más completa del Estado de derecho.

5. UN BALANCE DE CONCEPTOS DE LA HISTORIA DEL DERECHO HACIA EL SIGLO XXI

El trípode que pretendemos armar con esta correlación que creemos es de más cercanías que lejanías entre historia del derecho, Estado de derecho y república, nos conduce a un ejercicio de balance entre los conceptos construidos entre alcances, perspectivas y proyecciones. En esa línea de ideas, señalamos que los procesos de transición hacia las formas republicanas en Latinoamérica, en realidad, significaron experiencias muy complejas, de suma dinámica y de cambios profundos en sus dimensiones sociales, políticas y de efectos en el mediano y largo plazo para la vida del continente.

He aquí, entonces, que resulta pertinente destacar, después de un somero recuento histórico de las experiencias independentistas graficadas, la afirmación del Estado de derecho en su forma más acabada —los rasgos de un Estado constitucional— en cuyo resultado debió transitarse

antes, como hemos distinguido en segmentos anteriores, por un afianzamiento aún brumoso de las repúblicas en el siglo XIX, para lograr un mejor esbozo de reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona hacia el siglo XX.

El aserto anterior es de cuidado. Las repúblicas latinoamericanas se asentaron como tales con una notoria inclinación hacia el principio de legalidad, y ahí recae la importancia de las codificaciones en los países emergentes. Pero ese Estado legislativo de derecho evolucionó con creces, a lo largo del tiempo, hacia un Estado constitucional de derecho, cuyas expresiones sustantivas, como Estado democrático y social, se encuentran consignadas en el artículo 20 de la Ley Fundamental de Bonn, de Alemania, del año 1949, luego de las experiencias harto costosas de la Segunda Guerra Mundial en cuanto a número de vidas humanas.

El razonamiento que esbozamos parece ser un oxímoron, es decir, un formulismo de contradicciones, en tanto que la transición a la república debería haber sido la propuesta de un mundo mejor, término semántica y nominalmente aceptable. Sin embargo, en verdad, fueron necesarias dolorosas guerras, cuyo saldo fue el de un escenario peor. De esa forma, los militarismos pujantes de las repúblicas nacientes en el siglo XIX se expresaron, en otra fase de manifestación, en aventuras de armas que, en pleno siglo XX, rompieron los parámetros entonces nacientes de un Estado de derecho con faceta social.

¿Qué proponemos, entonces, con la idea de un Estado constitucional? Schönbohm (2011) esboza una idea de interés para aludir a aquellos componentes que necesita revestir esta forma de Estado y señala que en un Estado de derecho constitucional, el derecho debe lograr lo siguiente:

- Proporcionar a las instituciones del Estado y a la ciudadanía una orientación para sus actuaciones, y así estabilizar a los individuos en su comportamiento;
 - Legitimar y limitar los actos estatales;
 - Proteger los derechos individuales y la libertad de las personas frente al Estado y a las intervenciones de otros sujetos privados.
- (p. 48)

La propuesta de Schönbohm merece algunas precisiones. Las repúblicas independientes expresaron, no lo podemos negar, un caos de origen. Trasladar el poder del soberano español hacia la organización estatal de las nuevas naciones no fue, de ningún modo, una tarea sencilla. De esa forma, entre la verticalidad de un Estado legislativo y su acérrima codificación, el Estado constitucional se manifestó por expresar parámetros de conducción respecto a los derechos de los ciudadanos. A ese efecto, las constituciones se convirtieron en hojas de ruta para las actuaciones del mismo Estado, así como para regular los derechos de los ciudadanos y del poder mismo. De esa forma, la constitución se convirtió en un instrumento de limitación del poder (Aragón, 1987, p. 15) y se afianzó la tesis del control como elemento inseparable del concepto de constitución.

La limitación de poder y actuaciones que aludimos, por su lado, expresó una condición de legitimidad. Con ello, aseveramos que la limitación del poder es una consecuencia de la actuación legítima de la acción del Estado constitucional. De esa forma, las nacientes repúblicas encontraron, en su experiencia formativa, una ruta muy gris en cuanto al alcance de los derechos de las personas, pero ello sirvió para que, en la evolución de las cartas fundamentales de estos países, quedara legitimada toda la coerción estatal en la represión de los excesos del poder.

Es esa coerción estatal, en la propuesta de Schönbohm, la fuente de protección de los derechos ciudadanos. Por ello, poco podía exigirse, aunque debía hacerse, a las nacientes repúblicas para la tutela de los derechos ciudadanos si, de un lado, la protección de un bien jurídico, como la vida, apenas merecía protección estatal.

Entonces, el Estado actuó irracionalmente, muchas veces, durante los procesos de independencia, como en el Decreto de Guerra a Muerte de Bolívar, de 1813, vigente por siete años, en la denominada Campaña Admirable. A través de dicho decreto, se autorizaba a los ejércitos patriotas el uso de una vía cruenta para conseguir el objetivo de liberar los territorios americanos de la intrusión de España. En suma, se trató de aplicar la pena de muerte a todos los españoles y canarios que no se adhirieran a la causa independentista. Es de cuestionarse, al mismo tiempo, si aquello

no pretendió ser una respuesta formal que buscó igualar el ensañamiento de los españoles, quienes, a través del capitán Domingo Monteverde, ejecutaron, antes del Decreto, a muchos civiles durante la caída de la primera república venezolana.

Sin perjuicio de lo enunciado, el Estado no podía renunciar a su función de protección. Hoy, el Estado constitucional no es sino la negación rotunda de aquellas prácticas contrarias a la esencia de todo Estado de derecho que se precie de principios mínimos como el respeto a la vida, tan bien tutelado que no puede verse afectado por la arbitrariedad del Estado mismo.

Debemos, nuevamente, coincidir con Schönbohm (2011) sobre que «en América Latina los problemas son más acentuados y por ello resulta tan arduo desarrollar un Estado de derecho constitucional eficiente» (p. 50). Esta afirmación es meridianamente verdadera. Latinoamérica, al igual que Europa, fue un polvorín de tendencias grises en el siglo XIX, pero, es verdad que, del mismo modo, y he aquí un sentido de autocrítica, no hemos superado aún nuestras diferencias entre naciones a pesar de la unidad idiomática, entendida como una ventaja comparativa importante. Europa, a pesar de sus marcadas diferencias, nos ha adelantado en este aspecto con notoriedad.

Es un resultado, por tanto, pensar con cierto desánimo que no hemos logrado la consecución de un Estado constitucional más eficiente, producto de nuestras profundas divergencias continentales. No podemos negar, nos faltaría orgullo para ello, que Latinoamérica es la zona más desigual del mundo, es decir, frente a mucha riqueza hay máximos de pobreza, y la explicación es muy puntual. Se trataría, como señala Flores (1997, p. 13) de «repúblicas sin ciudadanos». Y, en efecto, existen repúblicas, quizá semánticamente hablando, pero no podemos hablar de verdaderos ciudadanos si estos no tienen conciencia de su condición de partícipes trascendentes de una república. Más aún, si no podemos aludir a una república en transición, menos aún podemos invocar un Estado constitucional verdaderamente existente.

En estas digresiones, volvemos a la importancia del derecho respecto a la trascendencia y relevancia del Estado. Retornamos a la idea del *Volkgeist* de Savigny para añadir que, junto a la cultura de los pueblos, el derecho actúa como un elemento de afianzamiento de esa cultura dinámica de los pueblos. Así, podemos coincidir con Martínez (2012) para señalar que, «si en palabras de Geny “*le droit ne domine pas la société, il l’exprime*”, es de anotarse que el derecho está escrito sobre la piel en la historia humana» (p. 17).

La glosa que antecede es valiosa en la medida que si, como se afirma, el derecho no domina la sociedad, sino que la justifica (traducción libre que hacemos de la frase *supra* en francés), pues resulta igualmente verdad que el derecho mismo se ha impregnado de tal forma en la cultura humana que constituye su epidermis. De esa manera, no puede explicarse ningún acontecimiento de la historia de nuestras naciones sin la referencia a un marco jurídico aplicable al caso concreto. Ello nos conduce a entender que la historia del derecho no es sino una narración racional de los sucesos en la vida de las naciones.

Entonces, debemos coincidir con Martínez (2012) cuando señala que «la historia es una ciencia empírica, cuyo objeto de estudio son los hechos, humanos y sociales, en su nuda realidad, y desprovistos de pensamientos, ideologías o voliciones, sin desatender el conocimiento del entorno sociocultural en el que están insertos» (p. 32). Las referencias materiales acotadas son de suma importancia, en cuanto la racionalidad es una condición concurrente de la historia del derecho. La nuda realidad hace referencia a una desnudez del suceso acaecido, con la objetividad que le es exigible al historiador, a efectos de narrar el modo, circunstancias y condiciones en que ocurrió determinada cuestión atinente a la vida de los pueblos, los cuales expresan formas de conexión orgánica más elevada, en referencia a la humanidad (Martínez, 2012, p. 25).

6. CONCLUSIONES

Las propuestas de reflexión en este estudio han pretendido destacar una relación estrecha —hemos aludido a cercanías— entre las nociones de historia del derecho como concepto dinámico y no estático. La historia no es una mera recopilación de datos, sino una ciencia en movimiento cuyo examen material nos permite entender mejor el presente a partir del diagnóstico de hechos acaecidos. Esa locomotora del pensamiento se extiende aún más, en tanto que la aprehensión del presente, a partir de los hechos del pasado, ayuda con solvencia a posicionarnos de mejor forma para la asunción del futuro. He aquí, en consecuencia, que se legitima la historia como ciencia.

De otra parte, la historia del derecho en Latinoamérica asume un matiz muy particular cuando asociamos la idea de transición hacia el ideal de república. Invariablemente, esta nueva cercanía conceptual nos sitúa en los períodos de independencia de los nacientes países, entre fines del siglo XVIII, el siglo XIX y parte del siglo XX. Etapas que hemos denominado de formación y consolidación, a propósito de la premisa de tránsito a que aludimos.

Ese devenir ha sido muy complejo y altamente exigente en varios planos: tiempos de alto voltaje social, de militarismos, de guerras de independencia, de cambios radicales en nuestras formas de convivencia, entre otros aspectos. Estos nos condujeron a la necesaria idea de confirmar la expulsión del coloniaje español, por un lado, y a acoplarnos, sin lugar a excusas, en nuevos modelos de convivencia republicana, por el otro. De este modo, se configura otra cercanía conceptual entre historia del derecho y república, en cuanto para Latinoamérica esta vinculación representó períodos altamente conflictivos, en especial en los primeros decenios del siglo XIX, cuando triunfó la tesis independentista total frente a las posiciones moderadas que, a su vez, buscaban mejores condiciones de trato por parte de la corona española.

Glosamos, de la misma forma, una propuesta estrecha sobre el concepto de república, que es una aproximación al *nomen iuris* de Estado de

derecho. La aseveración es directa: la indefinición en las repúblicas nacientes necesitó —en ello no hay duda— afianzarse en un modelo de Estado que reconociera valores mínimos en los ciudadanos, como la libertad y la igualdad, entendidos como puntos de partida del reconocimiento de los derechos ciudadanos.

Asimismo, la codificación y la constitucionalización del derecho, en el mismo sentido, aportaron seguridad jurídica en los nuevos ordenamientos, y he aquí que nuestra propuesta se decanta por un rol instrumental del derecho a efectos de materializar los importantes cambios sociales que entonces se configuraban. El derecho contribuyó, de esa forma, con un aporte pacificador para superar esa conmoción hobbesiana de la guerra de todos contra todos. Además, si había que efectuar algunas cesiones, ellas consistían en el *pactum societatis* y el *pactum subjectionis*, ‘pacto social’ y ‘pacto de sujeción’, respectivamente, para vivir en paz, a cambio de ceder parte de nuestras libertades.

Hemos construido la idea, entonces, de que ese modelo de Estado de derecho, que necesitaban las nuevas repúblicas en sus procesos de transición, requirió de mayores afianzamientos. De igual manera, en el último segmento de análisis de este artículo, hemos pretendido proyectar la afirmación expresada respecto a que ese formato de Estado ha evolucionado de a pocos —lo fue haciendo muy lentamente durante el siglo XIX y se insertó un poco más en el siglo XX—, hacia un modelo de Estado constitucional.

La evolución que aludimos es propia para los contextos históricos referenciados. En ese sentido, sin recurrir a la idea del eterno retorno de Heidegger, hemos de señalar que a esos períodos de honda desaprensión social que implicaron los procesos emancipatorios, con niveles de violencia máximos, no debemos volver jamás. El Estado constitucional construye, recordémoslo siempre, una tesis de progresividad de los derechos y, por tanto, deviene en un estado óptimo de convivencia social por los márgenes de protección que asigna a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

No podríamos, por otro lado, argüir que, tras tanto trajinar respecto de nuestros procesos emancipatorios en Latinoamérica, la caída del Muro de Berlín —el famoso *Berliner Mauer*—, en 1989, sea expresión de una libertad hoy irrestricta ni que hogaño nos encontremos ante lo que Fukuyama llamó, en 1992, el fin de la historia y el último hombre, en alusión a que la lucha de ideologías hubiera terminado y que la democracia liberal se hubiera impuesto tras el fin de la Guerra Fría. Ello sería una pretensión de vanidad.

Finalmente, el Estado constitucional debe seguir evolucionando hacia mejores estándares de progresividad, más aún hoy, con la vigencia efectiva de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. Sin embargo, nada garantiza, aunque no debería ocurrir, que la humanidad, en algún momento, pudiera involucionar. Esperemos que aquello no tenga lugar.

REFERENCIAS

- Aragón, M. (1987). El control como elemento inseparable del concepto de Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7(19), 15-52. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/24830redc019017.pdf>
- Bremier, J. (2013). *De Westfalia a post-Westfalia. Hacia un nuevo orden internacional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3366/7.pdf>
- Flores, A. (1997). República sin ciudadanos. *Fronteras*, 1, 13-33. <https://doi.org/10.22380/20274688.731>
- Frost, E. (2009). *Las categorías de la cultura mexicana* (4.^a ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Garcé, A. (2021). Concepto, importancia y orígenes de la historia del derecho. Relaciones con otras disciplinas. En V. Sanguinetti (ed.), *Manual de historia del derecho* (pp. 11-26). Universidad de la

- República del Uruguay, Comisión Sectorial de Enseñanza. <https://www.cse.udelar.edu.uy/wp-content/uploads/2021/10/Historia-del-Derecho-FINAL1-1.pdf>
- López, O. (2004). Historia y conciencia histórica en Raymond Aron. *Revista de Ciencias Sociales, I-II*(103-104), 11-22. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15310401>
- Martínez, M. (2012). *Historia del derecho. Una reflexión sobre el concepto y el método ante la implementación del espacio europeo de educación superior*. Universidad de Alicante. <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/22917/6/HISTORIA%20DEL%20DERECHO%2013%20junio%202012.pdf>
- Narváez, J. (2016). Pensar una historia del derecho latinoamericano matizada. En O. Cruz y J. Soberanes (coords.), *Historia del derecho. X Congreso de Historia del Derecho Mexicano. Memorias* (pp. 39-59). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4249/5.pdf>
- O'Phelan, S. (2021). La gran rebelión de Túpac Amaru II y la temprana independencia del Perú: coincidencias, conexiones, contrastes. *RIRA. Revista del Instituto Riva-Agüero*, 6(1), 17-80. <https://doi.org/10.18800/revistaira.202101.002>
- Rodríguez, C. (2011). Navegando la globalización; un mapamundi para el estudio y la práctica del derecho en América Latina. En C. Rodríguez (ed.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 69-84). Siglo XXI. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27969.pdf>
- Schönbohm, H. (2011). Reflexiones sobre el Estado de derecho en América Latina. En H. Ahrens (comp.), *El Estado de derecho hoy en América Latina. Libro homenaje a Horst Schönbohm* (pp. 47-54). GIZ; Konrad Adenauer Stiftung. <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29990.pdf>

Sierra D, (2006). Estado de derecho y el imperio del derecho en México durante la transición a la democracia. *Anuario de la Facultad de Derecho*, XXIV, 251-262. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2165580>

Financiamiento

Autofinanciado.

Conflicto de intereses

El autor declara no tener conflicto de intereses.

Contribución de autoría

El autor efectuó la recopilación, el análisis y la interpretación de los datos, así como la concepción, el diseño, la redacción y la revisión crítica del artículo. Además, aprobó la versión final para su publicación.

Biografía del autor

Doctor en Derecho. Es juez superior del distrito judicial de Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Asimismo, es profesor de la Academia de la Magistratura del Perú y docente del Área Constitucional de la Universidad San Martín de Porres, filial Chiclayo. Fue becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Es miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law (IACL).

Correspondencia

efigueroag@pj.gob.pe