





Revista  
**PENSAMIENTO JURÍDICO**  
Enero - julio de 2021 No. 53

## Análisis desde la teoría y la sociología jurídica



Revista  
**PENSAMIENTO JURÍDICO**  
Enero - julio de 2021 No. 53

Análisis desde la teoría y  
la sociología jurídica



UNIVERSIDAD  
**NACIONAL**  
DE COLOMBIA

## **REVISTA PENSAMIENTO JURÍDICO No. 53**

Título del número: *“Análisis desde la teoría y la sociología jurídica”*

Publicación semestral, arbitrada según criterios que aseguran el anonimato de autor y par evaluador

Lugar y fecha: Bogotá, enero-julio de 2021

© UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ

FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico - Sociales

Gerardo Molina — UNIJUS

**ISSN 0122-1108**

Prof. Dra Dolly Montoya Castaño. (Rectora)

Prof. Dr. Hernando Torres Corredor (Decano de la Facultad)

Prof. Dr. Alejo Vargas Velásquez (Vicedecano de Investigación y Extensión)

### **Director de la Revista**

Prof. Dr. Bernd Marquardt

### **Comité Editorial**

Prof. Dr. Diego Eduardo López Medina (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Farid Samir Benavides (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Gregorio Mesa Cuadros (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dr. Oscar Mejía Quintana (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Dra. Raina Zimmering (Universidad Johannes Kepler, Linz-Austria)

Prof. Dr. Rodolfo Arango Rivadeneira (Universidad de los Andes, Colombia)

Prof. Dr. Antoni Pigrau Sole (Universitat Rovira i Virgili, España)

Prof. Dr. Enrique Letellier Loyola, (Universidad de Antofagasta, Chile)

### **Pares Evaluadores**

Prof. Dr. Germán Alfonso López Daza (Universidad Surcolombiana, Colombia)

Prof. Mg. Román Francisco Téllez Navarro (Universidad Militar Nueva Granada, Colombia)

Prof. Dr. Manuel Fernando Moya (Universidad Santo Tomas, Colombia)

Prof. Mg. David Ernesto Llinás Alfaro (Universidad Nacional de Colombia, Colombia)

Prof. Mg. Helena del Carmen Morales Ortega (Universidad Autónoma del Caribe, Colombia)

Prof. Mg. Ingrid Duque Martínez (Universidad Externado de Colombia, Colombia)

Prof. Mg. Adolfo Ibáñez Elam (Universidad del Rosario, Colombia)

### **Coordinador Editorial**

Luis Fernando Sánchez Supelano

### **Correspondencia y Suscripción**

Diagonal 40 A Bis No. 15 — 38 Casa Gaitán, Bogotá, Colombia

Teléfono (571) 316 5000 Ext.: 17306

Correo electrónico: [rj juridico\\_fdbog@unal.edu.co](mailto:rj juridico_fdbog@unal.edu.co)

URL: [www.derecho.unal.edu.co/unijus/rpj.html](http://www.derecho.unal.edu.co/unijus/rpj.html) - <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/archive>

**Portada:** Crítica del imperialismo británico del siglo XIX: The Devilfish in Egyptian Waters, de la revista Punch, 1882. Impreso y hecho en Bogotá D.C., Colombia.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

## Contenido

<b>Introducción .....</b>	<b>9</b>
---------------------------	----------

<b><i>América Latina y la teoría poscolonial: revisión crítica de un trasplante teórico</i></b>	
<b><i>Latin America and postcolonial theory: a critical review of a theoretical transplant</i></b>	
<b>Bernd Marquardt .....</b>	<b>13</b>

<b><i>Entre mafias: desde la coca caleña hasta la heroína siciliana: un análisis comparativo y planteamiento del modelo de desarrollo*</i></b>	
<b><i>Between the mafias: from Colombian coca from Cali to Sicilian heroine. A comparative analysis and the approach to a development model.</i></b>	
<b>Valeria González Franco y Rossy Lorena Vallejo Botina.....</b>	<b>91</b>

<b><i>Inexistencia material de la igualdad de medios en el actual Sistema Penal Acusatorio</i></b>	
<b><i>Material Absence of Equality of Means in the Current Accusatory Penal System.</i></b>	
<b>Luis Daniel Giraldo Clavijo .....</b>	<b>109</b>

<b><i>Poder general de coerción en el sistema de procedimiento civil brasileño</i></b>	
<b><i>Poder geral de coerção no sistema processual civil brasileiro</i></b>	
<b><i>General power of coercion in the Brazilian civil procedural system</i></b>	
<b>Olavo de Oliveira Neto .....</b>	<b>133</b>

<b><i>Criterios hermenéuticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho a la salud</i></b>	
<b><i>Hermeneutical criteria of the Inter-American Court of Human Rights regarding the right to health</i></b>	
<b>Isaac Marcelo Basaure Miranda.....</b>	<b>151</b>

*La problemática para el derecho civil de la aplicación del reconocimiento internacional de las adopciones por parejas homosexuales desde el punto de vista del derecho comparado de en los sistemas civilístico y angloamericano*  
*The civil law problem in the international recognition of gay adoptions from the viewpoint of comparative law of the civil law and angloamerican systems*  
*Isidoro Casanueva Sánchez .....173*

*Instrucciones para los autores de artículos a publicar..... 211*  
*Instructions for authors.....221*

*Politica de Etica Editorial.....229*  
*Editorial Ethics Policy .....237*

## Introducción

En esta ocasión la revista Pensamiento Jurídico, publicación arbitrada bajo la modalidad de doble ciego y de carácter semestral de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, presenta algunas reflexiones sobre el derecho ambiental a través de reflexiones teóricas, conceptuales e histórica desde un enfoque trans- e interdisciplinar, con el ánimo de contribuir a la comprender las lógicas de funcionamiento y evolución del derecho ambiental. El contenido de la revista está dirigido a investigadores, docentes, estudiantes y especialistas en las diversas ramas del derecho, en el ámbito nacional e internacional. A continuación, se realiza una breve presentación de cada uno de los artículos.

En primer lugar el profesor de la Universidad Nacional de Colombia Bernd Marquardt (Doctor en Derecho, Magíster y pregrado en Derecho) presenta el artículo titulado *América Latina y la teoría poscolonial: revisión crítica de un trasplante teórico*. Este artículo propone un debate crítico sobre el pensamiento pos/decolonial que se ha popularizado ampliamente en América Latina durante los últimos años. Por una parte, pregunta si una cosmovisión que argumenta con base en visiones históricas, dispone realmente de una fundamentación geohistórica y comparativa consistente; por la otra, examina una variedad de contradicciones de corte político-ideológico, revisando si no ha surgido, en el marco de un posmodernismo ambiguo, una especie de hermana derechista de la clásica teoría de las dependencias que no duda en promover un etnocentrismo neo-völkisch. También se presentan dos propuestas para salir del dilema teórico-metodológico: la perspectiva mundial y el entendimiento de la estructuración hegemónica-transnacional de la era pos-1940 y su forma de vida imperial, sin especular sobre continuidades lineales desde Colón. Finalmente, se pretende contextualizar la más reciente y drástica manifestación de este último sistema de poder, en forma del transnacionalismo corona-autocrático del 2020.

Seguidamente, las estudiantes del pregrado de la Universidad Nacional de Colombia Valeria González Franco y Rossy Lorena Vallejo Botina presentan el texto denominado *“Entre mafias: desde la coca caleña hasta la heroína siciliana: Un análisis comparativo y planteamiento del modelo de desarrollo”*. En este texto evidencia las dinámicas de cada organización criminal desde la perspectiva de la sociología criminal y asociadas con teorías como las subculturas sociales y conceptos como la anomia. Con esto se logra explicar muchos de los factores que

históricamente caracterizan a cada una de estas mafias y se genera un análisis y un acercamiento más acertado. Finalmente, la comparación de estas dos organizaciones permitió identificar una serie de diferencias y coincidencias con respecto a modos de actuar y alcanzar objetivos dentro de las organizaciones, lo cual permite a su vez dilucidar un modelo de desarrollo propio.

A continuación, el abogado de la Universidad Católica Luis Amigó Luis Daniel Giraldo Clavijo presenta el artículo titulado *Inexistencia material de la igualdad de medios en el actual Sistema Penal Acusatorio*. Este artículo versa sobre la inexistencia de la igualdad material de medios o de armas con respecto a las facultades y atribuciones que detenta la defensa técnica frente a la Fiscalía, en el actual Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Para esto, se desarrolló un rastreo normativo y jurisprudencial que permitió establecer el desequilibrio procesal al que se enfrenta el profesional del derecho que ha decidido desarrollar su actividad litigiosa en procura de la defensa técnica de los procesados que afrontan las atribuciones y capacidades investigativas y acusadoras de la Fiscalía General de la Nación, en el desarrollo del actual Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004. Se encontró como resultado investigativo la errónea estipulación normativa de la igualdad real, debida a las personas inmersas en el actual Procedimiento Penal, la cual se ha tratado de suplir de forma jurisprudencial por parte de las altas Cortes.

Posteriormente, Pontificia Universidad Católica de São Paulo Olavo de Oliveira Neto (Doctor y Maestro de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC / SP) presenta el texto denominado *Poder general de coerción en el sistema de procedimiento civil brasileño*. El objetivo principal de este artículo es examinar el actual sistema procesal brasileño, instituido a partir de la entrada en vigor del Código de procedimiento civil de 2015, que otorga al juez la facultad de aplicar medidas de ejecución atípicas para hacer cumplir la protección ejecutiva. Este poder, llamado 'Poder general de coerción', tiene como regla general el art. 139, IV, del CPC, que produce eficacia sea cual sea el tipo de protección ejecutiva, el tipo de procedimiento o el grado de jurisdicción. También se aplica a los procesos que tienen como objeto una obligación pecunaria, siempre que la medida sea necesaria y pertinente, frente al caso particular, para la satisfacción de una obligación no cumplida.

A continuación, el abogado litigante Isaac Marcelo Basaure Miranda (Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco) presenta el artículo denominado *Criterios hermenéuticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho a la salud*. El objetivo del presente artículo es identificar los principales criterios hermenéuticos aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte

IDH) en materia de derecho a la salud. La metodología empleada consistió en el análisis normativo de la jurisprudencia de dicho órgano judicial, de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la doctrina vinculada al tema objeto de estudio, utilizando para ello el método teórico analítico. Se concluye que el derecho a la salud, en el ámbito convencional, ha sido reconocido por la Corte IDH como autónomo, progresivo, susceptible de justiciabilidad directa, indivisible e interdependiente.

Finalmente, el profesor de la Universidad de Extremadura Isidoro Casanueva Sánchez (Licenciado en Derecho y Doctor en Derecho). En este artículo se analiza como la adopción de menores por parejas homosexuales es un fenómeno reciente que plantea numerosos interrogantes, tanto desde su concepción, aceptación y reconocimiento internacional, que pueden generar conflictos entre derechos fundamentales, a nivel interno pero también a nivel internacional. En este texto se abordan algunas tensiones y discusiones surgidas en la doctrina y la jurisprudencia junto a sus implicaciones prácticas.

De esta forma, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia pone a disposición de la comunidad académica nacional e internacional un nuevo número de Pensamiento Jurídico, con el ánimo de contribuir a los debates actuales del mundo del derecho en sentido amplio abordando discusiones pertinentes sobre la evolución del derecho colombiano en perspectiva comparada y su funcionamiento práctico.

**BERND MARQUARDT**

Director

Revista Pensamiento Jurídico



# América Latina y la teoría poscolonial: revisión crítica de un trasplante teórico

## Latin America and postcolonial theory: a critical review of a theoretical transplant

Bernd Marquardt\*

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2021

Fecha de aprobación: 4 de octubre de 2021

### RESUME

El presente artículo propone un debate crítico sobre el pensamiento pos/decolonial que se ha popularizado ampliamente en América Latina durante los últimos años. Por una parte, pregunta si una cosmovisión que argumenta con base en visiones históricas, dispone realmente de una fundamentación geohistórica y comparativa consistente; por la otra, examina una variedad de contradicciones de corte político-ideológico, revisando si no ha surgido, en el marco de un posmodernismo ambiguo, una especie de hermana derechista de la clásica teoría de las dependencias que no duda en promover un etnocentrismo

neo-völkisch. También se presentan dos propuestas para salir del dilema teórico-metodológico: la perspectiva mundial y el entendimiento de la estructuración hegemónica-transnacional de la era pos-1940 y su forma de vida imperial, sin especular sobre continuidades lineales desde Colón. Finalmente, se pretende contextualizar la más reciente y drástica manifestación de este último sistema de poder, en forma del transnacionalismo corona-autocrático del 2020.

**Palabras clave:** poscolonialismo y decolonialismo, gran transformación y perspectiva mundial, monarquía compuesta y virreinato, revolución y república, historia estatal y constitucional,

\* Profesor titular en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Fundador y director del grupo de investigación CC - *Constitucionalismo Comparado* (5 veces A1) e investigador sénior en Minciencias. Realizó el Doctorado en Derecho con *summa cum laude* (1999), sus estudios postdoctorales (2000) y su segundo doctorado superior –la *Habilitation* centroeuropea (2003)– en la Universidad de Sankt Gallen en Suiza. Dispone de otro postdoctorado en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (2018). Es magister, incluyendo el pregrado en Derecho (*Juristisches Staatsexamen*, 1995) de la Universidad Georgia Augusta de Göttingen en Alemania. Ha enseñado, entre otros, en las universidades de Sankt Gallen (Suiza), Zürich (Suiza), Göttingen (Alemania), Linz (Austria), Autónoma de Saltillo (México), Nacional de Colombia, Libre y Santo Tomás (Bogotá), de Medellín y Surcolombiana (Neiva). En la UNAL es coordinador académico del Doctorado en Derecho. Tiene actualmente 228 publicaciones, con 26 libros completos, incluyendo los dos tomos de la *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural* (2019 y 2020), los dos tomos de la *Teoría integral del Estado* (2018), *Ius contra bellum* (2017), *Historia constitucional comparada de Iberoamérica* (2016), *Derechos humanos y fundamentales* (2015) y *La historia del Estado moderno en Asia y África del Norte* (2014). Correo electrónico: b.marquardt@gmx.ch

dependencias y jerarquías mundiales, huella ecológica y social, forma de vida imperial y eco-imperialismo.

## ABSTRACT

This article proposes a critical debate on post-decolonial thinking that has become widely popular in Latin America in recent years. First, it asks whether a worldview that argues based on historical views really has a consistent comparative and geohistorical basis; second, it examines a variety of contradictions of a political-ideological nature, examining whether, within the framework of an ambiguous postmodernism, there has not emerged a kind of right-wing sister to the classical theory of dependencies that does not hesitate to promote a ethnocentrism neo-völkisch. Two propo-

sals are also presented to get out of the theoretical-methodological dilemma: the world perspective and the understanding of the hegemonic-transnational structuring of the post 1940 era and its imperial way of life, without speculating on linear continuities since Columbus. Finally, it is intended to contextualize the most recent and drastic manifestation of this latest power system, in the form of the corona-autocratic transnationalism of 2020.

**Keywords:** postcolonialism and decolonialism, great transformation and world perspective, compound monarchy and vicerealty, revolution and republic, state and constitutional history, world dependencies and hierarchies, ecological and social footprint, imperial way of life and eco-imperialism.

## INTRODUCCIÓN

El presente escrito pretende una revisión crítica de las ascendientes teorías pos y decoloniales en las ciencias sociales y humanas, teniendo en cuenta que estos enfoques han salido de su fase inicial en la sombra y que están cada vez más presentes en múltiples debates –a veces, como simples palabras clave, en otras ocasiones con pretensiones teorizantes y, además, al estilo de políticas de identidad–. Cuando se formula una crítica de teorías que se autocalifican como críticas, parece oportuno, en pro de la transparencia y para prevenir malentendidos, aclarar qué es lo que *no* se critica: el autor comparte plenamente la crítica del eurocentrismo, la preocupación por estructuras mundiales de poder que se centran en algunos pocos Estados alfa, la inquietud con el neoliberalismo economista, la necesidad de visibilizar sistemas de explotación transnacionales, la oportunidad del enfoque socio-cultural que incluye a los marginados, el interés por poblaciones rurales, la visión socio-ambiental, el rechazo del racismo y la necesidad de una memoria anticolonial, entre otros. Se recomienda expresamente escuchar a autores de lugares como el África subsahariana que dudan del gran *mito de occidentales libero-conservadores* sobre la eterna bondad civilizatoria de Europa que dirigiría sabiamente al mundo –solo interrumpida excepcionalmente por desviaciones delimitadas y circunscritas como el holocausto–, pues estos otros mundos tienen buenos argumentos para una contrahistoria sobre una brutal y opresora que está enamorada acriticamente de sí misma<sup>1</sup>. Eventualmente, ahora el lector puede estar confundido y se pregunte dónde podrían existir eventuales disonancias con el pensamiento poscolonial y su brazo latinoamericano.

Son *grosso modo* tres críticas que se formulan a ese planteamiento. Primero, el modo de uso de la historia al estilo de un *constructivismo posfáctico libre* llena el pasado con *proyecciones* ajenas a las fuentes primarias, hasta que este pasado se adecúa a las preevaluaciones de la eterna maldad europea frente a un buen mundo indefenso, lo que tiende a desviar a investigadores y estudiantes de miradas objetivas tanto al Antiguo Régimen hispanoamericano de los siglos de 1519 a 1810 como a la *gran transformación* republicana de inicios del siglo XIX. Segundo, el *trasplante teórico* de un conjunto de teorías creadas para la descolonización afro-asiática a partir de 1945 a contextos latinoamericanos no cuestiona suficientemente si existen condiciones suficientes para esta igualación comparativa en términos temporales (¡con referencia a 1810 en vez de 1945!) y socioculturales. Tercero, la idea atemporal que parte de similitudes entre el

1 Es instructiva la controversia alemana sobre el poscolonialista camerunés Mbembe en 2020: cuando dicho científico ‘relativizó’ la afirmada singularidad del holocausto por contextualizarlo colonialmente y entendió a Israel como potencia colonial occidental que oprimía a los palestinos, el conservadurismo alemán intentó estigmatizar este africano como presumido, racista (sic.) y antisemita. Análisis en inglés: Capdepón, Ulrike y Moses, Dirk. “Introduction”, en *Journal of Genocide Research*, vol. 23, No. 3, Abington, Routledge, 2021, pp. 371-373.

sistema de hegemonía mundial estadounidense del siglo XXI –que podemos llamar provisionalmente globalismo neoliberal– y las modalidades de poder del siglo XVI tiene el efecto de que se desvía del carácter novedoso de las técnicas de poder del régimen actual que han surgido desde finales de las *guerras pentárquicas* (1914-1945). De esta manera, el artículo se dedicará a cuestiones de plausibilidad y utilidad del conjunto teórico señalado con respecto a la historia estatal, constitucional y del derecho en general –incluyendo la historia del tiempo presente y sus tendencias hacia el futuro–, basándose principalmente en lo que el autor ha llamado en sus anteriores publicaciones *la escuela sociocultural y transnacional de la historia del Estado y su derecho (público)*<sup>2</sup>.

Cabe destacar que, en el presente artículo, se entenderán las expresiones *poscolonialismo* y *decolonialismo* como sinónimos para denominar la misma agrupación teórica. Dentro de un marco de paradigmas comunes, los autores son heterogéneos, pero las subescuelas tampoco coinciden con estas dos expresiones. Subsiguientemente, el artículo usa *poscolonialismo* como el término genérico que incluye la expresión hermana, pese a una cierta preferencia latinoamericana de esta última.

Las teorizaciones con el sello poscolonial nacieron a finales de la década de 1970 en el marco de la autodepuración de las ciencias de los estudios orientales, islámicos, árabes e indológicos –en universidades occidentales– de la terminología y los imaginarios de la superada era del imperialismo industrial. Como su texto fundador, el poscolonialismo mismo considera el libro *Orientalismo* del científico literario estadounidense –de padres árabes-palestinos– Edward Said de 1978<sup>3</sup>. Sin embargo, en contraste con la perspectiva entusiasta de sus seguidores, la obra no fue retomada de manera benevolente en las ciencias históricas, principalmente por su bajo nivel de conocimiento de los países árabes, turcos e hindúes a los cuales se refiere. Por inculpar a Occidente de una casi eterna constante de abusos, desconoce que imperios orientales como el otomano eran competidores en pleno pie de igualdad hasta finales del siglo

- 2 El autor se refiere a obras propias como: Marquardt, Bernd. *El Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, Bogotá, UNAL, 2014. Íd. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, Bogotá, Ibáñez, 2016. Íd. *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*, Tomos 1-2, Bogotá, Ibáñez, 2019 y 2020. Íd. *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, Tomos 1-2, Bogotá, Ibáñez, 2018. Íd. “El salto sistémico de 1811-1825 en Nueva Granada-Colombia, con un enfoque particular en la constitución de 1821” en Íd. *et al.*, eds., *La Constitución de Cúcuta de 1821 en su contexto. Anuario X de CC*, Bogotá, Ibáñez, 2021, pp. 15-180.
- 3 Said, Edward. *Orientalism*, Nueva York, Vintage, 1978 (trad. española de 2003). Réplicas: Lewis, Bernard. “The Question of Orientalism” en *The New York Review of Books*, junio 24 de 1982, pp. 1-20. Warraq, Ibn. *Defending the West. A critique of Edward Said's Orientalism*, Amherst, Prometheus, 2007.

XVIII, de modo que se cimienta el imaginario geo-centrado en vez de superarlo, en contraste con obras más respetuosas y equilibradas como el *Re-Orient* de André G. Frank de 1998 que señala una “era del predominio asiático” hasta finales del Antiguo Régimen<sup>4</sup>.

Igualmente, en la ola fundadora del paradigma poscolonial, resultaban inspiradoras obras como *Can the subaltern speak?* de la literata pittsburguesa-neoyorkina –de raíz india– Gayatri C. Spivak de 1988 y *Provincializing Europe* del historiador chicaguense –de raíz india– Dipesh Chakrabarty de 2000<sup>5</sup>. A veces, se adoptaron autores más antiguos que habían sido simplemente anticoloniales, como Frantz Fanon<sup>6</sup>. En el siglo XXI, puede observarse una transferencia teórica de lo dedicado a Asia y África<sup>7</sup> hacia América Latina, alrededor de obras como la *Coloniality of Power* del sociólogo binghamptoniano (neoyorkino) –de raíz peruana– Aníbal Quijano de 2000, *The Idea of Latin America* del semiólogo neocarolino –de raíz argentina– Walter D. Mignolo de 2005 y *Decolonizing Post-Colonial Studies* del californiano –de raíz puertorriqueña– Ramón Grosfoguel de 2011<sup>8</sup>. Este panorama subraya un fuerte *nexus* de los autores con la comunidad científica estadounidense, al estilo de profesores de dicha potencia que trabajan en inglés, con raíces en comunidades de migrantes, de modo que es dudoso el postulado carácter de teorías auténticas de un *sur global*, pues el lugar referencial es el coloso imperial del presente y no la resistencia contra aquel desde afuera. Solo en el segundo paso, después de establecer la rama del pensamiento, participaron múltiples autores y grupos efectivamente *in situ*, incluyendo debates del profesorado colombiano de énfasis sociojurídico, con referencias abiertas o

- 4 Frank, Andre G. *ReOrient. Global Economy in the Asian Age*, Berkeley, UC, 1998 (trad. española en 2008).
- 5 Spivak, Gayatri C. “Can the subaltern speak?”, en Nelson, Cary y Grossberg, Lawrence, eds., *Marxism and the Interpretation of Culture*, Chicago, UOI, 1988. Chakrabarty, Dipesh. *Provincializing Europe*, 2ª ed., Princeton, PUP, 2007. Para un panorama: Castro V., María y Dhawan, Nikita. *Postkoloniale Theorie*, 3ª ed., Bielefeld, Transcript, 2020, pp. 99 y ss, 161 y ss, 330 y ss. Young, Robert J.C. “¿Qué es la crítica poscolonial?”, en *Pensamiento Jurídico*, No. 27, Bogotá, UNAL, 2010, pp. 281-294.
- 6 Fanon, Frantz. *Les damnés de la terre*, París, La Découverte, 1961.
- 7 Perspectiva africana: Mbembe, Achille. *De la postcolonie*, 2ª ed, París, Karthala, 2005.
- 8 Quijano, Anibal. “Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America”, en *Nepantla*. vol. 1, No. 3, Durham, Duke Univ., 2000, pp. 533-580 (publicado en castellano en 2014). Mignolo, Walter D. *The Idea of Latin America*, Malden, Blackwell, 2005 (trad. castellana de 2007). Grosfoguel, Ramón. “Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political Economy”, en *Transmodernity*. vol. 1, No. 1, Berkeley, UC, 2011, pp. 1-36. **Íd. y Castro-G., Santiago, eds.,** *El giro decolonial*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007. Grupo de Estudios Sobre Colonialidad. “Modernidad / Colonialidad / Descolonialidad. Aclaraciones y réplicas desde un proyecto epistémico en el horizonte del bicentenario”, en *Pacarina del Sur*, No. 4, 2010, pp. 1-10.

por lo menos curiosas al imaginario poscolonial<sup>9</sup>. Así, América Latina permitió de nuevo su hegemonización intelectual desde EE.UU. Normativamente, las constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009 adoptaron las respectivas retóricas, pues la primera se entendió como “hereder[a] de las luchas sociales de liberación frente todas las formas de dominación y colonialismo”, mientras la segunda se refirió al “sufrim[iento] de los funestos días de la colonia” y a “deja[r] en el pasado el Estado colonial”. Paralelamente, surgió la crítica de la teorización poscolonial, por ejemplo la conceptual de Jeff Browitt y Sergio Pignuoli, así como la marxista –entre otros, del sociólogo Vivek Chibber– que duda de que el predominante enfoque culturalista y lingüístico podría ser apto para entender los factores materiales que determinan las relaciones de poder y los modos de marginación<sup>10</sup>.

En general, este artículo desiste de la tentación de resumir detalladamente los autores particulares, para lo que se recomienda la lectura de los textos originales citados. Más bien, se enfoca en el análisis paradigmático de una cierta

- 9 Por ejemplo, a partir de 2006, trabajó el *Colectivo de estudios poscoloniales/ decoloniales*, fundado por Farid Benavides en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Comp. Benavides V., Farid S., ed., *La constitución de identidades subalternizadas en el discurso jurídico y literario colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, UNAL e Ibáñez, 2008, pp. 37 y ss, 78 y ss. Además: Andrade G., Víctor M. “La teoría crítica y el pensamiento decolonial”, en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. NE, año LXV, No. 238, México, UNAM, 2020, pp. 131-154. Borrero G., Camilo. *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia*, Bogotá, UNAL, 2014, pp. 203 y ss. Galindo, Adrián. “El campo del pensamiento decolonial latinoamericano”, en *Religación*. vol. 5, No. 25, Quito, CICSJ, 2020, pp. 14-26. Gómez V., Martha I. *et al.* “Estudios decoloniales y poscoloniales”, en *Ratio Juris*, vol. 12, No. 24, Medellín, Univ. Autónoma, 2017, pp. 27-60. Lander, Edgardo. “Ciencias sociales, Saberes coloniales y eurocéntrico”, en *Íd.*, ed., *La colonialidad del saber*, Buenos Aires, CLACSO, 2000. Losada C., Jhon J. “Los estudios poscoloniales y su agenciamiento en el pensamiento crítico latinoamericano”, en *Criterios*. vol. 4, No. 1. Bogotá: USB, 2011, pp. 251-287. Maldonado-T., Nelson. “El Caribe, la colonialidad, y el giro decolonial”, en *Latin American Research Review*. vol. 55, No. 3, Pittsburgh, LASA, 2020, pp. 560–573. Mejía Q., Óscar y Hincapié C., Diana. *Posontológico, posfuncional, posjurídico*, Bogotá, UNAL, 2021 (en particular, el capítulo “Elementos para una teoría decolonial del derecho”). Ortiz O., Alexander L. *et al.* “Pensamiento decolonial y configuración de competencias decoloniales”, en *Revista Ensayos Pedagógicos*, vol. XIV, No. 1, San José, UNCR, 2019, pp. 203-233. Restrepo, Eduardo y Rojas, Axel. *Inflexión decolonial*, Popayán, Unicauca, 2010. La lista no reclama completitud.
- 10 Browitt, Jeff. “La teoría decolonial. Buscando la identidad en el mercado académico”, en *Cuadernos de Literatura*, vol. XVIII, No. 36, Bogotá, PUJ, 2014, pp. 25-46. Pignuoli O., Sergio. “La crítica de la colonialidad del poder en cuestión”, en *Cahiers des Amériques Latines*, No. 93, París, IHEAL, 2020, pp. 155-172. Chibber, Vivek. *Postcolonial Theory and the Specter of Capital*, Londres, Verso, 2013. Véase también: Almond, Ian. “Anti-Capitalist Objections to the Postcolonial”, en *Ariel*, vol. 43, Baltimore, JHU, 2012, pp. 1-21. Castro V. y Dhawan, *Postkoloniale Theorie, op. cit.*, pp. 297 y ss.

cosmovisión, asumiendo el nivel de abstracción que se considera adecuado para una desconstrucción que repiensa eventuales desvíos y caminos equivocados. Por eso, puede ser que no todo autor poscolonial se reconozca en la totalidad del espectro revisado, pero también en este caso, debería repensarse en qué medida participa en constituir módulos que la comunidad de hinchas del poscolonialismo recompone y simplifica.

Como denominador común del conjunto de teorías poscoloniales, puede identificarse que estas entienden como el fenómeno clave de la historia universal del último medio milenio, la conquista del mundo por un colectivo identificado como ‘los europeos’, que se declara responsable de los problemas del presente de otro colectivo llamado genéricamente ‘el sur’, bajo un diseño etnocéntrico de este ‘sur’ y la insistencia moralizante en una dialéctica global de tipo victimario-víctima. De modo extensivo, se etiqueta casi toda realidad indeseada del pasado y presente de ‘el sur’ con el adjetivo *colonial*, sin limitarse a fenómenos entendidos por la comprensión común dentro de esta categoría. Se aplica un estilo inconfundible con base en las modas lingüísticas del posmodernismo y posestructuralismo occidental, pronunciándose a través de una terminología de corte vanguardista, extravagante, *hip* y *cool*, alrededor de neologismos como eurocentrismo, occidentalidad, colonialidad del poder/saber, subalternidad, otredad, y de sintagmas de uso común entre los autores como *epistemología del sur*, lo que encarna tendencias dogmatizantes. De manera salvadora, se reclama llevar a cabo un *giro*, aunque por ejemplo la mirada a los titulados como subalternos no es nada novedoso en los ojos de los que conocen la historiografía socio-cultural que ya predomina desde los años 50 del siglo XX. Tampoco puede reclamarse como novedosa la perspectiva crítica del colonialismo en sí misma que representa, desde 1945, prácticamente un consenso en la ciencia europea y americana<sup>11</sup>. No obstante, debido a su sobrecentración en la colonialidad, la bibliografía poscolonial se desvía del verdadero fenómeno clave de la historia mundial ‘moderna’ que se configuró alrededor de 1800, esto es la *gran transformación* ilustrada e industrial que rompió con el Antiguo Régimen agro-civilizador, con puntos de partida geopolíticamente identificables y subsiguientes olas de difusión a lo largo del planeta.

La teoría poscolonial se refiere intensamente a cuestiones históricas, pero el típico autor de este espectro no es ni catedrático de historia general ni de historia especializada como aquella del Derecho. Al revisar las hojas de vida,

11 Con excepciones como la legislación francesa de 2005 que obligó al sistema educativo a transmitir una memoria positiva del colonialismo francés; sin embargo, esta fue revocada en vista de masivas críticas en 2006.

prevalecen científicos de la literatura, sociólogos, filósofos y ensayistas<sup>12</sup>. No siempre ponen en duda su nivel de conocimiento de la historia y de los métodos historiográficos, debido a la prevalencia del interés moral en representar una memoria considerada políticamente correcta<sup>13</sup>, en lo que varios resumen comprensiones del pasado de horizonte popular y escolar, enriqueciéndolas con la terminología de su propio conjunto teórico. Al examinar las bibliografías consultadas, se evidencian frecuentemente vacíos en torno al análisis de las autoridades especializadas y los actuales debates de revisión<sup>14</sup>, mientras se citan preferiblemente a los fundadores de su propia teorización y a los demás cercanos en una retroalimentación endógena. En las bibliografías secundarias prevalecen generalistas y casi nunca se trabaja con fuentes primarias. Parece que la crítica poscolonial de la epistemología occidental sirve también para una cierta facilidad metodológica. Por eso, no debe sorprender el malestar que exponen frente a estas obras, historiadores expertos como Jan Jansen y Jürgen Osterhammel en sus análisis de la descolonización<sup>15</sup>.

El siguiente estudio se compone de cinco apartados. En primer lugar, se dedica a la pregunta clave de la fundamentación histórica y espacio-temporal, planteando la cuestión básica de si es plausible entender América Latina dentro del contexto de un colonialismo prolongado posteriormente a un más represivo colonialismo formal, lo que requiere, como precondition lógica, un duro colonialismo anterior que se expresa en la sílaba “pos”. En segundo lugar, pregunta por otras eventuales contradicciones en la composición ideológico-política. El tercer y el cuarto apartado desarrollan algunas alternativas teóricas, sin salir ni del espectro anti-eurocéntrico ni del anti-hegemónico. En quinto lugar, se busca visibilizar la relación con la crisis mundial del presente en forma del transnacionalismo nacional-higienista, para terminar con algunas conclusiones

## 1. ¿ES PLAUSIBLE ENTENDER AMÉRICA LATINA DENTRO DE UN CONTEXTO POSCOLONIAL?

El brazo latinoamericano de la escuela poscolonial tiende a interpretar –en plena tradición de la anterior historiografía colonial– la transformación republicana de

12 Comp. los autores citados en las notas a pie de página 3, 5, 7-10. En otras palabras, esta crítica no se refiere a brazos historiográficos que, con base en alguna concepción de colonia, intentan defender el carácter colonial de las Indias.

13 *Fake history* según el historiador: Flaig, Egon. “Demokratie und Dankbarkeit”, en *NZZ*, De 7.8.2017 (URL en bibl. final).

14 Véanse p. ej. las obras en la nota a pie de página 28.

15 Jansen, Jan C. y Osterhammel, Jürgen. *Dekolonisation*, Múnich, Beck, 2013, pp. 115 y ss.

1810-1825 como un presumido acto de descolonización<sup>16</sup>, bajo la advertencia de la incompletitud de la salida de la dependencia. De tal manera, no solo se proyecta a más de un siglo anterior a su existencia, el concepto de descolonización, que fue formulado originalmente por el economista alemán Moritz J. Bonn en 1932 y que pertenece nuclearmente a la era posterior a 1945 –en particular, a partir de la Resolución 1514 de 1960 de las Naciones Unidas–<sup>17</sup>, sino también se retoma benevolentemente la primera mitad del *mito libertador* de la antigua historiografía patria –la victoria rebelde de Bolívar y otros– mientras se critica la otra –la incompletitud–. El problema de perspectiva no consiste tanto en suponer una eventual autocolonización *posterior* a la revolución burguesa-liberal de 1810-1825, sino en presentarla como la larga sombra de una presumida antehistoria lineal desde los días de Colón. Si se entiende la característica principal de las modernas dependencias insanas en la estructuración global por el economismo industrial (capitalismo), puede sostenerse, junto con el iusinternacionalista nicaragüense Augusto Zamora<sup>18</sup>, que el mismo empezó a expandirse en Hispanoamérica –originalmente todavía de modo gradual y lento– con el endeudamiento británico de los *libertadores* de la década de 1820 y se aceleró sustancialmente a través de la hegemonía estadounidense desde la década de 1940.

A continuación, se plantean once líneas de reparos.

## 1.1. Repensar la cercanía y distancia temporal

Una de las dudas conceptuales más fuertes contra la aplicabilidad de las hipótesis poscoloniales a América Latina se refiere a la distancia temporal. Mientras dicho enfoque teórico nació originalmente con respecto a la *reciente* descolonización asiática y africana entre 1945 y 1980 con sombras inmediatas hasta el horizonte de experiencia de los autores fundadores que eran hijos de colonizados –al lado de una gran plausibilidad de que diversos países subsaharianos continuaban efectivamente como poscolonias en vez de Estados materialmente soberanos–, su transferencia a América Latina se refiere a formaciones estatales que ocurrieron hace dos siglos, sin esta inmediatez de experiencia, con muchos cambios generacionales en el tiempo intermedio y múltiples decisiones propias de los respectivos gobiernos más o menos constitucionales en diseñar el camino considerado conveniente.

16 Entre otros: Thurner, Mark. *After Spanish Rule. Postcolonial Predicaments of the Americas*, Durham, DUP, 2003.

17 Bonn, Moritz J. *Economics and politics*, Boston, Houghton Mifflin, 1932. Comp. Jansen y Osterhammel. *Dekolonisation, op. cit.*, pp. 7 y ss.

18 Zamora R., Augusto. *Malditos libertadores. Historia del subdesarrollo latinoamericano*, Madrid, Siglo XXI, 2020.

En ello, muchos observadores subestiman que casi todas las repúblicas latinoamericanas<sup>19</sup> son más antiguas que aproximadamente las cuatro quintas partes de los Estados europeos de la actualidad, pues de modo *soberano* nacieron después de la década de 1820: Bélgica (1830), Grecia (1830), Suiza (1848), Italia (1861/ 1870), Mónaco (1861), Austria (1866 [1806]/ 1918/ 1945), Luxemburgo (1866), Liechtenstein (1866), Alemania (1871), Rumania (1878), Serbia (1878 [1992/ 2006]), Montenegro (1878 [2006]), Bulgaria (1878/ 1908), Noruega (1905), Albania (1912), Finlandia (1917), Polonia (1918), Irlanda (1922/ 1931), Islandia (1944), Chipre (1960), Malta (1964), Chipre del Norte (1983), Lituania (1991), Letonia (1991), Estonia (1991), Eslovenia (1991), Croacia (1991), Macedonia (1991), Moldavia (1991), Transnistria (*de facto* 1991), Ucrania (1991 [1917]), Bielorrusia (1991), Bosnia (1992), Andorra (1993), República Checa (1993 [1918]), Eslovaquia (1993) y Kosovo (2008). Algunos se basaron en anteriores subunidades territoriales sin soberanía, pero en general, comparando con la situación alrededor de 1750, sería aventurado calificar las fronteras intraeuropeas como naturales. En particular, sería una extensión teórica extravagante declarar la histórica Italia central una ex colonia papal, la histórica Bohemia (Chequia) una ex colonia austríaca (o romano-germánica), la histórica Hungría superior (Eslovaquia) una ex colonia húngara, la costa dalmata de Croacia una ex colonia veneciana, la Finlandia una ex colonia sueca, *etc.*, solo porque faltó presumidamente la autodeterminación según las nacionalidades de *hoy* –que no existieron en el Antiguo Régimen–. Sin embargo, se observan también los primeros intentos de transferencia de los modelos poscoloniales a Europa oriental<sup>20</sup>. De todos modos, a partir de la primera partición polaco-lituana de 1772, se dieron profundos procesos de perturbación del sistema de Estados, relacionados con el ascenso de un nuevo tipo de Estado nación en el marco de la *gran transformación*, su era de las revoluciones y el régimen iusinternacional de la anarquía de la soberanía durante el *largo siglo XIX* y su posludio, es decir, algo que no debe considerarse tan diferente de la desmembración violenta de la bihemisférica monarquía hispánica entre 1810 y 1825, impulsada por el colapso del centro estatal en las pasajeras conquistas napoleónicas del continente europeo.

Comparando las dimensiones espacio-temporales, puede contrastarse también la larga duración del desarrollo intrahispánico de las cordilleras americanas –alrededor de medio milenio– con las muy breves presencias de la estatalidad europea en otras partes del mundo, por ejemplo, en un típico país subsahariano como Tanzania menos de ocho décadas de 1885 a 1961 o en un típico país árabe como Siria menos de tres décadas de 1918 a 1946. En esta última ex provincia otomana, queda casi nada de la breve presencia francesa, mientras se detectan

19 Excepto Cuba y Panamá y, parcialmente, el caso especial de la República Dominicana.

20 Comp. p. ej. los hasta entonces 8 tomos de la serie *Postcolonial Perspectives on Eastern Europe* de la ed. Lang.

más elementos en el mundo subsahariano, debido al fenómeno de la estatalización originaria de ex sociedades pre-estatales en el marco del imperialismo industrial, pero tampoco logran acercarse a la profundidad iberoamericana. Debe ser claro que el camino intrahispánico de las cordilleras es plenamente comparable con la durabilidad intrahispánica del sur de la península Ibérica (Granada) o la otomana-turca de Estambul.

## 1.2. La igualación artificial de la no semejanza de imperios preindustriales y el imperialismo industrial

De igual modo, el típico representante del paradigma poscolonial no distingue suficientemente entre formas divergentes de la expansión europea en épocas y contextos con perfiles y actores diferentes. Mientras expertos como Osterhammel y Jansen insisten en la necesidad de diferenciar entre divergentes formas del colonialismo –presentando la estatalidad española en América como una mezcla que combinó el modelo *romano* y *chino* del tradicional imperio conquistador con un colonialismo poblador<sup>21</sup>, la teoría poscolonial tiende a igualar en su categoría genérica de la colonialidad tanto el imperialismo industrial –principalmente anglo-francés– del siglo central entre 1850 y 1950 como las expansiones agro-civilizatorias del Sacro Emperador Romano Carlos V y su hijo en el siglo XVI, sin dedicarse suficientemente a la ruptura fundamental de alcance universal que se inició alrededor de 1800 y que impide toda fuerza explicativa de esta igualación.

Consecuentemente, los poscolonialistas se abstienen de comparar la *Monarquía de las Españas e Indias* con los demás grandes imperios pre-industriales de su propia época –como el qing de Beijing, el mogol de Agra y Shahjahanabad (Delhi) en la llanura indo-gangética, el safávida-neopersa de Isfahán y el otomano de Kostaniyye (Estambul)<sup>22</sup>–, pese a que eran estructuralmente más similares, en contraste con la configuración acentuadamente divergente del dominio mundial del dúo anglo-francés después del *salto sistémico*<sup>23</sup>. Los representantes del poscolonialismo tienden a subestimar el papel de estos imperios orientales

21 Osterhammel, Jürgen y Jansen, Jan C. *Kolonialismus*, 7ª ed., München, Beck, 2012, p. 14 (trad. castellana de 2019).

22 Sobre su significado mundial en esta época: Marquardt, Bernd. *El Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014)*, op. cit., pp. 17 y ss, 45 y ss. Íd., *Teoría integral del Estado*, t. 1, op. cit., pp. 544 y ss, 572 y ss. Frank, Andre G. *ReOrient. Global Economy in the Asian Age*, op. cit. McNeill, William H. “The Age of Gunpowder Empires, 1450-1800”, en Adas, Michael, ed., *Islamic and European Expansion*, Philadelphia, Temple Univ. Press, 1993, pp. 103-140.

23 Concepto de Marquardt, Bernd. *El salto sistémico de 1811-1825*, op. cit., pp. 15 y ss.

en la historia mundial, aunque actuaban, hasta finales del siglo XVIII, como competidores serios de Occidente sin déficit militar –en las guerras otomanas-europeas de los siglos XVI y XVII predominaban los turcos que incluso sitiaron dos veces la capital romano-germánica de Viena– y se presentaban también más desarrollados en términos socioeconómicos, pero la preferida narración del eterno abuso occidental como el presumido gran motor de la historia universal del último medio milenio, los hace ciegos para estos fenómenos, con el efecto poco convincente de interesarse por potencias beta del Antiguo Régimen como Inglaterra en vez de potencias alfa como China. El mapa 1 transmite una idea de la geografía imperial expuesta.



**Mapa 1.** Subestimada: la geografía de los ocho grandes imperios agro-civilizatorios de los siglos XVI-XVIII, de oriente a occidente: el japonés (tokugawa), el chino, el mogol, el persa (safávida), el otomano, el ruso, el romano-germánico (Sacro Imperio Romano, SIR) y la Monarquía española (ME). Los demás territorios efectivamente estatalizados del mundo se muestran en gris semi-claro y las sociedades pre-estatales en blanco. Ni Inglaterra ni Francia pertenecieron al grupo alfa<sup>24</sup>.

En la misma línea, el imaginario poscolonial tampoco registra adecuadamente las diferentes estructuras de las sociedades estatales pre y postransformadoras. Mientras en el imperialismo industrial de 1850 a 1950 aparecieron naciones colectivizadas como beneficiarias de las conquistas en lugares lejanos, la estructura social del Antiguo Régimen agro-civilizatorio era sustancialmente divergente, pues predominó tanto en Castilla como en las cordilleras americanas el patrón segmentario, estamental y feudal con un rey común en la cima sistémica de un modelo estatal complejo que ha sido caracterizado con precisión como *monarquía compuesta*, con virreyes que gobernaban las diferentes partes primarias europeas y americanas –con un título propio de reino– en nombre

24 Situación de finales del siglo XVII. Mapa: Bernd Marquardt.

del monarca ausente<sup>25</sup>. Quien se imagina para los siglos XVI-XVIII una lógica postransformadora de la presumida actuación nacional de ‘los españoles’ frente a ‘los neogranadinos’, no reconoce en toda su extensión las características fundamentales de la época en cuestión.

### 1.3. La no percepción de la gran transformación alrededor de 1800

Las escuelas poscoloniales latinoamericanas tienden a una macro-estructuración de la historia mundial, en la cual se iguala el inicio de ‘la conquista’ europea de América en 1492 con el presumido acto fundador de ‘la modernidad’. Sin embargo, esta no fue nada más que una de entre muchas conquistas significativas que la estatalidad preilustrada-preindustrial –orientada plenamente hacia el fin estatal de la expansión militar– efectuaba a lo largo del mundo, al igual que los éxitos paralelos de los demás *gunpowder empires* de entonces como el otomano, ruso, safávida o mogol<sup>26</sup>.

De tal manera, se falla en percibir y contextualizar adecuadamente la *gran transformación* ilustrada e industrial del *largo siglo XIX* que, en su profundidad, solamente puede compararse con la revolución neolítica de 10000 a.C. y la primera revolución estatal alrededor de 3000 a.C. Mientras estas revoluciones antiguas se difundieron desde África del Norte y Asia del Sur, la nueva *gran transformación* fue la primera que se estableció originalmente en Europa, incluyendo las zonas neoeuropeas en las dos Américas, y que se difundió de estos puntos de partida a las demás partes del planeta. Esto no puede simplificarse con la idea de la europeización del mundo, pues *la civilización europea pre-ilustrada y pre-industrial fue la primera víctima de este proceso profundo del*

25 Sobre este concepto: Bravo L., Bernardino. *Constitución y reconstitución*, Santiago, A. Perrot, 2010, pp. 16 y ss. Elliott, John H. “Una Europa de monarquías compuestas”, en Íd. *España en Europa*, Valencia, Univ., 2002, pp. 65-92. Fernández S., Rafael D. “Reflexiones en torno al funcionamiento del aparato de Gobierno de la Monarquía Hispánica”, en Cárdenas G. Salvador y Pampillo B., Juan P., eds., *Historia del derecho*, México, Porrúa, 2014, pp. 99-131, 105. Gil P., F. Xavier. “Visión europea de la Monarquía española como Monarquía compuesta”, en Russell, Conrad, ed., *Las monarquías del Antiguo Régimen ¿Monarquías compuestas?*, Madrid, UCM, 1996, pp. 65-95. Pérez, Joseph. *Historia de España*, Nueva ed., Barcelona, Crítica, 2014, pp. 213 y ss. Reinhard, Wolfgang. *Geschichte der Staatsgewalt*, 2ª ed., Múnich, Beck, 2000, pp. 44 y ss, 66 y ss.

26 McNeill, William. *The Age of Gunpowder Empires, 1450-1800*, op. cit., pp. 103-140.

“desencanto del (antiguo) mundo” que cambió, nada menos, que *todo* aspecto de la vida humana<sup>27</sup>.

## 1.4. La duda de la fundamentación conceptual: ¿las Indias de 1519-1810/1825 eran colonias?

De igual forma, el conjunto teórico pos colonial no tiene en cuenta el amplio debate historiográfico sobre la aplicabilidad del *paradigma colonial* a la Hispanoamérica virreinal del Antiguo Régimen (1519-1810/1825), para la cual, particularmente, los autores con conocimientos profundos de los siglos XVI a XVIII y sensibilidades de entender el pasado según sus condiciones propias, se presentan muy reservados frente a tales proyecciones conceptuales<sup>28</sup>. En contraste con el lenguaje popularizado en los colegios, debates políticos y guías turísticos que hablan de la presumida época colonial como algo fuera de toda duda, se busca en vano la terminología colonial y sinónimos en las fuentes primarias provenientes de la era misma. Más bien, apareció la denominación oficial de la *Monarquía de las Españas e Indias* –por ejemplo, en monedas estatales del siglo XVIII–, a través de la cual América era tratada explícitamente de manera incluyente en el nombre de la estatalidad. De igual forma, se aplicaron en los territorios de ambos hemisferios los mismos conceptos de organización político-jurídica como el virreinato, la real audiencia, el cabildo,

27 Véase la bibliografía citada en el capítulo 3. ‘Desencanto’ es trad. de *Entzauberung* en alemán del sociólogo: Weber, Max. *Rationalisierung. Fortschritt und Entzauberung der Welt* (1922). Ed. por Textlogde, Hist. Texte (URL en bibl. final).

28 Revisión crítica del *paradigma colonial* en torno a las Indias: Cardim, Pedro. “Political Status and Identity”, en *Legal History*, No. 24, Fráncfort, Klostermann, 2016, pp. 101-116, 106. García P., Rafael. “Revisiting the America’s Colonial Status under the Spanish Monarchy”, en: Pihlajamäki; Heikki y Duve, Thomas, eds., *New Horizons in Spanish Colonial Law*, Fráncfort, MPI for European Legal History, 2015, pp. 29-73. Lempériere, Annick. “El paradigma colonial en la historiografía latinoamericanista”, en *Istor*, No. 19, México, CIDE, 2004, pp. 107-128. Íd. “La ‘cuestión colonial’”, en *Nuevo Mundo, Mundos Nuevos*, París, EHESS, 2004. Levene, Ricardo. *Las Indias no eran colonias*, 3ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1973. Llinás A., David E. “Constitución y nación entre la resistencia comunera y la carta de 1821 ¿De ‘colonia’ a república independiente?”, en Íd. et al. *La Constitución de Cúcuta de 1821 en su contexto, Anuario X de Constitucionalismo Comparado*, op. cit., pp. 181-282, 225 y ss. Marquardt, Bernd. *El salto sistémico de 1811-1825*, op. cit., pp. 21 y ss. Ortega, Francisco. “Entre ‘constitución’ y ‘colonia’”, en Íd. et al., eds., *Conceptos fundamentales de la cultura política de la independencia*, Bogotá y Helsinki, UNAL y UH, 2012, pp. 61-91, 64 y ss. Pérez, Joseph. *Historia de España*, op. cit., p. 231. Tanck, Dorothy y Marichal, Carlos. “¿Reino o colonia? Nueva España, 1750-1804”, en Velásquez G., Erik et al., eds., *Nueva historia general de México*, México, El Colegio, 2010, pp. 307-353; Zarandona, Juan. “Si las Indias no eran colonias”, en *Tintas*, No. 2, Milán, UniMi, 2012, pp. 55-65.

etc. En un contraste acentuado con los imperialismos de los siglos XIX y XX que establecieron un permanente *estado de excepción* para los colonizados en comparación con la situación constitucional *normal* de sus propios territorios, *las Indias* del Antiguo Régimen estuvieron en un *estado normal* similar a la sociedad castellana de entonces. Cabe destacar que en la autopercepción anterior al debate antisistémico de la época revolucionaria, *las Indias* hispánicas no eran colonias, a diferencia de las *XIII colonias* británicas en Norteamérica. Más bien, los revolucionarios de la generación de 1810-1825 que llevaron a cabo una combinación entre revolución ilustrada y descomposición del hasta entonces conjunto estatal e introdujeron la terminología colonial según la finalidad estratégica de autolegitimarse a través de la estigmatización máxima del sistema anterior.



**Imagen 1.** Un Real de a 8, acuñado en 1770 en la ceca de Potosí, que presenta al monarca Carlos III (1759-1788) como el *Rey de las Españas y de las Indias*<sup>29</sup>.

En cuanto al tratamiento de los virreinos americanos de la *Monarquía de las Españas e Indias*, llama la atención una notable diferencia frente a *todas* las demás exploraciones transmarítimas de Europa en el Antiguo Régimen, pues Portugal, Países Bajos, Inglaterra y Francia se enfocaron unilateralmente en alta mar y selectos puntos *costeros* –sea en forma de sucursales comerciales en un papel tan marginal como útil en algunos puertos de las monarquías más desarrolladas y acomodadas de Asia, como traficantes de esclavos en la pre-estatalidad subsahariana que compraron su mercancía humana de jefes tribales locales, como plantadores del oro blanco de azúcar en el Caribe y Brasil, o como externalizadores para alejarse de minorías religiosas indeseadas en la costa norteamericana–. En contraste, la expansión de Carlos V y sus sucesores se refirió preeminentemente a un dominio *terrestre* sobre poblaciones densas de campesinos en las zonas de la anterior estatalidad incaica y azteca y aquella de la proto-estatalidad muisca, convirtiéndolos en católicos, similar a la expansión anterior al emirato peninsular de Granada que se concluyó en 1492. Estructuralmente, se prolongó la larga dinámica de la colonización del continente europeo mismo –se habla de la transformación de Europa en

29 Fuente: Marquardt, Bernd. *Historia del derecho de Hispanoamérica*, t. 1, *op. cit.*, p. 291.

culturalmente europea en el sentido de la cristiandad romano-católica– que había superpuesto –entre aproximadamente 800 y 1492– tanto diversas zonas de la vecina civilización islámica del Mediterráneo como múltiples sociedades pre-estatales del centro, norte y este europeo. En este marco, Carlos V y su hijo Felipe II fundaron sistemáticamente varias docenas de ciudades en el interior americano según la variante castellana del patrón europeo, lo que convierte a ambos en los padres de aproximadamente el 90% de las ciudades hispanoamericanas del presente. En contraste con todas las demás potencias europeas en América, la de los Habsburgo del sur fue la única que estableció un sistema universitario, lo que subrayó de nuevo la intención de organizar territorios sin déficit en comparación con las normalidades europeas de entonces. Pese al puente atlántico con barcos a vela que, en la época preindustrial, funcionaba más rápida y eficientemente que las vías terrestres, el dominio terrestre en sí mismo mostraba más similitudes con la expansión otomana, safávida y mogol de entonces, los cuales ‘complacieron’ análogamente a sus conquistados con la imposición de la presumida verdadera religión salvadora –en estos casos, variantes del islam–.

En síntesis, para el investigador serio del Antiguo Régimen hispanoamericano resulta aconsejable evitar la terminología colonial que lleva a más malentendidos que aclaraciones.

## 1.5. Falencias en la distinción necesaria entre las categorías de la superación del Antiguo Régimen y una descolonización

En la medida en la que autores proyectan la expresión *colonial* a la Hispanoamérica de los siglos XVI a XVIII, surge típicamente una confusión conceptual, pues no todos tienen claro que en muchas ocasiones se refieren simplemente a configuraciones generales que caracterizaban a sociedades preilustradas y preindustriales como tales. Se relatan con perfiles culturales que tienen que ver con el Antiguo Régimen agro-civilizatorio en sí mismo y que existieron de manera similar adentro de Castilla, Alemania, Francia o Lituania, es decir, no resultaron de particularidades de una sumisión de tipo colonial. Entre otros aspectos, puede señalarse la desigualdad estamental heredada de los respectivos padres, el segmentarismo localista sin ciudadanía general, la tributación rural en forma de servicios laborales sin monetarización completa, las restricciones cotidianas de la llamada buena policía en vez de la libertad general. Consecuentemente, el enfoque poscolonial parte de un malentendido al suponer, en la transición al siglo XIX, una superación de estructuras coloniales, donde en realidad ocurrieron profundas transformaciones y rupturas con el Antiguo Régimen que no

se distinguieron sustancialmente de los esfuerzos paralelos del *salto sistémico* en Europa, aparte de ser más exitosas en las Américas debido a las menores resistencias de élites tradicionales.

## 1.6. La reactivación acrítica de la leyenda negra

Frecuentemente, los seguidores de la teoría poscolonial aplican las gafas de la *leyenda negra española* como una presumida descripción indudable de la época virreinal, pues entra óptimamente en su narración de maldades y culpas. En esta victimología, confunden *Las venas abiertas de América Latina* de 1971 con el estado de investigación, pese a que incluso el ensayista uruguayo Galeano se distanció posteriormente de su famoso escrito como pecado juvenil. Casi siempre, falta el análisis de la doble-raíz de la *leyenda negra española* como propaganda política: en primer lugar, una versión inicial se originó de la pluma de las potencias competidoras de fe protestante en las relaciones internacionales del Antiguo Régimen que buscaron justificar su propio acceso a América a través de la estigmatización y deslegitimación del actor más exitoso en el Nuevo Mundo y, en segundo lugar, la leyenda se consolidó en el entorno del *mito libertador* que construyó el brillo de los revolucionarios de 1810-1825 a través de un contraste con una antítesis del color más oscuro<sup>30</sup>.

De modo extensivo, los cronistas neo-oscuros igualan los breves decenios de la conquista, descritos por el conquistador Las Casas, con la totalidad de la época virreinal. Sin lugar a dudas, las barbaridades iniciales compartieron la crueldad general del belicismo interreligioso de entonces, pero el Sacro Emperador Romano Carlos V impuso rápidamente la juridificación y normalización. Él mismo promovió un cierto nivel de crítica, pues tuvo el interés gubernamental de disciplinar a sus propios guerreros para evitar preventivamente independizaciones de aquellos (como las que ocurrieron casi tres siglos después). De todas maneras, la narración negra ignora las características del régimen virreinal estabilizado y juridificado que predominó a partir de 1550 por más de un cuarto de milenio. Sus seguidores tampoco dudan en circunnavegar un estado de investigación consolidado, como aquel sobre el colapso demográfico americano del siglo XVI, donde la ciencia natural ha llevado al resultado irrefutable de que fue nuclearmente una catástrofe natural, causada por el choque microbiológico entre ambos hemisferios separados desde hace múltiples milenios y la respectiva

30 Análisis crítico de la *leyenda negra*: Bernhard, Roland. *Geschichtsmynthen über Hispanoamerika*, Göttingen, V & R, 2013, pp. 169 y ss. Pérez, Joseph. *Historia de España*, op. cit., pp. 127 y ss, 172 y ss, 262 y ss. Roca B., María E. *Imperiofobia y leyenda negra*, 2ª ed., Madrid, Siruela, 2016, pp. 121 y ss, 291 y ss. Schilling, Heinz. “Del Imperio común a la leyenda negra”, en Wegener, Henning y Vega C., Miguel Á., eds., *España y Alemania*, Madrid, UCM, 2002, pp. 37-61.

inmunización divergente de las poblaciones frente a patógenos de zoonosis, lo que significó un drama pandémico tan inevitable como preprogramado por macrodinámicas socio-ambientales –una correspondiente marcha triunfal de virus y bacterias hubiera ocurrido en el caso de la llegada de los monjes budistas más pacíficos o de conquistadores persas–<sup>31</sup>; no obstante, el paradigma poscolonial incurre en el error histórico de inculpar, sin fundamento real, a España de cometer un genocidio colonizador<sup>32</sup>.

Debido al citado error cardenal de no diferenciar entre la época anterior y posterior al *salto sistémico* de la *gran transformación*, la teoría poscolonial tiende a medir los arreglos de la época pretransformadora del entorno propio con los estándares postransformadores, lo que es un método insostenible que dirige inevitablemente a percepciones de déficit. En ello, no tienen en cuenta ciertas características y mentalidades comunes en todas las monarquías mundiales del Antiguo Régimen, incluyendo la centralidad de la identidad religiosa, sin tomar nota que la misma se manifestó objetivamente en un mayor nivel de fanatismo en las potencias protestantes de los siglos XVI y XVII que sacrificaron más seres humanos en las hogueras de sus procesos de brujería que la Santa Inquisición hispano-indiana en sus juicios religiosos. De igual forma, la *leyenda negra* oscurece la sensibilidad para el hecho comparativo y llamativo de que los campesinos de la estatalidad judicial de *las Indias* castellanas tenían mayores posibilidades de defender sus derechos contra abusos a través de recursos de tipo protoamparo ante los jueces de las Reales Audiencias –en las dos formas de los juicios de agravios y de residencia–<sup>33</sup>, que los súbditos de Londres y París en las llanuras europeas de entonces quienes no disponían de recursos protoconstitucionales semejantes.

- 31 Véase Acuna-S., Rodolfo *et al.* “When Half of the Population died”, en *FEMS Microbiology Letters*, vol. 240, No. 1, Oxford, Univ. Press, 2004, pp. 1-5. McNeill, William H. *Plagues and Peoples*, 3ª ed., Nueva York, Anchor, 1998, pp. 208-241. Raudzens, George. “Outfighting or Outpopulating?”, en Íd., ed., *Technology, Disease and Colonial Conquest*, Leiden, Brill, 2001, pp. 31-57.
- 32 Romero S., Juan J. “¿Descubrimiento o invasión y genocidio?”, en *América Latina en Movimiento*, octubre 12 de 2020 (URL en bibl. final).
- 33 En contraste con el bajo conocimiento general, hay una amplia bibliografía, p. ej.: Arroyo M., Jesús Á. “El origen del juicio de amparo”, en Moreno, Margarita y González, María, eds., *La génesis de los derechos humanos en México*, México, UNAM, 2006, pp. 43-61, 53 y ss. Llinás A., David E. “Constitucionalismo temprano”, en: Íd. y Marquardt, Bernd, eds., *Historia comparada del derecho público latinoamericano del siglo XIX. Anuario VII de Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2018, pp. 141-198, 158 y ss. Malagón P., Miguel. “Antecedentes hispánicos del juicio de amparo y de la acción de tutela”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, No. 1, Bogotá, Unirosario, 2003, pp. 77-113, 84 y ss, 88 y ss. Margadant, Guillermo F. *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18ª ed., Naucalpan, Esfinge, 2001, p. 75.

Entre los efectos problemáticos de la *leyenda negra* destaca una cierta tendencia de renunciar a *todo* estudio profundo de la época anterior a 1810, es decir, en países como Colombia son muy pocas las investigaciones serias sobre el derecho indiano –de *las Indias* = América hispánica– entre 1550 y 1810<sup>34</sup>, y ello se debe a que, al partir de la premisa insalvable de que España fue una potencia colonizadora y genocida, se pierde el interés en estudiar todo aquello sucedido antes de la transformación iniciada ese año. Como retroalimentación negativa, el bajo estado de investigación sobre el Antiguo Régimen virreinal apoya las especulaciones de la cosmovisión poscolonial.

### 1.7. ¿Los bis-bis-etc.-nietos de los conquistadores históricos sirven como descolonizadores?

Otro problema del enfoque poscolonial radica en el hecho de que el mismo desconoce que los grupos que hicieron la revolución burguesa-liberal y separatista de 1810-1825 no estaban compuestos de indígenas oprimidos, sino de las élites hispanodescendientes mismas, es decir, de los bisnietos de los bisnietos –etc.– de los conquistadores del siglo XVI y de los subsiguientes inmigrantes, todos bien acomodados, mientras los campesinos indígenas de los altiplanos andinos tendieron a defender el sistema monárquico acostumbrado contra la revolución liberal-burguesa<sup>35</sup>. En otras palabras, la dinámica revolucionaria se dio *dentro* de la élite hispánica en vez de una sublevación de los que podrían estar expuestos eventualmente como colonizados, lo que inhibe partir de una descolonización. Más bien, élites de origen europeo buscaron una transformación sistémica con base en las últimas ideas políticas y económicas de origen europeo, mientras los indígenas temieron la inmanente intensificación de la presión al cambio cultural que los alejara aún más de sus estimados patrones agrocomunistas.

34 Excepciones: Llinás A., David E. *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Ibáñez, 2013. Marquardt, Bernd. *Historia del derecho de Hispanoamérica*, t. 1, op. cit.

35 Comp. Echeverri, Marcela. *Esclavos e indígenas realistas en la era de la revolución*, Bogotá, Uniandes, 2018, pp. 173 y ss. Gutiérrez R., Jairo. *Los indios de Pasto contra la República*, Bogotá, ICAH, 2007. Herrera E., Enrique. *Agualongo*, Pasto, Alcaldía, 2011. Palacios, Marco y Safford, Frank. *Colombia*, Bogotá, Norma, 2002, pp. 222 y ss. Pérez, Joseph. *Historia de España*, op. cit., p. 434. Según este último, de los 12.600 monarquistas en la *Batalla de Ayacucho* de 1824, solo 600 vinieron de la península, mientras que el resto se compuso de americanos, preeminentemente descendientes incaicos. Indica con ironía y exactitud: “La conquista la hicieron los indios (=aliados provenientes de la resistencia anti-azteca a anti-incaica) y la independencia los españoles”: Pietschmann, Horst. “Kommentar aus der Sicht Lateinamerikas“, en Tobler, Hans W. y Waldmann, Peter, eds., *Lateinamerika und die USA im ‘langen’ 19. Jh.*, Colonia, Böhlau, 2009, pp. 68-80, 70

En efecto, las repúblicas posrevolucionarias del siglo XIX articulaban una clara identidad como Estados neo-europeos de corte cultural hispánica. Habla por sí mismo el hecho de que la naciente república de Bolívar se autodenominó, en 1819, como el país de Columbus, Colón: Colombia. Después de un rápido proceso de reconocimiento –en el cual el único problema jurídico era la duda de legitimidad que tenía el acentuado antiliberalismo de la victoriosa Santa Alianza frente a la raíz revolucionaria sin renuncia del titular anterior, pero ningún prejuicio culturalista–, participaron en la comunidad del derecho internacional europeo –todavía no mundializado–, mientras compartían internamente las líneas culturales de la Europa suroccidental de lenguas romances –desde el derecho civil y penal, pasando por las ideologías políticas hasta la arquitectura y demás arte–, sin percibir esto como déficit de autenticidad.

Para explicar la desmembración de la *Monarquía de las Españas e Indias* entre 1810 y 1825 no se necesita ninguna teoría decolonial, sino simplemente algún conocimiento empírico sobre la historia mundial del Estado, pues era casi una regla general que todo vacío de poder provocaba a aventureros locales con disposición a arriesgarse en el gran juego para llenar este vacío en nombre propio. Los hechos centrales radicaron en el colapso del centro estatal en las guerras revolucionarias-napoleónicas (1792-1815), la división en dos gobiernos competidores en Madrid y Cádiz sin capacidad de actuar (1808-1814), la paralela interrupción del puente atlántico a vela por la guerra marítima en las costas europeas, la actuación terca y arrogante del rey Fernando VII en la restauración de 1814 y la ventana de oportunidades del revolucionario *trienio liberal* en Madrid (1820-1823)<sup>36</sup>. Para contextualizar, se recuerdan los típicos ciclos de las monarquías agro-civilizatorias que no existían para siempre, sino que pasaban por ciclos de vida de algunos pocos siglos, con un ascenso rápido al inicio debido a sus triunfos militares, la subsiguiente reproducción exitosa durante un limitado puñado de grandes monarcas y la decadencia final de la cual se aprovechaban conquistadores externos o fuerzas centrífugas. Por ejemplo, en el subcontinente surasiático de la India, los cinco grandes imperios nanda-maurya (siglo IV a.C.-185 a.C.), kushán (30 d.C.-350 d.C.), gupta (320-550), delhi (1206-1526) y mogol (1526-1803 [1858]) contaban con nada más de dos a tres siglos de existencia cada

36 En detalle: Marquardt, Bernd. *El salto sistémico de 1811-1825*, op. cit., pp. 45 y ss. Íd., *Historia del derecho de Hispanoamérica*, t. 1, op. cit., pp. 371 y ss. Además: Breña, Roberto. *El imperio de las circunstancias*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 147. Íd. *El 1º liberalismo español y los procesos de emancipación de América*, México, El Colegio, 2006. Chust, Manuel. *Las independencias iberoamericanas en su laberinto*, Valencia, Univ., 2010. Osterhammel, Jürgen. *The Transformation of the World*, Princeton, PUP, 2014 (original alemán de 2011), pp. 533 y ss. Reinhard, Wolfgang. *Die Unterwerfung der Welt*, 2ª ed., Múnich, Beck, 2016, pp. 586 y ss. Rinke, Stefan. *Revolutionen in Lateinamerika*, Múnich, Beck, 2010, pp. 117-256.

uno<sup>37</sup>. Por eso, no debe sorprender el ciclo de la *Monarquía de las Españas e Indias* que contó con dos siglos de esplendor a partir de Carlos V –el XVI y XVII– y un tercer siglo de supervivencia después de pasar por su cenit. Era prácticamente normal que, más allá de estos tres siglos, se aprovecharon fuerzas centrífugas en la periferia imperial ante una constelación de oportunidades prometedoras. Lo llamativo de los hechos de 1810 a 1825 no fue la disolución de la unidad imperial en sí misma, sino la transformación sistémica al republicanismo constitucional que se logró en las zonas separatistas.

## 1.8. El negacionismo frente a la profundidad de la transformación sistémica de 1810-1825 y la ficción de la gran continuidad lineal-frenada

Para el universo del pensamiento poscolonial parece característico plantear la ficción de una cuasi-continuidad del régimen anterior a 1810 en el siglo posterior, lo que invisibiliza y oculta la profunda transformación sistémica de Hispanoamérica. En realidad, a través de constituciones como la de Tunja de 1811 y la de Cúcuta de 1821, se logró un *salto sistémico* de una profundidad que todavía no era viable en la misma intensidad en la Europa propia. Visto sumariamente, el *salto sistémico* introdujo y configuró<sup>38</sup>: el republicanismo que superó la normalidad de la monarquía dinástica con el juez-guerrero coronado que había dominado en el mundo durante cinco milenios a partir del Egipto faraónico; la introducción de la estatalidad limitada a través del constitucionalismo con su norma suprema codificada que se dedicó a la organización estatal y los valores claves del Estado; la constituyente popular-representativa; el equilibrio horizontal-funcional-tridimensional de poderes, basándose en un sistema de pesos y contrapesos; la institucionalización de una asamblea representativa llamada Congreso que centró su labor en la legislación iusracionalista; la superación de la cosoberanía eclesiástica; el valor central de la libertad frente a la buena policía iussalvadora; la libertad de expresión en vez del dogma único; las libertades económicas de industria y propiedad en vez de la economía moral; la incipiente liberación esclava; la seguridad –del ciudadano– frente al punitivismo aterrador; el propietario con la reforma agraria liberal que incluyó, en particular, la individualización de la propiedad comunal-campesina; en general, la ‘liberación desde arriba’ de los campesinos indígenas del altiplano que se individualizaron a la fuerza; la igualdad legal que superó la tradicional sociedad diferenciada estamental y segmentariamente; la *econocracia* oligárquica vestida en una ideología democrática, con el burgués

37 En detalle: Marquardt, Bernd. *Teoría integral del Estado*, t. 1, pp. 109 y ss, 574 y ss.

38 En detalle: Marquardt, Bernd. *El salto sistémico de 1811-1825*, op. cit., pp. 57-131.

letrado como fácticamente privilegiado en vez del noble del Antiguo Régimen; las elecciones de los representantes que no conocieron ningún antepasado de la era virreinal; la educación popular como programa social a largo plazo para transformar súbditos en ciudadanos y el concepto de la nación con la pertenencia inmediata de la persona a la misma. En la constitución fundadora de Tunja de 1811 apareció una de las figuras más malinterpretadas y estigmatizadas por el contemporáneo pensamiento poscolonial, los principios universales, con los cuales esta república andina se convirtió en actor vanguardista del *nuevo Occidente*, cuando en Europa todavía no pudo imponerse nada semejante frente a los poderes restaurativos que triunfaron en el Congreso de Viena.

### 1.9. Dejar borrosa la distinción entre casos de descolonizaciones viables y constelaciones migratorias-etnogenéticas de hechos cumplidos

Se considera ilustrativo comparar brevemente la revolución de los hispanodescendientes americanos de 1810-1825 con un fenómeno bien conocido de una época posterior: el caso de Sudáfrica, para el cual sería equívoco identificar la descolonización con la formación del Estado independiente de los euro-sudafricanos en los tres pasos de 1910, 1931 y 1961, en cambio toda evaluación realista tiene que enfocarse en el punto final del gobierno del *apartheid* de la minoría del 10% de eurodescendientes en la transición democrática de 1994. Al igual que Sudáfrica no se descolonizó entre 1910 y 1961, falta toda condición básica para suponer una descolonización de manos de los bis-bis-etc.-nietos de los conquistadores americanos cuando hicieron su revolución ilustrada y separatista<sup>39</sup>.

No obstante, una descolonización de tipo sudafricano tampoco está predestinada, como subrayan los caminos de EE.UU., Canadá, Australia y Nueva Zelanda, donde la lograda predominancia numérica y cultural de los descendientes de los euro-inmigrantes ha impedido toda propuesta de remodelación según presumidas vueltas a pueblos autóctonos. La misma no sería factible ni democráticamente ni según argumentaciones iushumanas, de modo que las opciones de manejo se reducen a debates sobre ciertos derechos minoritarios y la adecuada memoria histórica que se abre cuidadosamente a reconocer y lamentar limpiezas étnicas y genocidios.

39 En este sentido, algunos autores surgieron una descolonización de Bolivia con el gobierno de izquierda de Morales en 2006. Cfr. Gómez L., Juan C. *et al. Bolivia hoy ¿Una democracia poscolonial o anticolonial?*, Santiago, CLACSO, 2017.

Volviendo al contexto hispanoamericano, el escenario parece más comparable con los casos irrevocables. La profunda génesis socio-cultural a lo largo del último medio milenio es un hecho cumplido, en el cual tampoco poblaciones campesinas con lenguas propias –por ejemplo, en el altiplano de Bolivia– muestran muchas memorias auténticas de la configuración cultural anterior a este medio milenio, es decir, representan variaciones de poblaciones rurales de limitada inclusión a la ‘modernidad’ industrial, pero precisamente según tradiciones de los siglos XVI a XVIII, desarrolladas dentro del régimen virreinal con su pluralismo jurídico y cultural. También dentro de Colombia, la búsqueda de monumentos del pasado del campesinado muisca en el altiplano cundiboyacense encuentra particularmente iglesias y capillas de la era virreinal –por ejemplo, en lugares como Sáchica, Cucaita, Sutatausa, Tausa Vieja y Gachancipá–. La *desmuiscasización* lingüístico-cultural ocurrió en la era republicana a través de los métodos del novedoso Estado nación homogeneizador y su educación popular en la lengua nacional, incluyendo el memoricidio, de modo que los descendientes actuales se perciben plenamente como colombianos sin particularidad étnica, lo que encarna una realidad irreversible: según los censos de 1993, 2005 y 2018, solo una minoría pequeña de los colombianos, que oscila entre el 1,6% y el 4,3% del *demos*, se identifica como indígena<sup>40</sup>. El fenómeno como tal es comparable con la paralela extinción de las lenguas occitana en la construcción interna del Estado nación francés y la bajo-alemana en el naciente Estado nación prusiano-alemán.

Más allá, en países como Colombia o Chile incluso los estudios de composición genética, llevados a cabo a partir de la decodificación del genoma humano en inicios del siglo XXI, subrayan una predominancia de la raíz europea en la etnogénesis que ha formado el respectivo pueblo estatal, en contraste con los países centroandinos donde predomina el ADN indígena<sup>41</sup>. Sin embargo, no hay ninguna relación comprobable de que ‘la sangre’ determinaría la identidad colectiva.

Consecuentemente, tampoco convencen las extendidas retóricas etnonacionalistas alrededor de palabras de identidad colectiva como: *ellos nos colonizaron*

40 DANE, *Censo 2018, Grupos étnicos*.

41 La mayor parte de estudios señala un componente europeo por encima del 50% en la estructura de ADN de los pueblos argentino, chileno, dominicano, colombiano, costarricense, cubano, puertorriqueño, paraguayo, uruguayo y venezolano, mientras el componente indígena alcanza el 50% o más en Bolivia, Ecuador, Guatemala, México y Perú. Cfr. Homburger Julian R. *et al.* “Genomic Insights into the Ancestry and Demographic History of South America”, en *Plos Genetics*, vol. 11, No. 12, San Francisco, 2015. Ossa, Humberto *et al.* “Outlining the Ancestry Landscape of Colombian Admixed Populations”, en *Plos One*, vol. 11, No. 10, San Francisco, PLOS, 2016. Ruiz-L., Andrés *et al.* “Admixture in Latin America”, en *Plos Genetics*, vol. 10, No. 9, San Francisco, PLOS, 2014 (URL de los tres títulos en la bibl. final).

a nosotros, pues en términos de la *Monarquía de las Españas e Indias* del Antiguo Régimen, ‘los españoles’ no sirven como exogrupo frente a un eventual endogrupo de ‘los colombianos’. El error de perspectiva sale del imaginario identitario de pueblos como conjuntos de consistencia fija en lugares eternos y segregados, el cual ignora las normalidades migratorias y sexuales en la historia de la humanidad que encarnan un *todo fluye*<sup>42</sup>: efectivamente, toda población en cualquier lugar del mundo contiene raíces lejanas y es mestiza, sin subestimar el inicial éxodo desde la misma raíz del *homo sapiens* en África oriental.

## 1.10. El subestimado colonialismo de las repúblicas hispanoamericanas del siglo XIX (Patagonia, Amazonia)

Debido al patrón poscolonial de posicionar a América Latina en el papel genérico de una víctima de europeos, sus seguidores tienden a invisibilizar la participación activa de las repúblicas neoeuropeas *in situ* en el euroimperialismo del primer siglo postransformador, cuando conquistaron la mitad del continente que se ubicaba más allá de las zonas del dominio efectivo de la *Monarquía de las Españas e Indias* y que estaba todavía en manos de sociedades preestatales independientes. Las repúblicas hispánicas estigmatizaron a los indígenas preestatales del Cono sur y de la selva del interior continental como presumidos *indios bravos* y aplicaron, de tal manera, la misma otroficación discriminatoria y barbarización como lo hicieron las potencias europeas de entonces cuando ‘descubrieron’ y ‘civilizaron’ a tribus ‘primitivas’. La conquista de Araucanía y Patagonia por Chile y Argentina entre 1861 y 1885 tuvo mucho en común con el imperialismo genocida de EE.UU. en el llamado salvaje oeste, al igual que el imperialismo del caucho de Colombia, Perú y Brasil en la Amazonia a finales del siglo XIX e inicios del XX, que se desarrolló de manera similar a la brutal colonización belga del Congo<sup>43</sup>. Normalmente, los representantes del victimismo genérico-continental no han repensado en qué medida sus propias repúblicas independientes actuaban como Estados colonizadores con una penetrante hostilidad racista frente a sociedades pre-estatales calificadas como ‘no civilizadas’, que pertenecía al espectro más acentuado de las extendidas violaciones colectivas de la dignidad humana en ese entonces. Para precisar, no faltan investigaciones con respecto a estas crueldades, pero muchos autores nacionales tienden a evitar la conceptualización colonial o reservan la misma para el lado de la demanda de caucho en el exterior, desconociendo que en la economía

42 Comp. Oltmer, Jochen. *Migration. Geschichte und Zukunft der Gegenwart*, Darmstadt, WBG, 2017.

43 Reporte clásico: Hardenburg, Walter E. *The Putumayo, the Devil's Paradise*, Londres, Unwin, 1912.

son interdependientes la oferta y la demanda y que la oferta nunca puede ser interpretada como éticamente superior.



**Mapa 2.** Las nuevas repúblicas hispanoamericanas de la década de 1820 y los enormes territorios no sometidos de las sociedades pre-estatales que esta estatalidad neoeuropea colonizó en el transcurso de los siglos XIX y XX<sup>44</sup>.

### 1.11. El desconocimiento de la temprana marginación de España alrededor de 1810 y del 'subdesarrollo' industrial de la península Ibérica en el siglo XIX

No por último, el paradigma poscolonial proyecta en su constructo genérico de 'Europa' una uniformidad geo-temporal ajena al realismo. Precisamente, muestra enormes dificultades para hacer plausible la presumida continuidad desde el virreinalismo hispánico, pasando por el imperialismo industrial del dúo anglo-francés en los siglos XIX y XX hasta el globalismo estadounidense.

44 Mapa: Bernd Marquardt.

Muchas veces se desconoce que, en realidad, cuando el citado dúo industrial del noroeste europeo ascendió, el actor clave del Antiguo Régimen desapareció del mundo de las potencias significativas. La Monarquía española mostraba todavía mucha grandeza en la fase final de la era agro-civilizatoria, pero en la *gran transformación* del siglo XIX resultó del mismo modo marginada como sus Estados hijos en América. Para la *pentarquía* europea de 1815 a 1918/1945, España ya no era potencia. Por su mínima participación en los decenios de ascenso de la transformación industrial, tanto la España peninsular como la Hispanoamérica de 1850 a 1950 generaban en el noroeste y centro de Europa una reputación análoga de países agrarios atrasados que no se tecnologizaron ni participaron en la urbanización del hasta entonces predominante campesinado. En el mejor de los casos, la España de entonces pareció interesante como un monumento mítico del romanticismo. Todavía<sup>45</sup> en la crisis económica del 2007, surgieron reparos que igualaron a España, Portugal y Grecia con países no tan desarrollados que viven del turismo de sol y playas sin mucha tecno-industrialización, similar al modo como los estadounidenses miran al México de Acapulco y Cancún.

\* \* \*

En síntesis de los once reparos, hay que negar la pregunta planteada en el inicio de este capítulo: la cosmovisión poscolonial no es consistente ni útil para comprender la historia político-jurídica y sociocultural de Hispanoamérica, pues en vez de explicar, comparar y contextualizar según el lema de la máxima autenticidad posible, transfigura y seduce a imaginarios que desorientan según preevaluaciones.

## 2. OTRAS CONTRADICCIONES EN LA COMPOSICIÓN IDEOLÓGICO-POLÍTICA

El segundo capítulo pretende revisar si, y en qué medida, el paradigma poscolonial muestra contradicciones, miradas selectivas y otro déficit en su composición ideológico-política, más allá de los discutidos reparos historiográficos de su aplicabilidad a América Latina. Se examinarán diez escenarios.

45 En los años 50-80 del siglo XX, España pudo aparecer en listas de países en vía del desarrollo; Dt. Bundestag. *Entwicklungsländer/ Schwellenländer*. 2005 (URL en bibl. final).

## 2.1. La floja profundización del Nuevo Ordenamiento de la Economía Mundial de la era post-1940 y sus rasgos de un ecoimperialismo

La teoría poscolonial sacrifica gran parte de su reclamada finalidad contrahegemónica por interpretar la actual predominancia mundial de algunos pocos *países del núcleo industrial* en Norteamérica –secundariamente– también en Europa noroccidental-central y –recientemente– en la sinósfera cultural, en una presumida línea de continuidad desde las conquistas del Sacro Emperador Romano Carlos V en el siglo XVI, sin dedicarse suficientemente a las enormes diferencias sistémicas. En realidad, el *camino especial* de Europa noroccidental-central y Norteamérica nororiental empezó con su papel como precursores de la industrialización fósil-energética en el transcurso del siglo XIX, mientras que el régimen hegemónico ‘neoliberal’ de una ‘globalización’ centrada en EE.UU. se configuró desde la década de 1940 con base en conceptos elaborados por los vencedores de las *guerras pentárquicas* –combatidas entre las cinco potencias primarias por la hegemonía mundial– y se aceleró sustancialmente desde finales de la Guerra Fría alrededor de 1990.

El contemporáneo ordenamiento mundial no se fundamenta ni en conquistas militares de lugares lejanos ni en el dominio territorial directo, sino que usa preeminentemente técnicas de tipo *soft-power*, precisamente estructuras (ius) comerciales y un *framing* ideológico, que posibilitan un gigantesco metabolismo socio-ambiental, en el cual las mencionadas zonas beneficiadas reciben permanentemente, por precios cómodos, enormes flujos de materiales –recursos agrarios y mineros– de *huellas ecológicas*<sup>46</sup> que se extienden en los demás Estados formalmente ‘soberanos’ del ‘resto’ del mundo que, posteriormente, tienen que acoger también los desechos como sumideros. El complemento son las *huellas sociales* que ponen a disposición de los beneficiados la fuerza laboral –de igual forma, artificialmente abaratada– del mismo ‘resto’ del mundo, con base en una *violencia estructural*<sup>47</sup> inescapable para los neoesclavizados en unaseudolibertad contractual sin libertad material, de lo cual los *sweatshops* de vestimenta barata en Bangladesh son un símbolo bien conocido. Al respecto, ha surgido la *teoría de la forma de vida imperial*<sup>48</sup> que precisa a los beneficiados como los hijos de la *revolución del consumo masivo* desde los años 40, es decir,

46 Concepto de: Wackernagel, Mathis y Rees, William. *Our Ecological Footprint*, Gabriola, New Society Publ., 1996.

47 Concepto de: Galtung, Johan. *Peace by Peaceful Means*, Londres y Thousand Oaks: Sage, 1996, pp. 2 y ss.

48 Básico: Brand, Ulrich y Wissen, Markus. *Imperiale Lebensweise. Zur Ausbeutung von Mensch und Natur im globalen Kapitalismus*, Múnich, Oekom, 2017. Véase también: I.L.A. Kollektiv, ed., *Auf Kosten anderer? Wie die imperiale Lebensweise ein gutes Leben für alle verhindert*, Múnich, Oekom, 2017.

se enfoca en consumidores hedonistas que exceden significativamente tanto la biocapacidad planetaria como la capacidad laboral que les merecería según postulados de justicia basados en la igualdad mundial. También puede decirse que el *sistema mundo post-1940* encarna un *ecoimperialismo*<sup>49</sup> –económico y ecológico– que se organiza entre centros y periferias escalonadas. De todas maneras, los medios de poder, estrategias y actores no tienen nada en común con los conquistadores históricos en armadura de caballero.

Estos hechos fundamentales se desvían con el grito de descolonizar el derecho internacional, pues los problemas del presente no vienen ni de la época del *Ius Publicum Europaeum* (siglos XVI-XVIII) ni del sistema petersburgués-vienés (1772/1815-1945), sino exactamente de la época de las Naciones Unidas (desde 1945) con sus organizaciones internacionales (GATT, OMC, FMI, Banco Mundial...), foros de coordinación del industrialismo (G-7 desde 1975), foros de intereses de la oligarquía gran-capitalista (Foro Económico Mundial desde 1971/1987) y demás estructuras explotadoras (tratados de protección de inversiones, tribunales de arbitraje, propiedad intelectual, irresponsabilidad jurídica del transnacionalismo). Quien quiera comprender la *autocolonización* en los territorios hegemonizados debería analizar la cooperación sumisa de las respectivas élites nacionales desde los años 1940 en vez de especular sobre continuidades que no hubo<sup>50</sup>.

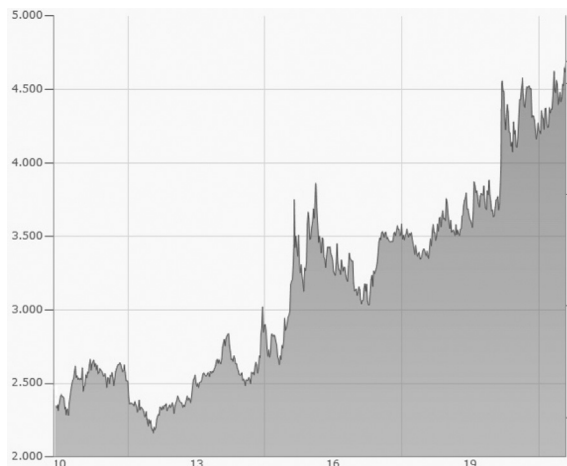
Para entender el empobrecimiento relativo de la era industrial que se consolidó más allá de los *países del núcleo industrial*, es útil analizar los componentes económicos que organizan la *violencia estructural* de las *huellas ecológicas y sociales*. Como ejemplo ilustrativo sirve la *brecha salarial*: por ejemplo, en Suiza –un país industrial sin pasado como potencia colonial–, una joven enfermera de 18 años puede contar con un salario de 5.500 euros –sin haber recibido ni el bachillerato (matura) ni un título universitario–<sup>51</sup>, lo que se ubica más de cuatro veces por encima del nivel salarial de un profesor universitario de Colombia –con título de doctorado– y más de diez veces por encima de una enfermera colombiana –con bachillerato y título universitario–, lo que no se explica ni siquiera un poco por eventuales diferencias en la productividad y calidad laboral de la respectiva persona, sino en complejas evaluaciones político-históricas

49 Expresión según el subtítulo de: Reichhoff, Josef H. *Der Tanz um das goldene Kalb. Der Ökokolonialismus Europas*, 3ª ed., Bonn, BPB, 2011.

50 En detalle: Marquardt, Bernd. *Teoría integral del Estado*, t. 2, pp. 583-614. Véase además: Hickel, Jason. *The Divide. A Brief Guide to Global Inequality and its Solutions*, Londres, Penguin, 2017. Rodrik, Dani, *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, Nueva York y Londres, W. W. Norton, 2011. Slobodian, Quinn. *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, Harvard Univ. Press, 2018.

51 Geiger Consulting. *Gehalt Krankenschwester Schweiz*. 2021 (URL en bibl. final).

de la institucionalidad de los países y su respectivo entorno laboral<sup>52</sup> o, mejor dicho, así se expresa la dimensión de explotación mundial sin disposición del núcleo industrial a pagos igualitarios para trabajos comparables en las *huellas sociales*. Un ejemplo complementario se encuentra en la *brecha de las tasas de cambio de divisas*. Entregar las mismas al mercado mundial, con su falta de transparencia y centración fáctica hacia el núcleo industrial del planeta, lleva a infravaloraciones notorias de los demás países. En el desarrollo de los últimos diez años, se detecta, por ejemplo, que el peso colombiano perdió la mitad de su valor en relación con el euro, expropiando así a los colombianos de la misma mitad de su poder adquisitivo internacional y transformando este país en la misma dimensión en un campo barato para inversionistas-explotadores de los *países del núcleo industrial*. En ello, el peso real se evalúa aproximadamente tres veces peor que la virtual tasa PPP –de paridad de poder adquisitivo–<sup>53</sup>. Cabe resaltar que estos desequilibrios de divisas no tienen *nada* que ver con la era de los virreyes habsburgos y borbónicos, en la cual el valor de una moneda dependió directamente de su contenido físico de metales preciosos de oro y plata, que hubo en las mayores cantidades mundiales en las cordilleras hispanoamericanas, donde cecas como la de Potosí (Alto Perú) acuñaron los *Reales de a 8*<sup>54</sup> –es decir, la moneda dirigente de Europa y América de entonces que circuló como medio de pago hasta China–.



**Imagen 2.** Estructuras desequilibradas más allá del típico interés del culturalismo poscolonial, aunque significan nada menos que la expropiación de un pueblo en oscuras estructuras transnacionales: la tasa de cambio del peso colombiano, en

52 Chang, Ha-Joon. *23 Things they don't tell you about Capitalism*. Londres: Penguin, 2010, thing 3.

53 OECD. *Data. Conversion rates. Exchange rates, Purchasing Power Parity (PPP)*. 2021 (URL en bibl. final).

54 Un ejemplo se visualiza en la Imagen 1.

relación con el euro, se empeoró de 2010 a 2021 de alrededor de 2.300 a 4.600, haciendo los *países del núcleo industrial* y sus productos inalcanzablemente costosos para los colombianos y Colombia paradisiacamente barata para empresas transnacionales inversionistas-explotadoras<sup>55</sup>.

Al respecto, la perspectiva poscolonial se posiciona por debajo de la profundidad de la *teoría de la dependencia* de los años 50, 60 y 70 del siglo XX que, a pesar de algunas borrosidades, ofreció por lo menos conceptos para entender las macro-dependencias complementarias entre el *núcleo industrial* del planeta y las periferezadas zonas de explotación. Este antepasado de inspiración marxista visibilizó dichas dependencias que el desarrollismo progresista de la ideología de la modernización había ocultado, mientras el poscolonialismo tiende otra vez a aneblarlos.

Lo que tanto el poscolonialismo como la teoría de la dependencia subestiman es la *tendencia a un cierto grado de desterritorialización* posnacional en la contemporánea economía mundial que modifica el modelo de centros-periferias sin hacerlo obsoleto. Con base en la *teoría de la forma de vida imperial*, uno detecta que se practica el respectivo hedonismo del sobre-consumismo masivo en casi la totalidad de los *países del núcleo industrial*, incluyendo los respectivos obreros industriales, pero no es ningún fenómeno exclusivo de estos territorios, pues también en diversos países subcentrales de nivel avanzado, como los de América Latina, participan las clases media y alta –en el modelo social colombiano *grosso modo* todos los que pertenecen a los estratos 4-6, es decir, el 13% de los capitalinos, pero el 0% de una ciudad periferezada como Quibdó<sup>56</sup>–. En otras palabras, también el típico profesor universitario bogotano y su estudiante de posgrado, aun si es poscolonialista convencido, comparte la *forma de vida imperial* y se ubica, de tal manera, en un sistema de violencia estructural en el lado de los explotadores y no de los explotados. También en los centros comerciales bogotanos se compra moda barata proveniente de *sweatshops*. La frontera real no es la internacional de un cierto país, sino aquella entre los barrios de estratos sociales 4 y 3. Al respecto, no aumentaría el entendimiento, si se declarara, al estilo poscolonial, la bogotana Ciudad Bolívar una colonia de la rica San José de Bavaria, pues se trata de una cuestión de clase, no de colonialidad.

También han surgido empresarios latinoamericanos que hacen parte de la clase mundial de los top-capitalistas, pues la lista de las mil personas más ricas del

55 Gráfica cit. por Finanzén.net. *Euro-Kolumbianischer Peso. Chart Max.* (URL en bibl. final). En su núcleo, no es ningún efecto de transiciones de las tasas de inflación.

56 Alcaldía Mayor de Bogotá. *Encuesta multipropósito 2017*, Bogotá, Secretario Distrital de Planeación, 2017, p. 14. Quibdó cómo vamos. *Encuesta de percepción ciudadana*, 2018, (URL en bibl. final), p. 9.

mundo del 2021 cuenta con 33 latinoamericanos<sup>57</sup>. En general, parece que la teoría poscolonial está todavía muy fijada en la lógica del territorialismo de soberanías nacionales de pueblos homogéneos, sin reconocer que el mismo –sin ser totalmente obsoleto– está penetrado diagonalmente por fuertes *clases mundiales* que asumen cada vez más relevancia para evaluaciones de las relaciones de tipo explotador-explotados.

En síntesis, se mantiene floja la capacidad crítica del pensamiento poscolonial debido a su ausencia de dedicación suficiente al carácter innovador del Nuevo Ordenamiento de la Economía Mundial de la era post-1940 y sus estructuras de poder. Mediante el territorialismo y culturalismo de identidades y discursos no se logra explicar las acumulaciones de riqueza y de poder en la actual economía mundial, pues así se circunnavega el funcionamiento efectivo del capitalismo globo-liberal. Entre las precondiciones de este vacío, destaca su raíz en la ciencia de la literatura en vez de la economía política.

## 2.2. Una variación del pesado modelo global neocolonial primer-tercermundista

Se considera metodológicamente incorrecto que las escuelas poscoloniales reproduzcan, acriticamente, el pesado (y pasado) modelo global del primer-tercermundismo que contrasta países exitosos con países no tan exitosos. En este marco, prolongan la supuesta unidad de un constructo llamado *el tercer mundo*<sup>58</sup>, pues los países calificados como poscoloniales, son exactamente los mismos que la sociología del desarrollo –de tendencia neocolonial– había incluido en la presumida tercera clase de países interpretados como ‘subdesarrollados’. Dicho constructo nació en el *sistema mundo post-1940*, sin predecesores más antiguos, en el cual los *países del núcleo industrial* miraban con ojos despectivos al *resto del mundo*<sup>59</sup>, pese a que aloja más de las cuatro quintas partes de la humanidad. En ello, es irrelevante si se reemplaza retóricamente la expresión de los *países en vía del desarrollo* por sinónimos de apariencia más amable, como el *sur global* –una expresión geodeterminada de baja consistencia geográfica en torno a la no inclusión de Australia (incluso etimológicamente ‘el país del

57 15 brasileños, 7 mexicanos, 4 colombianos, 3 chilenos, 2 argentinos, 1 peruano y 1 venezolano, según: Forbes. *World's Billionaires List. The Richest in 2021*, (URL en bibl. final).

58 Existe mucha crítica conceptual, p. ej. de: Escobar, Arturo. *La invención del III Mundo*, Bogotá, Norma, 1996 (original en inglés de 1996). Panorama: Nuscheler, Franz. *Entwicklungspolitik*, 5ª ed., Bonn, BPB, 2005, pp. 98 y ss, 207 y ss.

59 Expresión según la perspectiva neoconservadora y angloamericana-céntrica de: Ferguson, Niall. *Civilización. Occidente y el resto*, Madrid: Debate, 2012 (original en inglés de 2011).

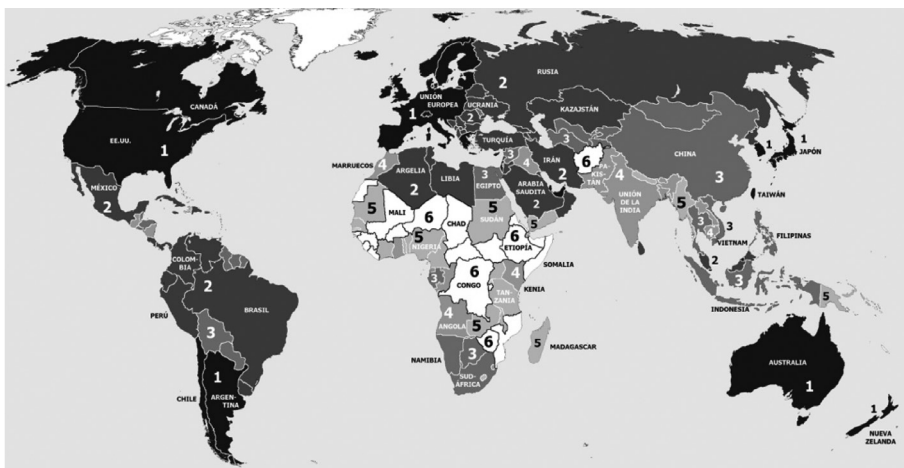
sur') y Nueva Zelanda, al igual que es incorrecto usar como antípoda de *sur* la palabra *occidente*, que solo tendría sentido en su dialéctica clásica con el Oriente-. De todas maneras, el significado de las expresiones *tercer mundo*, países en vía del desarrollo, países poscoloniales, sur global, *etc.*, es siempre el mismo, homogenizando conceptualmente la totalidad de los no miembros de lo que el subcapítulo anterior ha enmarcado como los *países del núcleo industrial del planeta*.

En torno a la validez del constructo primer-tercermundista y sus derivados, el primer problema consiste en que iguala de modo artificial los muy diferentes caminos históricos de América Latina, Asia y el África subsahariana. Toda mirada seria al curso del central siglo XIX subraya las divergencias enormes entre, primero, el predominante republicanismo y constitucionalismo vanguardista-ilustrado en la Hispanoamérica de entonces, segundo, los todavía existentes tradicionales imperios agro-civilizatorios de Asia y África del Norte que experimentaron cada vez más su marginación militar debido al incipiente *camino especial* de la anticipada revolución industrial del noroeste europeo y, tercero, las sociedades pre-estatales subsaharianas que aguantaron su estatización primaria a la fuerza por la sumisión de las potencias del imperialismo industrial desde la década de 1880.

Entre los efectos del unitarismo 'tricontinental', destaca la tendencia que latinoamericanos que no saben mucho de 'los Orientes' en Asia o África del Norte suponen realidades semejantes a su entorno propio, lo que lleva a una occidentalización mental de los mismos por la puerta trasera. Frente a la homogeneización conceptual de 'el sur' en el pensamiento poscolonial latinoamericano, serviría una simple terapia de choque: un viaje a India o Pakistán –en el mejor de los casos sin pernoctar ni comer en hoteles turísticos de lujo– que muestre la formidable divergencia en prácticamente todo aspecto sociocultural de la cotidianidad. Puede sorprender a los poscolonialistas, pero ningún visitante de un país como India, Pakistán, Jordania, Yemen o Etiopía tendría dudas serias sobre la plena occidentalidad de un país como Colombia o Chile.

Otro problema del primer-tercermundismo y norte-surismo se visibiliza a través del modelo socioeconómico del Índice de Desarrollo Humano de las Naciones Unidas. Desde su ascenso en los años 90 del siglo XX, subraya que son muy profundas las diferencias entre América Latina, Asia y el África subsahariana, de modo que la unificación conceptual pierde su plausibilidad. Dicho índice expone más mundos que los del binario primer-tercermundista, con el papel típico de América Latina –incluyendo Colombia– en el segundo escalón, mucho

más cercano a Europa que al último escalón que es ocupado por grandes partes del África subsahariana<sup>60</sup>. El mapa 3 pretende la visibilización.



- |                                                                                           |                                        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------|
| 1. Desarrollo supremo: Países del núcleo industrial y cercanos (HDI 800-900 y por encima) | 4. Desarrollo medio bajo (HDI 500-599) |
| 2. Desarrollo superior: América Latina y Europa oriental (HDI 700-799)                    | 5. Desarrollo bajo (HDI 400-499)       |
| 3. Desarrollo medio alto: China y Sudáfrica (HDI 600-699)                                 | 6. Desarrollo muy bajo (HDI 300-399)   |

**Mapa 3.** ¿Uniformidad socioeconómica de ‘el sur global’? El *Human Development Index* expone un sistema escalonado de ‘6 mundos’<sup>61</sup>.

En síntesis, la macro-perspectiva del primer-tercermundismo desde siempre ha sido falsa y, junto con sus derivados, debería ser dejada a un lado y puesta en la historia como una más entre las concepciones del mundo que han sido superadas. Se trata en sí misma de un *framing* que promueve la voluntaria subordinación obediente de los identificados con el estigma del supuesto *subdesarrollo*.

60 Actualización: PNUD, ed., *Informe sobre Desarrollo Humano*, Nueva York, PNUD, 2020, pp. 410 y ss.

61 Mapa: Bernd Marquardt. Para mostrar la permanencia, se visualizan las cifras del HDI de 2013, pp. 144 y ss.

## 2.3. El contradictorio antieurocentrismo eurocéntrico con profundas cegueras gringocéntricas

Cabe resaltar que la cosmovisión poscolonial se ampara bajo la bandera de rechazar al eurocentrismo –un término acuñado por el economista franco-árabe Samir Amin en 1988<sup>62</sup>–, pero se enfoca por sí misma de manera penetrante en la actuación europea frente a ‘los otros’ como la presumida dinámica nuclear de la historia global del último medio milenio. Se lamenta donde la anterior historiografía colonial aplaudió, pero se hace dependiente de suposiciones semejantes sobre el mismo centro de gravitación. Las historiografías coloniales y poscoloniales presentan narraciones análogas, solo con el signo +/- opuesto. Por lo tanto, no logran percibir adecuadamente los grandes imperios asiáticos de los siglos XVI a XVIII (otomano, safávida, mogol, qing, eventualmente tokugawa), al igual que no se limpia la historiografía general y de las relaciones internacionales de la penetrante sobreatención para las actividades de ciertos Estados europeos. Aunque no quiere serlo, la cosmovisión poscolonial en sí misma es profundamente eurocéntrica.

Al respecto, se adhiere el fenómeno de que muchas dimensiones de la ciencia, educación y comunicación de medios de América Latina se presentan *más* eurocéntricas que sus contrapartes dentro de la Europa contemporánea. Se buscan en vano estudios orientales, islámicos, árabes, indológicos o sinológicos de algún peso, al igual que estos grupos de culturas o países no juegan ningún papel significativo en las noticias de televisión o de prensa. Tampoco las bibliotecas y librerías científicas ayudan para informarse competentemente sobre las clásicas civilizaciones no europeas. Este occidentalismo exagerado de América Latina se repite en algunas visiones históricas. Ejemplos llamativos son la frecuente extensión genérica de la raíz de una Europa idealizada a Grecia y Roma –en contraste con muchos autores centroeuropeos más cuidadosos que reconstruyen el nacimiento de Europa solo hasta la Cristiandad de la Edad Media– o la sobrestimación del renacimiento del siglo XVI y de la Paz de Westfalia de 1648 en el papel de los presumidos orígenes de la inflada modernidad europea –donde la historiografía centroeuropea reconoce una mera modernidad temprana con más tradiciones medievales conservadas que tendencias a la futura *gran transformación*–.

Otra observación notable es que, en la realidad de América Latina, ha alcanzado más predominancia el *gringocentrismo* en vez del *eurocentrismo*. Desde hace varios decenios, por ejemplo, las reformas jurídicas (sistema acusatorio, precedente) y científicas (revistas indexadas, *peer review*, citación APA) retoman

62 Amin, Samir. *El eurocentrismo. Crítica de una ideología*, México, Siglo XXI, 1989 (original en francés de 1988).

acríticamente las modas del llamado *tío Sam*. En este marco, la transferencia de la misma teoría poscolonial desde las universidades estadounidenses hace parte de la hegemonización intelectual desde EE.UU., sin que América Latina se dé cuenta de este hecho.

Comúnmente, la teoría poscolonial misma excluye a los EE.UU. de la clasificación como país poscolonial. A veces, los incluye generosamente en su conceptualización ampliada y borrosa de Europa-Occidente –al estilo de todas las zonas planetarias atribuidas a ‘los blancos’–. Estas visiones ignoran el papel subordinado de las expresamente así llamadas *XIII Colonies* durante la época para la cual la teoría poscolonial reclama un estatus colonial de la Hispanoamérica virreinal. Tampoco reconocen que la larga y fuerte exclusión abiertamente racista de los afroamericanos hasta la legislación antidiscriminatoria de 1964 y 1965 entraría mucho más a una prolongada concepción iuscolonial que la temprana transformación latinoamericana, donde se estipuló la igualdad legal desde la revolución de 1810-1825 y donde un país como Colombia experimentó ya en 1853 con el sufragio universal masculino.

Sin embargo, es más típico que la teoría poscolonial exceptúe a los EE.UU. de su conceptualización de una Europa estigmatizada como el oscuro malhechor colonial. De tal manera, se subestima el papel de esta potencia como actor colonial-imperialista<sup>63</sup>, sin mucha atención para las conquistas genocidas con las cuales la misma se expandió en los enormes espacios entre los Apalaches y Oregón a lo largo del siglo XIX. Además, se ubica fuera de la primera línea de curiosidad que, desde la Primera Guerra Mundial, EE.UU. era la única potencia que efectuaba intervenciones neo-imperialistas en América Latina, especialmente maquinando diversos golpes anti-socialistas en las décadas entre 1950 y 1990 que derrocaron gobiernos democráticamente legitimados. De igual forma, parecen casi un *desiderátum* los estudios del entorno pos/decolonial que problematizarían profundamente el papel de la superpotencia en dirigir, desde finales de la *Guerra Fría*, una ola masiva de guerras neocoloniales –predominantemente violadoras del *ius contra bellum* internacional de 1945– para derrocar a diversos gobiernos anti-occidentales de Estados islámicos –en Irak, Somalia, Afganistán, Siria, Libia–, con base en la reactivación del antiguo lema de *civilizar a los bárbaros*, terminológicamente modificado hacia la guerra democratizante, la intervención humanitaria, la guerra contra el terrorismo, *etc.*, lo que fracasó una y otra vez ante la resistencia local, hasta el escenario actual, consistente en la victoria de los islamistas talibanes de Afganistán que fastidiaron y tumbaron, en 2021, al gobierno marioneta de la gracia de Washington en Kabul. Entre los que

63 Sobre EE.UU. como *the new empire*: Münkler, Herfried. *Empires. The Logic of World Domination from Ancient Rome to the United States*, Cambridge, Polity Press, 2007 (original en alemán de 2005), pp. 146 y ss.

analizan críticamente estos sucesos y contextos, en vez de autores del espectro poscolonial, se encuentran más iusinternacionalistas y politólogos basados en la ética del *ius contra bellum*.

Dicho de otra manera, la terminología del *eurocentrismo* parece una estrategia que impide teorizar profundamente la imperialidad de la potencia que predomina desde la década de 1940 y que se ubica geográficamente en el continente americano mismo, lo que coincide con el hecho de que el típico autor poscolonial es un migrante académico de ‘el sur’ que se ha autoincluido exitosamente en la comunidad científica estadounidense donde publica y enseña en inglés, sin querer atacar la mano que le alimenta. En torno a las dependencias mundiales del presente, la teoría poscolonial se enfoca en el falso adversario, acusando a aquel del pasado anterior a la década de 1940, sin profundizar que este último ya está *provincialized* en términos de Chakrabarty: en el mundo actual, Europa se ubica bajo la misma hegemonía castrense (bases militares), cultural (música, Hollywood), ideológica (neoliberalismo económico), capitalista-tecnológica (Google, Amazon...), educativa (rankings universitarios), urbanizadora (modelo de ciudad) y alimenticia (hamburguesas) que Meso y Suramérica. De hecho, se escucha significativamente más música de origen norteamericano en la radio alemana que en la colombiana. La así llamada *globalización* cultural es una estadounidense del mundo, pero no una europeización.

En este ámbito, es particularmente ajeno al realismo que el brazo latinoamericano de la teoría poscolonial ignore que sus ‘colonizadores’ España y Portugal ya están *provincialized* desde un tiempo mucho más largo, precisamente desde la década de 1810, cuando salieron de toda relevancia en las relaciones internacionales que, en este momento, se monopolizaron en la *pentarquía* entre Londres, París, Viena, Berlín y Moscú. En la subsiguiente competencia eliminatória de las *guerras pentárquicas* (1914-1945), Austria salió descuartizada en 1918, Francia por ser vencida en 1940, Alemania por el mismo destino en 1945, Gran Bretaña por ser una vencedora pírrica al lado de un aliado dominante que la marginó –con buena visibilidad a partir de la crisis de Suez de 1956– y la Rusia soviética se despidió alrededor de 1990, dejando una sola potencia mundial de primer nivel –que había ascendido inicialmente de modo invisible hasta su entrada en las *guerras pentárquicas* en 1917– y que, para decirlo con toda claridad, no se ubica dentro de Europa y ni siquiera en sus cercanías. Desde la perspectiva del *realismo* internacional de corte estadounidense, es interesante dirigir las frustraciones de Asia, África y América Latina contra Europa, pues de esta manera se motiva que estos países se orienten políticamente hacia una cercanía a los EE.UU. que se limpian de toda imagen de antecedentes coloniales, lo que fortalece la respectiva imperialidad sin visibilidad de la misma.

De todas maneras, los autores poscoloniales con su enfoque centrado en las actividades de los presumidos ‘países blancos’ –de los cuales se excluye a América Latina–, evitan una verdadera perspectiva mundial que analice las otras partes del planeta en formas equilibradas más allá de una supuesta masa amorfa de víctimas suprimidas. En este sentido, falta una efectiva visión de medir el mundo según los mismos estándares de respeto y de crítica. Dicho victimismo geocentrado tampoco parece sano en términos sociopsicológicos y funciona efectivamente como un bloqueador que inhibe el deseable aumento de la autoestima frente a los lugares que se han posicionado en la centralidad mundial.

## 2.4. La búsqueda de autenticidad cultural, pero mirando por gafas eminentemente occidentales

Entre las contradicciones de la teoría poscolonial prevalece que esta se viste como antioccidental y busca autenticidades geohistóricas, pero al mismo tiempo se fundamenta en un espectro de autoridades intelectuales occidentales –Foucault, Derrida, Bourdieu, Gramsci y otros– que, en el presente postmoderno, son ampliamente reconocidos –al estilo de generalistas, pero no como expertos históricos y coloniales–, mientras se evita consultar a los clásicos chinos, indios o musulmanes<sup>64</sup>. En el posestructuralismo y la teoría del discurso no hay nada no occidental. Tampoco es dudosa la raíz occidental de pilares paradigmáticos como el etnonacionalismo de origen románticista, el subalternismo de fundamentación marxista, el antineoliberalismo del movimiento antiglobalización, el ambientalismo del movimiento verde, el esoterismo del antirracionalismo, el *genderismo* del feminismo, etc. Pero al estilo de un truco de magia, los teóricos poscoloniales tienden a reducir la occidentalidad de la cara hegemónica incluyendo el neoliberalismo, mientras trasladan las teorías críticas al lado de lo no occidental, desconociendo su raíz en la gran línea crítica que está inmanente al pluralismo occidental. No obstante, vale la pena contrastar, por ejemplo, la simpatía del posmodernismo poscolonial para el feminismo y *queerismo*, con las muy contrarias autenticidades de los países islámicos desde varios milenios que amenazan a las respectivas modalidades de vida con duras penas, muchas veces de muerte. Fácilmente, esto lleva a una cuadratura del círculo: exigir una desoccidentalización cultural a través de vanguardismos de plena raíz occidental.

64 Comp. la crítica de Browitt, Jeff. *La teoría decolonial*, op. cit., pp. 25-46.

De tal manera, puede contextualizarse también la *Epistemología del sur*<sup>65</sup> del sociólogo –europeo– Boaventura de Sousa Santos, quien logra un virtuoso diagnóstico crítico de la universalización de las formas hegemónicas del pensamiento europeo-norteamericano, pero por basarse en el estilo de la ciencia social crítica del mismo Occidente (simplemente no hay teorías críticas confucianas, hindúes o islámicas), se mantiene débil e impreciso al diseñar alternativas que sobrepasarían el espectro de exigencias inmanentes a la tradición de la izquierda y del ambientalismo europeo. Tampoco parece prometedora la propuesta del pensador portugués sobre una general *epistemología del sur* con la base precisa en América Latina, pues para las demás zonas de ‘el sur’, esto significaría simplemente un traslado intraoccidental de la zona inspiradora: en un ámbito como el islámico con sus muy distintas visiones del ser humano, este otro Occidente menos acomodado no sirve como modelo atractivo, al igual que las teorías islámicas parecen poco convincentes en América Latina. Efectivamente, falta el fundamento para una genérica *epistemología del sur* que uniría América Latina con las culturas confucianas, hindúes, islámicas y subsaharianas, pese a que podrían ser fructuosos los diálogos mutuos.

En torno a la exigencia de la autenticidad cultural, la pregunta clave es hasta qué contenido histórico-social sería deseable, pues retornar a una verdadera configuración ‘precolonial’, significaría reanimar la India de los maharajás feudales y el *sati*, el Japón de los shogunes y el *seppuku* o recrear la monarquía azteca con sus sacrificios humanos, lo que es tan inadmisible como reconstruir la Europa preilustrada de los procesos de brujería y de la Santa Inquisición. Efectivamente, los teóricos poscoloniales filtran según lo simpático que pasa por lentes fuertemente anclados en su variación posmoderna de la Ilustración occidental. Por eso, no reciben mucha simpatía los verdaderos movimientos auténticos que hacen oposición fundamental a la *gran transformación*, que velan bajo una acentuada antioccidentalidad y que dejan de la Ilustración nada más que una ideología diabólica contra la eterna voluntad divina, como los talibanes afganos (desde 1994) y el *estado islámico* sirio-iraquí (2003-2019), pues los autores de la teoría poscolonial son tan occidentales que temen tal paso consecuente. Evidentemente, el islamismo se inspiró en Said y otros poscolonialistas que proponen minimizar las influencias occidentales en el oeste y sur asiático, pero casi nunca se trata de un amor recíproco.

Otra manifestación ilustrativa de dicha problemática –aunque no *tan* fundamental– se encuentra más cercanamente en el etnoconstitucionalismo latinoamericano instaurado en los años 90 y 2000, pues el mismo postula un pluralismo jurídico, pero se limita a aprobar lo compatible con los derechos

65 Véase p. ej. Santos, Boaventura de S. *Refundación del Estado en América Latina*, Lima, IIDS, 2010. Íd. *Justicia entre saberes*, Madrid, Morata, 2017.

humanos y fundamentales occidentales. Por lo tanto, quedan suprimidos los elementos efectivamente propios de las selvas Amazónica y Pacífica como los matrimonios de niñas, pruebas mágicas o la ablación genital, reduciendo así la tolerancia a lo folclórico considerado simpático, lo que produce a veces malestar en los afectados que perciben promesas incumplidas. En realidad, la *gran transformación* ilustrada e industrial ha articulado una fuerza de destrucción creativa que no está abierta a ofrecer su propia revocación.

Frecuentemente, la búsqueda de una autenticidad no occidental de América Latina hace referencia a conocimientos campesinos e indígenas. Buscar la *epistemología del sur* en estos ámbitos, parece una especie de solución improvisada, debido al hecho que la ciencia y educación latinoamericanas se desarrollan desde las universidades habsburgas –que Carlos V fundó a partir de 1551– dentro de los caminos y rasgos occidentales. En contraste, existen en Asia del sur y África del Norte largas tradiciones de epistemologías propias de corte islámico, hindú, confuciano, *etc.*, basándose desde hace varios milenios en el respectivo sistema tradicional de ‘alta’ educación –con las madrasas islámicas que, en la Edad media, incluso habían inspirado la creación de las universidades de la todavía muy rezagada Europa, o en forma del sistema de examen imperial chino–. Esta herencia propia se ha recombinado en la era contemporánea con las profundas influencias de la *gran transformación* eurodescendiente, pero para estas otras culturas sería muy extraño buscar su autenticidad epistémica en creencias del campo y de la selva. Efectivamente, algunos conocimientos amazónicos pueden servir en la sociedad industrial para las ciencias naturales con respecto a ciertas plantas médicamente interesantes, pero para las ciencias sociales estos pueblos son más contenido de estudios socio-culturales y ambientales y no actores proactivos de teorizaciones estimulantes.

## 2.5. El posmodernismo transversal que combina componentes de tipo izquierda con creencias de la derecha acentuada

En este lugar, se trata uno de los dispositivos más delicados, pues la posmoderna teoría poscolonial ha formado un eje transversal entre componentes anti-hegemónicos –de raíz vinculada a la izquierda, aunque no tanto como un marxismo clásico– y la ideología etnonacionalista –que es de acentuada connotación derechista y resurge actualmente también en la *nueva derecha* europea–. En ello, el etnonacionalismo poscolonial se despidió de la superación del nacionalismo y se dedica a una reconfiguración de la identidad nacional, pues desea contrafácticamente otro curso de la historia del último medio milenio y, como programa dirigido al futuro, pretende corregir los efectos de la

presumida ‘falsa’ historia, reemplazando la identidad eurohispánica del último medio milenio por una *nueva* identidad de tipo etnoindigenista que se deriva de miradas romanticistas –más o menos especulativas– a pueblos declarados originarios. En la suposición de ‘verdaderos’ pueblos fijos en ciertos lugares, esta forma de pensar desconoce la normalidad de las migraciones humanas a lo largo de la historia mundial: no percibe que es inadmisibile y peligroso declarar descendientes de migrantes de generaciones anteriores como meros huéspedes en tierras de otros.

Estructuralmente, el etnocentrismo poscolonial se posiciona en una línea con la etnopolitización *völkisch* de los nacionalsocialistas alemanes que, en su tiempo gubernamental (1933-1945), condensaron conceptos antioccidentales del romanticismo político del siglo XIX y pretendieron reinventar los alemanes con base en la afirmada autenticidad de antiguos pueblos germánicos pre-medievales de *sangre y tierra*, limpiando la cultura de la ‘extranjera’ influencia ‘romana’ del último milenio, en lo que especularon tan generosamente sobre los contenidos de la suprimida cultura ‘originaria’<sup>66</sup> como lo hacen sus sucesores latinos en torno a sus ‘originarios’. En los ojos nazis, volver a la autenticidad del saber jurídico, significó desromanizar, similar al modo en que sus herederos intelectuales quieren descolonizar epistémicamente. Sería una interesante pregunta de investigación, revisar si se trataría de un paralelismo casual –¿se inventaron dos veces casi lo mismo?–, o si hubo influencias más concretas, teniendo en cuenta que el autor ha escuchado, en sus viajes por el subcontinente de la India y el mundo árabe –de donde vienen los padres de la teoría poscolonial–, repetidas veces un patrón que tiende a agradecer la descolonización de sus países a la guerra nazi contra las potencias imperialistas de Gran Bretaña y Francia, aunque la comprobación concreta sería difícil, pues todo teórico con un mínimo de sensibilidad evitaría expresar abiertamente tales influencias altamente tabuizadas. Sin embargo, quien quiera saber más sobre estas líneas *anti-westernism* entre el romanticismo centroeuropeo y las inspiradas delimitaciones asiáticas, puede consultar el respectivo estudio de Buruma y Margalit<sup>67</sup>. De todos modos, después de la transformación sistémica de 1945/1949, la ciencia alemana reconoció unánimemente que el ‘indigenismo germánico’ había sido especulativo sin fundamentación científica. Esta depuración puede considerarse útil para la revisión crítica del contemporáneo etnoromanticismo latinoamericano, preguntándose si los intentos de volver a las raíces previas a lo ocurrido durante

66 Comp. Langebach, Martin *et al.* *Germanenideologie*, Bonn, BPB, 2020, pp. 7 y ss, 70 y ss, 102 y ss. La palabra alemana *völkisch* contiene la raíz *Volk* = pueblo y significa *etnocéntrico* en términos del etnonacionalismo.

67 Buruma, Ian y Margalit, Avishai. *Occidentalism. The West in the Eyes of its Enemies*, Nueva York, Penguin Press, 2004.

medio milenio no tienden naturalmente a un constructivismo ilimitado que llenaría los vacíos con intuiciones y proyecciones.

En este lugar, parece útil una breve mirada contrafáctica al proceso histórico: el científico etno-nacionalista de pertenencia efectiva a la cultura *hispanoamericana* y de probable ascendencia de conquistadores o de otros euro-inmigrantes del pasado podría repensar qué consecuencia hubiera sido inmanente a lo deseado que no ocurrió –una hipotética revolución indígena en 1810 y la formación de un etno-Estado llamado Muisca en vez del país de Columbus-Colón, Colombia (o Aimarania en lugar de Bolivia por Bolívar)–. Al respecto, ¿es realista partir de algo semejante a su entorno conocido, o existiera otra realidad diseñada a través de una limpieza cultural-lingüística, étnica o incluso genocida, en la cual ni siquiera su propia existencia hubiera sido pensable?

Complementariamente a su etnonacionalismo, el poscolonialismo y su entorno han reanimado el concepto pseudocientífico de las razas humanas<sup>68</sup> –que había surgido originalmente con el ascenso del imperialismo anglofrancés del siglo XIX, según escritos como el *Ensayo sobre la desigualdad de las razas humanas* del filósofo francés Artur de Gobineau (1853/1855), para servir como paradigma central de la sumisión del mundo a finales del siglo XIX e inicios del XX, pero que colapsó paralelamente a la ola de descolonización de 1945-1980–. En el resurgimiento por el pensamiento poscolonial, el enfoque preciso son los llamados *people of color*, una expresión proveniente del contexto estadounidense. Pese a que la nueva connotación es antidiscriminatoria, se promueve la tendencia a una profecía autorrealizada que conserva o reanima lo que critica por la puerta trasera. De esta manera, ha nacido un *contradictorio antirracismo racista* que se niega tanto el carácter obsoleto del concepto de razas humanas en términos de las ciencias naturales –el color de piel es completamente inútil para distinguir dentro de las poblaciones humanas– como el postulado iushumano que sostiene la ética de la igualdad incondicionada de los miembros de la humanidad. No hay razas, pero sí existe el racismo biologista y culturalista que puede y debe ser analizado y superado<sup>69</sup>. Uno de estos racismos bien escondidos es, sin duda, el doble-estándar según el cual Occidente lamenta mucho más las víctimas *blancas* del judeocidio de 1941-1945 –partiendo de un presumido hecho *singular*– que las víctimas no europeas de los genocidios coloniales<sup>70</sup>.

68 Véase p. ej. Silva V., Christianne. *De la responsabilidad de los Estados de Brasil y Colombia por el uso del sofisma racial como adjudicador de consecuencias jurídicas*, Bogotá, UNAL (tesis doctoral), 2018.

69 En contra de la existencia de razas: Cavalli-S., Luigi L. *Genes, pueblos y lenguas*, Barcelona, Crítica, 2000. Kolbert, Elizabeth. “There’s no Scientific Basis for Race”, en *National Geographic*, 2018 (URL en bibl. final).

70 Véase la actual controversia resumida en Capdepón, Ulrike y Moses, Dirk. *The A. Mbembe Controversy*, op. cit., pp. 371 y ss.

El etnonacionalismo y la reracialización se ubican en una relación tensional con el hecho de que, según los censos de 1993, 2005 y 2018, alrededor del 90% de los colombianos se identifican como personas sin pertenencia étnica, mientras solo una minoría marginal entre el 1,6% y el 4,3% se percibe dentro de las etnias autóctonas<sup>71</sup>. Más allá, se trata de una extensión artificial de la lógica de la *gente de color* presentar a los afrocolombianos como otra identidad étnica, pues, en vez de ser autóctonos, se basan en inmigraciones (aunque forzadas en su tiempo) y muestran una completa asimilación cultural dentro de la sociedad nacional. De todos modos, las cifras bajas subrayan la artificialidad intelectual del etnocentrismo poscolonial para una sociedad como la colombiana. En cambio, sería una ganancia reajustar los debates de marginación y subalternidad con un énfasis en los pauperizados en la informalidad masiva de la sociedad urbanizada que no se basan en criterios etnoraciales.

La apertura derechista del paradigma poscolonial se manifiesta también en el extendido rechazo de la Ilustración y la relativización de los derechos humanos, los cuales no se quieren valorizar como un denominador común de la era de la *gran transformación*, culturalizando y otroficándolos como presumidas particularidades e implantes occidentales<sup>72</sup>, lo que puede considerarse argumentable desde las percepciones chinas, hindúes e islámicas del ser humano y sus respectivos fundamentos confucianos y religiosos. Sin embargo, transferida a América Latina, la llamada a descolonizarse de dichos derechos constitucionalizados permanentemente a partir de la Constitución de Tunja de 1811 funciona como un simple apoyo intelectual a cualquier autócrata violento. De modo correlativo, no sorprende que también un etnopluralista de la *Nouvelle Droit* francesa como de Benoist asocie los derechos humanos con la presumida “continuidad del síndrome colonial”<sup>73</sup>.

71 DANE, *Censo 2018, Grupos étnicos*.

72 Comp. Bazán S., César. “Independencia judicial y Estado de derecho. Una mirada decolonial al derecho”, en *Polémos*, 2019 (URL en bibl. final). Gándara, Manuel. “Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos”, en *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, No. 4, Río de Janeiro, Univ. do Estado, 2017, pp. 3117-3143. Gómez S., Davinia. “Transforming Human Rights through Decolonial Lens”, en *The Age of Human Rights Journal*, No. 15, Jaén: Univ., 2020. pp. 276-303. Mata Q., Gerardo. “Derechos humanos y colonialidad”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2019 (URL en bibl. final). Prestes P., Ricardo. “Pensamiento descolonial, crítica al derecho, movimientos populares. La problemática de los derechos humanos”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año VIII, No. 15, San Luis Potosí, UASLP, 2016, pp. 195-218. Sierra-C., Jimena. “La importancia de decolonizar el derecho internacional de los derechos humanos. El caso de la consulta previa en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, No. 39, Bogotá, UniExt, 2017, pp. 137-186.

73 Benoist, Alain de. *Kritik der Menschenrechte*, Berlín, Junge Freiheit, 2004, p. 73.

Cabe destacar que estos sincretismos posmodernos entre posiciones de izquierda y derecha funcionan también en la otra dirección, en el marco de la tendencia general del posestructuralismo a deconstruir todas las formas establecidas sin plantear alternativas fructuosas. Pese a que la crítica del neoliberalismo y de la globalización había sido un tema clásico de la izquierda, el mismo ha sido adoptado ampliamente por el brazo alternativo de la *nueva derecha* europea del siglo XXI<sup>74</sup>, en una retroalimentación difusa con la ascendiente tendencia del *establishment* europeo de estigmatizar genéricamente toda contracultura como derechista. Parece que en la actualidad se abre una brecha intercontinental en torno al modo de uso de estos conceptos básicos de lo político: mientras el latinoamericano tiende a igualar la derecha con el neoliberalismo, la percepción europea iguala el etnonacionalismo y antiliberalismo con el derechismo, con un buen potencial de malentendidos mutuos.

## 2.6. La ocultación de la cuestión social del capitalismo libero-industrial

Con su tendencia a explicar la marginación y subalternidad a través de etnias y razas, la cosmovisión poscolonial se niega a análisis profundos de la cuestión social del capitalismo libero-industrial. Evidentemente, los pauperizados en el proletariado informal urbano –que encarnan alrededor del 50% de una población como la colombiana<sup>75</sup>– no muestran ningún claro perfil étnicoracial y tampoco vienen de un pasado lejano como el ‘colonial’ del virreinato, pues encarnan un efecto de la transformación social y urbanización masiva con su *slumificación* desde los años 40 del siglo XX. Los etnoteóricos desconocen que la cuestión social no resulta –por lo menos no primariamente– de cuestiones afroindígenas, sino de las más íntimas lógicas del economismo industrial de corte capitalista y social-darwinista en sí mismo que concentra la riqueza cada vez más en las pocas manos que ya disponen de capital y, de tal manera, profundiza las brechas socioeconómicas. Puede ser que la causa de este vacío de perspectiva es el *nexus* de la teoría poscolonial con la comunidad científica de los EE.UU. como *el* país de un militante antijusticialismo antisocial, pero la perspectiva comparada con los países de mayor justicia social –en particular, los de la Unión Europea– aclara que el problema latinoamericano se basa primariamente en el bajo nivel de materialización de la democracia social y en el rechazo de la redistribución tributaria a través de un sistema progresivo y eficaz que financiaría exigentes

74 Grumke, Thomas. Globalisierte Anti-Globalisten. En: BPB. *Rechtsextremismus*. 2017 (URL en bibl. final).

75 Salazar-X., José M. y Chacaltana, Juan. *Políticas de formalización en América Latina. Avances y desafíos*, Lima, OIT, 2018, pp. 18 y ss.

políticas sociales como el correctivo necesario de las tendencias acumulativas del capitalismo libero-industrial.

## 2.7. La desconfiguración culturalista de la cuestión ambiental del industrialismo carbonizante

No es inusual detectar en el ámbito de la cosmovisión poscolonial referencias verbales al ambientalismo, en el marco de su absorción de todas las perspectivas ocupables como antisistémicas. Típicamente, asocian la cuestión ambiental con sus categorías culturalistas favoritas y responsabilizan a una presumida colonialidad y occidentalidad como los malhechores, bajo la recomendación de estudiar los saberes indígenas como alternativa<sup>76</sup>. De tal manera, se desvía otra vez del núcleo del problema: la cuestión ambiental –percibida desde los años 70 del siglo XX– está directamente relacionada con la transformación industrial hacia el régimen de energía fósil que tomó su punto de partida en Inglaterra a inicios del siglo XIX, pero que se difundió desde entonces en todo el planeta, en intensidades diversificadas, pero sin dejar ningún país completamente preindustrial. Esta macrodinámica transformadora no puede ser simplificada hacia una presumida colonialidad. Tampoco es viable afirmar que el industrialismo carbonizante ‘oriental’ de Japón, China o Corea del Sur sería ambientalmente más responsable que el ‘occidental’ de Alemania o Suecia, al igual que el difunto río Bogotá subraya bien la problemática contaminante de la urbanización industrial en Colombia. Quien quiera alcanzar más sostenibilidad ambiental, debe reformar el núcleo del industrialismo y desacelerar sus aceleradores (mercado-centrismo, crecimiento económico). Referenciarse a restos de sociedades pre-estatales en nichos ecológicos no sirve a causa de las duras condiciones físicas: su sistema de energía y metabolismo socio-ambiental depende de una densidad poblacional por debajo de dos personas por kilómetro cuadrado, es decir, para regenerar este modo de vida en todo el planeta, habría que eliminar más del 99% de la actual población mundial, lo que nadie puede proponer con seriedad. En vez de idealizar el modo de vida de las comunidades selváticas, que resulta válido para su propio entorno y para sus propias precondiciones sociales, económicas y culturales, debe estudiarse primero las condiciones materiales de su modo de existencia.

76 Vid. Poesche, Jürgen. “La lucha contra la colonialidad en el derecho ambiental occidental”, en *Pensamiento Jurídico*, No. 51, Bogotá, UNAL, 2020, pp. 233-254.

## 2.8. La retroalimentación con las teorías del trasplante jurídico y la derivada exigencia de descolonizar el derecho

No solo ocasionalmente, los paradigmas poscoloniales y sus exigencias de descolonización<sup>77</sup> se mezclan y se cruzan con las teorías del llamado trasplante jurídico<sup>78</sup> que interpretan el derecho latinoamericano como plagiado de una Europa de presumido desarrollo superior y mayor capacidad creativa, según un imaginario mecanicista que carece de sensibilidad para las dinámicas históricas de difusión, migración, circulación y transculturación de las ideas jurídicas en las diferentes zonas del mundo<sup>79</sup>. El error cardenal consiste otra vez en culturalizar y etnizar el derecho bajo presunciones de autenticidad en las zonas ‘creadoras’, para las cuales se suponen herencias duraderas de épocas lejanas, sin tomar noticia de la *gran transformación* alrededor de 1800 que perturbó *todos* los ordenamientos jurídicos –sin exceptuar los europeos– y que llevó a complejas olas de difusión y transculturación en el espacio transnacional.

En particular, la perspectiva del trasplante jurídico desconoce que la revolución hispanoamericana de 1810 a 1825 fue una de las tres revoluciones fundadoras del republicanismo constitucional en el espacio global y una de solo dos exitosas –pues la francesa fracasó casi inmediatamente en las dinámicas napoleónicas de 1799/1804 y restaurativas del Congreso de Viena de 1814-1815–. Visto así, Hispanoamérica actuó como vanguardista en la configuración del *nuevo Occidente* posautocrático, lo que las teorizaciones poscoloniales no saben manejar, pues un papel precursor de Hispanoamérica dentro de la transformación occidental contradice sus creencias más íntimas. Prevalece la negación completa del hecho comparativo de que países como Colombia tomaron decisiones constitucionales visionarias a inicios del siglo XIX, mientras

77 P. ej., Ricobom, Gisele y Pablo Friggeri, Félix. “La descolonización del derecho y la justicia comunitaria en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *Derechos en Acción*, vol. 12, No. 12, La Plata, UNLP, 2019, pp. 190-209.

78 Texto básico: Watson, Alan. *Legal Transplants*, 2ª ed., Athens, Univ. of Georgia, 1993, pp. 21 y ss. Retomado por: Bonilla M., Daniel. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Uniandes, 2009, pp. 20 y ss.

79 Véase Marquardt, Bernd. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica*, op. cit., pp. 3-65. *Íd.*, *Historia del derecho de Hispanoamérica*, t. 1, op. cit., pp. 50-70. Choudhry, Sujit, ed., *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, CUP, 2011. Frankenberg, Günter. *Comparative Constitutional Studies*, Cheltenham, Elgar, 2018, pp. 111 y ss. Hirschl, Ran. *Comparative Matters*, Oxford, OUP, 2016. Pegoraro, Lucio. *Derecho constitucional comparado*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2016, pp. 359 y ss. Rodríguez V., Andrés A. *La circulation des modèles juridiques*, Grenoble Univ. (tesis doctoral), 2015, pp. 147 y ss, 472 y ss. Stolleis, Michael. “Transfer normativer Ordnungen”, en *Legal History*, No. 20, Fráncfort: Klostermann, 2012, pp. 72-84.

una análoga transformación sistémica hacia un estable constitucionalismo republicano tuvo que esperar en Francia hasta 1875, en Alemania (RFA) hasta 1949 o en España incluso hasta 1978.

En el marco expuesto, Hispanoamérica cuenta también con un bicentenario de continuas garantías constitucionales de derechos del hombre/humanos a partir de la Constitución de Tunja de 1811 (aunque no siempre con prácticas convenientes), un logro con el cual ningún país europeo puede competir (aparte de realidades aun más oscuras como el judeocidio nazi de 1942-1945). Sin embargo, segmentos reveladores de la teoría poscolonial no están dispuestos a valorizarlo, pues estigmatizan el iushumanismo en sí mismo como un implante occidental contra la presumida autenticidad sureña. De tal manera, se desconoce que una relación positiva con la larga tradición propia de garantías iusfundamentales sería la estrategia más prometedora para fortalecer el respeto de dichos derechos en el presente.

Tampoco en otras áreas del derecho latinoamericano es viable descubrir implantes coloniales que serían aptos para una descolonización. Revisando la rama de máxima relevancia socio-cultural y económica, el derecho civil, se detecta que se formó en el siglo XIX la agrupación o familia franco-hispanoamericana, sin basarse en raíces coloniales (y menos romanas), pues tanto en Francia como en Hispanoamérica las codificaciones iusracionalistas rompieron duramente con el Antiguo Régimen, reconfigurándose según el liberalismo civilista de la naciente sociedad de una élite comercial-burguesa, en concordancia con el giro constitucional expuesto, en lo que nadie debe subestimar el logro creador del venezolano Andrés Bello para el subgrupo hispanoamericano que se manifestó en el código modelo de Chile de 1855. Es aun menos consistente calificar conceptualmente como colonial la simpatía latinoamericana con el iuspositivismo del austríaco Kelsen en la segunda mitad del siglo XX, al igual que la migración de las ideas de este pensador centroeuropeo a EE.UU. no tiene nada que ver con cuestiones de una colonialidad del saber, es decir, la legítima crítica del iuspositivismo tiene que fundamentarse en argumentaciones de contenidos en vez de estigmatizar geodependencias. Tampoco sirve la etiqueta colonial para estructuras del derecho latinoamericano que enmarcan injusticias sociales como el *apartheid educativo*<sup>80</sup> –con buenos colegios privados para los ricos en contraste con mediocres colegios públicos para los demás–, pues esta dicotomía no viene de la época virreinal sino de la copia de modelos del liberalismo estadounidense en la era pos-1940, es decir, sería más correcto hablar de un derecho de la injusticia social en vez de un derecho colonial y sería adecuado proponer la justicialización en vez de una presumida descolonización.

80 Concepto de: García V., Mauricio y Quiroz L., Laura. “Apartheid educativo”, en *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, No. 25, Bogotá, UniExt., 2011, pp. 137-162.

A primera vista, el imaginario del trasplante jurídico parece más plausible para las rupturas cortantes en Asia entre aproximadamente 1870 y los años 1930, cuando los gobiernos autocráticos de Turquía, Persia, Japón, China y Tailandia eliminaron radicalmente, casi de un día al otro, la respectiva tradición jurídica no occidental, para introducir constituciones y códigos civiles, comerciales, penales y procesales según modelos que se inspiraron en los Estados europeos de entonces. En estos casos se dieron verdaderas rupturas civilizatorias, en contraste con lo ocurrido en América Latina, cuyo derecho se desarrolló ya en 1810 desde tres siglos dentro del marco occidental (de tipo Antiguo Régimen). Pero precisamente en los citados Estados asiáticos actuaron gobernantes soberanos –no coloniales– que adoptaron preferiblemente códigos de países con la menor sospecha de intereses imperialistas –de Alemania, Suiza e Italia–, lo que no se interpretó como una europeización, sino como la autoincorporación en la ‘modernidad’ de la *gran transformación* que se difundió con una fuerza irresistible en todo el mundo, dejando para Europa nada más que el papel del punto de partida.

Eventualmente, los seguidores hispanoamericanos de la hipótesis de una colonialidad del saber jurídico y de la exigencia de superarla, advierten ahora que las constituciones ecuatoriana de 2008 y boliviana de 2009 incluyen algunas palabras clave del posmodernismo decolonial<sup>81</sup>. En ello, neologismos como *plurinacional* pretenden subrayar el *giro* decolonial, pero se refieren efectivamente a lo que la teoría constitucional llama derechos de minorías en combinación con un concepto multilingüístico, no tan diferente del modelo suizo desde el siglo XIX. Tampoco convence declarar decolonial el pluralismo jurídico como tal, pues el mismo reactiva precisamente una normalidad de la era virreinal, suprimida en la independencia, sin alcanzar la profundidad de la era pre-republicana y pre-nacionalista. Además, dichas cartas intentan conectarse con una presumida tradición incaica, cuando plantean la estimación de la deidad de la *madre tierra* (*pachamama*) y del *buen vivir* (*suma qamaña*, *sumak kawsay*) de apariencia simpática<sup>82</sup>; sin embargo, todo análisis textual, contextual y comparativo aclara que se trata de meras y pocas expresiones poéticas en un constitucionalismo que no supera un sólido pluralismo tridimensional –liberal, social y ambiental– que predomina transnacionalmente desde la década de 1990. En ello, se configura una connotación etnoromanticista que enmarca contenidos de la teoría ambiental, cuyo origen preciso se encuentra en los debates de reforma del industrialismo en la historia reciente de Europa y Norteamérica:

81 Medici, Alejandro M. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial. Bolivia y Ecuador”, en *Derecho y Ciencias Sociales*, No. 3, La Plata, UNLP, 2010, pp. 3-23.

82 *Vid.* Houtart, François. “El concepto de Sumak Kausay (Buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad”, en *Revista de filosofía*, vol. 28, No. 69, Maracaibo, Univ. de Zulia, 2011, pp. 7-33.

la *teoría de la huella ecológica o ambiental* no viene de los indígenas, sino de un suizo y un canadiense –Wackernagel y Rees–, al igual que el concepto de la *sostenibilidad ambiental* y reproductiva tiene su raíz en un alemán –Carlowitz– y fue popularizado por una noruega –Brundtland–<sup>83</sup>. No es dudoso que en el campesinado tradicional de los Andes se encuentran creencias del espectro de sostenibilidad, pero no tienen que ver con una eventual antioccidentalidad, sino con características supervivientes de sociedades preindustriales en sí mismas, como subraya bien la comparación con las múltiples fuentes del derecho local europeo de los siglos XVI y XVII que planteaban en serie la sostenibilidad suprageneracional del uso de bosques y pastos según la velocidad natural de reproducción<sup>84</sup>. En este sentido, los debates ambientales no pueden enfocarse en exigencias de descolonizar y desoccidentalizar, sino que deben precisarse conceptualmente como propuestas de desindustrializar, descapitalizar y decrecer. Además, leyendo las constituciones de Bolivia y Ecuador sistemática y completamente, es discutible su profundidad ecológica, teniendo en cuenta la conservación paralela del desarrollismo extractivista en otras partes de los mismos textos.

## 2.9. La tendencia a disculpar generosamente los errores del endogrupo nacional del presente mediante la inculpación de antepasados otroficados

Puede sostenerse que la teoría poscolonial es una teoría del subdesarrollo marcadamente exógena que margina la posibilidad de factores endógenos. En ello, se manifiesta un juego con conciencias y percepciones de culpa, a través del cual se busca tanto una mala conciencia de ‘los norteños’ como una buena conciencia de ‘los sureños’. Al respecto, Knauf interpreta el poscolonialismo latinoamericano como “un intento religioso por explicar cómo sobrevino el mal en el mundo”<sup>85</sup>.

83 Wackernagel, Mathis y Rees, William. *Our Ecological Footprint*, op. cit. Carlowitz, Hans. *Sylvicultura Oeconomica*, Leipzig, Braun, 1713, p. 106.

84 Véase Marquardt, Bernd. *Umwelt und Recht in Mitteleuropa*, Zürich, Schulthess, 2003, pp. 66 y ss, 119. Íd. “Historia de la sostenibilidad”, en *Historia Crítica*, No. 32, Bogotá, Uniandes, 2006, pp. 172-197, 174, 179 y ss.

85 Knauf, Stefan. “¿Hay una filosofía poscolonial en América Latina?”, en *Astrolabio*, No. 13, Córdoba, CIECS, 2012, pp. 219-226, 225. Más drásticamente: “Postcolonialism is the invention of some rich guys from India who saw that they could make a good career in top Western universities by playing on the guilt of white liberals”, sin desistir de la expresión *bullshit*; así: Žizek, Slavoj. “I am not the world’s hippest philosopher!”, en *Salon*, diciembre 29 de 2012 (URL en bibl. final).

En efecto, dicha tendencia tiende a exculpar a las generaciones actuales y recientes de ‘el sur’ mediante la declaración de las generaciones de un pasado lejano –transformadas en foráneos provenientes de ‘el norte’– como responsables de los problemas y maldades del presente propio. La suposición de un presente mejor sin ‘colonizadores’ del Antiguo Régimen es contrafáctica y especulativa, aparte de que es tramposo lavar las manos propias en inocencia por responsabilizar a los abuelos de los abuelos de los abuelos, *etc.*, puestos en un presumido papel de otredad: efectivamente, los huecos en las vías, en la red férrea, en la ciencia, en la igualdad socioeconómica, en la educación, en la salud, *etc.* vienen de la clase política de *hoy* y de los últimos decenios.

Para plantear un ejemplo, a diferencia de la típica creencia poscolonial, según la cual uno de los problemas mayores de Colombia, la acentuada concentración de tierras, se basaría en un pasado colonial no superado, es fácil reconstruir que las zonas principales de concentración se ubican en los territorios de la nueva colonización de llanuras bajas como los Llanos orientales y el Magdalena medio desde la década de 1940, lo que indica indudablemente cuál era la época, estatalidad y élite efectivamente responsable. Lo mismo puede decirse sobre los peores coeficientes de Gini a nivel mundial que se originan en las transformaciones sociales y las políticas de las oligarquías del siglo XX y no en el Antiguo Régimen. Igualmente, es tramposo relacionar la contemporánea plaga de corrupción con una presumida herencia de la época virreinal, pues la misma es mucho más un efecto sombrío de las reformas neoliberales de los años 90 del siglo XX que encarnaron un aumento masivo de las relaciones de contratación público-privada como el marco de una nueva racionalidad económica *de facto* en la cual diversos actores del sector privado se sienten motivados a competir a través de sobornos.

De vez en cuando, seguidores de la visión poscolonial intentan santificar defectos objetivos como valiosas particularidades culturales, asegurando así la persistencia de los mismos frente a exigencias de cambio. El autor recuerda bien un debate reciente, en el cual un colega pretendió deslegitimar la crítica en el bajo nivel de formación profesoral –con un mera minoría que cumple con el estándar internacional del doctorado– mediante la estigmatización verbal del crítico como ‘colonialista’, sin percibir que exactamente este bajo nivel de formación funciona como uno de los elementos sistémicos que conservan la hegemonía intelectual del saber estadounidense frente a un país periferizado como Colombia. Otra vez, el defecto citado no viene de la época virreinal, pues hasta el siglo XIX, Colombia participó plenamente en los desarrollos científicos de Occidente, pero los gobernantes de la segunda mitad del siglo XX entraron en un camino menos exigente que no se interesó suficientemente por los aumentos cualitativos en otros lugares, efectuando así una especie de auto-tercermundización sin conciencia de la misma.

## 2.10. De la culpa a lo material

En ocasiones, el debate culpa-céntrico muestra una cara materialista en el sentido de articular presión *moral* para exigir indemnizaciones de ‘crímenes’ estatales ocurridos en épocas históricas. Por ejemplo, una tesis doctoral en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia en 2018 discute reparaciones para los afrodescendientes en torno a la esclavitud de sus antepasados en los siglos XVI-XIX<sup>86</sup>, al igual que una sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 2009 lo había debatido (y negado)<sup>87</sup>. Justificaciones jurídicas no son visibles, pero también moralmente es difícil, teniendo en cuenta que la esclavitud americana no era ninguna singularidad en la casi eterna historia del *lado oscuro del Estado*, ante la cual hubiera que preguntarse hasta qué punto y contexto se quiere volver, es decir, también Italia tendría entonces que pagar por los ‘crímenes’ del antiguo Imperio Romano en su modo de esclavizar a los pueblos germánicos, o Turquía por la política esclavizadora del Imperio Otomano frente a los pueblos del Cáucaso septentrional (como los de Circasia), o los pobres países del Sudán y Sahel africano por las cazas sistemáticas de esclavos subsaharianos en pro de los mercados árabes. Esto subraya, primero, la enorme diversidad de victimarios y víctimas que no se puede explicar con simplificaciones eurocoloniales y raciales y, segundo, que el verdadero problema de fondo casi irresoluble son las transformaciones de valores, pues lo que para el contemporáneo parece un crimen de lesa humanidad, se consideró una legítima política en pro del bien común propio en las culturas del Antiguo Régimen pretransformador. Durante por lo menos cinco milenios, hasta finales del siglo XVIII, la esclavitud era una institución universalizada, sin origen ni exclusividad en contextos interpretables como coloniales, mientras que la transición abolicionista se originó claramente en el Occidente transformador –no en Asia ni en África–, ¿pero es consistente que tienen que indemnizar exacta y exclusivamente aquellos que lograron el turno abolicionista y que conservaron la respectiva mala conciencia, en contraste con culturas que esclavizaron mucho más en la historia mundial sin elaborar ninguna conciencia análoga?<sup>88</sup>

Otra emanación moral –la más percibida en Europa– es el emergente debate sobre restituciones de bienes culturales que llegaron por transferencias en contextos coloniales a museos arqueológicos y etnológicos en lugares como

86 Silva V., Christianne. *De la responsabilidad de los Estados*, op. cit. A diferencia del extendido debate internacional que quiere obligar a los ricos *Estados del núcleo industrial*, la autora habla de reparaciones por parte de la estatalidad *in situ*.

87 Cfr. la sentencia C-931 de 2009 sobre la *Ley de liberación de esclavos e indemnización de los esclavistas* de 1851 (la corte se declaró inhibida). El salvamento de voto exigió una ley de reparación.

88 Básico: Flaig, Egon. *Weltgeschichte der Sklaverei*, Múnich, C.H. Beck, 2009.

París, Londres, Berlín o Madrid y que, en la lógica poscolonial, se interpretan como saqueados. Restituciones por el camino jurídico son típicamente inviables, debido a la carga de prueba según la cual el reclamante tiene que probar su propiedad como heredero con base en las reglas de propiedad vigentes en el momento de la transferencia –muchas ocurrieron contractualmente (compraventa, donación), por una expropiación formal o por el todavía vigente derecho de botín del *ius in bello*–, además el museo puede plantear la objeción de prescripción<sup>89</sup>. Por eso, la argumentación moral en pro de la restitución parte de una especie de pertenencia natural de un bien al Estado que se ubica actualmente en el lugar de origen, partiendo de herencias nacionales y no de la humanidad como tal. Esto funcionó recientemente en beneficio de Benín y Nigeria, pues Francia acordó entregar al primero como presumido sucesor diversas obras de arte del proto-Reino esclavo-trafficante de Dahomey confiscadas militarmente en 1892, mientras que Alemania ofreció ceder al segundo los bronce del proto-Reino de Benín saqueados por Gran Bretaña en 1897. En cambio, en torno al deseo mexicano de devolver la corona azteca de oro y plumas desde Viena –que se ubica desde el siglo XVI en Austria en una línea desde el Sacro Emperador Romano Carlos V–, los países evitaron debates difíciles al aceptar el argumento de que el penacho de Moctezuma no sobreviviría al transporte.

La cuestión es aun más difícil en casos de grandes rupturas culturales, preguntándose, por ejemplo, que tiene que ver el islámico Afganistán de hoy con la anterior cultura budista en el mismo lugar, donde, además, un gobierno local destruyó intencionalmente en 2001 las grandes estatuas de Buda del valle de Bamiyan del siglo VI d.C. debido a la afirmada incompatibilidad con su cultura islámica actual. Es comparable la demolición de las espectaculares ruinas perso-seleucidas de Palmira en Siria por una guerrilla islamista en 2015. De igual forma, es evidente que ciertos bienes culturales solo sobrevivieron hasta la fecha, porque fueron trasladados en el siglo XIX o inicios del XX a lugares de conservación profesional. Por ejemplo, se considera poco probable la supervivencia *in situ* del polinesio *barco ornamentado de Luf* –transferido consensualmente a Berlín en 1903– tanto en vista de su originaria dedicación local a una ceremonia de entierro marítimo de un jefe como ante la posterior pérdida de aprecio para esta tecnología pretransformada en la difusión de la motorización marítima<sup>90</sup>. Además, la puerta babilónica de Istar en la *Isla de los Museos* de Berlín –recibida por excavaciones arqueológicas con autorización del gobierno otomano de inicios del siglo XX– es accesible para cientos de miles de visitantes anuales que vienen de todo el mundo, mientras que las propias ruinas

89 Vid. Wissenschaftl. Dienste Dt. Bundestag. *Koloniale Raubkunst. Möglichkeiten der Rückgabe*, WD-10-3000-005/21, Berlín, Bundestag, 2021.

90 Hauser-S., Brigitta. “Warum das Luf-Boot im Humboldt-Forum bleiben kann”, en *Die Zeit*, julio 14 de 2021 (URL en bibl. final).

de Babilonia son prácticamente inaccesibles debido a las condiciones políticas en Irak desde hace múltiples decenios, aparte de que una no muy profesional 'restauración' bajo el dictador Hussein facilitó a las mismas el encanto de un cuartel militar.

A veces, se subestima en qué medida las solicitudes de devolución se basan en la difusión de dos conceptos de plena raíz europea del siglo XIX –la idea de la conservación de bienes históricos y su exposición pública en museos– que se adaptaron más tarde que tempranamente en las otras partes del mundo, mientras en el momento de la salida de numerosos bienes arqueológicos, gobiernos 'orientales' como el otomano partieron todavía de meras piedras antiguas sin valor significativo. Visto así, hay que preguntarse si la argumentación poscolonial, en vez de cumplir con su postulado de sanear robos, no prepara inversamente una ola de saqueos de museos profesionales por parte de aprovechadores de segunda mano.

### **3. PRIMERA PROPUESTA: LA PERSPECTIVA MUNDIAL Y TRANSFORMADORA PARA RESPETAR TODAS LAS ZONAS DEL MUNDO SEGÚN SUS PARTICULARIDADES Y RECONOCER DINÁMICAS SUPRACULTURALES DE TRANSFORMACIÓN**

Los capítulos 3 y 4 se dedicarán a proponer alternativas a la cosmovisión poscolonial, que eviten las inconsistencias históricas y teóricas, sin renunciar al reclamado perfil crítico que se considera valioso.

#### **3.1. La perspectiva mundial**

En primer lugar, se recomienda asumir la perspectiva mundial en vez del desaliñado esquema primer-tercermundista de corte poscolonial, la cual no debe confundirse con la antigua perspectiva universalista-eurocéntrica o su sucesora globalista-gringocéntrica, sino que esta macrovisión comparativista pretende concebir la historia de todas las zonas del planeta según los mismos estándares de respeto y de crítica, emancipándose de prejuicios geopolíticos y culturalistas sin fundamentación científica. Se basa en una historia transcontinental de la diversidad pluralista de múltiples sociedades de valor igualitario, sin limitarse a acentuar relaciones de una presumida subordinación frente a una glorificada o damnificada Europa. En esta perspectiva se acepta el mundo como un espacio abierto, lleno de oportunidades para creatividades humanas de cualquier raíz, se abre la puerta para superar las estigmatizaciones geo-culturales, visibilizando

por ejemplo el papel precursor de la Hispanoamérica del siglo XIX en la difusión mundial del republicanismo constitucional.

Para reconocer la ventaja de la perspectiva mundial con respecto a las épocas anteriores a la *gran transformación*, sirve una breve mirada a la estatalidad asiática: se considera inadmisibile el extendido patrón –conservado en el pensamiento poscolonial– de escribir la historia de la India del siglo XVIII como un presumido conflicto colonial anglofrancés con sus respectivos aliados nativos, pues ambos actores europeos eran marginales para la India misma, donde la verdadera dinámica de poder de ese entonces consistió en los conflictos multidimensionales entre la potencia islámica del Imperio Mogol después de sobrepasar su cenit, las ascendientes monarquías maratas que practicaban la guerra santa hindú desde el sur, la expansión del Imperio Indo-Persa de la dinastía Durrani desde el Hindukush al río Indo (1747-1826) y la mera participación conflictiva del principado de Bengala que estaba, pero solo en la fase final a partir de los tres pasos de 1764, 1772 y 1793, en manos del *Raja Company*, a saber, de la compañía EIC con sede británica, todavía en un papel jurídicamente subordinado como vasallo del Imperio Mogol y actuando, antes del siglo XIX, según lógicas de poder indias y no europeas<sup>91</sup>.

En torno a la Hispanoamérica pretransformadora, la perspectiva mundial significa una neutralidad análoga enfocada en concebir las enormes diferencias culturales del Antiguo Régimen según sus propias condiciones. Debe ser claro que todo viaje académico a la era anterior a la *gran transformación* es un viaje a un entorno desconocido, también en lugares donde uno mismo vive. Una de las dificultades es que la Hispanoamérica del Antiguo Régimen, a diferencia del citado caso de la India, ocupó una posición intraeuropea, por supuesto, con particularidades, pero bajo una macroconfiguración cultural de esta antigua Europa latina-católica, que se distinguió fundamentalmente de todo lo que se asocia con la Europa del presente. La aproximación necesita tener en cuenta el papel de Hispanoamérica como parte integral de una gran *monarquía compuesta* con su centro común madrileño, pero ensamblada de partes que encarnaban algún estatus de soberanía virtual, con virreyes en submonarquías como Nueva España-México y Perú, al igual que en Aragón, Nápoles o Navarra. Se considera una sobresimplificación reduccionista la extendida narración en blanco y negro que dibuja los años de ‘la conquista’ en los colores más negros –aunque compartió las crueldades típicas de las guerras de entonces–, para ignorar los subsiguientes siglos de un sistema estabilizado bajo los parámetros del protoconstitucionalismo habsburgo y saltar casi inmediatamente a la así enmarcada gloria de ‘la independencia’. En cambio, es una cuestión del respeto a sí mismo, entender

91 Marquardt, Bernd. *El Estado moderno en Asia y África del Norte*, op. cit., pp. 1 y ss, 13 y ss, 53 y ss, 131 y ss.

la historia de *las Indias* como una fase impactante y no tan lejana de la historia propia, pues no hubo otra.

En cuanto al Antiguo Régimen, la perspectiva mundial pretende superar un clásico silencio, abriéndose al pluralismo jurídico y visibilizando también las subculturas del campesinado y nobleza muisca de la Nueva Granada, al igual que la incaica-quechua en el Perú o la azteca-náhuatl en México, pues los siglos XVI a XVIII eran, en cierto sentido, *la* época en la cual se presentan al ojo del observador como actores de algún perfil propio, con muchas particularidades localistas dentro de un marco estatal sin intereses etno-homogeneizadores más allá de la religión, lo que es bien reconstruible gracias a una riqueza de fuentes primarias, a diferencia tanto de la escasez de fuentes para la era anterior como en contraste con la homogenización nacionalista en las posteriores repúblicas neo-europeas que no toleraban subculturas de un perfil diferente.

Tampoco en el análisis de la era de la transformación revolucionaria de 1810-1825 la perspectiva mundial puede continuar con la tradicional invisibilización de los indígenas, pues quiere tratar a todos los habitantes de la Tierra como seres respetables según sus condiciones propias. Esto lleva a reflexionar sobre un hecho irritante para muchos latinoamericanos que han interiorizado el gran *mito libertador*, pues hay que examinar con seriedad por qué una parte significativa del campesinado indígena prefirió defender la monarquía en vez de soportar el *salto sistémico* a la república. La respuesta no es difícil, solo incómoda: la liberación *libertadora* no los liberó a ellos, sino que aumentó la subordinación según conceptos indeseados de un liberalismo transformador<sup>92</sup>. Sigue la segunda sinceridad incómoda de fechar y contextualizar la desmuiscaización lingüístico-cultural del altiplano cundiboyacense: no puede ser proyectada al sistema monárquico del Antiguo Régimen con su amplio pluralismo, sino que debe ser asociada con las políticas de homogenización en el Estado nación del siglo XIX con sus políticas de la educación popular en la lengua nacional, su disolución forzada de las tierras comunales y la apertura de las comunidades locales para la inmigración de no locales.

De todas maneras, con respecto a la historia mundial del constitucionalismo, se considera esencial no subestimar la participación de Hispanoamérica en las grandes líneas de la historia estatal europea, incluyendo las tendencias protoconstitucionales de los siglos XVI a XVIII. Desfaltar esta precondition cultural *sine qua non*, haría inimaginable la transformación al republicanismo ilustrado, pues la misma, como superación revolucionaria del Antiguo Régimen europeo, dependía de la preexistencia de dicha variante de una configuración

92 Véase p. ej. Zamora R., Augusto. *Malditos libertadores, Historia del subdesarrollo latino-americano*, op. cit., pp. 113 y ss.

preilustrada y agrocivilizatoria: la perspectiva mundial aclara que ni en China, ni en Persia, ni en Etiopía, ni en el Imperio Otomano del siglo XIX se encontraban precondiciones aptas para poder imaginarse el liberalismo ilustrador como un futuro atractivo.

### 3.2. La perspectiva de la gran transformación

Como ya debe ser claro, se recomienda como aproximación complementaria la perspectiva de la gran transformación. La influyente propuesta terminológica del científico social austríaco Karl Polanyi de 1944 ha llevado a una amplia teorización, recientemente acentuada por Jürgen Osterhammel<sup>93</sup>. A diferencia de la perspectiva lineal y progresivista de las teorías de modernización de los años 50 y 60 del siglo XX, parte de un curso de la historia en el cual se distinguen las excepcionales *fases de la transformación acelerada* de las más comunes *fases de la reproducción de condiciones relativamente estables*. En las primeras, la velocidad y profundidad de los cambios alcanzan niveles muy superiores. Al respecto, se han detectado tres *grandes transformaciones* de máximo impacto a lo largo de la historia humana: primero, la *revolución neolítica* alrededor de 10000 a.C. que introdujo las pequeñas sociedades agrarias simples o tribales en sustitución de los grupos de cazadores y recolectores; segundo, la *revolución estatal* alrededor de 3000 a.C. que llevó a la existencia de los reinos dinásticos de una complejidad y territorialidad aumentada –se hablan también de las civilizaciones agrarias–; tercero, la *doble-revolución ilustrada e industrial* que empezó en los decenios alrededor de 1800 y que está todavía en curso sin haber alcanzado una nueva desaceleración y estabilización, pese a que han surgido múltiples etiquetaciones de aspectos de lo posagrocivilizatorio como la sociedad industrial, la capitalista, la burguesa, la emancipada, la multiopcional, la tecnológica, la urbana, la moderna, la posmoderna, etc. Cabe enfatizar que cada una de las tres *grandes transformaciones* afectó *todo* aspecto de la existencia humana –estatal, social, económica, ambiental, de valores y creencias–.

En este marco, una teorización prometedora consiste en el *enfoque de los sistemas de energía y del metabolismo social* del historiador ambiental y económico Rolf Peter Sieferle, quien entiende la energía como la fuerza motriz que determina

93 Comp. Osterhammel, Jürgen. *The Transformation of the World*, op. cit., pp. 58 y ss. Sieferle, Rolf P. “El camino especial de Europa”, en Íd. y Marquardt, Bernd. *La Revolución industrial en Europa y América Latina*, Bogotá, UNAL, 2009 (original en alemán de 2004), pp. 1-92, 3 y ss, 41 y ss, 59 y ss, 78 y ss. Véase además Hobsbawm, Eric. *La era de la revolución*, 4ª ed., Barcelona, Crítica, 2005 (original en inglés de 1962), pp. 9 y ss. Koselleck, Reinhart. *Estratos del tiempo*, Barcelona, Paidós, 2001 (original en alemán de 2000), pp. 9 y ss, 19, 130, 162. Íd. *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993 (original en alemán de 2000).

tanto las posibilidades como las limitaciones de las sociedades humanas. Esta escuela contextualiza las tres *grandes transformaciones* a través del cambio de los regímenes socioenergéticos: de solar-no-modelado a solar-modelado de baja complejidad alrededor de 10000 a.C., de este último a solar-modelado de alta complejidad alrededor de 3000 a.C. y, finalmente alrededor de 1800 d.C., al régimen fósil de la sociedad industrial, bajo la comprensión de que este último no es perpetuable ni generalizable debido a su patrón de consumo irrepetible de recursos no renovables, de modo que esta última *gran transformación* corre hacia una futura estabilización todavía desconocida<sup>94</sup>. De tal manera, se aclara también la diferencia esencial frente a las teorías de modernización y del desarrollismo, pues no se comparte el optimismo de que el camino de los *países del núcleo industrial* sería el estándar de oro del desarrollo mundial en un presumido camino de ascenso asegurado.

Sin embargo, el componente físico-energético es solo uno de ambos pilares de la doble revolución, junto con el ideológico-mental de la Ilustración social-newtoniana. De todas maneras, la perspectiva de la *gran transformación* permite identificar el macrocontexto de la revolución constitucional-burguesa de Hispanoamérica entre 1810 y 1825 que no puede reducirse a una mera 'independencia'. El republicanismo constitucional es nada menos que la emanación estatal de dicha *gran transformación*, e Hispanoamérica encarnó nada menos que uno de los primeros precursores de dicha transición de impacto mundial. En cambio, en una mera independencia sin transformación, se hubieran establecido copias regionales del antiguo centro, es decir, monarquías dinásticas en lugares como Bogotá o Lima, pero exactamente esto no ocurrió.

Además, la perspectiva de la *gran transformación alrededor de 1800* permite formular más claramente similitudes y diferencias comparativas. Según sus parámetros, es obvia una cercanía relativa de la *Monarquía de las Españas e Indias* de los siglos XVI a XVIII a otros imperios preilustrados-preindustriales en el marco de las demás civilizaciones agrarias de entonces –como la otomana, la safávida, la mogol y la china–, mientras se distinguió estructuralmente del imperialismo postransformador anglo-francés de los siglos XIX y XX.

Desde sus puntos de partida en Europa y las Américas, la difusión mundial de la *gran transformación* se dio en intensidades y caminos diversificados. En cuanto a Asia y África, sería incompleto pensar solamente en los efectos del armamento industrial durante la breve ventaja de oportunidades de algunos Estados precursores de Europa noroccidental, pues hay que tener en cuenta el camino más profundo a través de las cabezas: se recuerdan gobernantes soberanos como Atatürk en Turquía que, en las décadas de 1920 y 1930, aceleró

94 Siefert, Rolf Peter. *El camino especial de Europa*, op. cit., pp. 1-92.

la transformación de su país mediante la importación de normatividades de raíz europea, incluyendo normas culturales que suprimieron radicalmente toda la tradicional vestimenta y demás cultura otomana. También el comunismo chino y vietnamita es más marxista-leninista que confuciano, es decir, fue importado por actores propios que lo aprendieron durante su estancia educativa en Europa (Ho Chi Minh en Francia) y mediante la difusión de la educación europea (en el caso de Mao al estilo de una especie de auto-socialización). Por lo menos, ciertos elementos de la *gran transformación* articulaban una fuerza irresistible de difusión mundial que devoró toda tradición que estuvo en su contra.

Sin embargo, no es posible partir de un triunfo uniforme de un paquete completo, pues ocurrieron transculturaciones zonales que remezclaron los impulsos de la *gran transformación* con las respectivas tradiciones propias. Puede decirse que China adoptó el comunismo, pues se trató de la teoría estatal europea que era la más compatible con el confucianismo propio. De tal manera, puede comprenderse también el fracaso casi unánime de la democracia constitucional entre el mundo islámico y la sinósfera cultural donde se considera al liberalismo competitivo como antiético. Empíricamente, la democracia constitucional se reculturalizó como una particularidad de la transformación occidental de Europa, Australia-Nueva Zelanda y las Américas –para ser claro, incluyendo a América Latina–.

#### 4. SEGUNDA PROPUESTA: LA PERSPECTIVA CRÍTICA DEL NUEVO ORDENAMIENTO DE LA ECONOMÍA MUNDIAL POS-1940: LAS HUELLAS ECOLÓGICAS Y SOCIALES DEL MODO DE VIDA IMPERIAL

En este apartado, se propone entender el actual régimen hegemónico-imperialista del globalismo comercial-capitalista alrededor de su centro estadounidense según sus condiciones propias, en vez de especular sobre continuidades desde los días de Colón. Muchos observadores caracterizan a este régimen del presente por el adjetivo neoliberal, aunque se basa precisamente en una ideología del *anarco-liberalismo social-darwinista* que justifica el camino libre de los económicamente más fuertes. El respectivo régimen transnacional es un fenómeno relativamente novedoso con su punto de partida en los acuerdos de los vencedores occidentales de las *guerras pentárquicas* de 1945, bajo una profundización en el marco de la victoria de la última superpotencia en la Guerra Fría alrededor de 1990, pese a ciertos preliminares desde la actuación británica del siglo XIX y la metaprecondición de la revolución industrial a partir del mismo siglo<sup>95</sup>.

95 En detalle: Marquardt, Bernd. *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*, t. 2, *op.cit.*, pp. 583-614. Véase además: Alvaredo, Facundo *et al.*

De todos modos, se considera propia del *sistema mundo post-1940* la campaña victoriosa de un nuevo modelo hegemónico que trabaja prioritariamente con medios de *soft/smart power* y *violencia estructural* en vez de la directa sumisión militar. En este modelo, algunos pocos *países del núcleo industrial* del planeta imponen un *ecoimperialismo* –económico y ecológico– en forma de enormes *huellas ecológicas* que se aprovechan de la biocapacidad territorial de un gran número de Estados formal y efímeramente soberanos, explotándolos de modo extractivista en pro del consumo masivo de las sociedades beneficiadas. Para entender dichas *huellas* sirve aclarar que la generalización mundial del estilo de vida consumista-hedonista –que los *países del núcleo industrial* asumieron desde los años 40– requería los recursos y receptores de contaminaciones de tres a cinco planetas, pero hay solo una Tierra con la extensión de una bola limitada, es decir, la precondition central de este *modo de vida imperial* es que la mayor parte de la población mundial está excluida del mismo. Esta reflexión deslegitima la hipótesis central del desarrollismo, pues subraya que los *países del núcleo industrial* no sirven como el caso referencial del ‘desarrollo’ humano, sino que encarnan el resultado de un *camino especial* excluyente de la historia contemporánea. Como se ha expuesto, el complemento de la *huella ecológica* es la *huella social* de la explotación de la fuerza laboral barata en pro de la *forma de vida imperial* de los beneficiados. De todas maneras, sería equívoco pensar que la descolonización afroasiática entre 1945 y 1980 podría haber frenado el apogeo del nuevo modelo hegemónico, pues se trató más de una de las precondiciones creadoras del mismo, teniendo en cuenta que, en el marco de las nuevas técnicas post-militares del *poder blando* (ius) comercial, contractual, corruptivo, ideológico, comunicativo y educativo, importa la apariencia de la actuación voluntaria bajo la igualdad formal de Estados soberanos, lo que no impide sino que oculta la coacción sistémica.

Para juridificar las *huellas ecológicas y sociales*, sirvieron los *tratados bilaterales de protección de inversiones*, según el modelo originario de 1959 que Alemania –sin haber sido potencia colonial formal durante el pasado reciente, pero articulando ambiciones en el *sistema mundo post-1940*– hizo atractivo para el dictador pakistaní de turno, en lo que la suma de cientos de tratados semejantes describe

*World Inequality Report 2018*, S.I., Inequality, 2018. Brand, Ulrich y Wissen, Markus. *Imperiale Lebensweise*, op. cit. Chomsky, Noam. *World Orders Old and New*, 2ª ed., Nueva York, CUP, 1996. Chang, Ha. *23 Things they don't tell you about Capitalism*, op. cit. Hardt, Michael y Negri, Antonio. *Imperio*, Barcelona, Paidós, 2005 (original en inglés de 2000), pp. 181 y ss, 205 y ss. Hickel, Jason. *The Divide*, op. cit. I.L.A. Kollektiv, ed., *Auf Kosten anderer?*, op. cit. Münkler, Herfried. *Empires*, op. cit., pp. 146 y ss. Piketty, Thomas. *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014 (original en francés de 2013). Reichhoff, Josef H. *Der Tanz um das goldene Kalb*, op. cit. Rodrik, Dani. *The Globalization Paradox*, op. cit. Slobodian, Quinn. *Globalists, The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, op. cit. Siefert, Rolf Peter. *El camino especial de Europa*, op. cit.

una especie de Carta Magna del inversionista explotador –casi siempre con sede en uno de los *países del núcleo industrial*–, mientras los oscuros tribunales de sombra –llamados de arbitraje– asumieron la función de imponer lo pactado en dichos tratados desiguales, juzgando en nombre del gran capital contra Estados democráticos y los derechos sociales y ambientales de sus pueblos. Paralelamente, surgió la figura de la propiedad intelectual como un freno eficaz de la difusión de la superioridad tecnológica de los *países del núcleo industrial*.

En la nueva configuración del derecho de las relaciones internacionales, jugaron un papel clave novedosas organizaciones internacionales (como GATT, OMC, FMI, Banco Mundial) sin legitimación ni modo de organización democrático, que se empoderaron para imponer los intereses del gran capital –del núcleo industrial– frente a unidades estatales –a veces democráticas– que sufren del mero poder real de *Leviatanes de peluche*. Así como este Nuevo Ordenamiento de la Economía Mundial nunca fue democratizado materialmente, se mantenía muy limitada la tolerancia para una eventual oposición democrática dentro de uno de los Estados particulares.

En ello, es debatible si se quiere identificar el núcleo de poder del *nuevo imperio* más de modo gubernamental con la superpotencia EE.UU. junto con los aliados poderes medios de Europa noroccidental y central, o más de manera granempresarial-oligárquica con el mercado mundial (con su ancla en los mismos lugares), al estilo de una imperialidad sistémica, policrática y policéntrica que autoorganiza sus patrones de modo autorreferencial, sin disponer de ningún organizador central y sin recurrir necesariamente a los instrumentos clásicos del poder estatal. Para el momento, lo más realista consiste en partir de un *dualismo* de los dos lados de una coimperialidad.

Como ha sido expuesto, en este bloque estatal-granempresarial se convirtieron en centrales las técnicas de *soft/smart power* y de la *violencia estructural* en vez del más simple *hard power* militar del pasado. Se impuso cada vez más la dirección discreta de las opiniones públicas con métodos, derivadas de la comunicación estratégica del marketing de relaciones públicas, cooptando, motivando y seduciendo para establecer creencias y esperanzas colectivas que coincidieron con la voluntad propia, lo que resultó más eficiente que la anterior supresión con violencia directa. Entre otros factores, resultó eficaz la compra cuasi-corruptiva de la ciencia por fondos externos del gran empresariado<sup>96</sup>, al igual que la compra de los medios masivos de comunicación en forma de la propiedad de acciones o indirectamente por la financiación a través de las

96 Kreiß, Christian. *Gekaufte Wissenschaft*, Hamburgo, Tredition, 2020, pp. 22 y ss.

publicidades comerciales<sup>97</sup>. El alto grado de invisibilización de las relaciones de poder ayudó a negar creíblemente su existencia y a estigmatizar a los críticos de plantear teorías de conspiración. No es un modelo libre de elementos de *hard power*, pero los mismos se delegaron principalmente al punto final de la cadena de dependencias, por ejemplo, en forma de la violencia directa de un gobierno vasallo que expulsa a campesinos locales para un proyecto de minería de una empresa transnacional del núcleo industrial, mientras tal empresa en su país de sede y sus consumidores lavan sus manos en la apariencia de inocencia, libres de toda responsabilidad jurídica.

Como se ha aclarado en el subcapítulo 2.1., no debe desconocerse que el *sistema mundo post-1940* ha permitido un cierto grado de desterritorialización posnacional. Al lado de que el *modo de vida imperial* es compartido por prácticamente la totalidad de la población de los *países del núcleo industrial*, también ha incluido las delimitadas clases media y alta de diversos países subcentrales como los de América Latina. Visto así, el colombiano a partir del estrato 4+ ya pertenece al lado de los explotadores y no a aquel de los explotados.

Para conceptualizar la crítica profunda de esta *imperialidad mundial* del presente, se encuentran solo pocos elementos adecuados en la narración historizante-culturalista del imaginario poscolonial. Servirían de mejor manera conceptos sin la carga de Colón pero con dientes que se pueden llamar: la *teoría crítica del Nuevo Ordenamiento de la Economía Mundial*; la *teoría crítica del sistema mundo post-1940*; la *teoría crítica del ecoimperialismo y sus huellas ecológicas y sociales*; la *teoría crítica del modo de vida imperial*; la *teoría crítica del mercadocentrismo*; la *teoría crítica del régimen hegemónico globalista y anarcoliberal*; la *teoría crítica de los países del núcleo industrial*; la *teoría crítica de la autocolonización de los demás países*; la *teoría crítica de organizaciones internacionales no democráticas*; o la *teoría crítica de la dirección estratégica de las opiniones públicas*.

## 5. PRELUDIO: UNA DEMOSTRACIÓN DE PODER DEL TRANSNACIONALISMO POS-1940 EN LA REVOLUCIÓN MUNDIAL NEOAUTORITARIA DEL NACIONAL-HIGIENISMO EN 2020

Profundizando lo expuesto en el capítulo anterior, puede entenderse la coronacrisis del 2020 y 2021 como la más reciente y profunda manifestación del poder global del actual sistema de un imperialismo mercantil anclado en la oligarquía granempresarial de los *países del núcleo industrial*. A diferencia de las opiniones

97 Herman, Edward S. y Chomsky, Noam. *Manufacturing consent*, Londres, Bodley Head, 2008, pp. 1 y ss.

públicas dirigidas eficazmente por las técnicas de *soft/smart power*, el ‘corona’ nunca fue tanto un tema de salud, sino más un tema de control social, en el triángulo interdependiente de, precisamente, tres pandemias: la microbiológica del coronavirus (con una escenificación apocalíptica que fue contrastada por su fundamentación empírica débil), la socio-psicológica del corona-miedo y la político-jurídica del corona-autocratismo. Al igual que en la famosa teoría del dominó de Eisenhower, casi todos los países occidentales –incluyendo los de América Latina–, se convirtieron en regímenes represivos de frentes nacional-higienistas que se caracterizaron por la prevalencia de la estatalidad de medidas estadotistas, la estatalidad policiva de las prohibiciones, controles y castigos, las limitaciones drásticas de los derechos humanos y fundamentales, la marginación de los parlamentos, sin desistir de orgías de encarcelamientos colectivos del respectivo pueblo durante varios meses en algunas repúblicas de mayor radicalización, en particular, en Argentina y Colombia. Sirvió, además, como pretexto para combatir los estallidos sociales en ese último país, en Bolivia y en Chile, particularmente, y para militarizar aún más el control social y el manejo del orden público.

En términos paradigmáticos, surgió un derecho biopolítico, precisamente la segunda *ideología política de la seguridad biologista* frente a afirmados riesgos de microestructuras biológicas, en una estrecha relación familiar con la cosmovisión del nacionalsocialismo histórico. Mientras este último quiso salvar la humanidad de presumidos genes peligrosos, su sucesor pretendió salvar la humanidad de los virus tipificados dentro de la familia de corona, en lo que ambas compartieron la subordinación total de lo político a su *segurismo* incondicionado de finalidad salvadora contra amenazas asociadas con microconceptos biológicos. Como se advirtió en el subcapítulo anterior, no deben sorprender ni las técnicas de seducción de tipo *soft/smart power* ni el central papel sincronizador de una organización internacional no democrática, la OMS, financiada principalmente por los EE.UU. y diversos grandes capitalistas estadounidenses, la cual diseñó los parámetros de actuación que los vasallos estatales impusieron con *hard power*. La interpretación más prometedora es partir de una demostración de poder de la élite anarco-liberal que, aparentemente, buscó el divorcio abierto del frágil matrimonio entre la economía mundial y la suma de las democracias locales, prefiriendo el consumidor-súbdito dócil en vez del ciudadano consciente de su cosoberanía. En ello, se visibilizó otra vez la brecha entre el *núcleo industrial* y las zonas planetarias dentro de *las huellas*, pues múltiples de estos países marginados autocolonizaron la obediencia hacia el total uso obligatorio de la nueva vestimenta de sumisión en el espacio público –la mascarilla facial que

esconde la cara y dignidad humana–, mientras la transición del ciudadano en súbdito no se presentó tan radicalizada en los primeros<sup>98</sup>.

Efectivamente, el transnacionalismo nacional-higienista funcionó como una gran redistribuidora sincronizada hacia arriba: profundizó considerablemente la brecha entre los acomodados *países del núcleo industrial* y los países de los menores escalones de desarrollo industrial, al igual que se aumentó significativamente la brecha entre las grandes acumulaciones de capital de empresarios-accionistas transnacionales y los bienes/ingresos de los demás habitantes de la Tierra. En ello, los intentos de prolongar gradualmente la vida de algunos ancianos acomodados causaron millones de muertos por hambre en los territorios marginados<sup>99</sup>.

## CONCLUSIONES

Pese a que la cosmovisión posdecolonial de América Latina se conecta con valiosas críticas y propuestas de reforma en entornos como los ambientales y sociales, no convence ni la consistencia ni la metodología de esta transferencia conceptual de una teorización estadounidense dedicada a Asia y África. Es más una ideología política que una teoría científica. Habla de historia, pero sin mucha sensibilidad para los métodos historiográficos. Juega con retóricas extravagantes, pero muchos elementos se ensamblaron de manera torcida y oblicua, asumiendo una visión túnel sin comparación seria, de modo que se infla artificialmente la colonialidad de un solo grupo de actores en un supra-significado más allá de su papel real como fenómeno histórico-político. En general, esta escuela encarna una mera sombra débil de la más profunda teoría de las dependencias, pues culturaliza en vez de analizar las duras relaciones economizadas de poder entre los centros y periferias o clases globales del mundo industrial. Quiere presentarse como un aporte propio de ‘el sur’, pero en vez de aumentar la autoestima zonal, se escapa hacia una victimología que impide lograr tal finalidad.

La inicial cuestión histórico-comparativa de si puede considerarse plausible posicionar América Latina dentro de un contexto poscolonial, se ha negado con once líneas de argumentación: no se tiene en cuenta la enorme distancia temporal de las fundaciones estatales en Meso y Suramérica sin cercanía del

98 En detalle: Marquardt, Bernd. “Coronapolíticas y coronaderecho”, en *Id.*, ¿Coronadictadura o coronademocracia? Reflexiones sobre el mundo confinado del 2020. *Anuario IX de Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2020, pp. 11-124. Además: Agamben, Giorgio. *La pandemia como política*, Madrid, Hidalgo, 2020. Romero T., Juan F. “Reflexiones e inflexiones en torno a la pandemia por la Covid 19 y sus meandros en el anarcoliberalismo”, en Marquardt, Bernd. ¿Coronadictadura o coronademocracia?, *op. cit.*, pp. 279-347.

99 Berkhout, Esme *et al.* *The Inequality Virus*, Oxford, Oxfam, 2021, pp. 9 y ss, 16, 20 y ss.

presente a un eventual periodo colonial; se iguala artificialmente la no semejanza comparativa entre imperios preindustriales y el imperialismo industrial –cuando ocurrió el imperialismo europeo en África, ya estaba bien consolidado el independiente republicanismo constitucional de América Latina–; no se percibe adecuadamente la ruptura sistémica de la *gran transformación* que empezó alrededor de 1800, pues se parte de culturas fijas con características supratemporales; no se debate la fundamentación conceptual de si *las Indias* de 1519-1810/1825 entrarían en la categoría de colonias; se falla en la distinción necesaria entre las categorías de descolonización y superación del Antiguo Régimen; se tiende a una reactivación acrítica de la *leyenda negra* española sin contextualizarla; se circunnavega la pregunta de si los bis-bis-etc.-nietos de los conquistadores históricos servirían como eventuales descolonizadores; se niega la profundidad de la transformación estatal-constitucional de 1810-1825 según la ficción de una continuidad cuasi lineal; se deja borrosa la distinción entre casos de descolonizaciones viables y constelaciones migratorias-etnogenéticas de hechos cumplidos; se subestima el colonialismo efectuado por las mismas repúblicas hispánicas en el siglo XIX en lugares como Patagonia y Amazonia; por último, la mirada aplanada a Europa desconoce la temprana salida de España de las potencias europeas alrededor de 1810 y la sucesiva lentitud de la transformación industrial de la península Ibérica que es más comparable con América Latina que con Alemania.

La subsiguiente revisión crítica de otras contradicciones y problemas en la composición ideológico-política se ha enfocado en diez líneas de argumentación. No convence la floja profundización poscolonialista del Nuevo Ordenamiento de la Economía Mundial de la era post-1940 y de sus rasgos de un eco-imperialismo capitalista. No se considera mejor la detección de la fundamentación en una variación del pesado modelo global primer-tercermundista que es neocolonial en sí mismo. Además, hay que constatar un contradictorio anti-eurocentrismo eurocéntrico, con profundas cegueras gringocéntricas. Una contradicción complementaria es la búsqueda de autenticidad cultural, pero mirando por lentes eminentemente marcados por teóricos y corrientes de la posmodernidad occidental. Es aún más preocupante que este posmodernismo transversal trabaje con fuertes elementos ideológicos que vienen de la extrema derecha etnonacionalista de connotación neo-*völkisch*. Mediante la etnización de la subalternidad, se oculta la cuestión social del capitalismo industrial, al igual que se desconfigura la cuestión ambiental del industrialismo carbonizante sin ver el núcleo material-físico de tal problemática. También irrita la retroalimentación en las teorías del trasplante jurídico con su exigencia de descolonizar un derecho que efectivamente no es colonial sino un hijo de la transformación ilustrada e industrial del mundo. Además, no puede considerarse oportuna la tendencia a disculpar generosamente a los errores del endogrupo nacional del presente por

incriminar a lejanos antepasados otrofificados, al igual que son cuestionables las derivadas exigencias materiales.

En vista de tales problemas, se recomienda reemplazar la cosmovisión poscolonial por una combinación teórica desideologizada entre, por una parte, la *perspectiva mundial y transformadora* con base en la máxima comparativa del respeto de todas las zonas del mundo según sus particularidades, sin desconocer profundas dinámicas supraculturales de transición sistémica y, por la otra, asumir una verdadera *perspectiva crítica del Nuevo Ordenamiento de la Economía Mundial pos-1940*, con base en el análisis de sus propias lógicas sistémicas provenientes de rupturas, no de continuidades de los días de Colón, incluyendo las *huellas ecológicas y sociales del modo de vida imperial* que se concentra en los *países del núcleo industrial*, pero bajo tendencias semidesterritorializadas, de modo que también el latinoamericano contemporáneo de clase media y alta participe en el lado de los explotadores y no de los explotados. Finalmente, se ha interpretado la ola transnacional de represivas políticas nacional-higienistas del 2020 como una demostración de poder del actual sistema de un mercado-imperialismo anclado en los *países y oligarcas del núcleo industrial*, a través de la cual se materializó el interés de aquellos de profundizar la brecha frente a segmentos sociales y lugares periferizados.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuna-S., Rodolfo *et al.* "When Half of the Population died. The Epidemic of Hemorrhagic Fevers of 1576 in Mexico", en *FEMS Microbiology Letters*, vol. 240, No. 1., Oxford, University Press, 2004, pp. 1-5.
- Agamben, Giorgio. *La pandemia como política.*, Madrid, Hidalgo, 2020.
- Alcaldía Mayor de Bogotá. *Encuesta multipropósito 2017*, Bogotá, Secretario Distrital de Planeación, 2017.
- Almond, Ian. "Anti-Capitalist Objections to the Postcolonial. Some Conciliatory Remarks on Žizek and Context", en *Ariel, A Review of International English Literature*, vol. 43, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2012, pp. 1-21.
- Alvaredo, Facundo y Chancel, Lucas y Piketty, Thomas y Saez, Emmanuel y Zucman, Gabriel. *World Inequality Report 2018*, Sin lugar, Inequality Lab, 2018.

- Amin, Samir. *El eurocentrismo. Crítica de una ideología*, México, Siglo XXI, 1989. Título original en francés: *L'eurocentrisme. Critique d'une idéologie*, París, Anthropos, 1988.
- Andrade Guevara, Víctor Manuel. "La teoría crítica y el pensamiento decolonial. Hacia un proyecto emancipatorio post-occidental", en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*. Nueva Época, año LXV, No. 238, México, Universidad Nacional Autónoma, 2020, pp. 131-154.
- Arroyo Moreno, Jesús Ángel. "El origen del juicio de amparo", en Moreno-Bonett, Margarita y González, María del Refugio, eds., *La génesis de los derechos humanos en México*, México, Universidad Nacional Autónoma, 2006, pp. 43-61.
- Bazán Seminario, César. "Independencia judicial y Estado de derecho. Una mirada decolonial al derecho", en *Polémos, Portal Jurídico Interdisciplinario*, 2019. Disponible en: <https://polemos.pe/independencia-judicial-estado-derecho-una-mirada-decolonial-al-derecho/> (11.8.2021).
- Benavides Vanegas, Farid Samir, ed., *La constitución de identidades subalternizadas en el discurso jurídico y literario colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia e Ibáñez, 2008.
- Berkhout, Esme *et al.* *The Inequality Virus*, Oxford, Oxfam, 2021.
- Benoist, Alain de. *Kritik der Menschenrechte*, Berlín, Junge Freiheit, 2004.
- Bernhard, Roland. *Geschichtsmymthen über Hispanoamerika*, Göttingen, V & R Unipress, 2013.
- Bonilla Maldonado, Daniel. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá, Universidad de los Andes, 2009.
- Bonn, Moritz J. *Economics and politics*, Boston, Houghton Mifflin, 1932.
- Borrero García, Camilo. *Derechos multiculturales (étnicos) en Colombia. Una dogmática ambivalente*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014.
- Brand, Ulrich y Wissen, Markus. *Imperiale Lebensweise. Zur Ausbeutung von Mensch und Natur im globalen Kapitalismus*, Múnich, Oekom Verlag, 2017.
- Bravo Lira, Bernardino. *Constitución y reconstitución. Historia del Estado en Iberoamérica, 1511-2009*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2010.

- Breña, Roberto. *El imperio de las circunstancias. Las independencias hispano-americanas y la revolución liberal española*, Madrid, Marcial Pons, 2012.
- Breña, Roberto. *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824*, México, El Colegio, 2006.
- Browitt, Jeff. "La teoría decolonial. Buscando la identidad en el mercado académico", en *Cuadernos de Literatura*, vol. XVIII, No. 36, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2014, pp. 25-46.
- Buruma, Ian y Margalit, Avishai. *Occidentalism. The West in the Eyes of its Enemies*, Nueva York, Penguin Press, 2004.
- Capdepón, Ulrike y Moses, Dirk. "The Achille Mbembe Controversy and the German Debate about Antisemitism, Israel, and the Holocaust. Introduction", en *Journal of Genocide Research*, vol. 23, No. 3, Abington, Routledge, 2021, pp. 371-373.
- Cardim, Pedro. "Political Status and Identity, Debating the Status of American Territories across the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> Century Iberian World", en *Rechtsgeschichte, Legal History*, No. 24, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2016, pp. 101-116.
- Carlowitz, Hans. *Sylvicultura Oeconomica*, Leipzig, Braun, 1713.
- Castro-Gómez, Santiago y Grosfoguel, Ramón, eds., *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*, Bogotá, Siglo del Hombre Eds., 2007.
- Castro Varela, María do Mar y Dhawan, Nikita. *Postkoloniale Theorie*, 3ª ed., Bielefeld, Transcript Verlag, 2020.
- Cavalli-Sforza, Luigi Luca. *Genes, pueblos y lenguas*, Barcelona, Crítica, 2000.
- Chakrabarty, Dipesh. *Provincializing Europe. Postcolonial Perspectives and Historical Differences*, 2ª ed., Princeton, University Press, 2007.
- Chang, Ha-Joon. *23 Things they don't tell you about Capitalism*, Londres, Penguin, 2010.
- Chibber, Vivek. *Postcolonial Theory and the Specter of Capital*, Londres, Verso, 2013.

- Chomsky, Noam. *World Orders Old and New*, 2ª ed., Nueva York, Columbia University Press, 1996.
- Choudhry, Sujit, ed., *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, University Press, 2011.
- Chust, Manuel, ed., *Las independencias iberoamericanas en su laberinto. Controversias, cuestiones interpretaciones*, Valencia, Universitat, 2010.
- Deutscher Bundestag, ed. *Entwicklungsländer/ Schwellenländer. Veränderungen in der Kategorisierung*, 2005. Disponible en: <https://www.bundestag.de/resource/blob/414890/2oedab4bcc235f6b24396abo48c6705d/wf-ii-149-05-pdf-data.pdf> (1.8.2021).
- Echeverri, Marcela. *Esclavos e indígenas realistas en la era de la revolución. Reforma, revolución y realismo en los Andes septentrionales, 1780-1825*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2018.
- Elliott, John H. “Una Europa de monarquías compuestas”, en Íd. *España en Europa. Estudios de historia comparada. Escritos seleccionados*, Valencia, Universitat, 2002, pp. 65-92.
- Escobar, Arturo. *La invención del Tercer Mundo. Construcción y deconstrucción del desarrollo*, Bogotá, Norma, 1996. Título original en inglés: *The Making and Unmaking of the Third World*, Princeton, University Press, 1996.
- Fanon, Frantz. *Les damnés de la terre*, París, La Découverte, 1961. Traducción en español: *Los condenados de la tierra*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Ferguson, Niall. *Civilización. Occidente y el resto*, Madrid, Debate, 2012. Título original en inglés: *Civilization. The West and the Rest*, Londres, Penguin Books, 2011.
- Fernández Sotelo, Rafael Diego. “Reflexiones en torno al funcionamiento del aparato de Gobierno de la Monarquía Hispana a partir del estudio de caso de la audiencia de la Nueva Galicia”, en Cardénas Gutiérrez, Salvador y Pampillo Baliño, Juan Pablo, eds., *Historia del derecho*, México, Porrúa, 2014, pp. 99-131.
- Finanzen.net. *Euro-Kolumbianischer Peso. Chart Max*. 2021. Disponible en: [https://www.finanzen.net/devisen/euro-kolumbian\\_peso/chart](https://www.finanzen.net/devisen/euro-kolumbian_peso/chart) (15.8.2021).

- Flaig, Egon. "Demokratie und Dankbarkeit", en *Neue Zürcher Zeitung*, agosto 7 de 2017. Disponible en: <https://www.nzz.ch/meinung/der-kitt-menschlicher-gemeinschaften-demokratie-und-dankbarkeit-id.1309305?reduces=true> (1.8.2021).
- Flaig, Egon. *Weltgeschichte der Sklaverei*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 2009.
- Forbes. *World's Billionaires List. The Richest in 2021*. Disponible en: <https://www.forbes.com/billionaires> (29.8.2021).
- Frank, André Gunder. *ReOrient. Global Economy in the Asian Age*, Berkeley, University of California Press, 1998. Traducción en español: *Re-orientar. La economía global en la era del predominio asiático*, Zaragoza, Acirbia, 2008.
- Frankenberg, Günter. *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, Cheltenham y Northampton, Edward Elgar Publ., 2018.
- Galindo, Adrián. "El campo del pensamiento decolonial latinoamericano", en *Religación, Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, vol. 5, No. 25, Quito, CICSJ, 2020, pp. 14-26.
- Galtung, Johan. *Peace by Peaceful Means. Peace and Conflict, Development and Civilization*, Londres y Thousand Oaks, Sage, 1996.
- Gándara, Manuel. "Hacia una teoría no-colonial de derechos humanos", en *Revista Direito e Práxis*, vol. 8, No. 4, Río de Janeiro, Universidade do Estado, 2017, pp. 3117-3143.
- García Pérez, Rafael. "Revisiting the America's Colonial Status under the Spanish Monarchy", en Pihlajamäki, Heikki y Duve, Thomas, eds., *New Horizons in Spanish Colonial Law*, Fráncfort del Meno, MPI for European Legal History, 2015, pp. 29-73.
- García Villegas, Mauricio y Quiroz López, Laura. "Apartheid educativo. Educación, desigualdad e inmovilidad social en Bogotá", en *Revista de Economía Institucional*, vol. 13, No. 25, Bogotá, Universidad Externado, 2011, pp. 137-162.
- Geiger Consulting. *Gehalt Krankenschwester Schweiz*, 2021. Disponible en: <https://www.pflegejobsschweiz.ch/gehalt-krankenschwester-schweiz> (1.9.2021).

- Gil Puyol, F. Xavier. "Visión europea de la Monarquía española como Monarquía compuesta", en Russell, Conrad, ed., *Las monarquías del Antiguo Régimen. ¿Monarquías compuestas?*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, pp. 65-95.
- Gómez Leyton, Juan Carlos *et al.* *Bolivia hoy. ¿Una democracia poscolonial o anticolonial?*, Santiago, CLACSO, 2017.
- Gómez Sánchez, Davinia. "Transforming Human Rights through Decolonial Lens", en *The Age of Human Rights Journal*, No. 15, Jaén, Universidad, 2020, pp. 276-303.
- Gómez Vélez, Martha Isabel *et al.* "Estudios decoloniales y poscoloniales. Posturas acerca de la modernidad/ colonialidad y el eurocentrismo", en: *Ratio Juris*, vol. 12, No. 24, Medellín, Universidad Autónoma, 2017, pp. 27-60.
- Grosfoguel, Ramón. "Decolonizing Post-Colonial Studies and Paradigms of Political Economy. Transmodernity, Decolonial Thinking and Global Coloniality", en *Transmodernity, Journal of Peripheral Cultural Production of the Luso-Hispanic World*, vol. 1, No. 1, Berkeley, University of California, 2011, pp. 1-36.
- Grumke, Thomas. "Globalisierte Anti-Globalisten", en Bundeszentrale für Politische Bildung, ed., *Rechtsextremismus*, Bonn, BPB, 2017. Disponible en: <https://www.bpb.de/politik/rechtsextremismus/246894/globalisierte-anti-globalisten> (1.8.2021).
- Grupo de Estudios sobre Colonialidad. "Modernidad / Colonialidad / Descolonialidad. Aclaraciones y réplicas desde un proyecto epistémico en el horizonte del bicentenario", en *Pacarina del Sur*, No. 4, 2010, pp. 1-10.
- Gutiérrez Ramos, Jairo. *Los indios de Pasto contra la República (1809-1824)*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2007.
- Hardenburg, Walter E. *The Putumayo, the Devil's Paradise*, Londres, Unwin, 1912.
- Hardt, Michael y Negri, Antonio. *Imperio*, Barcelona, Paidós, 2005. Título original en inglés: *Empire*, Harvard, University Press, 2000.
- Hauser-Schäublin, Brigitta. "Warum das Luf-Boot im Humboldt-Forum bleiben kann", en *Die Zeit*, julio 14 de 2021. Disponible en: <https://www.zeit.de/2021/29/kolonialismus-humboldt-forum-luf-boot-goetz-aly-das-prachtboot> (11.8.2021).

- Herman, Edward S. y Chomsky, Noam. *Manufacturing consent. The Political Economy of the Mass Media*, Nueva ed., Londres, The Bodley Head, 2008.
- Herrera Enríquez, Enrique. *Agualongo. Valor y orgullo de un pueblo*, Pasto, Alcaldía, 2011.
- Hickel, Jason. *The Divide. A Brief Guide to Global Inequality and its Solutions*, Londres, Penguin, 2017.
- Hirschl, Ran. *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, University Press, 2016.
- Hobsbawm, Eric. *La era de la revolución, 1789-1848*, 4ª ed., Barcelona, Crítica, 2005. Título original en inglés: *The Age of Revolution. Europe 1789-1848*, Londres, Weidenfeld y Nicholson, 1962.
- Homburger, Julián R. et al. "Genomic Insights into the Ancestry and Demographic History of South America", en *Plos Genetics*, vol. 11, No. 12, San Francisco, Public Library of Science, 2015. Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pgen.1005602> (1.8.2021).
- Houtart, François. "El concepto de Sumak Kausay (Buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad", en *Revista de filosofía*, vol. 28, No. 69, Maracaibo, Universidad de Zulia, 2011, pp. 7-33.
- I.L.A. Kollektiv, ed., *Auf Kosten anderer? Wie die imperiale Lebensweise ein gutes Leben für alle verhindert*, Múnich, Oekom Verlag, 2017.
- Jansen, Jan C. y Osterhammel, Jürgen. *Dekolonisation. Das Ende der Imperien*, Múnich, Verlag C.H. Beck, 2013.
- Knauß, Stefan. "¿Hay una filosofía poscolonial en América Latina?", en *Astrolabio, Revista Internacional de Filosofía*, No. 13, Córdoba, CIECS et al., 2012, pp. 219-226.
- Kolbert, Elizabeth. "There's no Scientific Basis for Race. It's a made-up Label", en *National Geographic*, 2018. Disponible en: <https://www.nationalgeographic.com/magazine/2018/04/race-genetics-science-africa/> (1.8.2021).
- Koselleck, Reinhart. *Estratos del Tiempo. Estudios sobre la Historia*, Barcelona, Paidós, 2001. Título original en alemán: *Zeitschichten*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 2000.

- Koselleck, Reinhart. *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, Paidós, 1993. Título original en alemán: *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, 4ª ed., Fráncfort del Meno, Suhrkamp Verlag, 2000.
- Kreiß, Christian. *Gekaufte Wissenschaft*, Hamburgo, Tredition, 2020.
- Lander, Edgardo. “Ciencias sociales, saberes coloniales y eurocéntricos”, en Íd., ed., *La colonialidad del saber. Eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.
- Langebach, Martin et al. *Germanenideologie*, Bonn, BPB, 2020.
- Lempérière, Annick. “El paradigma colonial en la historiografía latinoamericanista”, en *Istor*. No. 19, México, CIDE, 2004, pp. 107-128.
- Lempérière, Annick. “La ‘cuestión colonial’”, en *Nuevo Mundo, Mundos Nuevos*, París, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2004. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.437> (1.8.2021).
- Lewis, Bernard. “The Question of Orientalism”, en *The New York Review of Books*, junio 24 de 1982, pp. 1-20.
- Levene, Ricardo. *Las Indias no eran colonias*, 3ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1973.
- Llinás Alfaro, David Ernesto. “Constitución y nación entre la resistencia comu-nera y la carta de 1821. ¿De ‘colonia’ a república independiente?”, en Íd. y Marquardt, Bernd y Romero, Juan F., eds., *La Constitución de Cúcuta de 1821 en su contexto. Transformación del sistema y nacimiento de la familia constitucional hispanoamericana. Anuario X de Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2021, pp. 181-282.
- Llinás Alfaro, David Ernesto. “Constitucionalismo temprano. Insumos para la reconstrucción del pensamiento constitucional posterior a 1810 en Colombia”, en Íd. y Marquardt, Bernd, eds., *Historia comparada del derecho público latinoamericano del siglo XIX. Anuario VII de Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2018, pp. 141-198.
- Llinás Alfaro, David Ernesto. *Estado indiano, Estado responsable*, Bogotá, Ibáñez, 2013.
- Losada Cubillos, Jhon Jairo. “Los estudios poscoloniales y su agenciamiento en el pensamiento crítico latinoamericano”, en *Criterios, Cuadernos de Ciencias*

*Jurídicas y Política Internacional*, vol. 4, No. 1, Bogotá, Universidad de San Buenaventura, 2011, pp. 251-287.

Malagón Pinzón, Miguel. “Antecedentes del derecho administrativo en el derecho indiano”, en *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 3, No. 1, Bogotá, Universidad del Rosario, 2001, pp. 40-59.

Maldonado-Torres, Nelson. “El Caribe, la colonialidad, y el giro decolonial”, en *Latin American Research Review*, vol. 55, No. 3, Pittsburgh, Latin American Studies Association, 2020, pp. 560-573.

Margadant, Guillermo Floris. *Introducción a la historia del derecho mexicano*. 18ª ed. Naucalpan, Esfinge, 2001.

Marquardt, Bernd. “Coronapolíticas y coronaderecho. Un viaje comparativo al mundo del 2020 en estado de excepción. Constitucionalismo y anticonstitucionalismo en una crisis inesperada”, en Íd., ed., *¿Coronadictadura o coronademocracia? Reflexiones sobre el mundo confinado del 2020. Anuario IX de Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2020, pp. 11-124.

Marquardt, Bernd. *El Estado moderno en Asia y África del Norte (1500-2014), China, Japón, India, Persia/ Irán, Imperio Otomano/ Turquía, Marruecos*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2014.

Marquardt, Bernd. “El salto sistémico de 1811-1825 en Nueva Granada - Colombia, con un enfoque particular en la constitución de 1821. La transformación del virreinato santafereño de la monarquía de las Españas e Indias en la república bogotana de la burguesía hispanodescendiente y liberal”, en Íd. y Llinás, David y Romero, Juan F., eds., *La Constitución de Cúcuta de 1821 en su contexto. Transformación del sistema y nacimiento de la familia constitucional hispanoamericana. Anuario X de Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2021, pp. 15-180.

Marquardt, Bernd. *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*. Bogotá, Ibáñez, 2016.

Marquardt, Bernd. “Historia de la sostenibilidad. Un concepto medioambiental en la historia de Europa central (1000 - 2006)”, en *Historia Crítica*. No. 32. Bogotá, Universidad de los Andes, 2006, pp. 172-197.

- Marquardt, Bernd. *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*. Tomo 1. *Los métodos y la Modernidad Temprana. Los Virreinos de la Monarquía española, 1519-1825*, Bogotá, Ibáñez, 2019.
- Marquardt, Bernd. *Historia del derecho de Hispanoamérica en perspectiva transnacional y socio-cultural*. Tomo 2. *La era del republicanismo y de la modernidad ilustrada e industrial*, Bogotá, Ibáñez, 2020.
- Marquardt, Bernd. *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*. Tomo 1. *La era preilustrada y preindustrial. Desde la sociedad pre-estatal hasta el Estado de la paz interna (3000 a.C.-1775 d.C.)*, Bogotá, Ibáñez, 2018.
- Marquardt, Bernd. *Teoría integral del Estado. Pasado, presente y futuro en perspectiva mundial*. Tomo 2. *El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776-2050). La gran transformación al Estado constitucional, democrático, social y ambiental*, Bogotá, Ibáñez, 2018.
- Marquardt, Bernd. *Umwelt und Recht in Mitteleuropa*, Zürich, Schulthess Verlag, 2003.
- Mata Quintero, Gerardo. "Derechos humanos y colonialidad. A 70 años de la declaración universal", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 39 (2019), Universitat de València. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/14004/pdf> (11.8.2021).
- Mbembe, Achille. *De la postcolonie. Essai sur l'imagination politique dans l'Afrique contemporaine*, 2ª ed., París, Karthala, 2005.
- McNeill, William H. *Plagues and Peoples*, 3ª ed., Nueva York, Anchor, 1998.
- McNeill, William H. "The Age of Gunpowder Empires, 1450-1800", en Adas, Michael, ed., *Islamic and European Expansion. The Forging of a Global Order*, Philadelphia, Temple University Press, 1993, pp. 103-140.
- Medici, Alejandro M. "El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial. Bolivia y Ecuador", en *Derecho y Ciencias Sociales*, No. 3, La Plata, UNLP, 2010, pp. 3-23.
- Mejía Quintana Óscar y Hincapié Cetina, Diana. *Posontológico, posfuncional, posjurídico. Más allá de la filosofía y la teoría del derecho colonial en la sociedad glocal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2021.

- Mignolo, Walter D. *The Idea of Latin America*, Malden, Blackwell Publ., 2005. Traducción en castellano: *La idea de América Latina. La herida colonial y la opción decolonial*, Barcelona, Gedisa, 2007.
- Münkler, Herfried. *Empires. The Logic of World Domination from Ancient Rome to the United States*, Cambridge, Polity Press, 2007. Título original en alemán: *Imperien. Die Logik der Weltherrschaft*, Berlín, Rowohlt, 2005.
- Nuscheler, Franz. *Entwicklungspolitik*, 5ª ed., Bonn, BPB, 2005.
- OECD. *Data. Conversion rates. Exchange rates, Purchasing Power Parity (PPP)*, 2021. Disponible en: <https://data.oecd.org/conversion/purchasing-power-parities-ppp.html> (1.9.2021).
- Oltmer, Jochen. *Migration. Geschichte und Zukunft der Gegenwart*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2017.
- Ortega Martínez, Francisco Alberto. “Entre ‘constitución’ y ‘colonia’. El estatus ambiguo de las Indias en la Monarquía española”, en Íd. *et al.*, eds., *Conceptos fundamentales de la cultura política de la independencia*, Bogotá y Helsinki, Universidad Nacional de Colombia y Universidad de Helsinki, 2012, pp. 61-91.
- Ortiz Ocaña, Alexander Luis *et al.* “Pensamiento decolonial y configuración de competencias decoloniales”, en *Revista Ensayos Pedagógicos*, vol. XIV, No. 1, San José, Universidad Nacional de Costa Rica, 2019, pp. 203-233.
- Ossa, Humberto *et al.* “Outlining the Ancestry Landscape of Colombian Admixed Populations”, en *Plos One*, vol. 11, No. 10, San Francisco, Public Library of Science, 2016. Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0164414> (1.8.2021).
- Osterhammel, Jürgen. *The Transformation of the World. A Global History of the 19<sup>th</sup> Century*, Princeton, University Press, 2014. Título original en alemán: *Die Verwandlung der Welt*, 6ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2011. Traducción en castellano: *La transformación del mundo. Una historia global del siglo XIX*. Barcelona, Crítica, 2015.
- Osterhammel, Jürgen y Jansen, Jan C. *Kolonialismus. Geschichte, Formen, Folgen*, 7ª ed., Múnich, Verlag C.H. Beck, 2012. Traducción en castellano: *Colonialismo. Historia, formas, efectos*, Madrid, Siglo XXI, 2019.

- Palacios, Marco y Safford, Frank. *Colombia. País fragmentado, sociedad divida. Su historia*, Bogotá, Norma, 2002.
- Pegoraro, Lucio. *Derecho constitucional comparado*, Tomo 1, Buenos Aires, Astrea, 2016.
- Pérez, Joseph. *Historia de España*, Nueva ed., Barcelona, Crítica, 2014.
- Pietschmann, Horst. “Kommentar aus der Sicht Lateinamerikas”, en Tobler, Hans Werner y Waldmann, Peter, eds., *Lateinamerika und die USA im ‘langen’ 19. Jahrhundert*, Colonia, Weimar y Viena, Böhlau Verlag, 2009, pp. 68-80.
- Pignuoli Ocampo, Sergio. “La crítica de la colonialidad del poder en cuestión. Dilemas, obstáculos epistemológicos y horizontes problemáticos”, en *Cahiers des Amériques Latines*, No. 93, París, Institut des Hautes Études de l’Amérique Latine, 2020, pp. 155-172.
- Piketty, Thomas. *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014. Título original en francés: *Le Capital au XXIe siècle*. París, Le Seuil, 2013.
- Poesche, Jürgen. “La lucha contra la colonialidad en el derecho ambiental occidental”, en *Pensamiento Jurídico*, No. 51, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2020, pp. 233-254.
- Prestes Pazello, Ricardo. “Pensamiento descolonial, crítica al derecho, movimientos populares. La problemática de los derechos humanos”, en *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año VIII, No. 15, San Luis de Potosí, UASLP, 2016, pp. 195-218.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, ed., *Informe sobre Desarrollo Humano 2020. La próxima frontera. El desarrollo humano y el Antropoceno*, Nueva York, PNUD, 2020.
- Quibdó cómo vamos. *Encuesta de percepción ciudadana*, 2018. Disponible en: <http://www.quibdo-choco.gov.co/Transparencia/BancoDocumentos/Quibd%C3%B3%20como%20ovamos%202018.pdf> (1.6.2021).
- Quijano, Aníbal. “Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America”, en *Nepantla, Views from the South*, vol. 1, No. 3, Durham, Duke University Press, 2000, pp. 533-580. En castellano: “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en Íd. *Cuestiones y horizontes*, Buenos Aires, CLACSO, 2014, pp. 777-832.

- Raudzens, George. "Outfighting or Outpopulating?", en Íd., ed., *Technology, Disease and Colonial Conquest*, Leiden, Brill, 2001, pp. 31-57.
- Reichhoff, Josef H. *Der Tanz um das goldene Kalb. Der Ökokolonialismus Europas*, 3ª ed., Bonn, BPB, 2011
- Reinhard, Wolfgang. *Die Unterwerfung der Welt*, 2ª ed. München, Verlag C.H. Beck, 2016.
- Reinhard, Wolfgang. *Geschichte der Staatsgewalt*, 2ª ed. München, Verlag C.H. Beck, 2000.
- Restrepo, Eduardo y Rojas, Axel. *Inflexión decolonial. Fuentes, conceptos y cuestionamientos*, Popayán, Universidad del Cauca, 2010.
- Ricobom, Gisele y Pablo Friggeri, Félix. "La descolonización del derecho y la justicia comunitaria en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en *Derechos en Acción*, vol. 12, No. 12, La Plata, UNLP, 2019, pp. 190-209.
- Rinke, Stefan. *Revolutionen in Lateinamerika. Wege in die Unabhängigkeit, 1760-1830*, München, Verlag C.H. Beck, 2010.
- Roca Barea, María Elvira. *Imperiofobia y leyenda negra*, 2ª ed., Madrid, Siruela, 2016.
- Rodríguez Villabona, Andrés Abel. *La circulation des modèles juridiques*. Grenoble Université (tesis doctoral), 2015.
- Rodrik, Dani. *The Globalization Paradox. Democracy and the Future of the World Economy*, Nueva York y Londres, W. W. Norton, 2011.
- Romero Salazar, Juan José "¿Descubrimiento o invasión y genocidio?", en *América Latina en Movimiento*, octubre 12 de 2020. Disponible en: <https://www.alainet.org/es/articulo/209271> (13.8.2021).
- Romero Tobón, Juan Fernando. "Reflexiones e inflexiones en torno a la pandemia por la Covid 19 y sus meandros en el anarcoliberalismo", en Marquardt, Bernd, ed., ¿Coronadictadura o coronademocracia? Reflexiones sobre el mundo confinado del 2020. *Anuario IX de CC - Constitucionalismo Comparado*, Bogotá, Ibáñez, 2020, pp. 279-347.
- Ruiz-Linares, Andrés *et al.* "Admixture in Latin America. Geographic Structure, Phenotypic Diversity and Self-Perception of Ancestry", en *Plos Genetics*,

- vol. 10, No. 9, San Francisco, Public Library of Science, 2014. Disponible en: <https://doi.org/10.1371/journal.pgen.1004572> (1.8.2021).
- Said, Edward. *Orientalism*, Nueva York, Vintage Books, 1978. En español: *Orientalismo*, Barcelona, Debolsillo, 2003.
- Salazar-Xirinachs, José Manuel y Chacaltana, Juan. *Políticas de formalización en América Latina. Avances y desafíos*, Lima, Organización Internacional del Trabajo, 2018.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Justicia entre saberes. Epistemologías del Sur contra el epistemicidio*, Madrid, Morata, 2017.
- Santos, Boaventura de Sousa. *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, Lima, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.
- Schilling, Heinz. “Del Imperio común a la leyenda negra”, en Wegener, Henning y Vega Cernuda, Miguel Ángel, eds., *España y Alemania*, Madrid, Universidad Complutense, 2002, pp. 37-61.
- Sieferle, Rolf Peter. “El camino especial de Europa”, en Íd. y Marquardt, Bernd. *La Revolución industrial en Europa y América Latina. Interpretaciones ecohistóricas desde la perspectiva de la Teoría de los Sistemas de Energía y del Metabolismo Social*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2009, pp. 1-92. Título original en alemán: *Der Europäische Sonderweg*, 2ª ed., Stuttgart, Breuninger, 2004.
- Sierra-Camargo, Jimena. “La importancia de decolonizar el derecho internacional de los derechos humanos. El caso de la consulta previa en Colombia”, en *Revista Derecho del Estado*, No. 39, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp. 137-186.
- Silva Vasconcellos, Christianne. *De la responsabilidad de los Estados de Brasil y Colombia por el uso del sofisma racial como adjudicador de consecuencias jurídicas*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia (tesis doctoral), 2018.
- Slobodian, Quinn. *Globalists. The End of Empire and the Birth of Neoliberalism*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.
- Spivak, Gayatri C. “Can the subaltern speak?”, en Nelson, Cary y Grossberg, Lawrence, eds., *Marxism and the Interpretation of Culture*, Chicago, University of Illinois Press, 1988.

- Stolleis, Michael. „Transfer normativer Ordnungen“, en *Rechtsgeschichte, Legal History*, No. 20, Fráncfort del Meno, Klostermann, 2012, pp. 72-84.
- Tanck de Estrada, Dorothy y Marichal, Carlos. “¿Reino o colonia? Nueva España, 1750-1804”, en Velásquez García, Erik *et al.*, eds., *Nueva historia general de México*, México, El Colegio, 2010, pp. 307-353.
- Turner, Mark. *After Spanish Rule. Postcolonial Predicaments of the Americas*, Durham, Duke University Press, 2003
- Wackernagel, Mathis y Rees, William. *Our Ecological Footprint. Reducing Human Impact on the Earth*, Gabriola Island, New Society Publ., 1996.
- Warraq, Ibn. *Defending the West. A critique of Edward Said's Orientalism*, Amherst, Prometheus Books, 2007.
- Watson, Alan. *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2ª ed., Athens, University of Georgia Press, 1993.
- Weber, Max. *Rationalisierung. Fortschritt und Entzauberung der Welt* (1922), Ed. por: Textlogde, *Historische Texte*. Disponible en: <http://www.textlog.de/2321.html> (5.1.2021).
- Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag. *Koloniale Raubkunst. Möglichkeiten der Rückgabe verbrachter Kulturgüter aus kolonialem Kontext*, WD-10-3000-005/21, Berlín, Deutscher Bundestag, 2021.
- Young, Robert J.C. “¿Qué es la critica poscolonial?”, en *Pensamiento Jurídico*, No. 27, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2010, pp. 281-294.
- Zamora R., Augusto. *Malditos libertadores, Historia del subdesarrollo latinoamericano*, Madrid, Siglo XXI, 2020.
- Zarandona, Juan Miguel. “Si las Indias no eran colonias”, en *Tintas, Quaderni di Letterature iberiche e iberoamericane*, No. 2, Milán Università, 2012, pp. 55-65.
- Zizek, Slavoj. “I am not the world's hippest philosopher!”, en *Salon*, diciembre 29 de 2012. Disponible en: [https://www.salon.com/2012/12/29/slavoj\\_zizek\\_i\\_am\\_not\\_the\\_worlds\\_hippest\\_philosopher/](https://www.salon.com/2012/12/29/slavoj_zizek_i_am_not_the_worlds_hippest_philosopher/) (20.8.2021).

# Entre mafias: desde la coca caleña hasta la heroína siciliana: un análisis comparativo y planteamiento del modelo de desarrollo\*

## Between the mafias: from Colombian coca from Cali to Sicilian heroine. A comparative analysis and the approach to a development model.

*Valeria González Franco\*\**

*Rossy Lorena Vallejo Botina\*\*\**

---

**Fecha de Recepción:** 20 de noviembre de 2020

**Fecha de aceptación:** 17 marzo de 2021

---

### RESUMEN

A través del análisis y posterior comparación de dos mafias, el cartel de Cali y la mafia siciliana, el presente trabajo evidencia las dinámicas de cada organización criminal desde la perspectiva de la sociología criminal y asociadas con teorías como las subculturas sociales y conceptos como la anomia. Con esto se logra explicar muchos de los factores que históricamente caracterizan a cada una de estas mafias y se genera un análisis y un acercamiento más acertado. Finalmente, la comparación de estas dos organizaciones permitió identificar una serie de diferencias y coincidencias con respecto a modos de actuar y alcanzar

objetivos dentro de las organizaciones, lo cual permite a su vez dilucidar un modelo de desarrollo propio.

**Palabras clave:** Mafia, cartel de Cali, mafia siciliana, narcotráfico, violencia, modelo de desarrollo, análisis sociológico.

\* El presente trabajo de investigación es presentado como evaluación final de la asignatura «Modelos de desarrollo» del programa de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia.

\*\* Estudiantes de tercera matrícula en el programa de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico [vagonzalezfr@unal.edu.co](mailto:vagonzalezfr@unal.edu.co)

\*\*\* Estudiantes de tercera matrícula en el programa de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. Correo electrónico [vagonzalezfr@unal.edu.co](mailto:vagonzalezfr@unal.edu.co)

## ABSTRACT

Through the development and subsequent comparison of two mafias, the Cartel of Cali and the Sicilian mafia, the present work evidences the dynamics that each criminal organization shows from the perspective of criminal sociology and associated with theories such as social subcultures and concepts such as anomie. This allows explaining many of the factors that historically characterize each of these mafias, thus generating an analysis and a more successful approach. Finally, the comparison of these two organizations allows identifying a series of differences and coincidences regarding ways of acting and achieving objectives within organizations, which in turn allows elucidating a self-development model.

**Keywords:** Mafia, Cartel of Cali, Sicilian mafia, drug trafficking, violence, development model, sociological analysis.

## PROBLEMA Y PREGUNTA

La problemática central a desarrollar es un análisis comparativo de los modelos de desarrollo de las organizaciones criminales la “Cosa Nostra” (mafia italiana) y el “Cartel de Cali” (mafia colombiana), con el objetivo central de determinar cómo operan estas organizaciones y el control que ejercen sobre diversos factores sociales en su contexto particular. Conjuntamente, se realizará un estudio sobre cómo logran adquirir el poder y cómo lo manejan a partir de su uso efectivo, con el fin de lograr una explicación al modelo de desarrollo planteado desde las dinámicas de ilegalidad y alta criminalidad.

## MÉTODO Y PLAN

El trabajo estará enfocado en el análisis de la historia y su comprensión a partir de teorías sociológicas, con lo que se demostrará cómo funcionan las dinámicas y procesos al interior de las organizaciones criminales anteriormente señaladas. Por medio de estos insumos teóricos, se busca establecer una comparación de los modelos de desarrollo teniendo en cuenta los factores propios en los que se desenvuelve cada organización.

El escrito iniciará con una breve definición de los términos a utilizar para contar con una mayor precisión a lo largo de la redacción. Posterior a esto, se abrirá el tema con una contextualización de ambas organizaciones criminales, donde las condiciones económicas, sociales y políticas serán aspectos relevantes. Luego se presentará cada uno de los conflictos generados por estas mafias, comenzando con una breve presentación de la mafia para luego ahondar dentro de su configuración, su forma de operar y cómo esto provocó un cambio en el ámbito social, político, económico y demás sectores de la sociedad que se vieron permeados por la injerencia de las prácticas criminales de las mafias. Posteriormente, se concretará el análisis comparado: primero se presentarán las distinciones objetivas y las particulares y luego se mostrarán las similitudes y el legado de estas organizaciones en el pensamiento de la sociedad.

Para concluir, se hará una reflexión final, con el acercamiento al establecimiento de un modelo de desarrollo a partir de las dinámicas de la criminalidad, generando así el postulado de un sendero del progreso mediante vías ilegales.

## DESARROLLO

Primero es importante hacer la aclaración de los conceptos que se manejarán a lo largo del texto para tener mayor precisión en cuanto a la interpretación que se

pueda hacer del mismo. Se considerará como mafia a toda organización criminal que realice alguna actividad ilegal a gran escala. Por modelo de desarrollo se entenderá el sendero del progreso que traza un grupo social, su forma y los mecanismos para alcanzar las metas propuestas, además del funcionamiento que se da en torno al mismo.

Existen dos tipos básicos de organizaciones criminales: las extorsionistas, que cobran por protección, y las que comercian productos. Las segundas se dividen en tres grupos principales: productores, mayoristas y minoristas. Cada uno de estos grupos suele hallarse, aunque no suceda siempre, asociado a un grupo étnico concreto, y los tres eslabones de la cadena comercial cooperan a través de fronteras internacionales, ya que la producción de la mercancía siempre tiene lugar a gran distancia de los mercados más lucrativos para ella<sup>1</sup>.

Ahora se planteará un contexto histórico de cada mafia del estudio, posterior a esto se describirá su forma de actuar y las características de cada una, para finalmente hacer un análisis de los cambios que generó cada mafia en su contexto particular. Con esto se dará paso al análisis comparativo de las mafias para postular un modelo de desarrollo de las mismas.

## La mafia siciliana

Antes de la mafia siciliana, hablar del contexto de Sicilia resulta importante para explicar brevemente el origen de esta mafia desde la perspectiva de la sociología crítica.

La ubicación estratégica y vulnerable de Sicilia, casi en el centro del Mar Mediterráneo, cerca del sur de Italia y el norte de África, la sometió a una interminable sucesión de ocupaciones y opresiones por fenicios, griegos, etruscos, cartagineses, romanos, bizantinos, normandos, árabes, franceses, españoles, austriacos y, finalmente, por los ejércitos italianos hostiles. Estas invasiones y sumisiones han causado en los sicilianos el desarrollo de una cultura basada, según Raab, en dos conceptos básicos: “desprecio y sospecha de las autoridades gubernamentales; y alianzas con los parientes de sangre y compatriotas que se enfrentan a los mismos peligros”<sup>2</sup>.

Podemos ver entonces que el contexto de Sicilia debido a su situación de vulnerabilidad era propicio para la generación de subculturas. Según las teorías

- 1 Misha, Glenn. *McMafia: El crimen sin fronteras*, 1ª ed., Traducción de Joan Trujillo, Buenos Aires, Imago Mundi, 2008.
- 2 Raab, Selwyn. *Five Families: the Rise, Decline, and Resurgence of America's Most Powerful Mafia Empires*, New York, Thomas Dunne Book, 2005, p. 13. Traducción propia.

ecologistas de escuela de Chicago el contexto influye en la formación de subculturas criminales, en este caso, la especial situación de Sicilia, una sociedad en la que se establecen metas y los medios legales para alcanzarlos. Estos medios están limitados por el propio contexto, por lo que se comienza a pensar en otras vías para alcanzar estas metas. Aquí lo que importa es ganar el juego, entonces las reglas para ganarlo pasan a segundo.

La sospecha del gobierno se genera porque a lo largo de su historia, los gobernantes, que eran los países que los conquistaban, solo se preocupaban por sus intereses propios, dejando al pueblo en segunda instancia. Todo esto comienza a crear un resentimiento hacia el poder del Estado, resentimiento que se evidencia en las dinámicas que comienzan a generarse en Sicilia en la creación de grupos propios. Así es como en esta isla la familia comienza a convertirse en el verdadero órgano de la sociedad y lo más importante para la población. La familia era el centro de las cosas, la manera de mantener el orden y la seguridad entre unos y otros. La sangre y el honor en Sicilia significaban todo, por eso el Estado era en realidad la familia como estructura principal. Con todo esto se comienza a generar un periodo de anarquía, el gobierno perdió credibilidad y respeto. Sin un gobierno legítimo, la mafia llenó ese vacío, pues servía como instrumento de orden. Se les llamaba “hombres de honor” y controlaban la economía, el orden social y hasta la religión. La generación de la anomia fue el resultado en este contexto y a partir de todos estos valores sociales se generó una subcultura social, la mafia siciliana, la cual, en la anomia generada, decidió convertirse en el nuevo poder social que se trataba de cambiar la estructura social. “El nombre mafia es un término coloquial de origen siciliano-árabe que significa actuar como un escudo contra la arrogancia de los poderosos”<sup>3</sup>.

En el dialecto de Palermo, el adjetivo mafioso antaño significaba “hermoso”, “atrevido”, “seguro de sí mismo”. Cualquiera que mereciera el calificativo de mafioso estaba dotado, entonces, de algo especial, de un atributo denominado mafia. Un mafioso era alguien que gustaba y que se pavoneaba de ello. El término mafioso empezó a tener connotaciones criminales a partir del enorme éxito de una obra de teatro escrita en dialecto siciliano: *I mafiusi di la Vicaria* o *Los mafiosos de la [cárcel de] Vicaria*<sup>4</sup>.

Hacia la época de 1860, en la isla de Sicilia el gobierno de Italia comenzó a hablar de la mafia en su auge. La mafia no tiene otra meta que enriquecerse y esto lo hace mediante mecanismos de neutralizaciones tales como: terror, asesinatos impunes y violencia.

3 Dickie, John. *Cosa Nostra: historia de la mafia siciliana*, 2ª ed, Traducción de Francisco Ramos, Barcelona, Penguin Random House, 2014.

4 *Ibid.*, p. 2.

Se consolidó desde siempre como una organización misteriosa y creó una nueva cultura e ideología general, tomando también valores de la cultura ya existente y creando una nueva clase social en la que pertenecer a la mafia era un símbolo de poder y donde el honor era el valor más importante. “Nosotros somos mafiosos; los demás son solo hombres”, pero por esa misma razón un mafioso sin honor no es nadie; es un hombre muerto<sup>5</sup>. Perder el honor o ponerlo en duda era causa de muerte debido a la importancia que este valor tenía en esta organización. La creación de este código de valores nos da otra característica para catalogar la “Cosa Nostra” como una subcultura, la creación de un código de valores.

En el siglo XX, el negocio de las mafias se concentró en cobrar a cambio de protección. Debido al poco poder que al momento seguía teniendo el Estado, la confianza de la población se colocaba en esta organización, por lo que poco a poco se convirtió en el verdadero órgano de orden en Sicilia, desplazando de esta forma al Estado.

El respeto hacia la mafia debido al terror que ejercía poco a poco se convirtió en el ideal de jóvenes de la población, para quienes convertirse en un hombre de honor significaba una meta de vida. Todo esto también ocurrió porque en espacios como el cine se mostraba idealizado el papel del mafioso. Al respecto, John Dickie afirma que “la Mafia presentada en la ficción es sencillamente falsa; no es solo eso, también es idealizada. Y a los mafiosos, como a todos los demás, les gusta ver la tele e ir al cine para contemplar esa versión idealizada de sus propios dramas cotidianos representada en la pantalla”<sup>6</sup>.

El ideal que se comienza a expandir en el contexto de Sicilia es para los jóvenes una oportunidad, se convierte en una vía de acceso para sus objetivos: “la participación en la subcultura aporta así a sus miembros el estatus que les niega la sociedad mayoritaria”.

Otro aspecto importante que marca esta subcultura es el machismo patriarcal de la vieja escuela que constituye una parte fundamental de la cultura de la organización. Esto se observa en parte en la conformación misma de estos grupos, pues no admitía mujeres y solo estaban conformados por “hombres de honor”. En toda su historia, el honor marca un factor importante para la mafia. “El honor se acumula a través de la obediencia; a cambio de lo que ellos denominan ‘disponibilidad’, cada mafioso individual puede aumentar sus reservas de honor y, con ello, obtener acceso a más dinero, información y poder”<sup>7</sup>.

5 Misha, G. *McMafia: El crimen sin fronteras*, op. cit. p. 75.

6 Dickie, John. *Cosa Nostra: historia de la mafia siciliana*. op. cit. p. 70.

7 Dickie, John. *Cosa Nostra: historia de la mafia siciliana*, op. cit. p. 72.

El honor guarda en su significado lealtad, disponibilidad y respeto entre ellos, tanto así que en sus esferas no debían dar a conocer sus actividades a ninguno que estuviera fuera de la organización, ni dar a conocer a “sus parientes están o han estado afiliados. De hecho, dado que la “Cosa Nostra” es una organización secreta, una de sus normas es la de que sus miembros no deben contarles a sus parientes consanguíneos nada sobre los asuntos que se traen entre manos”<sup>8</sup>.

En esta subcultura se evidencia que a pesar de que crean una nueva estructura con sus actividades y todo el código de valores, se basan también en características de la cultura matriz, como se ve en el ritual de iniciación. El ritual de iniciación muestra que el honor constituye un estatus que hay que ganarse. Antes de convertirse en un hombre de honor, el aspirante a mafioso es minuciosamente vigilado, supervisado y sometido a prueba. Cometer un asesinato constituye casi siempre un requisito previo para ser admitido. Tommaso Buscetta esbozó por primera vez el código de honor de la “Cosa Nostra” a Falcone ya en 1984. Le habló del rito de iniciación de la organización, en el que el candidato a miembro sostiene una imagen en llamas —normalmente de la Madonna o de la Anunciación— mientras jura lealtad y silencio hasta la muerte. El ritual de iniciación muestra que el honor constituye un estatus y este a menudo constituye el momento más importante en la vida de un mafioso. En la iniciación, el nuevo mafioso jura obediencia, el primer pilar del código de honor. Un hombre de honor es siempre obediente a su capo; jamás pregunta por qué<sup>9</sup>.

Muchos conflictos entre familias de mafiosos se reducían ganancias, lo cual llevó a generar una cumbre en la que se creó un órgano: la cúpula, que resolvería el conflicto, crearía un reglamento y dividiría territorios. Vemos entonces cómo la mafia, con el pasar del tiempo, refuerza su estructura y con esto también crece su influencia en la sociedad. La comisión de la cúpula se convierte en un organismo de control para la mafia y es quien decide a quién se va a matar y en general todo lo que las mafias hacían.

Con el cambio de los contextos y el auge de la heroína, el tráfico de heroína se convierte en el nuevo negocio para la mafia y con esto se comienzan a tener tácticas más sangrientas. A pesar de esto, el código de honor sigue siendo un elemento esencial de la mafia siciliana. En general, el poder de la mafia sobre Sicilia llegó hasta las esferas políticas más altas, por lo que controlar todo el territorio cada vez era más fácil y la corrupción institucional era algo común.

8 *Ibid.*, p. 3.

9 Dickie, John. *Cosa Nostra: historia de la mafia siciliana*, op. cit. p. 30.

## El Cartel de Cali

El contexto de Colombia en el siglo xx, servirá para proyectar un antes y un después con respecto al impacto y la incidencia que tuvo el narcotráfico y el control en manos de las mafias en los diferentes sectores sociales del país. Esto se hace con el fin de analizar el cambio que se presentó por la aparición de las redes de narcotráfico.

El contexto social en Colombia en el siglo xx es particularmente relevante en cuanto a sucesos que trazaron el progreso, como el paso a la modernidad, el aumento poblacional a lo largo del siglo y la evolución en pensamiento de los colombianos. Sin embargo, también es pertinente hacer mención de la constante violencia que vivió el país debido a la creación de guerrillas y la respuesta militar y paramilitar a estas, junto con el auge del narcotráfico, en el cual se hará énfasis posteriormente.

Según Enrique Santos Molano:

Al comenzar la centuria éramos un país de cinco millones de habitantes, tan atrasado como el que más. Al concluir, Colombia pasa de los cuarenta millones de habitantes, y si, con relación a las naciones desarrolladas, sigue en un puesto de retaguardia, con relación a sí misma avanzó un quinientos por ciento en estos cien años que van del 1 de enero de 1901 al 31 de diciembre de 2000. En otras palabras: en 1901 ocupábamos el puesto 100 entre las ciento veinte naciones que entonces existían; en 2000 ocupamos el puesto 60 entre las ciento noventa y nueve que ahora figuran en el mapamundi<sup>10</sup>.

Ahora, en materia de los cambios económicos atravesados durante el siglo xx, se deben reconocer tres momentos importantes con “su inicio, que siguió al fin de la guerra de los Mil Días y a la pérdida de Panamá en 1903. La gran crisis económica de 1929-1932. Y el viraje de 1990-1991, cuando no solamente la economía se abrió al exterior como consecuencia de la era de globalización (...) impactada por los cambios originados en la expedición de la Constitución de 1991”<sup>11</sup>.

Para finalizar el análisis general de Colombia en el siglo xx, es preciso mencionar los hechos políticamente relevantes en el siglo, como lo fueron en respectivo

10 Santos Molano, Enrique. “El siglo XX colombiano: Cien años de progreso asombroso y de violencia sin fin”, en *Revista Credencial Historia*, No. 172 de abril de 2004. Recuperado: el 23 de febrero de 2019. Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-172/el-siglo-xx-colombiano-cien-anos-de-progreso-y-violencia-sin-fin>

11 Caballero Argáez, Carlos. *La economía colombiana del siglo XX: Un recorrido por la historia y sus protagonistas*, Bogotá: Penguin Random House, 2016, p. 17.

orden cronológico: el Quinquenio de Rafael Reyes, la muerte de importantes figuras políticas como Rafael Uribe Uribe, Jorge Eliécer Gaitán y Luis Carlos Galán, la hegemonía conservadora y posterior a esto la hegemonía liberal, el intento por restablecer el orden en el momento en que Rojas Pinilla se toma el poder, el surgimiento de guerrillas como las FARC y el ELN, el establecimiento del Frente Nacional y en un salto en el tiempo se debe volver a remarcar la crisis vivida a finales de siglo con la fuerte violencia gestada por las guerrillas, los paramilitares y el narcotráfico, para culminar con el cambio de constitución en 1991.

El Cartel de Cali fue una organización criminal colombiana asentada en la región del sur del Valle del Cauca. El mayor negocio manejado era el del narcotráfico, su funcionamiento fue de relevante injerencia en el país y se dio a partir de la segunda mitad del siglo XX.

La composición de esta mafia empezó por el capo o líder que fue el hermano mayor de los hermanos Rodríguez Orejuela, Gilberto Rodríguez Orejuela, más conocido como el “Ajedrecista”, quien era un hombre estratégico antes que bélico o violento, prefería la corrupción del sistema antes que su destrucción o ataque. Luego, el siguiente al mando fue el menor de los hermanos, Miguel Rodríguez Orejuela, también conocido como el “Señor”, quien gozaba de importantes contactos con las diferentes élites colombianas. El siguiente al mando era José Santacruz Londoño, con conocidos alias como el “Chepe” o el “Estudiante”, quien se encargaba esencialmente de las rutas de distribución y manejo del narcotráfico. El último líder del cartel fue Helmer Herrera Buitrago o “Pacho”, quien al igual que el Chepe desarrollaba funciones como gerente de la organización, pues ambos estaban al tanto del correcto funcionamiento que debía tener la producción, distribución y venta al interior y exterior del país.

En cuanto a la detallada descripción de su forma de actuar, se analizarán fragmentos que relatan la forma en que esta organización era manejada y cómo logra incidir en diferentes ámbitos sociales, políticos y económicos del país. Se finalizará dando el análisis de su formación y obra a través de la teoría sociológica de las subculturas, y el impacto que esta mafia tuvo sobre las condiciones del país.

En un primer acercamiento, se hará un análisis de un fragmento del libro de Camilo Chaparro sobre la historia del Cartel de Cali, donde se muestra cómo realmente funcionaban las rutas del narcotráfico.

Esos años los aprovecha para fortalecer su negocio: amplía la flotilla de aviones, crea nuevas rutas a través de Panamá, Guatemala y México. Sus embarques de cocaína llegaban a Europa ocultos en carbón. En Holanda, Italia y Francia el cartel cotizó en 1990 el kilo de droga a 15.000 dólares.

Pero aparte del envío de cocaína por sus rutas, el Ajedrecista se asoció desde 1987 con otros mafiosos para enviar droga por el sistema de apunte o riesgo compartido. El mismo Rodríguez le contó a la justicia cómo era este negocio: “Me anotaba en el sistema de cooperativa o sea donde llevaban varias personas mercancía... En ese caso uno pagaba el transporte, porque no era de uno, era una sociedad.”

En este sistema cada narcotraficante marca sus paquetes de droga con siglas o con números para ser reconocidos por la persona encargada de recogerlos cuando llegan a su destino. En el caso del capo siempre cambiaba las marcas, las letras o números de identificación de su cocaína; “los decidía a último momento, nunca los repetía”<sup>12</sup>.

En el anterior fragmento se puede percibir a través del uso del *sistema de apunte o riesgo compartido*, que las redes de narcotráfico y su comportamiento con otras organizaciones de la misma índole no estaban organizadas de forma espontánea o improvisada. Por el contrario, esto permite ver que tenían una alta complejidad organizativa con una clase de protocolos para actuar y manejar el narcotráfico.

Ahora se verá un fragmento que remarca el funcionamiento y la forma de control al interior de la organización:

Esos nueve años en la clandestinidad también fueron aprovechados para estructurar otros cuatro frentes de trabajo dentro de la organización: el político, el militar, el financiero y el judicial.

El primero tenía la misión de reclutar congresistas a quienes les financiaban generosamente sus campañas; el militar, con un presupuesto mensual entre 20.000 y 50.000 dólares, se encargaba de sobornar a integrantes de las Fuerzas Armadas en Cali; el financiero tenía la responsabilidad de lavar dólares a través de empresas legales; el judicial se encargaba de contratar a los mejores abogados en Estados Unidos y Colombia para hacerle frente a la extradición y a las órdenes de captura de cualquier integrante del cartel<sup>13</sup>.

Este fragmento permite ahondar en la forma organizativa al interior del cartel, que establecía una forma de control por sectores con el objetivo de atender diferentes fines que nutrían el correcto funcionamiento del cartel. Además, se empieza a esbozar la injerencia dentro de otros sectores del país.

12 Chaparro, Camilo. *Historia del cartel de Cali: el ajedrecista mueve sus fichas*, Bogotá, Intermedio, 2005, p. 247

13 *Ibid.*, p. 269-270.

Se realizará ahora especial énfasis en la injerencia política que tuvo el cartel, con varios fragmentos del relato contado por Alberto el “Loco Giraldo”, gran amigo y relacionista público de los Rodríguez Orejuela, a su colega el periodista Juan Carlos Giraldo. Estos fragmentos permiten descifrar el verdadero interés por el control político que ejercía el cartel:

Yo creo que los Rodríguez Orejuela llegaron a dominar un 40% del Congreso. Es que al final ellos –los políticos– me buscaban que para conocer a Miguel o a Gilberto. Y, como dije, me ofrecían plata. [...]

La única vez que tuvimos poder, poder, fue en el año 91, en la Constituyente; Gilberto, Miguel; “Pacho” y “Chepe”, me decían: hay que acabar con la extradición. [...] Y ¿sabes quién lo consiguió? “Kiko” Becerra, que era contralor. Él alineó a todos los constituyentes<sup>14</sup>.

–Pon esto que te voy a contar: ¿sabes cuánta plata le dieron al presidente Samper, en el año 1994? 17 mil millones de pesos. Así como te lo estoy diciendo. Seis mil, los Rodríguez; tres mil, Víctor Patiño Fómeque; tres mil, el marido de la “monita retrechera” Chucho Sarria; y dos mil, los de Marlboro. ¡La plata se la robaron Samper y Botero: son multimillonarios! [...]

Las investigaciones de la Fiscalía colombiana, basadas en la confesión del tesorero de la campaña, dejaron en claro el monto de esos aportes, sin hablar de un peso más<sup>15</sup>.

En su libro donde recopila los fragmentos anteriores, Juan Carlos Giraldo afirma que “en marzo del 2005, aseguraron que el Cartel de Cali había comprado al presidente Ernesto Samper Pizano y al Congreso de la República, para terminar con la extradición, creando el artículo 35 de la Constitución que niega la posibilidad de que presuntos narcotraficantes sean entregados a Estados Unidos”<sup>16</sup>.

Aquí se puede evidenciar los fines con los cuales la mafia controlaba el poder político a tal punto de pagar por subir al poder el presidente que representaba sus intereses políticos:

[...] los hermanos figuraban como grandes empresarios y generosos patrocinadores de las campañas políticas. Ambos eran muy liberales, casi sectarios, pero siempre estuvieron dispuestos a patrocinar a los partidos,

14 Giraldo, Juan Carlos. *Los Rodríguez Orejuela, el cartel de Cali y sus amigos*, Bogotá, Dipon y Gato Azul, 2005, p. 59.

15 *Ibid.*, p. 62.

16 *Ibid.* p. 65.

para defender la democracia. Gilberto y rankeaba como un banquero importante, que tenía amigos muy influyentes en todas las esferas. Por lo tanto, los políticos en ascenso me solicitaban que los llevara a Cali. Usted sabe que el año 78 al 94, todas las campañas políticas de Cali y el Valle fueron apoyadas por ellos<sup>17</sup>.

De nuevo se muestra una parte del relato del “Loco Giraldo” quien ahora revela no solo el control que tenía el cartel sobre la política, sino que realmente los Rodríguez Orejuela se posicionaron como aliados en los asuntos políticos de la época a tal punto, como lo describe el relato, que los políticos buscaban apoyo en esta mafia.

En un análisis final de esta parte enfocada en el control político, se devela que gracias a un alto nivel de corrupción, el dinero logra posicionar altos mandos en el país y a su vez logra la manipulación de la política en razón de los intereses de quien sostuviera el poder económico. En este caso, era la mafia la que ocupaba ese lugar y utilizaba este manejo para fines ilícitos enmarcados en la necesidad de acoplar el sistema jurídico interno al funcionamiento de las redes de narcotráfico manejadas por ella misma.

El control o influencia en otros ámbitos serán mencionados a continuación como muestra del extensivo manejo que tenía esta mafia sobre el país. Según el “Loco Giraldo”:

<CITA>[...] pasaron por la celda de Víctor Patiño, las dos terceras partes de las candidatas al reinado de belleza de Cartagena. La tarifa eran cinco millones de pesos. Antes de ir a Cartagena pasaban por allá<sup>18</sup>.<CITA>

Y de acuerdo con Camilo Chaparro,

<CITA>[...] el poder del capo en esta actividad era tan grande que algunos de los más destacados comentaristas deportivos aseguran que en el momento más brillante del fútbol nacional, es decir, cuando la selección Colombia de mayores clasificó a los mundiales de Italia, Estados Unidos, Miguel Rodríguez tenía gran injerencia en la conformación de las alineaciones. Él decía quién jugaba y quién no.

“Eso era claro, es más, el gran fracaso de la selección en el mundial de Estados Unidos, en una buena parte, se le debe a las presiones que ejerció

17 *Ibid.* p. 69.

18 *Ibid.*, p. 131.

sobre el equipo y sus dirigentes Miguel Rodríguez”, asegura un veterano y reconocido comentarista deportivo<sup>19</sup>.<CITA>

Con esto finaliza el análisis del cartel de Cali, remarcando su poder en los diferentes sectores del país que fueron bruscamente corrompidos por esta mafia.

Ahora bien, se hará el análisis del por qué sociológico de esta mafia, a partir de la comprensión de un conjunto de situaciones que reflejan, cuáles son las causas de la formación de las mafias.

Primero hay que explicar cómo se da una lógica de intra-grupo y extra-grupo en donde a partir de la cual se “logra conservar intacto un sistema de estratificación social y de poder social”<sup>20</sup>. Con respecto a esto es preciso mencionar que el intra-grupo consiste en un grupo de personas conformado por la cultura dominante que ante el comportamiento o situación social diferente de otros grupos sociales no conciben la aceptación o la tolerancia sino el rechazo, generando así un opuesto social como lo es el extra-grupo. Al final, como es el caso de este objeto de estudio, se genera una subcultura en desarrollo de “la conducta anómala [que] puede considerarse desde el punto de vista sociológico como un síntoma de disociación entre las aspiraciones culturalmente prescritas y los caminos socialmente estructurales para llegar a ellas”<sup>21</sup>.

Entonces se tiene la idea de que se deben alcanzar ciertas metas impuestas por la cultura dominante, que ante la eliminación de formas para acceder a estas metas por parte de sectores inferiores en la sociedad produce en muchos una tensión hacia prácticas innovadoras que se apartan de las normas institucionales.

Para un mejor entendimiento de lo anteriormente planteado, debe mencionarse que los capos de la mafia en estudio, corrieron con la suerte social de empezar su vida en una posición desfavorable. Por esta razón, se vieron casi obligados a hacer uso de medios ilegales para escalar o ascender en la estructura social. En este sentido, a modo de conclusión, se remarcará la definición de subculturas entendiendo que “son un producto del limitado acceso de las clases bajas a los objetivos y metas culturales de las clases medias con un origen estrechamente ligado al problema de la estratificación social”<sup>22</sup>. Con el fin de definir o clasificar esta mafia, será tratada a partir de la definición o postulado de la “subcultura criminal [como] aquella en la que ciertas formas de actividad delictiva son un requisito indispensable para el desempeño de sus roles dominantes”<sup>23</sup>.

19 Chaparro, Camilo. *La historia del cartel de Cali*, op. cit. p. 269.

20 Merton, Robert K. *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1949, p. 513.

21 *Ibid.*, p. 212.

22 García-Pablos de Molina, Antonio. *Manual de criminología*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2016, p. 534.

23 *Ibid.*, p. 540.

Luego de este análisis sociológico, se finalizará con la enunciación del impacto que tuvo el narcotráfico en diversos aspectos del país:

<CITA>La producción y comercialización de cultivos ilícitos ha penetrado en los estilos de vida de personas y regiones. Comportamientos tales como la unidad, la solidaridad, la integración familiar, el trabajo colectivo, la lucha de las organizaciones, son sustituidos por el individualismo extremo, la poca interacción familiar, la pérdida de actividades rituales, el desarrollo de tendencias consumistas, la tensión y los enfrentamientos intergeneracionales, entre otros. Junto con las actividades del narcotráfico se crearon comportamientos de dinero fácil, rebusque, homicidios, prostitución y violencia

Todas las áreas de producción de cultivos ilícitos de coca, a excepción del Departamento de Nariño, muestran niveles muy altos de desplazamiento forzado de la población. Los datos suministrados por el observatorio Nacional de Derechos Humanos indican una coincidencia en los departamentos de origen de la población desplazada y los Departamentos con presencia de cultivos ilícitos. Otro efecto social de la droga, fue la aparición de un fenómeno conocido como “narcoagro”. Los “nuevos ricos” surgidos del tráfico ilegal de drogas consolidaron su poder económico y político casando a sus hijos con las herederas de las familias oligárquicas colombianas. Su conversión de nuevos terratenientes tuvo efectos en la economía agropecuaria y en el sistema de tenencia de la tierra. <sup>24</sup><CITA>

Lo anteriormente mencionado permite demostrar el impacto negativo del narcotráfico y el cambio generado que afectó las condiciones sociales y económicas del país, dejando como legado la alta corrupción institucional y ante eso poca credibilidad en la intervención estatal. Se creó también una cultura de dinero fácil logrado a través de medios ilícitos como la violencia, el narcotráfico y la prostitución; quebrantando todo un sistema. El narcotráfico y las mafias dejaron una mancha en la historia colombiana.

## ANÁLISIS COMPARATIVO

Las diferencias objetivas entre cada grupo criminal son: a) la ubicación, ya que mientras que la mafia siciliana se desarrolla en Italia, en Europa, el cartel de Cali se desarrolla en Colombia, en Latinoamérica, y b) la época, dado que la mafia siciliana emerge a finales del siglo XIX y el cartel de Cali surge durante la

24 *Ibid.*, p.541

segunda mitad del siglo XX, por lo que se desarrollan con poco más de un siglo de distancia. Las diferencias particulares son cuatro principalmente:

- a) Situación socio política: mientras que en Sicilia se daban dinámicas de anarquía; en Colombia sí había un orden político establecido que se vio quebrantado al momento de la injerencia del cartel de Cali.
- b) Visibilidad: la mafia siciliana conservaba un carácter de reserva rígido respetando el código de honor que habían creado; por el contrario, a pesar de los esfuerzos de los líderes del cartel de Cali, el país conocía de la situación.
- c) Ideología: mientras que la mafia siciliana no tenía una ideología definida y su único fin era crecer económicamente y todo podía ser negociable; el cartel de Cali tenía claros intereses políticos que serían controlados en el país gracias a su poder económico.
- d) Orígenes: la mafia siciliana en sus inicios fue una organización basada en la protección a cambio de dinero y adicionó a sus dinámicas el narcotráfico en el auge de la heroína; por su parte, el cartel de Cali desde un inicio surgió como una red de narcotráfico y a partir del poder económico que esto les brindó lograron un control de diversos sectores.

Las similitudes de ambas mafias son:

- a) las dos organizaciones surgieron en respuesta a una frustración generada al no poder acceder a las metas culturalmente impuestas y en su necesidad de alcanzarlas crean vías que, aunque no son legales, resultan eficaces;
- b) siendo estas dos organizaciones criminales catalogadas como subculturas no se da una separación total de los valores de la cultura matriz, sino que toman de ella algunos elementos y los incluyen;
- c) ambas dinámicas corresponden al crimen organizado por cuanto existe alguien en cabeza del poder de la organización, además de un reclutamiento para la reproducción de miembros de la organización a los cuales se les educa en la criminalidad;
- d) las dos organizaciones tienen un amplio dominio sobre el poder político y ocasionaron a su paso un debilitamiento institucional con altos índices de corrupción e impunidad;
- e) generación de un código de valores propio por los cuales se establecía el honor y el respeto dentro de la organización;

- f) uso de métodos violentos como instrumento principal para el establecimiento del poder, y
- g) ambas cuentan con una estructura de carácter familiar.

## CONCLUSIONES

Por último, y de acuerdo con el análisis realizado, se deriva un nuevo modelo de desarrollo que se aparta de la legalidad, en cuanto la ilegalidad es su carácter fundamental. Este modelo responde al planteamiento en el que si los medios legales proporcionados por el Estado son limitados o nulos, se recurre a otras vías para alcanzar un desarrollo personal. Además, está basado en el pensamiento de que lo importante es lograr un crecimiento económico, quitándole importancia a cómo se alcanza este objetivo; luego, se desarrolla bajo fuertes dinámicas de violencia como método para obtener el poder y acabar con posibles obstáculos. También cuenta con una complejidad del sistema organizativo con varias subdivisiones dentro de la misma organización, que se encargan de diferentes funciones para el correcto funcionamiento. El último elemento es que como principal actividad económica se encuentra el narcotráfico, en el que se genera un ideal de dinero fácil.

## BIBLIOGRAFÍA

- Caballero Argáez, Carlos (2016) *La economía colombiana del siglo XX: Un recorrido por la historia y sus protagonistas*, Bogotá: Penguin Random House,
- Chaparro, Camilo (2005) *Historia del cartel de Cali: el ajedrecista mueve sus fichas*, Bogotá, Intermedio.
- Dickie, John (2014) *Cosa Nostra: historia de la mafia siciliana*, 2ª ed, Traducción de Francisco Ramos, Barcelona, Penguin Random House,
- García-Pablos de Molina, Antonio (2016) *Manual de criminología*, Madrid, Tirant lo Blanch.
- Giraldo, Juan Carlos. Los Rodríguez Orejuela (2005) *el cartel de Cali y sus amigos*, Bogotá, Dipon y Gato Azul.
- Merton, Robert K. (1949) *Teoría y estructura sociales*, México, Fondo de Cultura Económica.

- Misha, Glenny. McMafia (2008) El crimen sin fronteras, 1ª ed., Traducción de Joan Trujillo, Buenos Aires, Imago Mundi.
- Raab, Selwyn. (2005) Five Families: the Rise, Decline, and Resurgence of America's Most Powerful Mafia Empires, New York, Thomas Dunne Book.
- Santos Molano, Enrique (2004) "El siglo XX colombiano: Cien años de progreso asombroso y de violencia sin fin", en Revista Credencial Historia, No. 172 de abril de 2004. Recuperado: el 23 de febrero de 2019. Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luís Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.banrepcultural.org/biblioteca-virtual/credencial-historia/numero-172/el-siglo-xx-colombiano->



# Inexistencia material de la igualdad de medios en el actual Sistema Penal Acusatorio

## Material Absence of Equality of Means in the Current Accusatory Penal System.

*Luis Daniel Giraldo Clavijo\**

---

*Fecha de recepción: 2 de octubre de 2020*

*Fecha de aceptación: 15 de noviembre de 2020*

---

### RESUMEN

La presente investigación jurídica versa sobre la inexistencia de la igualdad material de medios o de armas con respecto a las facultades y atribuciones que detenta la defensa técnica frente a la Fiscalía, en el actual Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Para esto, se desarrolló un rastreo normativo y jurisprudencial que permitió establecer el desequilibrio procesal al que se enfrenta el profesional del derecho que ha decidido desarrollar su actividad litigiosa en procura de la defensa técnica de los procesados que afrontan las atribuciones y capacidades investigativas y acusadoras de la Fiscalía General de la Nación, en el desarrollo del actual Código de Procedimiento Penal, ley 906 de 2004. Se encontró como resultado investigativo la errónea estipulación normativa de la igualdad real, debida a las personas inmersas en el actual Procedimiento Penal, la cual se ha tratado de suplir de forma jurisprudencial por parte de las altas Cortes.

**Palabras clave:** Defensa, desequilibrio, igualdad, atribuciones.

### ABSTRACT

The present legal investigation deals with the lack of material equality of means or arms with respect to the powers and attributions of the Technical Defense in relation to the General Attorney's Office in the current Colombian Accusatory Criminal System. For this purpose, a normative and jurisprudential search was developed that allowed the establishment of the procedural imbalance faced by the law professionals who decided to develop their litigious activity in pursuit of the technical defense of the defendants who have to deal with the investigative and accusatory powers and capacities of the General Attorney's Office, in the development of the current Code of Criminal Procedure, Law 906 of 2004. As an investigative result, an erroneous normative stipulation of real equality was found, due to the people immersed in the current Criminal Procedure, which has tried to be replaced in a jurisprudential way by the High Courts.

**Keywords:** Defending, imbalance, equality, attributions.

\* Abogado Universidad Católica Luis Amigó correo electrónico: luisdanielgiraldoclavijo@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

**E**n el presente artículo de reflexión, se desarrolla una construcción normativa y jurisprudencial que logra contextualizar la actual desigualdad o desequilibrio en materia de capacidades y facultades procesales con las que cuenta la defensa frente a la Fiscalía General de la Nación, a raíz de la transformación de un sistema inquisitivo a un Sistema Penal Acusatorio de tinte adversarial, a través del Acto Legislativo 03 de 2002 mediante el cual se modificó el artículo 250 de la Constitución Política. Esta modificación facilitó a la Fiscalía General de la Nación una serie de prerrogativas que atentan contra la igualdad material esbozada en el artículo 13 superior, con respecto a las asignadas a la defensa en el artículo 125 de la Ley 906 de 2002.

La igualdad material de armas es pilar fundamental en un sistema penal de características adversariales, en el que, tanto la defensa como la Fiscalía, deberán enfrentarse en igualdad de condiciones y capacidades frente a un juez imparcial o, como lo ha indicado la Corte Constitucional en sentencia C-799 de 2005: “el derecho a la igualdad debe ser interpretado como una igualdad entre iguales y una desigualdad entre desiguales”; en representación de la comunidad, el juez dirimirá el entuerto jurídico de una manera lo más apegada posible a la idea de una decisión justa.

De igual manera, a través de la presente investigación se reflexiona sobre la relevancia del principio de igualdad de armas y la aplicabilidad real del derecho fundamental que asiste a todas las personas que se ven inmersas en un proceso penal, de contar con un debido proceso judicial que se vea desarrollado a través de la igualdad materia de armas, esgrimidas por parte de su acusador y su defensa.

El debido proceso judicial al que nos referiremos más adelante ha sido tan solo una idea efímera en el imaginario de las diferentes corporaciones jurisprudenciales, las cuales, a través de diferentes fallos, han tratado de desarrollar el principio esencial de igualdad de armas o igualdad de medios, con las diferentes razones de decisión. En el actual sistema “adversarial”, tutelado por la Ley 906 de 2004, encontraron una brecha enorme con respecto a la efectiva materialización de la igualdad real entre la defensa y la Fiscalía General de la Nación, hasta tanto no se consoliden decisiones de fondo con respecto a las facultades y capacidades materiales en materia investigativa, técnica y científica a las cuales pudiese acceder la defensa, de forma gratuita, sin tener que sucumbir ante la tramitología interpuesta por las dependencias bajo las disposiciones de la Fiscalía General de la Nación, entre las que se encuentran por ejemplo el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

## DESEQUILIBRIO DE MEDIOS Y DESIGUALDAD

Al referirse a la igualdad de armas o igualdad de medios, *equality of arms* en la tradición anglosajona y *Waffengleichheit* en la tradición europea continental, en el ejercicio de la defensa y en desarrollo del actual Sistema Penal Acusatorio (Ley 906 de 2004), es imprescindible iniciar la presente reconstrucción jurídica desde una mirada constitucionalista. Por esto, la base primigenia de la presente investigación será la disposición de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en el artículo 2 superior, al indicar:

Las autoridades de la República están instituidas **para proteger a todas las personas residentes en Colombia**, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para asegurar el cumplimiento y los deberes sociales del Estado y de los particulares. (art. 2, C.P. 1991)  
(Negrilla fuera de texto)

Autoridades de la República, en procura de la protección de los residentes del Estado colombiano, encuentran apoyo en la Fiscalía General de la Nación, entidad de la rama judicial del poder público con plena autonomía administrativa y presupuestal. La misión constitucional de la Fiscalía General de la Nación es investigar y acusar penalmente a toda persona que, a través de su actuar, ponga en riesgo o transgreda los diferentes bienes jurídicamente tutelados por el ordenamiento jurídico colombiano (*ius puniendi*). A esto se han referido Mendieta Cañas y Jaramillo Muñoz (2015): “el derecho penal tiene como objetivo procesar y condenar a los responsables de haber cometido un delito, en aras de restablecimiento de los derechos de las víctimas” (p. 62).

Tal como se preceptúa en el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 03 de 2002, en su artículo segundo, se establecen una serie de facultades con las cuales cuenta el ente instructor durante el desarrollo de su misionalidad. La primera de ellas es:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas [...]. (art. 250, C.P., 1991)

Esta facultad no la ostenta la defensa al momento de desarrollar su ejercicio litigioso, en procura del esclarecimiento de los hechos que enmarcan la tipificación punitiva realizada por el ente instructor, restricción que reitera la Honorable Corte Constitucional en la Sentencia C-186 de 2008, del M.P. Nilson Pinilla Pinilla, quien indica que:

Eso hace distinta su posición frente al imputado y a la defensa, que ni aun bajo una concepción absoluta sobre la igualdad de oportunidades, pueden pretender que se les reconozca a ultranza las mismas atribuciones asignadas al ente acusador y con el mismo alcance para afectar derechos fundamentales de terceros. (Corte Constitucional, 2008)

La anterior restricción, tal como lo indica la Corporación Constitucional, es en procura de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de las garantías que le asisten al Estado como órgano encargado de la persecución penal. Sin embargo, de igual forma, dicha igualdad de medios se reconoce por parte del ente jurisprudencial, al indicar que “los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección” (Corte Constitucional, 2008).

En el compendio procesal penal de 2004, en su artículo 125, modificado por la ley 1142 de 2007 en su artículo 4, estas herramientas están circunscritas a lo que corresponde en sus numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 10 a un despliegue procesal del derecho fundamental al debido proceso que le asiste a todo colombiano, al reconocer una defensa técnica idónea y activa, la cual evite la tan citada frase de la Corte Suprema de Justicia “Ineptitud del abogado” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP154, 2017). Este último parámetro, por demás, no concede a la defensa ninguna atribución especial concerniente al desarrollo investigativo, ni práctico que la equipare a las condiciones técnicas y demostrativas con que cuenta la Fiscalía General de la Nación.

A su turno, el numeral segundo del artículo 250 superior indica como otra atribución de la Fiscalía General de la Nación: “2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones he interceptaciones de comunicaciones [...]” (art. 250, C.P., 1991).

Este despliegue estatal del ente instructor desentona de igual forma con las garantías jurídicas debidas por el actual Estado social de derecho a los diferentes asociados en el territorio nacional. Por esto, debe contar con un control posterior de legalidad ante el Juez de Control de Garantías, atribución que, con base en el argumento antes citado de la Corte Constitucional, sentencia C-186 de 2008, tampoco le es concedida a la defensa en el actual Sistema Penal Acusatorio, al referir en la sentencia antes señalada que:

Por tal razón, aun en el marco del nuevo Sistema Penal Acusatorio, la defensa carece de competencias para limitar, afectar o restringir derechos fundamentales, pues por regla general tal atribución es exclusiva de la judicatura y, por expresa excepción consagrada en la Carta Política, **de la Fiscalía General de la Nación**, en los casos analizados. **Así, por ejemplo, no podrá el defensor efectuar capturas, allanamientos,**

**registros, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones**, por cuanto se trata de atribuciones propias del Estado que, según se explicó están sometidas a reserva judicial. (Corte Constitucional, 2008) (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, los siguientes numerales del artículo 250 de la Constitución Política (numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9) dan cuenta de funciones pertinentes del ente instructor en el desarrollo procesal de un debido proceso penal acusatorio, contando la defensa con la atribución establecida en el numeral 9 del artículo 125 del actual Código de Procedimiento Penal, a través del cual, deberá garantizar la consecución de su objetivo primigenio, la garantía de los derechos fundamentales y la defensa técnica e idónea de su poderdante. El numeral noveno concede a la defensa la facultad de:

[...] buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados **por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley**. Para tales efectos, las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor (certificado por la Fiscalía General de la Nación) que la información será utilizada para efectos judiciales. (Ley 906, 2004) (Negrilla fuera de texto)

Entre las mencionadas entidades públicas, se encuentran, de igual manera, los diferentes laboratorios adscritos a las unidades de policía judicial, del Cuerpo Técnico de Investigación (CTI) de la Fiscalía General de la Nación y de la Dirección de Investigación Criminal (DIJIN) de la Policía Nacional, que están bajo la potestad del ente instructor. Esto constituye una vez más, como lo ha indicado la Corte Constitucional en Sentencia C- 536 de 2008, una transgresión latente a la igualdad de armas que debe prevalecer en el actual sistema adversarial. Se declara inexecutable el aparte de la norma antes citada, “Certificado por la fiscalía General de la Nación” (Ley 906, 2004), al supeditar a la defensa a presentar una constancia del ente instructor, contraparte natural, que acredite la calidad del procesado o del defensor, para lograr obtener el traslado del material probatorio recaudado a los órganos técnicos expresamente citados por el artículo 204 de la Ley 906 de 2004, el cual reza:

El Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley y lo establecido en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación, prestará auxilio y apoyo técnico científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía General de la Nación y los organismos con

funciones de Policía Judicial. Igualmente lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten.

La Fiscalía General de la Nación, el imputado o su defensor se apoyarán, cuando fuere necesario, en laboratorios privados nacionales o extranjeros o en los de universidades públicas o privadas, nacionales o extranjeras.

También prestará apoyo técnico científico los laboratorios forenses de los organismos de policía judicial. (Ley 906, 2004)

Si bien los incisos finales tratan de proyectar una igualdad procesal entre el ente instructor y la defensa en materia investigativa y técnica, en la recolección y práctica de elementos materiales probatorios o evidencia física, esta igualdad procesal no se compadece con la igualdad real vivida por los diferentes litigantes inmersos en el actual Sistema Penal Acusatorio. Aunque los litigantes ostentan la calidad de garantes de los derechos de las personas procesadas por el Estado Colombiano, al pretender romper su presunción de inocencia (art. 29, C.P., 1991) frente a la atribución de la comisión de un supuesto hecho punible, también son representantes en la mayoría de los casos, de personas que además de enfrentarse a una gran maquinaria, tanto investigativa como acusadora, por parte del Estado y sus diferentes dependencias, no cuentan con los recursos económicos necesarios para lograr equiparar la capacidad del ente instructor.

Esta coyuntura procesal genera dos panoramas tangencialmente violatorios del derecho a la igualdad, al debido proceso y a la igualdad de armas entre la defensa del procesado y la Fiscalía, los cuales versan sobre el real acceso a la administración de justicia y la denegación de la misma, tal como lo expresa el Dr. Jesús Antonio Bonilla (2014) de la Universidad la Gran Colombia en su tesis *La igualdad de armas entre Fiscalía y Defensa en el Sistema Penal Acusatorio*. Se debe acudir a las entidades públicas antes referidas en el artículo 204 de la Ley 906 para solicitar el apoyo imprescindible para materializar su defensa técnica, pero esta solicitud no será prevalente sobre la función primigenia para la cual fueron constituidas, la cual se refiere al apoyo técnico y científico a la Fiscalía General de la Nación.

Ahora bien, si es de recibo de la opinión pública la supuesta igualdad procesal existente entre las facultades que ostenta el ente instructor, con respecto a las que en realidad faculta a la defensa en materia penal, la actual Ley 906 de 2004 difiere con las estipulaciones hechas por el Constituyente primario en el artículo 13 del ordenamiento constitucional, donde reza que “el Estado promoverá las condiciones para que la **igualdad sea real** y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados[...]” (art. 13, C.P., 1991) (Negrilla fuera de texto).

A todas luces esta estipulación blindaría, aún más, el efectivo desarrollo del derecho fundamental al debido proceso (art.29, C.P., 1991), que asiste a la totalidad de los colombianos en el marco del actual Estado social de derecho; sin embargo, indica Zaffaroni (1993):

Sabemos que la estructura de filtro selectivo del ejercicio de poder penal se burla de nuestro principio de igualdad; tenemos clara idea de que ese ejercicio de poder no cuida ni siquiera mínimamente nuestro pretendido principio de legalidad ni ninguna de sus manifestaciones. (p. 92)

De igual manera, este principio está positivizado a través del actual bloque de constitucionalidad colombiano, mediante la aplicabilidad de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 10, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 26, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 24, el artículo 7 del actual Código Penal Colombiano, la Ley 599 de 2000 y la Ley 906 de 2004 y el Código de Procedimiento Penal en su artículo 4. Con respecto a este último, indican Mendieta Cañas y Jaramillo Muñoz (2015):

La mayoría de los sistemas penales están obligados en sus documentos fundacionales a garantizar la igualdad de armas, además la doctrina que ha sido desarrollada a lo largo de los años ha reafirmado su preeminencia. Por tanto, la igualdad de armas es un elemento **indivisible** de la justicia, un requisito indispensable de un juicio contradictorio que impregna todo el proceso judicial. (p. 64) (Negrilla fuera de texto)

En el debido proceso judicial también se ve inmerso el inciso final del artículo 250 constitucional, el cual constriñe a la Fiscalía General de la Nación a exponer todos los factores atinentes a la investigación del punible que lleguen a conocimiento del ente instructor o investigador (*notitia criminis*) por medio de denuncia, petición especial, querrella o de oficio (art.250 C.P.), y en los que se evidencien elementos que eximan de responsabilidad al procesado o atenúen la misma en la comisión del punible. El artículo mencionado indica que:

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios o informaciones de que tenga noticia **incluidos los que le sean favorables al procesado**. (art. 250, C.P., 1991) (Negrilla fuera de texto)

En la mayoría de los casos, esta estipulación institucional es omitida por completo por el ente instructor, en procura de una incansable carrera acusadora y

condenatoria, tal como lo indica la Corte Constitucional en Sentencia C- 1194 de 2005:

De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable. (Corte Constitucional, 2005)

Esto lleva al aparato judicial a un desgaste sin fundamento, el cual, por demás, transgrede el ordenamiento constitucional en su artículo 250, ocasionando que, en su último estanco procesal, se postre ante las palabras de Octavio A. Orellana Wiarco (2004), en su obra *Teoría del delito, sistema causalista, finalista y funcionalista*: “De la nada, nada debe seguir” (p. 69).

Sin embargo, tal como lo establece la Corte Constitucional en Sentencia C-536 del 28 de mayo de 2008, del M.P. Jaime Araujo Rentería, la defensa se debe ver inmersa dentro del principio de igualdad de armas:

En el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que, en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección. (Corte Constitucional, 2008)

De igual forma, se refiere que:

Para esta Corte el derecho de defensa en materia penal encuentra uno de sus más importantes y esenciales expresiones en el principio de igualdad de armas, en procura de garantizar la protección de los imputados frente a aquellas situaciones que desequilibran su actuación en el proceso. (Corte constitucional, 2008)

En esta igualdad real de armas se podrá reconocer el desequilibrio tangencial desplegado en las facultades inmersas en la actividad investigativa y técnica de la Fiscalía General de la Nación, con respecto a la de la defensa. Sobre lo anterior, Alfonso Daza (2009), en su artículo “El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002”, indica que:

Se justifica por el desequilibrio al interior de las instituciones y las medidas procesales adoptadas por el Código de Procedimiento Penal que, de una u otra manera, afectan derechos o garantías de la defensa, en tanto dejan en situación de desigualdad frente al titular de la acción penal en el desarrollo del juicio. (p. 123)

El actual sistema adversarial encuentra sustento en el derecho fundamental al debido proceso judicial (art. 29 C.P.), garantizando a la totalidad de la población colombiana la seguridad jurídica necesaria para lograr el correcto desarrollo del actual Sistema Penal Acusatorio y, como lo indicó la Corte Constitucional, en Sentencia C-616 de 2014:

En el marco del proceso penal, las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, deben estar en posibilidad de acudir ante el juez **con las mismas herramientas de persuasión**, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. (Corte Constitucional, 2014) (Negrilla fuera de texto)

Si bien este derecho es de carácter universal, no se vislumbra en el efectivo desarrollo del procedimiento penal desplegado bajo la actual tutela de la Ley 906 de 2004, en la cual, tal como lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia C-1194 de 2005, el aparato estatal dispone de toda la fuerza económica y capacidad investigativa, además de la organización y funcionamiento prevalente que le da una gran ventaja sobre el defensor, actor débil que requiere de habilidad, conocimientos y contundencia probatoria, ya sea un abogado público o privado quien la ejerza. Este es un criterio concordante con el esgrimido en el compendio técnico desarrollado por USAID Colombia (2005) y titulado *Técnicas del Proceso Oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano: Manual general para operadores jurídicos*:

La materialización de este principio no se realiza únicamente brindando igualdad de oportunidades para equilibrar el proceso e igualdad de armas (facultad de acceder a los peritos oficiales por parte de la defensa o de acudir a sus propios peritos), sino también igualdad en la aplicación de la ley, garantizando, por ejemplo, el no cambiar de manera arbitraria el

sentido de las decisiones cuando las circunstancias de hecho y de derecho sean sustancialmente similares. (p.24)

Ahora bien, nos ha indicado de manera reiterativa la honorable corporación constitucional, la necesidad latente de configurar una real igualdad de armas entre la Fiscalía General de la Nación y la defensa técnica de las personas procesadas en el territorio nacional, que garantice un verdadero derecho al Debido Proceso y un efectivo acceso a la administración de justicia, al asegurar que:

El principio de igualdad de armas o igualdad de medios, supone entonces que la carga probatoria del acusador es proporcional a sus medios y que las reglas de ejercicio del principio contradictorio en virtud de esa carga, **buscan equiparar la participación en el proceso penal, tanto optimizando lo más posible las garantías de la defensa, como incrementando la exigencia del cumplimiento de la labor probatoria del acusador.** (Corte Constitucional, 2008) (Negrilla fuera de texto)

En último término, esta igualdad debe procurar el despliegue de los mismos medios técnicos y garantías con que cuenta el ente instructor en el actual Sistema Penal Acusatorio; sin embargo, en la actual condición normativa a la que se enfrenta el defensor de confianza, siempre se verá permeado por la condición económica en que se encuentre el procesado para lograr sufragar la práctica de los diferentes procedimientos investigativos y científicos que, para la Fiscalía General de la Nación, son de acceso irrestricto al encontrarse a su disposición mediante mandato constitucional y normativo.

En esta medida, si no es suficiente el desequilibrio evidente entre las facultades con las que cuenta la Fiscalía General de la Nación y la defensa técnica, es menester en la presente investigación adicionar a esta balanza desproporcional la actuación procesal desplegada por el Ministerio Público. Esta referencia está soportada en la estipulación jurisprudencial de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-209 de 2007, en la cual se indica que:

Ni siquiera en el juicio se respeta el principio acusatorio, al permitirse al Ministerio Público ejercer el contrainterrogatorio y oponerse a las preguntas, dejando a un lado, el postulado de la igualdad de armas y la batalla de partes en la práctica de las pruebas. (Corte Constitucional, 2007)

La referencia de la Corte Constitucional, en la mayoría de los casos, irá acompañada con el apoyo del Ministerio Público, al criterio esbozado por el ente acusador y la representación de víctimas, quien tendrá por objetivo esencial la prevalencia de los derechos y los intereses de las personas que se consideren afectadas con la presunta comisión de un hecho punible en el presente Sistema

Penal Acusatorio. Esta situación deja en un estado de indefensión aún más evidente al profesional del derecho que ejerce su función defensiva ante no solo un rival procesal, sino ante tres instituciones que confluirán en una sola finalidad: la derrota procesal de la defensa técnica.

Este criterio es concordante con el manifestado por la Dra. Ana Milena Díaz Gómez, en su artículo, “El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano: Análisis en torno a su aplicación”, publicado en los *Cuadernos de Derecho Penal* (2014):

En fin, la función del Ministerio Público está superada e inmersa en el mismo proceso penal; sin embargo, permitirle – así sea de manera condicionada – su intervención en el juicio sí desequilibra el sistema y, por ende, desnaturaliza el principio acusatorio, puesto que la igualdad de armas cede frente a su pretensión, por ser un tercero ajeno a los contendores que participa en el juicio y que desequilibra la balanza, desquiciando el sistema adversarial. (p. 69)

Este desequilibrio fue señalado por el Dr. Volmar Pérez, defensor del pueblo durante los años 2004 a 2013, en una entrevista desarrollada por el Dr. Jesús Antonio Bonilla (2014):

Yo creería en principio, que hay un desequilibrio manifiesto entre las ramas de que dispone el órgano que acusa en nombre del Estado que es la Fiscalía y el órgano que defiende en nombre del Estado que es la Defensoría.

[...] Hoy en día el debate probatorio gira alrededor de los elementos de prueba aportados al proceso en trámite y en esa medida, el Instituto de Medicina Legal tiene la obligación de darle curso a las solicitudes que formula la defensa pública, pues es evidente que el equipo de funcionarios del Instituto de medicina Legal le otorga prelación a los asuntos que tienen que ver con la Fiscalía General de la Nación. De manera, entonces, pertenece a la esencia del Sistema Penal Acusatorio la igualdad de armas y **hoy no podemos decir que haya equilibrio entre las armas de la Fiscalía, y las de la Defensa.** (p. 20, 21) (Negrilla fuera de texto)

## IGUALDAD DE MEDIOS: BASE DEL DEBIDO PROCESO JUDICIAL

El derecho fundamental a un debido proceso judicial es otra más de las categorías subsumidas por la universalidad del debido proceso constitucional, establecido en el artículo 29 superior, el cual indica que:

**El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.**

[...] [Se tiene derecho] **a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra;** a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. (art. 29, C.P., 1991) (Negrilla fuera de texto)

El debido proceso judicial a su vez es referido por la Ley 906 de 2004 en su artículo 8, literal (i), en el cual, se compadece con las garantías endilgadas al defensor en el ejercicio de sus funciones litigiosas, al indicar que el procesado tendrá derecho a “disponer de tiempo razonable y de medios adecuados para la preparación de la defensa”(Ley 906, 2004), medios que para el año 2020, mediante Decreto 2411 del 30 de diciembre de 2019, fueron asignados a la Fiscalía General de la Nación en una proporción de tres billones quinientos noventa y siete mil trescientos cincuenta y seis millones trescientos mil pesos (\$3.597.356.300.000). Se visualiza nuevamente un desequilibrio que rompe el debido proceso que asiste a la totalidad de las personas inmersas en calidad de procesados en el actual Sistema Penal Acusatorio, al ser evidente la precaria capacidad económica de los poderdantes, frente a la asignación presupuestal establecida para el ente instructor por parte del Gobierno Nacional. Al respecto indicó Castro (2017):

Es indudable que la FGN como encargada de investigar y acusar penalmente, es un ente inmenso frente a lo que un abogado puede hacer para lograr la defensa de su prohijado. El problema empieza cuando el ciudadano, además de llevar la carga de afrontar un proceso penal, tiene que buscar un representante que lo asesore técnica y materialmente, y adicionalmente, llevar medios de convicción, pero todo de su peculio. (Castro, E. A.2017, p 100)

Al carecer el debido proceso judicial de una materialización formal en el actual Sistema Penal Acusatorio *per se*, se indicó en su compendio normativo procesal de 2004, en su artículo 10, que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia” (Ley 906 de 2004). La realidad material será la esbozada por Zaffaroni (1993):

En tanto que los Derechos Humanos señalan un programa realizador de igualdad de derechos de largo alcance, los sistemas penales son instrumentos de cristalización de la desigualdad de derechos de todas las sociedades. (p. 31)

En miras a garantizar un sistema basado en la igualdad de medios, con el objetivo de llevar ante un tercero imparcial los elementos técnicos, documentales y testimoniales necesarios, los derechos fundamentales buscan consolidar el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia en el ejercicio de los operadores judiciales, con funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento (Ley 906. 2004, art. 5).

A esto se refiere la Corte Suprema de Justicia, en auto interlocutorio de radicado 35432 del 01 de diciembre de 2010:

Si se estimase que el juez opera como tercero imparcial encargado de velar porque las reglas de juego se cumplan, esa condición de garantía que se le atribuye debería conducir a que, observado cómo el principio de igualdad de armas empieza a desnaturalizarse dada la negligencia estatal, se equilibren las cargas, para lo cual debe interponer sus buenos oficios [...]. (Corte Suprema de Justicia, 2010)

Añade además que:

En este sentido, debe precisarse que la condición de imparcialidad o neutralidad del funcionario no implica absoluta pasividad, pues, en casos como el examinado esa omisión conduce a que se vulnere el principio de igualdad de armas, precisamente uno de aquellos que se le obliga proteger y garantizar al juez de conocimiento. (Corte Suprema de Justicia, 2010)

Si bien el imperativo procesal encuentra en la normatividad colombiana fundamento formal, no se ve materializado en la real aplicabilidad de los medios y atribuciones que ostentan los adversarios jurídicos, en el presente caso Fiscalía y defensa, con respecto a las capacidades investigativas y técnicas que serán base de los elementos materiales probatorios y evidencia física que constituirán la prueba necesaria en la respectiva audiencia de juicio oral.

En igual sentido, indica Otero (2014), en su artículo “Ineficacia del ejercicio del derecho a la defensa técnica en el proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas”:

La defensa, que garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso, se encuentra en un estado de desventaja frente al acceso a los medios técnicos, humanos y jurídicos de investigación, los cuales obstaculizan notablemente el ejercicio real y material del derecho a la defensa, núcleo esencial del debido proceso. (p. 178)

Ahora bien, el debido proceso judicial ha sido entendido como el compendio de actuaciones procesales que aseguran la prevalencia de las garantías que le asisten a todos los procesados que transitan por el accionar del actual Sistema Penal Acusatorio, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación. Se logra inferir entonces que al romperse la igualdad de medio y de armas, con que supuestamente deberían enfrentarse el ente investigador y la defensa durante los diferentes estancos jurídicos y adversariales, no existe el derecho que asiste a todos los nacionales de tener un efectivo acceso a la justicia de forma garantista, proporcional y en igualdad de condiciones con respecto a su acusador, en procura del principio de legalidad y derecho al debido proceso judicial (art. 6, Ley 906 de 2004), transgrediendo de igual manera el actual sistema constituido mediante el Acto Legislativo 03 de 2002.

Con respecto al principio y base fundamental del actual sistema penal, afirma Barbosa (2005):

El principio de legalidad referido al proceso penal no se limita hoy en día a la preexistencia formal de ritos y funcionarios competentes, sino que se extiende a nociones de naturaleza eminentemente procesal, pero de contenido sustancial y, además, a cuestiones estrictamente sustanciales que se han visto alternadas, complementadas y en algunos casos subordinadas por factores de carácter procesal (p. 116)

Estos complementos han aparecido de forma jurisprudencial, al ser evidenciadas por parte de las altas Cortes las latentes transgresiones al principio de igualdad de armas o de medios y al derecho fundamental al Debido Proceso Judicial, base primigenia del actual Estado social de derecho colombiano, que se erige a través de la Constitución Política de 1991, con la finalidad de poner el Estado al servicio del pueblo, no viceversa, como se ha venido evidenciando en la actual preponderancia de la Fiscalía General de la Nación, con respecto a los medios técnicos, científicos y administrativos a que tiene acceso en contraposición con la escasa y limitada capacidad investigativa, de recaudo de elementos materiales probatorios y de evidencia física, que ostenta la defensa.

Dworkin (2012) se refiere a la igualdad entre partes en los siguientes términos:

Todos concuerdan en que ambas partes deben ser escuchadas, pero se discute si también significa que ambas partes deben tener el mismo tiempo a pesar de que los argumentos de una de las partes sean más complejos o requieran más testigos que la otra.

Todos piensan que la extensión implícita incluye una u otra de estas últimas propuestas, aunque no están de acuerdo en cual sea, porque disiente

sobre cuál es la solución que mejor interpreta el objetivo abstracto (sobre el que están de acuerdo) de igualdad de oportunidades en la corte. (p. 96)

De esta forma, es clara la inferencia que lleva a plantear la ausencia del debido proceso judicial, frente a la negación a la igualdad de armas o de medios que se evidencia actualmente en el Estado colombiano. De igual manera, este análisis llevaría a cuestionar el motivo por el cual, si el actual sistema adversarial se consolidó con un pensamiento garantista respecto a los derechos que le asisten a las personas dentro del territorio nacional, se omiten planteamientos tan claros como los esgrimidos por Luigi Ferrajoli (1995), en su obra *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*, en la cual reitera:

[La ciencia jurídica procesal] incorpora por tal vía los valores democráticos y liberales, además de racionales y laicos, de la contraposición entre razones opuestas como método mayéutico de discusión y de investigación, la igualdad y el derecho a la palabra que excluyen verdades de autoridad y postulan la libertad y paridad de los disputantes, la tolerancia de las hipótesis y argumentaciones en conflicto y la relatividad y provisionalidad de las pruebas y los juicios en el campo de las *civiles quaestiones*. (p. 138)

De esta forma, se demuestra la ausencia en el actual Sistema Penal Acusatorio colombiano de las garantías que asisten a las personas procesadas, con respecto a la protección del derecho fundamental al debido proceso, el derecho a la igualdad y el principio de igualdad de medios o de armas. En última instancia, esta omisión judicial podrá llevar al reconocimiento de la nulidad de los fallos emitidos en aplicabilidad de la Ley 906 de 2004, nulidades que como indica la Corte Constitucional en sentencia T-125 de 2010:

[...] son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente– les ha atribuido la consecuencia –sanción– de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso. (Corte Constitucional, 2010)

Como el mismo compendio procesal penal establece en su artículo 457, “es causal de nulidad la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales” (Ley 906, 2004), siendo la igualdad material de armas el aspecto más preponderante el actual sistema adversarial.

## FACULTADES DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN FRENTE A LAS DE LA DEFENSA TÉCNICA

En el desarrollo de la presente investigación, se ha logrado reflejar las diferencias entre la facultad que ostenta la Fiscalía General de la nación frente a las asignadas a la defensa técnica de los procesados por el Estado colombiano en el marco del actual Sistema Penal Acusatorio. Además, se ha logrado evidenciar de igual manera la discrepancia entre los conceptos de las altas Cortes del Sistema Judicial con respecto a los parámetros establecidos en la Ley 906 de 2004 por el legislador, intentando de forma jurisprudencial blindar a la sociedad colombiana de la eficacia simbólica de la norma sin una materialización real.

Ahora bien, con el fin de esbozar las diferencias ampliamente indicadas por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y los diferentes referentes investigativos señalados en el cuerpo del presente artículo, se presenta una tabla comparativa que define las diferencias materiales con respecto a las facultades que ostenta la Fiscalía general de la Nación y la defensa en el actual Sistema Penal Acusatorio (Cuadro 1).

**Cuadro 1: Diferencias entre las facultades de la Fiscalis general de la Nación y la defensa en el actual Sistema Penal acusatorio.**

<b>Fiscalía General de la Nación</b>	<b>Defensa técnica</b>
<b>art. 250 de la Constitución Política</b>	<b>Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2008</b>
“1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial, de las víctimas”.	“Por tal razón, aun en el marco del nuevo sistema penal acusatorio, la defensa carece de competencias para limitar, afectar o restringir derechos fundamentales, pues por regla general tal atribución es exclusiva de la judicatura y, por expresa excepción consagrada en la Carta Política, <b>de la Fiscalía General de la Nación</b> ”
<b>Constitución Política, art. 250, numeral 1, inciso final</b>	<b>Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2008</b>
“La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas”	“Así, por ejemplo, no podrá el defensor efectuar capturas [...]”
<b>Constitución Política, art. 250, numeral 2</b>	<b>Corte Constitucional, Sentencia C-186 de 2008</b>

“Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones”.	“Así, por ejemplo, no podrá el defensor efectuar capturas, allanamientos, registros, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones, por cuanto se trata de atribuciones propias del Estado [...]”
<b>Constitución Política, art. 250, numeral 3</b>	Esta atribución solo la tiene la Fiscalía General de la Nación.
“Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción”.	
<b>Constitución Política, art. 250, numeral 8</b>	<b>Ley 906 de 2004, art. 125, numeral 9</b>
“Dirigir y coordinar las funciones de policía judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley”.	“Buscar, <b>identificar empíricamente</b> , recoger y embalar elementos materiales probatorios y evidencia física; realizar entrevistas y valoraciones que requieran conocimientos especializados por medio de los técnicos e investigadores autorizados por la ley. Para tales efectos las entidades públicas y privadas, además de los particulares, prestarán la colaboración que requieran, sin que puedan oponer reserva, siempre que se acredite por parte del defensor certificado por la Fiscalía general de la Nación, que la información será utilizada para efectos judiciales”
La Fiscalía General de la Nación cuenta con el Cuerpo Técnico de Investigación (CTI), la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional (DIJIN) y con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (INMLCF).	
<b>Decreto 2411 del 30 de diciembre de 2019</b>	No existe asignación presupuestal por parte del Gobierno Nacional para la práctica litigiosa de los abogados de confianza en materia investigativa.
Presupuesto para el año 2020: tres billones quinientos noventa y siete mil trescientos cincuenta y seis millones trescientos mil pesos (\$3.597.356.300.000),	
<b>Decreto 16 de 2014, art. 14A, adicionado por el art. 34 del Decreto 898 de 2017</b>	Sin equivalente para la defensa

“4. Asesorar y apoyar a las dependencias de la Fiscalía General de la Nación en materia de investigación criminal, servicios forenses y de genética y en la administración de información técnica y judicial que se requiera para la investigación penal”	Sin equivalente para la defensa
“5. Dirigir y coordinar el análisis criminal para apoyar el cumplimiento de las funciones de la Fiscalía General de la Nación”.  “6. Asesorar en el marco de sus competencias, las actuaciones que adelanten las dependencias de la Fiscalía General de la Nación en el ejercicio de sus funciones, cuando estas lo requieran”.	Sin equivalente para la defensa
<b>Ley 906 de 2004, art.204</b>	<b>Ley 906 de 2004, art. 267</b>
“El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, de conformidad con la ley y lo establecido en el estatuto orgánico de la Fiscalía General de la Nación prestará auxilio y apoyo técnico científico en las investigaciones desarrolladas por la Fiscalía general de la Nación y los organismos con funciones de policía judicial. Igualmente, lo hará con el imputado o su defensor cuando estos lo soliciten”.	“Aquel o este podrán buscar, identificar <b>empíricamente</b> , recoger y embalar los elementos materiales probatorios, y hacerlos examinar por peritos particulares <b>a su costa</b> , o solicitar a la policía judicial que lo haga”
Estas funciones las realiza el CTI, la DIJIN y el INMLCF para la Fiscalía General de la Nación.	Ley 906 de 2004, art. 268
	“El imputado o su defensor, durante la investigación podrán buscar, identificar empíricamente, recoger y embalar los elementos materiales probatorios y evidencia física. Con la solicitud para que sean examinados y la constancia de que es imputado o defensor de este, <b>los trasladarán al respectivo laboratorio del Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses, donde los entregarán bajo recibo</b> ”.

<p>Las entrevistas necesarias en el desarrollo de la investigación ordenada por parte de la Fiscalía General de la Nación serán desarrolladas por el CTI y por la DIJIN o sus dependencias orgánicas.</p>	<b>Ley 906 de 2004, art. 271</b>
	<p><b>“El imputado o su defensor podrán entrevistar a personas con el fin de encontrar información útil para la defensa. En esta entrevista se emplearán las técnicas aconsejadas por la criminalística.</b></p> <p>La entrevista se podrá recoger y conservar por escrito, grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo”.</p>
<b>Ley 906 de 2004, art.347</b>	<b>Ley 906 de 2004, art. 272</b>
<p>“Cualquiera de las partes podrá aducir al proceso exposiciones, es decir declaraciones juradas de cualquiera de los testigos llamados a juicio, a efectos de impugnar credibilidad.</p> <p><b>La Fiscalía General de la Nación podrá tomar exposición de los potenciales testigos que hubiere entrevistado la policía judicial, con el mismo valor anotado en el inciso anterior [...].</b></p> <p>La Fiscalía General de la nación podrá tomar declaraciones juradas sin la comparecencia de otra autoridad</p>	<p><b>“El imputado o su defensor podrán solicitar a un alcalde municipal, inspector de policía o notario público, que le reciba declaración jurada a la persona, cuya exposición pueda resultar de especial utilidad para la investigación. Esta podrá recogerse por escrito, grabación magnetofónica, en video o en cualquier otro medio técnico idóneo”.</b></p>
<b>Afinidad entre actores procesales</b>	
<p>La posición procesal de la Fiscalía General de la Nación es concordante con la del Ministerio Público y la de la Representación de Víctimas, quienes aunando esfuerzos confluyen en la derrota de la defensa técnica del procesado.</p>	<p>La defensa técnica se enfrenta sola en condiciones desproporcionales contra la Fiscalía General de la Nación, el Ministerio Público y la Representación de Víctimas</p>

## CONCLUSIONES

Después del análisis anterior, enfocado en evidenciar la inexistencia material de la igualdad de medios o de armas en el actual Sistema Penal Acusatorio colombiano, adoptado por el legislador a través del Acto Legislativo 03 de 2002, se pueden colegir las siguientes conclusiones.

La transformación constitucional iniciada en 1990 por la Asamblea Nacional Constituyente instituyó un principio rector en el actual Estado social de derecho: la sumisión de las diferentes entidades y dependencias del mismo a la protección de los asociados colombianos y de sus derechos fundamentales.

A raíz de dicha transformación, y en desarrollo de la Constitución Política de 1991, el Estado colombiano instituyó una serie de funciones orgánicas a antes de carácter nacional, entre los cuales se encuentra la Fiscalía General de la Nación, con la misionalidad de investigar y acusar a los colombianos y extranjeros que transgredan el ordenamiento nacional.

Con miras a un correcto desarrollo del ente judicial, se desarrolló el Acto Legislativo 03 de 2003, cuyo fin fue consolidar la transformación del sistema penal aplicable en el territorio nacional y con él transformar el anterior sistema inquisitivo en el actual Sistema Penal Acusatorio, a través de la Ley 9006 de 2004.

El *ius puniendi* en cabeza de Estado fue posterior a la consolidación de la ley antes citada y se basa en un sistema adversarial, cuyo eje principal es la igualdad de medio o de armas entre los actores procesales, Fiscalía y defensa.

El principio de igualdad de armas en el actual Sistema Penal Acusatorio no se materializa con respecto a las condiciones técnicas, investigativas y probatorias a las que se enfrenta el ente acusador con la defensa del procesado.

La Fiscalía General de la Nación, cuenta con diferentes organismos investigativos, técnicos y científicos que apoyan su función instructiva, como el CTI, la DIJIN y el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses, mientras que la defensa técnica se ve supeditada a la colaboración que en un momento dado estos organismos accedan a brindarle y al pecunio de su prohijado.

El legislador colombiano ha mostrado carencias con respecto a las atribuciones, facultades y medio que garantizarían el correcto desarrollo de la igualdad de armas en el actual Sistema Penal Acusatorio. Esta escasa legislación la han suplido progresivamente las diferentes Cortes a través de sus fallos jurisprudenciales.

De esta forma, y en atención a que en el actual sistema no se da un desarrollo íntegro al principio de igualdad de armas, también se llega a la conclusión de la intangibilidad del derecho al debido proceso judicial que asiste a todas las personas que se ven inmersas dentro del actual sistema. Esta ausencia es una gran falla en la aplicabilidad de un procedimiento, pues aunque busca el resarcimiento del daño, la protección de las víctimas y las garantías de salvaguardar la totalidad de los bienes jurídicamente tutelados por el Estado colombiano, lo logra a costas de la violación de los derechos fundamentales de todos los colombianos.

El enfrentamiento jurídico que se presenta es desproporcional entre el profesional de derecho dedicado al ejercicio litigioso en materia penal, el cual depende de las capacidades económicas del procesado, y la abrumadora capacidad investigativa y técnica de la Fiscalía General de la Nación, coherente con la asignación presupuestal recibida para la vigencia 2020.

Por último, el actual Sistema Penal Acusatorio, desarrollado bajo los parámetros de la Ley 906, es prominentemente atentatorio en contra del derecho fundamental al debido proceso, mediante la ruptura real de la igualdad de medios o de armas que se puede evidenciar en su aplicabilidad actual. Esto constituye una de las condiciones taxativas de las nulidades procesales en materia penal, lo cual a futuro llevará a una retrotracción de los procesos adelantados en el marco del actual compendio procesal penal y a un colapso del sistema instaurado bajo el Acto Legislativo 03 de 2002.

## BIBLIOGRAFÍA

- Barbosa Castillo, G. (2005). “Principio de Legalidad y Proceso Penal”. *Derecho Penal y Criminología* 26(78), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1016>
- Bonilla, J.A. (2014). *La igualdad de armas entre la Fiscalía y la Defensa en el Sistema Penal Acusatorio*. Universidad la Gran Colombia. Recuperado de: [https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2699/Igualdad\\_armas\\_fiscalia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repository.ugc.edu.co/bitstream/handle/11396/2699/Igualdad_armas_fiscalia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Castro, E. A. (2017). “Principio de igualdad de armas en la Ley 906 de 2004: percepción de los defensores públicos de Cundinamarca”. *Novum Jus*, 11(2), 97-134. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2017.11.2.5>
- Congreso de la República de Colombia. (1 de septiembre de 2004). *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal* [Ley 906 de 2004]. DO 45658.
- Congreso de la República de Colombia. (20 de diciembre de 2002). *Por el cual se reforma la Constitución Nacional* [Acto legislativo 03 de 2002]. DO 45040.
- Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). *Por la cual se expide el Código Penal* [Ley 599 de 2000]. DO 44097.
- Congreso de la República de Colombia. (28 de julio de 2007). *Por medio de la cual se reforman parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000 y se adoptan medidas para la prevención y represión de la actividad*

*delictiva de especial impacto para la convivencia y seguridad ciudadana* [Ley 1142 de 2007]. DO 46673.

Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. 2a Ed. Corregida. *Gaceta Constitucional* No. 116 de 20 de julio de 1991. Disponible en: <http://www.secretariassenado.gov.co/index.php/constitucion-politica>

Corte Constitucional Colombia. (2 de agosto de 2005). *Sentencia C-799* [MP: Jaime Araújo Rentería]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-799-05.htm>

Corte Constitucional Colombia. (21 de marzo de 2007). *Sentencia C-209* [MP: Manuel José Cepeda Espinosa]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-209-07.htm>

Corte Constitucional Colombia. (22 de noviembre de 2005). *Sentencia C-1194* [MP: D. Marco Gerardo Monroy Cabra]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1194-05.htm>

Corte Constitucional Colombia. (23 de febrero de 2010). *Sentencia T-125* [MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-125-10.htm>

Corte Constitucional Colombia. (27 de agosto de 2014). *Sentencia C-616* [MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/C-616-14.htm>

Corte Constitucional Colombia. (27 de febrero de 2008). *Sentencia C-186* [MP: Dr. Nilson Pinilla Pinilla]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-186-08.htm>

Corte Constitucional Colombia. (27 de febrero de 2008). *Sentencia C-536* [MP: Dr. Jaime Araújo Rentería]. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-536-08.htm>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (1 de diciembre de 2010). *Auto Interlocutorio Radicación 35432* [MP: Sigifredo de Jesús Espinosa Pérez]. Disponible en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/relatorias/pe/spa/INVESTIGACION%20FACULTADES%20DE%20LA%20DEFENSA.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. (18 de enero de 2017). *SP154-2017 Radicación 48128* [MP: José Francisco Acuña Vizcaya]. Disponible

en: <https://cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/02/SP154-201748128.pdf>

- Daza A. (2009). “El principio de igualdad de armas en el sistema procesal penal colombiano a partir del acto legislativo 03 de 2002”. *Principia IURIS* 12(12), <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/piuris/article/view/396>
- Departamento Administrativo de la Función Pública. (9 de enero de 2014). *Por el cual se modifica y define la estructura orgánica y funcional de la Fiscalía General de la Nación* [Decreto <Ley> 16 de 2014]. DO 49028.
- Díaz González, A.M. (2014). “El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano. Análisis en torno a su aplicación”. *Cuadernos de Derecho Penal* (11), <https://doi.org/10.22518/20271743.309>
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la Justicia*. Barcelona: Gedisa.
- Ferrajoli L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Fiscalía General de la nación. (2009). *Manual de Procedimientos de Fiscalía en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano*. Disponible en: <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/2012/03/spoa.pdf>
- Mendieta Cañas, A.C., Jaramillo Muñoz, J.L. (2015). *La eficacia del principio de igualdad de armas como amparo de los derechos constitucionales de defensa y debido proceso, y su aplicación en al ámbito probatorio del sistema procedimental penal acusatorio en la ciudad de Manizales durante los años 2012 y 2013 ante los jueces de control de garantías*. Universidad Libre, <https://hdl.handle.net/10901/16597>
- Ministerio de Hacienda y Crédito Público. (20 de diciembre de 2002). *Por el cual se liquida el Presupuesto General de la nación para la vigencia fiscal de 2020, se detallan las apropiaciones y se clasifican y definen los gastos* [Decreto 2411 de 2002]. DO 51182.
- Orellana Wiarco, O.A. (2004). *Teoría del delito: sistema causalista, finalista y funcionalista*. México: Editorial Porrúa
- Organización de Estados Americanos. (22 de noviembre de 1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Disponible en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)

Organización de las Naciones Unidas. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos* [Resolución 217 A de la Asamblea General]. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Organización de las Naciones Unidas. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* [Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

Otero. I. A. (2014). “Ineficacia del ejercicio del derecho a la defensa técnica en el proceso penal a la luz del principio de igualdad de armas”. En: Dirección Nacional de Defensoría Pública. *Temas de Defensa Penal* (Vol. I). Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Presidencia de la República de Colombia. (30 de noviembre de 1991). *Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación* [Decreto 2699]. DO 41190.

Sánchez A. (16 de agosto de 2016). “Modelo procesal penal colombiano ¿es adversarial?”. *Ámbito Jurídico*, <https://www.ambitojuridico.com/noticias/columnista-online/penal/modelo-procesal-penal-colombiano-es-adversarial>

USAID Colombia. (2005). *Técnicas del proceso oral en el Sistema Penal Acusatorio Colombiano. Manual General para Operadores Jurídicos*. Bogotá, <https://litigacionoral.com/wp-content/uploads/2017/03/Tecnicas-del-Proceso-Oral.pdf>

Zaffaroni E. (1993). *Hacia un realismo jurídico penal marginal*. Caracas: Monte Ávila.

# Poder general de coerción en el sistema de procedimiento civil brasileño

## Poder geral de coerção no sistema processual civil brasileiro

### General power of coercion in the Brazilian civil procedural system

*Olavo de Oliveira Neto\**

---

Fecha de recepción: 20 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 30 de junio de 2020

---

#### RESUMEN

El objetivo principal de este artículo es examinar el actual sistema procesal brasileño, instituido a partir de la entrada en vigor del Código de procedimiento civil de 2015, que otorga al juez la facultad de aplicar medidas de ejecución atípicas para hacer cumplir la protección ejecutiva. Este poder, llamado 'Poder general de coerción', tiene como regla general el art. 139, IV, del CPC, que produce eficacia sea cual sea el tipo de protección ejecutiva, el tipo de procedimiento o el grado de jurisdicción. También se aplica a los procesos que tienen como objeto una obligación pecunaria, siempre que la medida sea necesaria y pertinente, frente

al caso particular, para la satisfacción de una obligación no cumplida.

**Palabras clave:** Tutela ejecutiva, Poder general de coerción, Medidas coercitivas atípicas.

\* Profesor Asociado, Doctor y Maestro de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC / SP. Postdoctorado por la Universidad de Milán. Profesor de derecho Procesal Civil en cursos de posgrado, maestría y doctorado de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo - PUC / SP, de COGEAE, de la Escuela Paulista de Magistratura y de numerosos cursos de especialización. Profesor Efectivo de la Universidad Federal de Mato Grosso do Sul - UFMS. Ex profesor del programa de doctorado, maestría, especialización y egreso del ITE-Bauru. Miembro del Instituto Brasileño de Derecho Procesal - IBDP y del Centro de Estudios Avanzados en Procedimiento Civil - CEAPRO. Ganador del premio "Nota del profesor 10" en 1998. Ex Fiscal del Estado y ex Promotor de Justicia en el Estado de São Paulo. Magistrado de la Corte de Justicia del Estado de São Paulo. Abogado y asesor legal. Correo electrónico: olavodeoliveiraneto@gmail.com

## RESUMO

O principal objetivo deste artigo é examinar o atual sistema processual brasileiro, instituído a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, que confere ao juiz o poder de aplicar medidas coercitivas atípicas para a efetivação da tutela executiva. Esse poder, denominado 'Poder Geral de Coerção', tem como regra geral o art. 139, IV, do CPC, que produz eficácia qualquer que seja a espécie de tutela executiva, o tipo de procedimento ou grau de jurisdição. Aplica-se, inclusive, aos feitos que tem por objeto prestação pecuniária, desde que a medida seja necessária e pertinente, em face do caso concreto, à satisfação de uma prestação não adimplida.

**Palavras-chave:** Tutela executiva, Poder geral de coerção, Medidas coercitivas atípicas.

## ABSTRACT

The main objective of this article is to examine the current Brazilian procedural system, instituted from the entry into force of the 2015 Civil Procedure Code, which gives the judge the power to apply atypical enforcement measures to comply with executive protection. This power, called the 'General Power of Coercion', has as a general rule art. 139, IV, of the CPC, which produces effectiveness whatever the type of executive protection, the type of procedure or the degree of jurisdiction. It also applies to deeds whose object is a cash benefit, provided that the measure is necessary and pertinent, in the face of the specific case, for the satisfaction of an unpaid benefit.

**Keywords:** Executive guardianship, General power of coercion, Atypical coercive measures.

## INTRODUCCIÓN

¿Puede el juez determinar, en la ejecución por monto correcto, la retención del pasaporte o la suspensión temporal del derecho a conducir vehículos motorizados del ejecutado? Esta pregunta se escucha cada vez con más frecuencia en la cotidianidad forense, e incluso siendo noticia en la prensa convencional, hay informes de algunos pronunciamientos judiciales que determinan la aplicación de estas y otras medidas coercitivas.

Aunque han pasado más de tres años desde que entró en vigor el Código de Procesamiento Civil (CPC), hasta ahora el problema se ha abordado más desde una perspectiva casuística, con gran parte de la comunidad legal permaneciendo en un extraño estado letárgico, esperando para examinar lo que decidirán los Tribunales Superiores sobre el tema, para solo entonces confrontarlo del modo que recomienda la dogmática jurídica.

Todavía en la vigencia del CPC de 1973, bajo la mirada burlona y orgullosa de algunos, tuvimos la oportunidad de adoptar una postura que habíamos sostenido durante mucho tiempo para hacer cumplir las medidas coercitivas en la tutela ejecutiva, ya sea contra el individuo (en 2005) o contra el Gobierno (en 2007). El sistema jurídico actual no deja lugar a dudas sobre la posibilidad de aplicar tales medidas, y es necesario definir los parámetros apropiados para su uso en cada caso particular.

El enfoque de los estudios, por lo tanto, debe pasar a establecer el perfil de aplicación de esta tutela coercitiva, ya que la omisión legal a este respecto implica dejar a criterio prudente del juez su aplicación, lo que aumenta en gran medida las formas de tratar y aplicar la coerción y crea una inseguridad jurídica no deseada que, por tratarse de tutela ejecutiva realizada mediante el uso de la fuerza, no puede ser admitida.

## I. EL SISTEMA EJECUTIVO DE LA CPC DE 1973

Una de las características inherentes de un Estado que pretenda llamarse democrático de derechos es la sumisión de todos ante la ley, que en el caso del Estado brasileño es predicho en el art. 37, de la Constitución de la República<sup>1</sup>, cuya norma consagra el principio de legalidad.

1 *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponible en [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) (recuperado el 08 de agosto de 2019): “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”.

En esta condición, se encuentra también y principalmente el desempeño de los órganos del poder judicial, que en el ejercicio de su función típica, es decir, en la función de proporcionar tutela judicial, debe observar los límites impuestos por el sistema jurídico, que varían de acuerdo con la época y los valores que impregnan una sociedad. Como señaló Artur Anselmo de Castro:

*[...] os termos em que se desenvolverá a função jurisdicional encontram-se pré-fixados e regulamentados na lei, não podendo aquela função actuar-se por formas diversas das legais. O juiz não poderá, portanto, adaptar os termos do processo às conveniências do caso, segundo seu prudente arbítrio, desenvolver a sua actividade como achar melhor ou de acordo com decisões casuísticas, ou ordenar diligências formuladas de improviso. Ele terá, muito ao contrário, de se mover dentro dos limites do direito processual civil, sistema de normas hoc sensu instrumentais, que definem os meios de actuação da jurisdição civil. [...] A fase executiva está subordinada ao princípio da legalidade ainda de uma maneira mais rigorosa que a fase declaratória [...].*

Estos límites impuestos por el sistema legal al juez pueden ser más o menos rígidos, lo que varía según el prestigio del tribunal. En otras palabras, el sistema que confía en sus jueces les otorga una gama más amplia de poderes y libertad de acción, siendo elásticos o no delimitados estos poderes. En contraste, cuando el sistema no confía en el desempeño de sus jueces, establece poderes muy limitados para el desempeño de sus funciones, como en el caso del juez *bouce de la loi*, cuyo perfil fue moldeado por la Revolución Francesa.

En este sentido, son expresivas las declaraciones de Eduardo Couture y de Luiz Guilherme Marinoni, para quienes “o juiz é um homem que se move dentro do direito como o prisioneiro dentro do seu cárcere. Tem liberdade para mover-se e nisso atua sua vontade; o direito, entretanto, lhe fixa limites muito estreitos, que não podem ser ultrapassados”<sup>3</sup>.

Adicionalmente:

*Antes da Revolução Francesa, os membros do judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo*

2 Castro, Artur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório*, Coimbra, Almedina, 1981, pp. 24-27.

3 Couture, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1996, pp. 11-12.

*de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. Os juízes pré-revolucionários se negavam a aplicar a legislação que era contrária aos interesses dos seus protegidos e interpretavam as novas leis de modo a manter o status quo e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para ‘julgar’<sup>4</sup>.*

Oriundo de una época en la cual el régimen político instaurado por la Revolución de 1964 era bastante rígido, el sistema procesal instituido por el CPC de 1973, en su redacción original, adoptó para el desempeño del juez, en la provisión de la tutela ejecutiva, un mecanismo también bastante rígido, inherente a un sistema típico<sup>5</sup>, mediante la imposición del “principio de la tipicidad de los medios ejecutivos”, según el cual, el magistrado debía aplicar solo los medios expresamente previstos por la ley para la realización de la tutela ejecutiva. Especialmente, en lo que respecta al Estado, la actividad del juez estaba ‘enyesada’, ya que a este Estado no le interesaba la existencia de un juez lo suficientemente fuerte para imponerle decisiones más judiciales que políticas. En las lecciones de Fredie Didier Junior:

*Durante muito tempo vingou a ideia de que o órgão julgador somente poderia proceder à execução valendo-se de meios executivos tipicamente previstos na legislação. Essa era uma forma de controlar a sua atividade, evitando-se que agisse arbitrariamente e garantindo-se a liberdade ou a segurança psicológica do cidadão – ideias intimamente ligadas aos valores liberais<sup>6</sup>.*

Por su parte, Luiz Guilherme Marinoni:

*Diante da sentença condenatória, não é difícil perceber como o direito liberal limitou os poderes do judiciário. Primeiro definiu os meios de execução que poderiam a ela se ligar e, depois, deixou evidenciado que nenhum outro meio executivo poderia ser utilizado quando da execução da condenação [...]. Se a sentença condenatória é ligada aos meios executivos tipificados na lei, elimina-se a possibilidade de o juiz trabalhar com qualquer outro meio de execução, controlando-se, dessa forma, a sua possibilidade de arbítrio<sup>7</sup>.*

4 Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, São Paulo, RT, 2010, pp. 52-53.

5 Guerra, Marcelo Lima. *Execução indireta*, São Paulo, RT, 1998, p. 29. “Pode-se dizer, com relação a um conjunto qualquer de providências jurisdicionais, que ele consiste em um sistema: a) típico, quando as providências que o compõem são tipificadas em lei; b) atípico, quando as providências que o integram são determinadas pelo juiz; c) misto, quando é constituído por providências típicas (predeterminadas na lei) e atípicas (determinadas juiz, caso a caso)”.

6 Didier Junior, Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil* (7ª ed.), Salvador, JusPodium, 2017, Vol. 5, pp. 99-100.

7 Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004, pp. 42-43.

En otras palabras, en virtud del principio de la tipicidad, el sistema jurídico prohibía al juez la realización de actos ejecutivos de una manera diferente a la expresamente prevista por la ley. El juez no tenía “[...] nenhuma liberdade para alterar o padrão de atos processuais e, mais amplamente, de técnicas que lhe são reconhecidas como as únicas legítimas na lei por obra do legislador”<sup>8</sup>, bajo la pena de nulidad del acto ejecutivo practicado.

Ese mecanismo riguroso y estático para la provisión de tutela ejecutiva que provocó una extrema falta de efectividad y protección excesiva del responsable ejecutivo duró dos décadas, hasta la entrada en vigencia de la Ley No. 8.952, de 13 de diciembre de 1994. Esta ley dio una nueva redacción al art. 461 del CPC de 1973, en particular a su §5, que transforma el sistema ejecutivo típico en un sistema ejecutivo mixto, con el poder del juez para realizar actos ejecutivos distintos de los expresamente previstos por la ley, siempre que esto sea necesario para la tutela específica en el caso concreto. Como tuvimos la oportunidad de afirmar:

*A partir da inserção do art. 461, no CPC de 1973, entretanto, o sistema típico antes existente se transmutou e assumiu a feição de um sistema misto, já que o “§5º” do preceito permitia ao juiz que, para a efetivação da tutela específica ou do resultado prático equivalente, de ofício ou mediante requerimento, determinasse as medidas que fossem necessárias e que podiam variar segundo a exigência do caso concreto. Tal mecânica estendeu-se posteriormente para as obrigações de dar coisa certa ou coisa incerta (art. 461-A, §3º, do CPC de 1973), mas manteve-se a regra da tipicidade para as outras formas de procedimentos executivos<sup>9</sup>.*

De ese pensamiento no se distanciaba Luiz Guilherme Marinoni al afirmar que:

*O art. 461 conferiu ao juiz, por meio de uma norma de caráter aberto, poder para utilizar a modalidade executiva adequada ao caso concreto, eliminando a necessidade da sua expressa previsão legal e assim quebrando o princípio da tipicidade. O mesmo espírito foi adotado pelo sistema do art. 461-A [...]. Mas, ao lado dessas formas de exercício do Poder Executivo, conservou-se, para a obrigação de pagar quantia, a técnica da execução por expropriação, mantendo-se, com ela, o juiz preso aos meios de execução previstos na lei<sup>10</sup>.*

Sin embargo, la evolución de un sistema ejecutivo típico a un sistema ejecutivo mixto, con un aumento considerable de la posibilidad de aplicar medidas coer-

8 Bueno, Cassio Scarpinella. *Curso de direito processual civil* (6ª ed.), São Paulo, Saraiva, 2013, Vol. 3, p. 59.

9 Oliveira Neto, Olavo de. *Poder Geral de Coerção* (2ª Tiragem), São Paulo, RT, 2019, p. 133.

10 Marinoni, Luiz Guilherme. “Classificação das sentenças que dependem de execução”, en Cianci, Mirna y Quartieri, Rita. *Temas atuais da execução civil – Estudos em homenagem ao Professor Donald Armelin*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 405.

citivas, no dio lugar a la *completude* del sistema<sup>11</sup>, especialmente porque la ley se expresó en cuanto a la aplicación de tales medidas apenas para las hipótesis que no implicaban un cumplimiento económico, ciertamente el tipo de mayor ocurrencia en los tribunales brasileños.

Por lo tanto, está claro que el sistema ejecutivo subordinado por el CPC de 1973 pasó por una profunda y necesaria evolución, poniendo a disposición de los interesados algunos instrumentos apropiados para obtener la efectividad de la actividad ejecutiva (tutela coercitiva), pero aún faltaba un último paso hacia la integridad de este mismo sistema, que hizo el CPC de 2015 al atribuir al magistrado, a través de la regla de matriz del art. 139, IV, el “poder general de coerción”<sup>12</sup>.

## II. PODER GENERAL DE COERCIÓN EN EL CPC DE 2015

Con respecto a la aplicación de la tutela coercitiva, la CPC de 2015 adoptó el mismo mecanismo utilizado por la CPC de 1973 para la aplicación de la tutela cautelar, en la cual existía la expresa disposición de numerosos procedimientos de precaución específicos o nombrados (por ejemplo, arresto, secuestro, inventario de bienes) y una regla general abierta aplicable cuando no se proporcionaba un procedimiento específico para satisfacer las necesidades del caso particular. Fue llamado el “poder general de cautela”, subordinado por el art. 798 del CPC de 1973<sup>13</sup>, que otorgaba al juez el poder de concesión de medidas de precaución innominadas si se descubría que el resultado útil del caso estaba en riesgo (*periculum in mora*), desde que las alegaciones de hecho y de derecho (*fumus boni iuris*) que soportaban el pedido fueran plausibles.

En ese paso, a pesar del hecho de que, al contrario de lo que sucedió con el poder general de cautela, el CPC de 2015 no haya insertado el contenido del art. 139, IV,

- 11 Oliveira Neto, Olavo de. *Poder Geral de Coerção*, op. cit., p. 316: “... qualquer sistema de realização da tutela executiva que pretenda atender à exigência do Acesso à Justiça, traço comum do modelo constitucional processual da maioria dos países, deve tender à completude, ou seja, deve prever ou ao menos permitir de modo generalizado o emprego de meios aptos a efetivar a satisfação de prestações que não foram espontaneamente adimplidas, no menor espaço de tempo e com a prática de um mínimo necessário de atividade processual”.
- 12 Lei No. 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de processo civil). Disponible en: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm) (recuperado el 08 de junio de 2019). “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste código, incumbindo-lhe: IV. Determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogoratórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.
- 13 Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de processo civil). Disponible en: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm) (recuperado el 08 de junio de 2019). “Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

en la parte general del proceso de ejecución y ni siquiera presente un capítulo propio que se concentre en la provisión de medidas coercitivas ‘específicas o nombradas’, existen numerosas medidas coercitivas previstas en nuestro decreto procesal (art. 517; art. 523, §1º, art. 528, §§ 1º y 3º, art. 536, § 1º, art. 537, art. 782, § 3º). Además, hay una regla general (art. 139, IV) que permite la aplicación de otras medidas coercitivas innombradas o atípicas, no previstas expresamente por la ley, pero que son necesarias para obtener satisfacción en el caso particular.

De ahí la inevitable conclusión de que esta norma general prevista en el art. 139, IV, del CPC, representa la regla principal del “poder general de coerción”, que ya tuvimos la oportunidad de definir como “o poder que a lei confere ao juiz para determinar, conforme as exigências do caso concreto e visando a efetividade da tutela executiva, medidas coercitivas diversas das que são expressamente previstas na legislação processual”<sup>14</sup>.

Sin embargo, no debe olvidarse que el precepto no se trata solo del poder general de coerción, sino de un sistema de poderes mucho más amplio e intrincado. En este sistema se puede detectar un conjunto de poderes atribuidos al magistrado para ejercer de manera eficiente su función esencial, que es la provisión de tutela judicial apropiada para el caso particular (*justa*), tan rápido como sea necesario para un servicio que atienda con dignidad y respeto a su destinatario y que sea capaz de proporcionar toda la efectividad esperada de un proceso judicial, una vez que “il processo deve dare perquanto è possibile praticamente a qui ha um dirrito tutto quello e próprio quello ch’egli ha dirrito di conseguire”<sup>15</sup>.

En otras palabras, esos poderes contenidos en el art. 139, IV, de la CPC, cuyo género fue llamado por la comunidad legal brasileña como *poder geral de efetivação*, tienen cuatro especies distintas que pueden identificarse como el “poder general de inducción”, el “poder general de coerción”, el “poder general de ordenar” y el “poder general de subrogación”. Su propósito es permitir la plena aplicación del modelo constitucional del proceso en el área de la tutela ejecutiva, en estricto cumplimiento del contenido del art. 5, XXXV, de la Constitución de la República, en la medida en que incumbe al magistrado aplicar cualquier norma bajo la Constitución para realizar los valores contenidos en la norma constitucional, en el ámbito de lograr en el menor tiempo posible una protección ejecutiva efectiva, derecho fundamental de la persona que va a la Corte<sup>16</sup>.

14 Oliveira Neto, Olavo de. *Poder Geral de Coerção, op. cit.*, p. 233.

15 Chiovenda, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*. (Milano: Giuffrè, 1993) Volume primo. p. 110.

16 Oliveira Neto, Olavo de. *Poder Geral de Coerção, op. cit.*, p. 230. “Essa tutela que se almeja efetivar [...] apresenta três modalidades ou vias distintas que são: a) a tutela executiva Stricto sensu (mediata e através de sub-rogação), b) a tutela coercitiva (eventualmente imediata), e, c) a tutela ordenatória (imediata - executiva lato sensu ou mandamental); exatamente a terminologia utilizada pelo art. 139, IV, do CPC. [...] cada uma das expressões utilizadas corresponde a um tipo específico de tutela executiva, que deve ser aplicada pelo juiz segundo a exigência de cada caso concreto. Havendo necessidade de aplicar medidas coercitivas

Sin embargo, ¿cuál sería el perfil que se atribuiría a esta regla matriz dentro del alcance estricto del poder general de coerción? Nuevamente, como con la regla general del poder general de cautela en el sistema subordinado por el CPC de 1973, en el sistema procesal inaugurado con la entrada en vigor del CPC de 2015 tampoco se estableció para el poder general de coerción un modelo preconcebido y estático, siguiendo las líneas de un sistema típico, dejando a la doctrina y a los tribunales la tarea de establecer cuáles son los parámetros en los que debe basarse el juez para determinar una medida coercitiva, siempre delante del caso particular.

Un primer acercamiento al tema la lectura del art. 139, IV, de la CPC, en comparación con el resto del sistema, permite que se establezcan algunas suposiciones iniciales. En cuanto al tipo de disposición, como ya se señaló, debe tenerse en cuenta que la regla principal permite la aplicación de medidas coercitivas atípicas a todos los tipos de tutela, ya que la regla se encuentra en el capítulo relacionado con los poderes del juez, cuya eficacia se extiende a todo el sistema jurídico. Además, al utilizar la frase “[...] todas as medidas [...] necessárias para assegurar [...]”, el art. 139, IV, de la CPC, asigna al juez la tarea de examinar el caso particular y aprovechar cualquier tipo de medida coercitiva que sea necesaria y pertinente, lo que se aplica a todos los tipos de tutela.

En esta etapa, por lo tanto, aunque este fuera el único precepto en el código que permitiera al juez usar una medida coercitiva atípica, podría aplicarla, debe enfatizarse, cuando sea necesario y relevante, en cualquier tipo de procedimiento y en cualquier grado de jurisdicción. Los preceptos que también abordan el tema (como el art. 297 para la ejecución de la tutela provisional; el art. 400, párrafo único, para la acción de visualización del documento; el art. 536, §1º, para el cumplimiento de la sentencia de obligación de hacer y no hacer) sirven apenas como una advertencia del sistema procesal para que no haya dudas sobre el alcance de la aplicación de medidas coercitivas también en las hipótesis que menciona.

Por cierto, sobre la aplicación de la multa coercitiva en el caso de acción de exhibición de documentos, tuvimos la honrosa oportunidad de elaborar parcialmente y suscribir la manifestación del Instituto Brasileño de Derecho Procesal – IBDP, como *amicus curiae*, en el Recurso Especial nº 1.763.462 / MG, de la relatoría del

o magistrado se vale do agora previsto em lei ‘Poder Geral de Coerção’; havendo necessidade de aplicar medidas ordenatórias o magistrado se vale do agora previsto em lei ‘poder geral de ordenar’; e, havendo necessidade de aplicar medidas sub-rogatórias o magistrado se vale do agora previsto em lei ‘poder geral de sub-rogação’. Para complementar esse conjunto de poderes e com isso conferir completude ao sistema executivo, o preceito ainda confere ao juiz o ‘poder geral de indução’, permitindo-lhe determinar medidas indutivas, que não são propriamente medidas de natureza executiva, mas sim mecanismos aptos a convencer o executado a praticar uma determinada conduta no processo em ‘troca’ de um benefício que lhe é concedido pela própria lei”.

eminente ministro Paulo de Tarso Sanseverino. En esa ocasión, presentamos, entre otros, los siguientes argumentos para superar la tesis expuesta en el precedente 372<sup>17</sup> del Tribunal Superior de Justicia:

Assim sendo, mesmo que não existisse a previsão do art. 400, parágrafo único, do CPC/2015, que em nosso entender não representa mais do que a reiteração da possibilidade de aplicar medidas coercitivas, dentre elas a multa pecuniária, na ação de exibição de documentos, seria uma exigência do sistema processual instaurado pelo CPC/2015 a utilização de todos os meios adequados para efetivar a tutela executiva. Negar tal possibilidade, diante da superação do princípio da tipicidade dos meios executivos e da existência de uma regra geral que consagra o Poder Geral de Coerção, seria subtrair do jurisdicionado o acesso a uma real efetividade da tutela executiva, o que ofende o princípio do Acesso à Justiça, porque estaria tornando a tutela executiva incompleta, quando ela deve tender a completude<sup>18</sup>.

Para apoyar esta comprensión, presentamos la posición de los siguientes autores:

a) Marcelo Lima Guerra:

No âmbito do processo de execução, o postulado da maior coincidência possível impõe, fundamentalmente, que o ordenamento jurídico ofereça um sistema de tutela executiva tendencialmente completo e pleno. Isso quer dizer que o ordenamento deve prever e colocar à disposição dos jurisdicionados meios executivos adequados e suficientes para proporcionar, dentro do que for prática e juridicamente possível, a exata satisfação de todos os direitos julgados merecedores de tutela executiva e, por isso mesmo, consagrados em títulos executivos [...]. É fácil compreender, portanto, que se reveste da maior importância a caracterização da exigência de um sistema tendencialmente completo de tutela executiva como integrando o conteúdo do direito fundamental a tutela jurisdicional efetiva<sup>19</sup> (el énfasis es nuestro).

b) Luiz Guilherme Marinoni:

17 Superior Tribunal de Justiça. *Súmula No. 372*. Disponible en: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html) (recuperado el 08 de junio de 2019). “Na ação de exibição de documentos, não cabe a aplicação de multa cominatória”.

18 Oliveira Neto, Olavo de y Lucon, Paulo Henrique dos Santos. *Manifestação do Instituto Brasileiro de Direito Processual civil como amicus curiae no Recurso Especial 1.763.462/MG, da relatoria do Senhor Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, sobre a possibilidade de aplicação de multa coercitiva em ação de exibição de documentos (Superação da tese fixada na Súmula 372 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça)*, en *REPRO* vol. 293, Ano 44, São Paulo, RT, julho/2019, p. 118.

19 Guerra, Marcelo Lima. *Execução indireta*, op. cit., p. 55-56.

O art. 5º, XXXV, da CF, afirma que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão’. Entende-se que essa norma garante a todos o direito a uma prestação jurisdicional efetiva [...]. Nesse sentido o direito à sentença deve ser visto como direito ao provimento **e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial**, o que significa direito à efetividade em sentido estrito<sup>20</sup> (el énfasis es nuestro).

- c) Michele Taruffo: “[...] sob o perfil constitucional um sistema que não contenha formas realmente eficazes de atuação executiva dos direitos é com toda probabilidade um sistema largamente incompleto e inadequado para assegurar a tutela jurisdicional efetiva das situações substanciais”<sup>21</sup>.
- d. Andrea Proto Pisani: “[...] sul piano sistematico, la necessità di imporre accanto al collegamento tra condanna ed escuzione forzata il collegamento, altrettanto necessario, tra condanna e quegli istituti che vanno sotto il nome di misure coercitive”<sup>22</sup>.

Un segundo aspecto a ser enfatizado se refiere a la interpretación que se debe dar a la frase “asegurar cumplimiento de orden judicial”, ya que ella induce la idea de que el precepto se refiere solo al cumplimiento de la orden que emana de la sentencia y que no se ajusta al uso de medidas coercitivas atípicas, en particular para la satisfacción de una obligación pecuniaria no paga.

En este caso, creemos que no es posible una interpretación literal y restrictiva del precepto, limitándolo al cumplimiento de una orden judicial, ya que dicha operación no estaría en conformidad con lo que aboga el modelo constitucional del proceso, especialmente con respecto al “principio de acceso a la justicia”, que como se vio anteriormente requiere un sistema tendente a la *completude*. Se ofendería, por lo tanto, al art. 5, XXXV, de la Constitución de la República.<sup>23</sup>

Si eso no fuera suficiente, en el rigor de la técnica tampoco se puede admitir una interpretación que excluya la posibilidad del uso de medidas coercitivas atípicas en cualquiera de los casos en que se brinda tutela ejecutiva.

A pesar de la controversia interminable sobre el tema, parte de la doctrina sostiene que la tutela del conocimiento puede clasificarse, desde la perspectiva de

20 Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004, pp. 179-180.

21 Taruffo, Michele. *A atuação executiva dos direitos: perfis comparados*, en Mitidiero, Daniel (Org. y Trad.). *Proceso civil contemporáneo: Ensaíos*, Madri/ Barcelona/ Buenos Aires/ São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 116.

22 Proto Pisani, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile* (5ª ed.), Napoli, Jovene, 2012, p. 158.

23 *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988, *op. cit.* “Art. 5º. XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

atender o no el reclamo de la parte de la misma manera procesal, en una tutela satisfactoria y una tutela insatisfactoria.<sup>24</sup> En el caso de una tutela insatisfactoria, existe la necesidad de ejecutar otra medida para efectuar el contenido de la decisión, mientras que en una tutela satisfactoria, la sentencia dada es suficiente, en sí misma, para satisfacer el reclamo del autor en su totalidad.

Desde ese punto de vista, la eficacia declarativa y la eficacia constitutiva deben considerarse como tutelas satisfactorias (o auto satisfactorias, si se desea), en la medida en que ambas prescinden de la actividad a través de otra ruta posterior, promoviendo el cambio solo a nivel legal y no a nivel de los hechos. La emisión del pronunciamiento judicial es suficiente para que el reclamo de la parte se cumpla total y efectivamente. En resumen: la tutela declarativa y la tutela constitutiva son especies de tutela satisfactoria.

No obstante, con la tutela condenatoria no sucede lo mismo. Cuando se extiende una sentencia, una decisión interlocutoria de mérito o una orden judicial que imponga una ejecución o abstención, la implementación efectiva de su contenido depende de la ejecución de otros actos procesales, a veces incluso a través de otros medios procesales (cumplimiento de la sentencia), capaces de promover la alteración del mundo empírico. Es por eso que la tutela condenatoria debe clasificarse como una tutela insatisfactoria. Como tuvimos la oportunidad de afirmar:

24 Entre otros: Rosenberg, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Europa-América, 1955, Tomo III, p. 03/04: “[...] no dan lugar a ejecución forzosa las sentencias declarativas y constitutivas (excepto la resolución sobre las costas); porque en las primeras los efectos de la sentencia se agotan en la declaración ideal; y en las segundas, mediante la sentencia misma, se producirán directamente sin otra actividad estatal”; Liebman, Enrico Tullio. *Embargos do executado* (2ª ed.), São Paulo, Saraiva, 1968, p. 97; “[...] no direito moderno, o processo pode satisfazer a pura e simples missão de declarar os direitos ou relações jurídicas incertas. Nesse caso, o só pronunciamento do juiz proporcionou a quem tinha razão a proteção jurídica invocada, e a esta não corresponde, conforme a opinião preponderante, eficácia executória”; Mandrioli, Crisanto. *L'azione executiva*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 310: “... nelle sentenze di mero accertamento e nelle sentenze costitutive la tutela giurisdizionale si esaurisce fruttuosamente, mentre nella sentenza di condanna si esaurisce soltanto una fase di quella tutela”; Silva, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 87: “[...] as ações exclusivamente declaratórias e constitutivas [...] prescindem de qualquer atividade, seja da parte, seja do juiz, tendente a interferir no mundo empírico. Tanto a sentença declaratória, quanto a constitutiva, produzem os seus efeitos exclusivamente no mundo normativo [...]”. São sentenças que se bastam a si mesmas[...];” Bedaque, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 528: “Este problema não se verifica em relação às tutelas declaratórias e constitutivas, em que basta a atividade cognitiva para solucionar a crise de certeza ou de modificação. Não há necessidade de atos materiais para dotá-los de satisfatividade plena. Tendo em vista a natureza do próprio litígio, é suficiente o pronunciamento jurídico, que satisfaz inteiramente o titular do direito. Elas esgotam a proteção pleiteada pelo autor”; Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, São Paulo, RT, 2000, p. 65: “A distinção entre sentença satisfativa e sentença não-satisfativa, realizada por parte da doutrina, permite que se isolem as sentenças que não são, por si sós, suficientes para a tutela dos direitos, necessitando de meios de coerção ou de sub-rogação para que o direito possa ser efetivamente realizado”.

Como a tutela autossatisfativa prescinde de quaisquer providências posteriores para a sua efetivação, pois com a prolação da sentença tudo aquilo que o sujeito ativo pretende acaba por ser atendido, não há que se pensar na necessidade da produção de eficácia executiva quando estamos diante de provimentos tipicamente declaratórios ou constitutivos. O campo de atuação da tutela executiva está ligado em uma relação de causa e efeito com a tutela de accertamento condenatória, ou seja, somente nos casos em que se presta uma tutela condenatória, portanto não satisfativa, é que se pode cogitar na existência de tutela executiva posterior. Em conclusão, pois, prolatado provimento judicial de natureza condenatória, que não produz eficácia exclusivamente no plano do mundo jurídico, torna-se necessário o emprego da tutela executiva para promover a transformação do mundo empírico. Esse é o âmbito espacial no qual se localiza a tutela executiva no quadro geral das tutelas jurisdicionais: exterior, posterior e em complemento a uma tutela de accertamento condenatória<sup>25</sup>.

Esta tutela ejecutiva, aquí se repite: exterior, posterior y en complemento de una tutela condenatoria, se puede clasificar en tres especies distintas, pero que se complementan entre sí, así como las eficiencias derivadas de la tutela del conocimiento, debido a la forma en que producen eficacia en el nivel empírico, que puede o no suceder de inmediato. Para obtener efectividad inmediata, el sistema confiere al interesado una tutela ejecutiva *ordenatória*, que consiste en una orden que, en teoría, no permite incumplimiento. Tenemos aquí la tutela *mandamental* (orden contra agente público) y la tutela ejecutiva *lato sensu* (orden contra lo privado). Para obtener una posible efectividad inmediata, el sistema confiere al interesado la tutela ejecutiva coercitiva, que consiste en la aplicación de medidas destinadas a obligar a su destinatario a cumplir espontáneamente la obligación. Para obtener una efectividad mediata o paulatina, cuyo cumplimiento se extiende a lo largo del tiempo debido a la necesidad de la práctica de numerosos actos ejecutivos, el sistema confiere al interesado la tutela ejecutiva *stricto sensu* (por subrogación).

En este paso, si el art. 139, IV, de la CPC, estuviera destinado solo al cumplimiento de una 'orden judicial' (tutela ejecutiva por orden judicial), entonces las referencias que el precepto mismo hace a las medidas 'coercitivas' y 'subrogatorias' serían inútiles, porque ambas se refieren a otros tipos de tutela ejecutiva diferente de la tutela *ordenatória*. Habría entonces una contradicción dentro de la propia regla, que ofende la lógica de lo razonable, según la cual una interpretación no puede conducir a una paradoja.

25 Oliveira Neto, Olavo de. *Poder Geral de Coerção*, op. cit. p. 109.

Por lo tanto, ya sea por la necesidad de cumplir con el modelo constitucional del proceso, bajo pena de inconstitucionalidad, o por el hecho de que la interpretación de una norma no puede conducir a un resultado absurdo, el “poder general de coerción” permite la aplicación de medidas coercitivas atípicas en cualquiera de los casos en que se proporciona tutela ejecutiva, incluso cuando no se trata de una orden judicial.

Finalmente, el tercer aspecto que debe tenerse en cuenta se refiere a la feliz opción legislativa constante en la parte final del art. 139, IV, de la CPC, al afirmar el entendimiento de que es posible aplicar medidas coercitivas atípicas también en causas eminentemente patrimoniales, lo que hizo a través de la proposición “inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Incluso bajo el CPC de 1973, además de la multa típica prevista por el incumplimiento espontáneo de la sentencia que condena el pago de cuantías, las voces ya se alzaban contra el principio de tipicidad de las rutas ejecutivas y se definían cada vez más por la posibilidad de aplicar multas atípicas también en procesos ejecutivos autónomos. Por todos, Luiz Guilherme Marinoni dijo:

*[...] não há motivo para que a tutela que objetiva o pagamento de soma tenha que ser prestada unicamente através da execução forçada. Sabe-se, atualmente, que o custo e a lentidão do processo de execução por quantia certa desestimulam o acesso à Justiça e retiram qualquer possibilidade de efetividade desta forma de prestação de tutela jurisdicional. [...] O pagamento de soma em dinheiro através da técnica mandamental não corresponde a uma visão autoritária da tutela dos direitos; é bom lembrar que o pequeno credor é o que mais sofre com a demora do processo. Para não se falar na efetividade que se obteria na Justiça do Trabalho, onde os trabalhadores litigam contra bancos, instituições financeiras, grandes construtoras etc., todas elas valendo-se do tempo do processo não só para obter benefícios financeiros, mas também para desestimular o trabalhador a ajuizar demandas ou para força-lo a acordos desarrazoáveis e imorais<sup>26</sup>.*

Realmente, si en el art. 139, IV, del CPC, el término ‘objeto’ lleva por significado el contenido de algo, en este caso el contenido ‘pecuniario’ de una causa, entonces se torna inevitable la conclusión de que cualquier medida coercitiva atípica puede aplicarse a las causas que conciernen sobre la satisfacción de una obligación en efectivo (pecunia).

26 Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, op. cit. pp. 194-195.

## CONCLUSIONES

- a) El sistema ejecutivo subordinado por el CPC de 1973 experimentó una evolución profunda y necesaria, poniendo a disposición de la jurisdicción algunos instrumentos apropiados para lograr la efectividad de la actividad ejecutiva (tutela coercitiva), pero no dio un paso final hacia la *completude* exigida por el art. 5º, XXXV, de la Constitución de la República.
- b) El sistema ejecutivo subordinado por el CPC 2015 ha avanzado mucho hacia la *completude*, atribuyendo al magistrado, a través de la regla de matriz del art. 139, IV, el “poder general de coerción”.
- c) El “poder general de coerción” puede definirse como el poder que la ley le otorga al juez para determinar, de acuerdo con los requisitos del caso particular y con el objetivo de la efectividad de la protección ejecutiva, medidas coercitivas diferentes a las expresamente previstas en el derecho procesal.
- d) En cuanto al tipo de disposición, la regla matriz permite la aplicación de medidas coercitivas atípicas a todos los tipos de tutela, ya que se encuentra en el capítulo relativo a los poderes del juez, cuya efectividad se extiende por todo el sistema jurídico.
- e) Con el uso de la frase “[...] todas as medidas [...] necessárias para assegurar...”, el art. 139, IV, del CPC, asigna al juez la tarea de examinar el caso particular y hacer uso de las medidas coercitivas necesarias y pertinentes para obtener efectividad, sea cual sea el tipo de tutela.
- f) Aunque el art. 139, IV, de la CPC, fuera la única disposición en el código que permitiera al juez usar una medida coercitiva atípica, este podría aplicarla en cualquier tipo de procedimiento y en cualquier grado de jurisdicción.
- g) Otros preceptos relacionados con la aplicación de medidas coercitivas atípicas (como el art. 297 para la ejecución de la tutela provisional; art. 400, párrafo único, para la acción de visualización del documento; y art. 536, §1, para el cumplimiento de la sentencia de obligación de hacer y no hacer) simplemente sirven como advertencia al sistema procesal para que no haya dudas sobre el alcance de la aplicación de medidas coercitivas también en las hipótesis que menciona.
- h) Dada la necesidad de cumplir con el modelo constitucional del proceso y el hecho de que la interpretación de una norma no puede conducir a un resultado absurdo, el “poder general de coerción” permite la aplicación de medidas

coercitivas atípicas en cualquier caso que proporciona tutela ejecutiva, incluso cuando no se trata de cumplir con una orden judicial.

i) Si en el art. 139, IV, del CPC, el término “objeto” lleva el significado de contenido de algo, en este caso, con el contenido “pecuniario” de un caso resulta inevitable llegar a la conclusión de que cualquier medida coercitiva atípica puede aplicarse a las causas que conciernen sobre la satisfacción de un beneficio en efectivo (pecunia).

## BIBLIOGRAFÍA

Bedaque, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*, São Paulo, Malheiros, 2006.

Bueno, Cassio Scarpinella. *Curso de direito processual civil* (6ª ed.), São Paulo, Saraiva, 2013.

Castro, Artur Anselmo de. *Direito processual civil declaratório*, Coimbra, Almeida, 1981.

*Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponible en: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) (recuperado el 8 de agosto de 2019).

Chiovenda, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*, Milano, Giuffrè, 1993.

Couture, Eduardo J.. *Introdução ao estudo do processo civil*, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

Didier Junior, Fredie, et all. *Curso de direito processual civil* (7ª ed.), Salvador, JusPodium, 2017.

Guerra, Marcelo Lima. *Execução indireta*, São Paulo, RT, 1998.

Liebman, Enrico Tullio. *Embargos do executado* (2ª ed.), São Paulo, Saraiva, 1968.

Mandrioli, Crisanto. *L'azione executiva*. Milano, Giuffrè, 1955.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*, São Paulo, RT, 2010.

Marinoni, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004.

- Marinoni, Luiz Guilherme. “Classificação das sentenças que dependem de execução”, en Cianci, Mirna y Quartieri, Rita. *Temas atuais da execução civil – Estudos em homenagem ao Professor Donaldo Armelin*, São Paulo, Saraiva, 2007.
- Marinoni, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, São Paulo, RT, 2000.
- Oliveira Neto, Olavo de. *Poder Geral de Coerção*, São Paulo, RT, 2019.
- Oliveira Neto, Olavo de. *Novas perspectivas da execução civil – Cumprimento de sentença*, en Shimura, Sérgio y Neves, Daniel A. Assumpção (Coord.). *Execução no processo civil – Novidades & tendências*, São Paulo, Método, 2005.
- Oliveira Neto, Olavo de. “Os meios executivos e a real efetividade das ações afirmativas”, en Assis, Araken de et al. (coord.). *Direito civil e processo – Estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*, São Paulo, RT, 2007.
- Oliveira Neto, Olavo de y Lucon, Paulo Henrique dos Santos. *Manifestação do Instituto Brasileiro de Direito Processual civil como amicus curiae no Recurso Especial 1.763.462/MG, da relatoria do Senhor Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, sobre a possibilidade de aplicação de multa coercitiva em ação de exibição de documentos (Superação da tese fixada na Súmula 372 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça*, en REPRO vol.293, Ano 44, São Paulo, RT, julho/2019.
- Presidencia de la República de Brasil. *Lei nº 5.869*, de 11.01.1973 (Código de processo civil de 1973). Disponible en: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm) (recuperado el 8 de agosto de 2019).
- Presidencia de la República de Brasil. *Lei nº 8.952*, de 13.12.1994. Disponible en: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8952.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm) (recuperado el 15 de abril de 2019).
- Presidencia de la República de Brasil. *Lei nº 13.105*, de 16 de março de 2015 (Código de processo civil de 2015). Disponible en: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm) (recuperado el 08 de junio de 2019).
- Proto Pisani, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile* (5ª ed.), Napoli, Jovene, 2012.

Rosemberg, Leo. *Tratado de derecho procesal civil*, Buenos Aires, Europa-América, 1955.

Silva, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*, Rio de janeiro, Forense, 2001.

Taruffo, Michele. *A atuação executiva dos direitos: perfis comparados*, en Mitidiero, Daniel (Org. y Trad.). *Processo civil contemporâneo: Ensaios*, Madri/ Barcelona/ Buenos Aires/ São Paulo, Marcial Pons, 2013.

# Criterios hermenéuticos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho a la salud

## Hermeneutical criteria of the Inter-American Court of Human Rights regarding the right to health

*Isaac Marcelo Basaure Miranda\**

---

Fecha de recepción: 12 de julio de 2021

Fecha de aceptación: 4 noviembre de 2021

---

### RESUMEN

El objetivo del presente artículo es identificar los principales criterios hermenéuticos aplicados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de derecho a la salud. La metodología empleada consistió en el análisis normativo de la jurisprudencia de dicho órgano judicial, de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la doctrina vinculada al tema objeto de estudio, utilizando para ello el método teórico analítico. Se concluye que el derecho a la salud, en el ámbito convencional, ha sido reconocido por la Corte IDH como autónomo, progresivo, susceptible de justiciabilidad directa, indivisible e interdependiente.

**Palabras clave:** Corte Interamericana de Derechos Humanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, derecho a la salud, Carta de la OEA, acceso a la salud.

### ABSTRACT

The objective of this paper is to identify the main hermeneutical criteria applied by the Inter-American Court of Human Rights in matters of the right to health. The methodology used consisted of the normative analysis of the jurisprudence of said judicial body, of the American Convention on Human Rights and of the doctrine related to the subject under study, using the analytical theoretical method. It is concluded that the right to health, in the conventional sphere, has been recognized by the Inter-American Court as autonomous, progressive, susceptible to direct, indivisible and interdependent justiciability.

**Keywords:** Inter-American Court of Human Rights, American Convention on Human Rights, right to health, Charter of the OAS, access to health.

\* Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora; diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. [info@isaacbasaure.com.ar](mailto:info@isaacbasaure.com.ar)

## 1. INTRODUCCIÓN

La irrupción de la pandemia suscitada por la COVID-19<sup>1</sup>, en el 2020, ha supuesto una grave amenaza para los sistemas sanitarios del mundo. Los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) se han visto obligados a implantar diversas medidas a los fines de evitar su propagación: desde confinamientos y restricciones de circulación (Galindo, 2020), hasta toques de queda (Castro y Ces, 2020); sin embargo, dichas acciones demostraron ser incapaces de prevenir el colapso de numerosos centros de salud en el continente (Tinjacá, 2020), lo cual materializa el incumplimiento de los Estados del deber de asegurar a sus ciudadanos el derecho a la salud.

En virtud de lo anterior, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha demostrado su preocupación en este campo del derecho, al publicar el 9 de abril de 2020 la “Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20: COVID-19 y Derechos Humanos”, donde señala que “los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales” (Corte IDH, 2020). El citado documento constituye un enfático recordatorio a los Estados parte de la CADH para que todas las medidas que implementen en este contexto extraordinario sean realizadas “en el marco del Estado de Derecho, con el pleno respeto a los instrumentos interamericanos de protección de los derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia de este Tribunal” (Corte IDH, 2020, p. 1). De esta manera, el contexto histórico actual de la humanidad realza la obligación ineludible contraída por los Estados de garantizar el pleno acceso a la salud a sus respectivas poblaciones.

A modo introductorio, es menester delimitar el marco normativo dentro del cual se resguarda el derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>2</sup> (en adelante SIDH); los instrumentos que lo contienen son (tabla 1): la CADH, en su art. 26<sup>3</sup>; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

- 1 La Organización Mundial de la Salud (OMS, s. f.) define a la COVID-19 como una “enfermedad causada por el nuevo coronavirus conocido como SARS-CoV-2. La OMS tuvo noticia por primera vez de la existencia de este nuevo virus el 31 de diciembre de 2019, al ser informada de un grupo de casos de ‘neumonía vírica’ que se habían declarado en Wuhan (República Popular China)”.
- 2 El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un conjunto de documentos, tratados, organismos y normas de carácter internacional que protegen los derechos humanos en el continente americano. Sus principales instrumentos y órganos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la Carta de la Organización de los Estados Americanos (Carta de la OEA) y la Organización de los Estados Americanos (OEA).
- 3 Art. 26 de la CADH (1969): “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por

Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PACADH), en su art. 10<sup>4</sup>; la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante Carta de la OEA), en su art. 34, puntos i<sup>5</sup> y l<sup>6</sup>, y art. 45, punto h<sup>7</sup>; y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante DADDH), en su art. 11<sup>8</sup>. En cuanto a su conceptualización, está dada por el art. 10.1 del PACADH: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social” (PACADH, 1988, ART. 10.1).

**Tabla 1. Recepción del derecho a la salud en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH)**

Tratados	Artículos
Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), San José, Costa Rica, 1969.	Art. 26.
Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PACADH), San Salvador, El Salvador, 1988.	Art. 10.
Carta de la Organización de Estados Americanos (Carta de la OEA), Bogotá, Colombia, 1948.	Art. 34, i) y l), y art. 45, h).
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), Bogotá, Colombia, 1948.	Art. 11 (xi).

**Fuente:** elaboración propia.

Aclarados tales extremos, se procederá a examinar el precepto legal que justifica la exigencia a los Estados parte de la CADH de que cumplan con hacer efectivo el acceso a la salud. En este orden de ideas, se debe *mencionar*, en primer lugar, el art. 1 de la CADH, el cual establece la obligación de respetar los derechos consagrados en el tratado:

- el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.
- Art. 10 del PACADH: “Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social”.
  - Art. 34, i), de la Carta de la OEA (1948): “Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”.
  - Art. 34., l), de la Carta de la OEA (1948): “Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna”.
  - Art. 45, h), de la Carta de la OEA (1948): “Desarrollo de una política eficiente de seguridad social”.
  - Art. 11 de la DADDH (1948): “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (CADH, 1969).

En segundo lugar, se debe observar que, con el fin de que los Estados no puedan evadirse del compromiso previamente aludido, la CADH contempla en su art. 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter”, los Estados deben adoptar disposiciones de derecho interno para efectivizar tales garantías.

En tercer lugar, la preponderancia que ejerce la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto referencia insoslayable para que los Estados generen mayores ampliaciones de derechos humanos, dentro de sus respectivos plexos normativos, procede del art. 33, b)<sup>9</sup> de la CADH, el cual dispuso la creación de la Corte IDH, “un órgano judicial que detenta jurisdicción contenciosa para intervenir en causas legales en las que se examine el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por los Estados signatarios de la CADH” (Basaure e Isaac, 2018, p. 1). Asimismo, se debe tener presente que la Corte IDH posee plena competencia para intervenir en aquellos casos en los que se encuentren comprometidas tanto la interpretación como la aplicación de las disposiciones contenidas en la CADH. El requisito para que proceda la facultad competencial de la Corte IDH consiste en que los Estados parte intervinientes en el litigio deben haber reconocido previamente la competencia del tribunal; así lo ordena el art. 62.3<sup>10</sup> de la CADH.

En el mismo tenor, es dable resaltar que las sentencias emitidas por la Corte IDH son de carácter vinculante, es decir, son “obligatorias en cuanto a su acatamiento, para lo cual se le otorga a los Estados un plazo de cumplimiento. Si no son cumplidas, la Corte IDH puede señalarlo así en su informe anual dirigido a la Asamblea General de la OEA para los efectos pertinentes” (Rodríguez Rescia, 2009, p. 17). Dicha capacidad vinculante emana de lo dispuesto por el art. 68.1 de la CADH: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (CADH, 1969).

9 Art. 33.b de la CADH (1969): “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte”.

10 Art. 62.3 de la CADH (1969): “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”.

Dado que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para los Estados que han sido parte del pleito interamericano, surge la necesidad de dilucidar si los estándares de protección elaborados por el tribunal en su actividad jurisprudencial pueden ejercer una influencia extensiva hacia aquellos Estados miembros de la CADH que no han sido parte de la sentencia. Si bien la CADH se limita a expresar que la fuerza vinculante de la sentencia de la Corte IDH se reduce al Estado parte que participa de la contienda judicial, lo cierto es que “producen efectos no solamente para el Estado condenado —vinculación directa, *inter partes*—, sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional —vinculación relativa *erga omnes*—, pero solo en la medida de la norma interpretada, no así de la totalidad del fallo, salvo que exista una interpretación local más favorable al ser humano, en cuya hipótesis vale la más ventajosa” (Hitters, 2013, p. 700).

Este efecto expansivo de los decisorios de la Corte IDH encuentra su fundamento en el postulado de buena fe establecido en el art. 31.1<sup>11</sup> de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, Convención de Viena), el cual afirma que “si un Estado firma un Tratado internacional —particularmente en el ámbito de los derechos humanos—, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes” (Hitters, 2013, p. 700).

Por lo expuesto, se concluye que las sentencias de la Corte IDH, que producen estándares generales de protección de derechos humanos, son, por un lado, vinculantes en su fondo y forma para el Estado integrante de la CADH, que ha sido parte del proceso judicial; y, por el otro, vinculantes solo en un sentido particular, circunscripto al derecho objeto de debate para los demás Estados miembro, en el entendido de que el accionar de los Estados debe estar dirigido a fortalecer los derechos humanos consagrados por la CADH, a pesar de no haber sido parte en el litigio convencional. De lo contrario, se estarían incumpliendo los principios de buena fe (art. 31.1.) y *pacta sunt servanda* (art. 26<sup>12</sup>) de la Convención de Viena, los cuales dan sentido y justificación a un tratado internacional.

Las crisis hospitalarias generadas por la vertiginosa expansión de la COVID-19 fundamentan la necesidad de sistematizar la protección al derecho a la salud en el plano continental, a través de un análisis exegético de la jurisprudencia de la Corte IDH, con el propósito de identificar sus principales criterios hermenéuticos en la materia. Por esta razón, el objetivo del presente artículo es precisar y definir

11 Art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969): “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

12 Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969): “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

las directrices interpretativas aplicadas por el máximo tribunal interamericano, para hacer justiciable el derecho a la salud. La metodología empleada consistió en el análisis normativo de la jurisprudencia de la Corte IDH, de la CADH y de la doctrina vinculada al tema objeto de estudio, utilizando el método teórico-analítico. Se concluye que el derecho a la salud, en el ámbito convencional, ha sido expresamente reconocido por la Corte IDH como autónomo, progresivo, susceptible de justiciabilidad directa, indivisible e interdependiente.

## 2. EL DERECHO A LA SALUD ESTÁ PROTEGIDO POR EL ART. 26 DE LA CADH E INTEGRA LOS DESCA

Para la Corte IDH, el derecho a la salud se encuentra consagrado en el art. 26 de la CADH, ya que lo incluye dentro del grupo de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante DESCA), receptados en la Carta de la OEA. No obstante, la CADH carece de un catálogo taxativo que enuncie de forma clara y exhaustiva todos los DESCA; por consiguiente, solo se ciñe a formularlos de un modo genérico en su art. 26. Dicho texto impone a los Estados parte el compromiso de lograr la plena efectividad de los DESCA —que se deriven de las normas económicas, sociales, educativas, científicas y culturales receptadas en la Carta de la OEA—, valiéndose del principio de progresividad. Tal coyuntura ha propiciado debates doctrinarios entre los que, por un lado, afirman que “el artículo 26 fija solo pautas de conducta para los Estados en materia socioeconómica pero no garantiza derechos en sentido estricto, por lo que la tutela directa de estos derechos en sede jurisdiccional no es posible y debe ser realizada de forma indirecta a través de la protección de derechos civiles y políticos conexos” (Teijo García, 2010, p. 81); y, por otro, los que sostienen que, “aunque la Convención no contiene, *expressis verbis*, un elenco de derechos económicos, sociales y culturales, sí contiene, por vía de referencia (interconexión normativa), un listado bastante prolijo de estos derechos, al referir a las normas económicas, sociales, y sobre educación, ciencia y cultura de la Carta de la OEA” (Teijo García, 2010, p. 81).

A los fines de dirimir la discusión, cabe señalar que, si bien la Carta de la OEA a la que remite el art. 26 de la CADH no supone la consagración explícita de derechos —en particular el derecho a la salud—, sí se erige como una válida “fuente de derechos en la medida en que estos se deriven de aquellas” (Courtis, 2014, p. 665). En consecuencia, la derivación a la Carta de la OEA que practica el art. 26 de la CADH de ningún modo puede entenderse como un vacío legal que prive al derecho a la salud de su correspondiente regulación y resguardo, sino que supone, por el contrario, la imposición a los Estados parte de un conjunto de obligaciones destinadas a salvaguardar a los DESCA, emitido desde la pers-

pectiva de un desarrollo progresivo que conforma un auténtico reconocimiento de derechos.

Para la Corte IDH, la Carta de la OEA detenta la suficiente entidad como para asegurar la consagración del derecho a la salud, puesto que interviene en su protección a través de la derivación operativa habilitada por el art. 26 de la CADH. Así, el contenido del instrumento internacional es lo suficientemente abarcador para asegurar la salvaguarda del derecho a la salud; prueba de ello lo constituyen los siguientes artículos de la Carta de la OEA: el art. 34, i), dispone, entre los objetivos básicos del desarrollo integral, la “defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica” (Carta de la OEA, 1948); mientras que en el art. 34, l), se persigue el aseguramiento de “condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna” (Carta de la OEA, 1948).

En la misma línea de pensamiento se expresó la Corte IDH en el Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala, en su párr. 78: “El texto de la norma debe ser interpretado de forma tal que sus términos adquieran sentido y un significado específico, lo que en el caso del artículo 26 implica entender que los Estados acordaron adoptar medidas con el objetivo de dar plena efectividad a los derechos reconocidos en la Carta de la OEA” (Corte IDH, Sentencia del 23/08/2018, serie C, n.º 359). En este sentido, el criterio hermenéutico aplicado por la Corte IDH se basa en concebir al art. 26 de la CADH como un generador de obligaciones para los Estados parte, consistente en garantizar la total efectividad de los derechos derivados de la Carta de la OEA.

Ahora bien, el art. 26 de la CADH, si bien obliga a los Estados signatarios a adoptar este tipo de providencias, admite cierta flexibilidad en su accionar, al concederles un desarrollo progresivo, es decir, que paulatinamente pueden propender a cumplir con la plena efectividad de las normas y derechos enunciados en la Carta de la OEA. Dicha particularidad no debe ser manipulada por los Estados, en el sentido de emplearla como un subterfugio para evadirse de sus compromisos internacionales, bajo el argumento de que la progresividad denotaría una inexistencia de obligaciones asumidas; por el contrario, las providencias y el logro progresivo deben interpretarse como formulaciones relativas a la naturaleza positiva de esas obligaciones: en efecto, sustancialmente, implican la puesta en práctica de obligaciones de hacer. Esto significa que las obligaciones derivadas del art. 26 de la CADH tienen que ser cumplidas mediante un accionar estatal activo, manifestado a través de leyes y políticas públicas que suministren los recursos necesarios para efectivizar la vigencia y resguardo de los derechos comprometidos.

Adentrándonos aún más en el plano obligacional, la Corte IDH interpreta que, del art. 26 de la CADH, surgen dos grandes tipos de obligaciones para los Estados parte: el primero consiste en que los Estados deben adoptar medidas generales y de carácter progresivo, a los fines de dar cobertura a los derechos incluidos en su texto, mediante remisión por la Carta de la OEA. La citada progresividad supone que el Estado obligado debe, en la medida de sus posibilidades, avanzar constantemente hacia la efectividad de los DESCAs, ya sea por intermedio de avances legislativos, planificaciones estratégicas de políticas públicas u otros medios eficaces.

Por su parte, el segundo grupo de obligaciones contiene el mandato de adoptar medidas de carácter expedito, es decir, significa que las acciones que debe ejecutar el Estado han de ser inmediatas y eficaces ante un caso concreto en el cual se deba garantizar el raudo acceso a las prestaciones incluidas en los DESCAs. Son, en consecuencia, obligaciones de exigibilidad inmediata. Por todo ello, la Corte IDH entiende que “de una interpretación literal del texto del artículo 26 es posible afirmar que se refiere precisamente al deber de los Estados de lograr efectividad de los derechos que sea posible derivar de la Carta de la OEA” (Corte IDH, Sentencia del 23/08/2018, serie C, n.º 359, párr. 78). Por otro lado, dentro del SIDH, el derecho a la salud ha sido expresamente establecido en el art. 10.1 del PACADH, lo cual contribuye a zanjar de manera definitiva la controversia. Por lo analizado, puede concluirse que el art. 26 de la CADH supone, para la Corte IDH, un legítimo reconocimiento de derechos que comprende, incuestionablemente, el derecho a la salud.

### 3. EL CAMBIO DE PARADIGMA INTERPRETATIVO DE LOS DESCAs EN LA CORTE IDH A PARTIR DEL CASO LAGOS DEL CAMPO VS. PERÚ

Históricamente, en la jurisprudencia de la Corte IDH la protección a los DESCAs operaba mediante un procedimiento de derivación conexa con los derechos civiles y políticos (en adelante DCP); de esta manera, se aplicaba un criterio de justiciabilidad indirecta por conexidad. Sin embargo, dicha tendencia fue modificada por la Corte IDH en la sentencia del Caso Lagos del Campo vs. Perú, donde el tribunal examinó de modo directo los derechos comprendidos en los DESCAs, a la luz del art. 26 de la CADH. En el litigio se debatía la violación al derecho de asociación sindical del señor Lagos del Campo, quien fuera despedido como represalia por sus tareas de representante sindical. La Corte IDH entendió que la violación al derecho de asociación con fines sindicales es susceptible de ser encuadrada como una afectación directa al art. 26 de la CADH, lo cual autoriza a que la transgresión al derecho de defensa y promoción de intereses de los trabajadores, a través de la facultad de asociarse, en tanto DESCAs, sea

lícitamente exigible por el art. 26 de la CADH en sí mismo, sin necesidad de recurrir, por reenvío, a los DCP.

Desde esta perspectiva, el art. 26 de la CADH funciona como una salvaguarda autosuficiente de los DESCA, además de proteger a todos aquellos DESCA que no han sido incluidos en el PACADH. Este criterio se basó en el entendimiento de que la vulneración a los DESCA debe ser abordada de forma integral y conglobada, para declarar el quebrantamiento directo del art. 26 de la CADH. Ello es así dado que los DESCA no pueden ser subsumidos dentro de la categoría de los DCP, sino que el tratamiento interpretativo adecuado debe consistir en entender a ambas categorías de derechos como una unidad de derechos humanos indivisible, interdependiente, desprovista de un orden jerárquico, sin subordinaciones, categorizaciones ni separaciones entre sí, a los efectos de lograr una mayor protección jurídica de los derechos del ser humano.

A partir del caso Lagos del Campo vs. Perú, la Corte IDH comenzó a analizar las violaciones perpetradas por los Estados parte hacia los DESCA, “ya no a través de la conexidad o vía indirecta, subsumiendo el contenido de los DESCA en los derechos civiles y políticos; sino teniendo una visión social más amplia de las violaciones que se presenten en los futuros casos” (Corte IDH, 2017, Caso Lagos del Campo vs. Perú, serie C, n.º 340).

#### **4. EL DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO AUTÓNOMO A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS**

La Corte IDH considera al derecho a la salud como un derecho autónomo; así lo estableció, por primera vez, en el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile: “El derecho a la salud es un derecho autónomo protegido por el artículo 26 de la Convención Americana” (Corte IDH, 2018, Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, serie C, n.º 349.). Por tanto, no se halla supeditado a ningún otro derecho; no depende de su vinculación con otros derechos para ser exigible, toda vez que representa un derecho subjetivo y fundamental en sí mismo, que posibilita el desarrollo de la persona y de la dignidad humana. En definitiva, esto significa que “puede exigirse su cumplimiento sin conexidad con algún otro derecho debido a que su carácter protector de diversos intereses le da la categoría de fundamental” (Pérez Fuentes et al., 2019, p. 115).

La Corte IDH juzga al derecho a la salud como autónomo al ponderar tres puntos de análisis:

- a) El derecho a la salud es autónomo porque surge de la remisión que el art. 26 de la CADH formula a la Carta de la OEA; es el conjunto de normas contenidas

en ella —en especial los arts. 34.i, 34.l y 45.h— lo que dota de autonomía al derecho a la salud para hacerlo justiciable; es decir, es la conjunción entre el art. 26 de la CADH y las disposiciones de la Carta de la OEA la que consagra la protección del derecho a la salud como prerrogativa autónoma y lo incorpora dentro de la órbita tutelar de la Corte IDH. En síntesis, para el máximo tribunal interamericano, la referencia practicada por la Carta de la OEA goza de la suficiente sustancialidad y especificidad como para que se reconozca, dentro de su estructura, la plena existencia del derecho a la salud. Se extrae como conclusión que la Carta de la OEA reconoce el derecho humano a la salud mediante la derivación implícita consagrada en el art. 26 de la CADH.

- b) La Corte IDH utiliza como fuente de interpretación de normas el art. 29<sup>13</sup> de la CADH, el cual prohíbe que las disposiciones de la CADH puedan ser interpretadas como limitaciones o exclusiones de goce y ejercicio de derechos intrínsecos al ser humano, ya sea que estén reconocidos por la legislación interna de los Estados parte; que figuren en otro tratado suscripto por uno de los Estados firmantes; que se deriven de la forma democrática de gobierno, o que estén previstos en la DADDH. Por ello, el derecho a la salud, más allá de que no esté citado literalmente en la CADH, no puede ser objeto de limitaciones ni exclusiones que afecten su categoría autónoma.
- c) El derecho a la salud está previsto en el art. XI de la DADDH, su enunciación es clara y precisa; por tanto, impide cualquier tipo de objeción tendiente a desvirtuar el carácter autónomo del derecho a la salud: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales” (DADDH, 1948, art. XI). La norma posee un efecto vinculante para los Estados parte de la CADH, puesto que esta última, en su art. 29, punto d), prohíbe excluir o limitar los derechos de la DADDH. En el mismo sentido, existe una interrelación entre la CADH, la Carta de la OEA y la DADDH, materializada por la Corte IDH a través de su Opinión Consultiva OC-10/89: “La Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración” (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89, 14 de julio de 1989, serie A).

13 Artículo 29 de la CADH (1969): “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

En suma, no puede negarse la autonomía del derecho a la salud sin violentar: 1) el reconocimiento dado por el art. 26 de la CADH, mediante remisión a la Carta de la OEA; 2) los arts. 34.i, 34.l y 45.h de la Carta de la OEA; 3) el art. 29 de la CADH; 4) el art. 10 del PACADH, y 5) el art. XI de la DADDH. Los textos enumerados componen, así, una ineludible fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la CADH, conducente a afianzar la plena efectividad del derecho a la salud en sus respectivos órdenes jurídicos internos.

## **5. LA CORTE IDH Y SU COMPETENCIA PARA INTERVENIR EN TODO CASO DONDE SE DENUNCIE LA VIOLACIÓN AL DERECHO A LA SALUD POR PARTE DE LOS ESTADOS SIGNATARIOS DE LA CADH**

La competencia que detenta la Corte IDH para intervenir en cualquier litigio donde se disputen derechos y obligaciones, derivados de la CADH, se fundamenta en el art. 62.3 de esta; el requisito que se debe cumplir es que los Estados parte hayan reconocido su competencia. Como se ha visto, los Estados miembros de la CADH están obligados a respetar y garantizar el derecho a la salud contemplado en el art. 26 de la norma convencional, en función de la responsabilidad asumida mediante el art. 1.1 —obligación de respetar los derechos—. Asimismo, el art. 63.<sup>14</sup> autoriza a la Corte IDH a disponer que, en los casos en que se determine una violación del derecho en cuestión, se proceda a garantizar a la persona afectada el goce de su derecho. Por otro lado, la Corte IDH también podrá ordenar medidas reparatorias a los fines de restaurar, en la medida de lo posible, el menoscabo infligido al derecho violentado. En consecuencia, tales artículos otorgan una jurisdicción plena a la Corte IDH para intervenir en la protección directa de todos los derechos y garantías establecidos en la CADH.

Pese a lo expuesto, la competencia de la Corte IDH para abordar casos donde se disputen DESCA ha sido objetada en el Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, por el Estado litigante, el cual alegó que el tribunal carece de la competencia para dirimir en forma directa en la vulneración del art. 26 de la CADH, ya que su actuación supondría un exceso de sus límites jurisdiccionales. El cuestionamiento a la competencia directa de la Corte IDH, para declarar la violación autónoma del derecho a la salud, se ha convertido así en una de las principales impugnaciones interpuestas por los Estados, con el fin de evadirse de su responsabilidad internacional. Por tanto, es necesario examinar las distintas vertientes de la objeción.

14 Art. 63.1 de la CADH (1969): “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

El Estado chileno señaló que la esfera competencial de la Corte IDH, establecida en el ya analizado Caso Lagos del Campo vs. Perú, debía reducirse al caso concreto, no pudiendo derivarse de ella una competencia de tipo general; sostuvo que la República de Chile no ha ratificado el PACADH y, por tanto, se encuentra eximida de la órbita jurisdiccional de la Corte IDH en lo que a violaciones de DESCA se refiere; por ende, afirmó que la atribución de competencia contenciosa a un tribunal debe ser expresa<sup>15</sup>. Este razonamiento debe ser rechazado, ya que la obligación de respetar los DESCA no surge exclusivamente del PACADH, sino que la propia CADH, en su art. 26, por remisión a la Carta de la OEA, impone a sus Estados signatarios el deber de respetarlos y garantizarlos.

Otro de los argumentos más frecuentes utilizados por los Estados con el objeto de desasirse de la competencia de la Corte IDH es el que asegura que la capacidad competencial de la Corte IDH, dentro del ámbito de los DESCA, está estrictamente restringida a los derechos de libertad sindical y al derecho a la educación. Este argumento limitativo de la justiciabilidad de la Corte IDH tiene su fuente en el art. 19.6<sup>16</sup> del PACADH, el cual indica que únicamente los derechos contemplados en su art. 8.1.a —garantiza derechos sindicales— y su art. 13 —consagra el derecho a la educación— pueden dar lugar, mediante la participación de la CIDH y, cuando proceda, de la Corte IDH, a la aplicación del sistema de peticiones individuales previsto por los arts. 44 a 51 y 61 a 69 de la CADH. Adoptar este criterio implicaría confinar la tutela jurisdiccional de la Corte IDH sobre los DESCA solo a casos en los que se vulneren derechos sindicales o educativos; en vista de ello, quedaría vedada la posibilidad de convertir en justiciable, dentro del plano de la Corte IDH, el derecho a la salud, ya que la petición ante la CIDH, que posibilita la intervención de la Corte IDH, no podría realizarse. Dicha visión jurídica buscaría demostrar que los Estados que integran la CADH no han brindado su consentimiento para admitir la competencia de la Corte IDH en litigios convencionales, donde se discuta el derecho a la salud.

Se trata, entonces, de una corriente de pensamiento que intenta imponer el modelo de justiciabilidad del PACADH —que solo admite peticiones ante la CIDH, en relación con derechos laborales y derechos educativos— por sobre el de la CADH —establecido en sus arts. 1, 2, 26, 62.3 y 63—. En este punto debe tenerse

15 Escrito de alegatos finales del Estado de Chile, causa n.º CDH-10-2016/101, “Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile” ante la Corte IDH. Disponible en este enlace: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/poblete\\_vilches\\_cl/alefest.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/poblete_vilches_cl/alefest.pdf)

16 Art. 19.6 del PACADH (1988): “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

en cuenta que, previo a la modificación jurisprudencial plasmada por la Corte IDH en el Caso Lagos del Campo vs. Perú, en la vía contenciosa,

la Corte IDH ha podido conocer directamente los asuntos del Protocolo San Salvador cuando sean provenientes de la Comisión, y cuando se refieran a los derechos a la educación o al derecho a la sindicación. Sin embargo, la protección de los otros derechos económicos, sociales y culturales, como el derecho a la salud, la estrategia argumentativa de la Corte IDH ha sido el empleo de la técnica de conexidad e interdependencia e indivisibilidad de los derechos. (Robles, 2016, p. 221)

Cabe dilucidar, entonces, si el art. 19.6 del PACADH posee efectivamente una fuerza restrictiva capaz de limitar la competencia de la Corte IDH en lo atinente al derecho a la salud. El abordaje de pactos de derechos humanos nunca puede reducirse a tratamientos separatistas y paralelos que tiendan a escindir el contenido de sus derechos y obligaciones en compartimentos estancos; por el contrario, la articulación entre ellos debe ser sistémica. Desde este entendimiento, el resguardo al derecho a la salud está contenido en el art. 26 de la CADH; dicho texto configura una norma de remisión que asegura la protección de los derechos y libertades enunciados en la Carta de la OEA.

Esta derivación es un claro ejemplo de integración legislativa internacional en el marco del SIDH. Los esfuerzos doctrinarios orientados a fabricar una aparente incompatibilidad entre el PACADH y el CADH, en materia de incumbencias jurisdiccionales y de justiciabilidad de la Corte IDH, pierden su lógica cuando el propio PACADH, en su art. 10, consagra el derecho a la salud; es decir, admitir el criterio según el cual el PACADH priva a la Corte IDH de su competencia para intervenir en casos donde se discutan DESCA, en especial el derecho a la salud, atentaría contra la propia razón de ser del PACADH, porque los DESCA carecerían de un tribunal supranacional que los proteja. La finalidad del PACADH, consistente en proteger a los DESCA, quedaría coartada por una disposición incongruente del propio protocolo. En efecto, la seguridad jurídica interamericana sufriría un daño irreversible si se admitiera un razonamiento tan discordante de la armonía que debe primar entre los tratados de derechos humanos.

No puede dejar de señalarse que el PACADH es, nada más ni nada menos, que un protocolo adicional a la CADH. El PACADH no modifica a la CADH; solo es un instrumento adicional a ella. Por tanto, cualquier tipo de discrepancias entre ellos está salvado por lo ya establecido en la CADH. Ello es así por diferentes disposiciones de la CADH, a saber: a) el derecho a la salud está previsto en su art. 26; b) sus arts. 1 y 2 obligan a respetar los derechos y garantías reconocidos en ella; y c) su art. 62.3 otorga competencia a la Corte IDH para dirimir en litigios donde se debatan las disposiciones contempladas en la CADH, toda vez que

la Corte IDH es su máxima intérprete. Asimismo, “la propia vinculación del derecho a la salud con otros derechos, tal como la vida o la integridad física, posibilitarían su tutela a través de estos últimos, habiéndose considerado que el incumplimiento de ciertas obligaciones referentes al estado físico, moral o psíquico de un sujeto vulnera los artículos 4 y/o 5 de la CADH” (Garat, 2015, p. 64).

Por lo analizado, la Corte IDH considera que no se pueden interpretar las limitaciones formuladas por el PACADH, en su art. 19.6, como un mandato que restrinja tanto su competencia como los derechos de la CADH. El hecho de que los Estados suscriban un protocolo relacionado con la CADH, y delimiten la competencia de la Corte IDH para intervenir solo en determinados aspectos normativos de dicho pacto, no implica que la restricción contenga consecuencias limitativas sobre la competencia que detenta la Corte IDH para conocer sobre violaciones a la CADH. Por el contrario, la Corte IDH (2018) observa lo siguiente:

Una interpretación sistemática y de buena fe de ambos tratados lleva a la conclusión de que, al no existir una restricción expresa en el Protocolo de San Salvador, que limite la competencia de la Corte para conocer sobre violaciones a la Convención, esta limitación no debe ser asumida por este Tribunal. (Caso Cuscul y otros vs. Guatemala, 23 de agosto de 2018, serie C, n.º 359, párr. 88)

En definitiva, un protocolo adicional es incapaz de alterar el alcance de los derechos comprendidos en la CADH, puesto que no configura la hipótesis de una reforma convencional. Esta se halla expresamente prevista en el art. 76<sup>17</sup> de la CADH, que establece que solo mediante una propuesta de enmienda, aprobada por dos tercios de los Estados parte, podría modificarse en algún aspecto específico la CADH. Por consiguiente, si la CADH no está siendo objeto expreso de reforma, se debe evitar atribuirle a un protocolo adicional el rango de tratado modificativo. En conclusión: si el PACADH carece de la aptitud para modificar la CADH, no puede limitar su contenido y alcance.

## EL CARÁCTER PROGRESIVO DEL DERECHO A LA SALUD

El principio de progresividad rige en materia de protección del derecho a la salud, dado que este forma parte de los DESCA; consiste en la obligación convencional —asumida por los Estados parte en virtud del art. 26 de la CADH— de

17 Art. 76 de la CADH (1969): “1. Cualquier Estado parte directamente y la Comisión o la Corte por conducto del Secretario General pueden someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, una propuesta de enmienda a esta Convención. 2. Las enmiendas entrarán en vigor para los Estados ratificantes de las mismas en la fecha en que se haya depositado el respectivo instrumento de ratificación que corresponda al número de los dos tercios de los Estados Partes en esta Convención. En cuanto al resto de los Estados Partes, entrarán en vigor en la fecha en que depositen sus respectivos instrumentos de ratificación”.

lograr progresivamente la plena efectividad de los DESCA en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Esta exigencia otorga un margen de flexibilidad a los Estados que les permite ajustar sus plazos de cumplimiento del compromiso internacional asumido, a una modalidad paulatina, acorde con sus realidades sociopolíticas y recursos económicos. El deber estatal de instaurar avances legislativos y políticas públicas, orientado a fortalecer los DESCA, deriva, para la Corte IDH, de lo establecido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante CDESC), el cual ha afirmado que la plena efectividad de los DESCA “no podrá lograrse en un breve período de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad” (Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, n.º 198).

Sin embargo, la realización gradual de los DESCA no supone una autorización a los Estados para que sometan a un suspenso eterno su reglamentación; por el contrario, la progresividad prohíbe la inactividad de los Estados “en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal” (Corte IDH, Caso Cuscul y otros vs. Guatemala, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, n.º 359, párr. 146). Por esa razón, el principio de progresividad del derecho a la salud propone que las medidas estatales tendientes a asegurar su desarrollo y progreso “se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos” (Comisión IDH, “Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador”, OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10, p. 25). En consecuencia, la evolución continua de los DESCA, exigida por la progresividad, entendida como una progresión permanente de derechos, no debe ser objeto de interpretaciones que distorsionen el contenido significativo de la obligación; esto es, los Estados no pueden ampararse en la propia cualidad progresiva de los DESCA para justificar sus retardos en la adopción de disposiciones para hacerlos plenamente efectivos.

Teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, se puede extraer del art. 26 de la CADH dos tipos de obligaciones: a) progresivas: destinadas a lograr el fortalecimiento de los DESCA a través de la inserción gradual, pero persistente a lo largo del tiempo, de una serie de medidas que pueden consistir en avances legislativos, políticas públicas, reformas normativas, etc.; dichas acciones estatales deben ser expeditas y eficaces; b) inmediatas: son obligaciones que exigen un efecto y cumplimiento inmediato, a los fines de proteger a los DESCA; entre las más importantes, se destacan: 1) garantizar que los derechos pertinentes se

ejercerán sin discriminación —art. 2.2<sup>18</sup> del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC)— y 2) adoptar medidas para la protección de los derechos —art. 2.1<sup>19</sup> del PIDESC—. El carácter inmediato de estas obligaciones supone para los Estados el compromiso inexcusable de implementar medidas eficaces con el fin de asegurar el acceso, sin ningún tipo de discriminación, a las prestaciones reconocidas por cada DESCA; para la Corte IDH deben ser: adecuadas, deliberadas y concretas.

A su vez, puede concluirse que el principio de progresividad está compuesto por dos subprincipios: a) gradualidad: significa que los Estados tienen que generar disposiciones activas que permitan, de manera sucesiva y escalonada, mejorar la calidad y goce de los DESCA en sus respectivas sociedades, valiéndose, eminentemente, de obligaciones de naturaleza positiva, es decir, obligaciones de hacer, que brinden los medios necesarios para satisfacer las exigencias de efectividad de los DESCA. En este aspecto, la Corte IDH advierte que “la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos” (Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, n.º 198, párr. 102); b) no regresividad: es una obligación negativa que consiste en la prohibición de ejecutar políticas estatales o medidas gubernamentales que afecten, atrasen o limiten el ejercicio de los DESCA. Los Estados deben abstenerse de sancionar leyes, decretos ejecutivos, actos administrativos o cualquier otro precepto cuya aplicación suponga un retroceso en el nivel alcanzado de protección, goce y ejercicio de los DESCA.

Mediante el principio de no regresividad, “el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos, por lo que simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o de derogar los derechos ya existentes” (Stinco, 2019, p. 58). Empero, a juicio de la Corte IDH, la obligación de no regresividad no siempre debe ser entendida como una prohibición absoluta y rigurosa que cercene a los Estados la eventual posibilidad de modificar cualquier DESCA. Al respecto, el tribunal comparte el criterio de la CIDH: “La Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si

18 Art. 2.2 del PIDESC: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

19 Art. 2.1 del PIDESC: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso” (Corte IDH, Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, n.º 198, párr. 103), de lo que se desprende que el principio de no regresividad contempla una excepción: si la medida regresiva se halla debidamente fundada, la CIDH, o en su caso la Corte IDH, puede habilitar su inserción.

Finalmente, es oportuno mencionar que tanto el principio de progresividad como sus subcomponentes —gradualidad y no regresividad— son pasibles de ser justiciables ante la Corte IDH siempre que se encuentren involucrados los DESCA.

## INTERDEPENDENCIA E INDIVISIBILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD

El derecho a la salud está consagrado en el art. 26 de la CADH, el cual protege todos los DESCA incorporados por la Carta de la OEA al SIDH; por ello, las características de interdependencia e indivisibilidad de los DESCA entrañan una incidencia notoria en la tutela del derecho a la salud, al ser este un derecho social. Esta tesis supone que los DESCA son indivisibles e interdependientes de los DCP, en función de lo establecido por el paradigma que predominó durante la construcción histórica de los derechos humanos fundamentales. Prueba de ello es lo establecido por la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán de 1968, la cual proclamó la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos en su art. 13: “Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible”. Y la dispuesto por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993, en su art. 5: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí”. Esto significa que los DESCA y los DCP no pueden ser entendidos como grupos de derechos separados, sino que forman parte de la misma integralidad de derechos humanos, es decir, son parte de un todo, indivisible e interdependiente.

Dentro del ámbito interamericano, el propio PACADH (1988), en su preámbulo, recupera el enfoque integrador de los derechos humanos: “Considerando la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana”. De modo que la indivisibilidad del derecho a la salud, en tanto DESCA, significa que forma parte de una unidad de derechos fundamentales que, por su naturaleza elemental, son

inseparables unos de otros; entre ellos no existen jerarquías, todos se encuentran en el mismo nivel, sin ningún tipo de preponderancias.

De igual manera, la indivisibilidad torna inadmisibile el resguardo de un derecho humano en detrimento de otro: no pueden disociarse. Este universo de derechos humanos también se caracteriza por ser interdependiente, es decir, cada uno de los derechos que lo componen están interrelacionados “porque la violación de uno acarrea a menudo la violación de otros” (Niiken, 2010, p. 70). Si se vulnera el derecho a la salud, indefectiblemente, se está afectando el derecho a la vida, ya que sin adecuados tratamientos médicos, la vida puede truncarse.

Para la Corte IDH, la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos consagrados en la CADH —entre los que se incluye el derecho a la salud— niegan “cualquier separación, categorización o jerarquía entre derechos, para efectos de su respeto, protección y garantía” (Corte IDH, Caso Cuscul y otros vs. Guatemala, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, n.º 359, párr. 86), siendo exigibles en todos los casos ante las autoridades competentes. En resumen, los DESCA y los DCP conforman un bloque único, igualitario e indisociable, en atención al reconocimiento de la dignidad humana.

## CONCLUSIÓN

Con base en las consideraciones jurídicas y doctrinarias analizadas en el presente artículo, puede concluirse que el derecho a la salud, actualmente, en el contexto de la jurisprudencia de la Corte IDH, goza de una ostensible protección, efectivizada por el tribunal mediante la instauración de una serie de criterios hermenéuticos que propician su justiciabilidad. El derecho a la salud se aborda de forma directa, ya que se lo considera contemplado en el art. 26 de la CADH, el cual lo integra mediante remisión a la Carta de la OEA. Se lo reconoce, a su vez, como un derecho autónomo; su cumplimiento es exigible sin necesidad de recurrir a la conexidad con ningún otro derecho, en atención a su carácter fundamental. Debe interpretárselo siempre como un DESCA, lo cual implica que es indivisible e interdependiente. Los Estados están obligados por la CADH a garantizar el desarrollo progresivo del derecho a la salud, a los fines de elevar de manera constante y gradual su goce y alcance.

Por último, es inútil que los Estados parte de la CADH continúen esgrimiendo razonamientos destinados a revocar la competencia de la Corte IDH, cuando el objeto del litigio sea el derecho a la salud, basados en el art. 19. 6 del PACADH, puesto que dicho instrumento está limitado por su propia índole adicional, es decir, carece de atribuciones convencionales para modificar la capacidad

competencial de la Corte IDH, dada por el art. 62.3 de la CADH, en la medida en que no constituye una reforma bajo los términos de su art. 76.

En definitiva, las diversas pautas interpretativas examinadas posibilitan que la Corte IDH califique al derecho a la salud como una obligación convencional, justiciable e ineludible para los Estados signatarios de la CADH.

## REFERENCIAS

- Basaure, M. e Isaac, M. (2018). Los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pena de muerte. *Revista Tribuna Internacional*, 14(7). <https://revistas.uchile.cl/index.php/RTI/article/view/49185/54819>
- Castro, B. y Ces, I. (18 de marzo de 2020). Varios países latinoamericanos cierran fronteras o decretan toque de queda por el COVID-19. *Euronews*. <https://es.euronews.com/2020/03/18/varios-paises-cierran-fronteras-decretan-toque-de-queda-o-cuarentenas-en-latinoamerica>
- Castro, B. y Ces, I. (18 de marzo de 2020). Varios países latinoamericanos cierran fronteras o decretan toque de queda por el covid-19. *Euronews*. <https://es.euronews.com/2020/03/18/varios-paises-cierran-fronteras-decretan-toque-de-queda-o-cuarentenas-en-latinoamerica>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1997). *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador* [OEA/Ser.L/V/II.96. Doc. 10 rev.1]. <http://www.cidh.org/countryrep/Ecuador-sp/Capitulo%202.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humano. (2016). *Escrito de alegatos finales del Estado de Chile, causa No. CDH-10-2016/101, “Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/poblete\\_vilches\\_cl/alefest.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/poblete_vilches_cl/alefest.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (14 de abril de 2020). Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20: COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales [comunicado de prensa]. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/alerta/comunicado/cp-27-2020.html>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (14 de julio de 1989). Opinión Consultiva OC-10/89, serie A, n.º 10. [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_10\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú, sentencia del 1 de julio de 2009, serie C, n.º 198. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_198\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). Caso Lagos del Campo vs. Perú, sentencia del 31 de agosto de 2017, serie C, n.º 340. [https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec\\_340\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Caso Cuscul y otros vs. Guatemala, sentencia del 23 de agosto de 2018, serie C, n.º 359. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile, sentencia del 8 de marzo de 2018, serie C, n.º 349. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_349\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf)
- Courtis, C. (2014). Derechos económicos, sociales y culturales. Artículo 26. Desarrollo Progresivo. En C. Steiner y P. Uribe (Eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Bogotá: Temis. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4710/20.pdf>
- Galindo, J. (25 de agosto de 2020). Las cuarentenas infinitas de América Latina. *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2020-08-25/las-cuarentenas-infinitas-de-america-latina.html>
- Galindo, J. (25 de agosto de 2020). Las cuarentenas infinitas de América Latina. *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2020-08-25/las-cuarentenas-infinitas-de-america-latina.html>
- Garat, M. P. (2015). El tratamiento del derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, (11), 59-79. <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/724>
- Hitters, J. C. (2013). Un avance en el control de convencionalidad (el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana). *Estudios Constitucionales*, (2), 695-710. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So718-52002013000200018](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So718-52002013000200018)

- Naciones Unidas. (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Bogotá: UN.
- Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Nueva York: UN.
- Naciones Unidas. (1968). *Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán*. Teherán: UN.
- Naciones Unidas. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San José: UN.
- Naciones Unidas. (1969). *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Viena: UN.
- Naciones Unidas. (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. San Salvador: UN.
- Naciones Unidas. (1993). *Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena*. Viena: UN.
- Nikken, P. (2010). La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, (52), 55-140. <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2019/08/5d65379ae9697.pdf>
- Organización de los Estados Americanos (OEA) (1948). *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Bogotá: OEA. [http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-41\\_carta\\_OEA.asp](http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp)
- Pérez Fuentes, C. A., Hernández Peñaloza, F. A., Leal Castañeda, K. y Castillo Calderón, D. F. (2019). Análisis jurisprudencial del derecho a la salud en Colombia. *Revista Academia & Derecho*, (19), 87-124. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/academia/article/view/6010/5536>
- Robles, M. Y. (2016). El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014). *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (35), 199-246. [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1405-91932016000200199](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000200199)
- Rodríguez Rescia, V. (2009). *Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: guía modelo para su lectura y análisis*. San José: Instituto

Interamericano de Derechos Humanos. [https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1574/lectura\\_sentencias-corte-idh.pdf](https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1574/lectura_sentencias-corte-idh.pdf)

Stinco, J. (2019). El principio de progresividad en materia de derechos fundamentales. *Revista de Abogacía*, (5), 49-62.

Teijo García, C. (2010). Algunas reflexiones sobre la evolución de la tutela de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) en el sistema interamericano. *Revista de la Facultad de Derecho*, 1(1), 77-87. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/5879/6752>

Tinjacá, D. (14 de julio de 2020). La pandemia desborda a Latinoamérica y colapsa sus frágiles sistemas de salud. *Agencia EFE*. <https://www.efe.com/efe/america/sociedad/la-pandemia-desborda-a-latinoamerica-y-colapsa-sus-fragiles-sistemas-de-salud/20000013-4296752>

# La problemática para el derecho civil de la aplicación del reconocimiento internacional de las adopciones por parejas homosexuales desde el punto de vista del derecho comparado de en los sistemas civilístico y angloamericano

## The civil law problem in the international recognition of gay adoptions from the viewpoint of comparative law of the civil law and angloamerican systems

*Isidoro Casanueva Sánchez\**

---

Fecha de recepción: 17 de marzo de 2020

Fecha de aceptación: 20 de abril de 2020

---

### RESUMEN

La adopción de menores por parejas homosexuales es un fenómeno reciente que plantea numerosos interrogantes, tanto desde su concepción, aceptación y reconocimiento internacional, que pueden generar conflictos entre derechos fundamentales, a nivel interno pero también a nivel internacional. En este texto se abordan algunas tensiones y discusiones surgidas en la doctrina y la jurisprudencia junto a sus implicaciones prácticas.

**Palabras clave:** Adopción. Derecho civil. Derechos fundamentales. Reconocimiento internacional de actos jurídicos

### ABSTRACT

Gay adoptions are a recent phenomenon that suggest many questions, from its conception to its international recognition that may introduce conflicts among fundamental rights, internally and internationally. This text addresses some tensions and discussions that have arisen in doctrine and jurisprudence together with their practical implications

**Keywords.** Adoption. Civil law. Human rights. International recognition of acts.

\* Licenciado en Derecho y Doctor en Derecho. Profesor de Derecho privado de la Universidad de Extremadura. Correo ics@unex.es

## INTRODUCCIÓN

La polémica modificación del Código civil español que abrió las puertas a los matrimonios entre parejas del mismo sexo ha supuesto una revolución en nuestro ordenamiento iusprivatístico, sin parangón desde la reforma que introdujo la disolución voluntaria del vínculo matrimonial, o divorcio. Mucho ha llovido desde entonces, y lo que había aparecido como una reforma polémica que algunos calificaron de “catástrofe”, hoy está plenamente consolidada y nuestro Código civil estaría alejado de la realidad social de nuestro país sin ella. La introducción del divorcio se hizo para modernizar nuestra legislación asemejándola a la de los países de nuestro entorno. Sin embargo la extensión del matrimonio a parejas del mismo sexo es una reforma revolucionaria, en el sentido de que no es una adaptación a la legislación de nuestro entorno, sino que es una novedad que sólo Holanda había introducido hasta el momento. Lo que espera el legislador patrio es ser de los primeros en transitar por un sendero que espera que otros muchos recorran. Ríos de tinta se han escrito sobre esta reforma (como ocurrió en su momento con aquella del divorcio). No es mi intención incidir en ese aspecto más en este momento, pues el objetivo del presente artículo es otro: comentar una consecuencia lógica de la reforma que de ella se desgaja y naturalmente debe aparecer en la realidad jurídica y ponerse de manifiesto, como veremos que está ocurriendo ya.

Los cambios en la Ley traen siempre consigo una serie de consecuencias. Unas son buscadas por el legislador, que al modificar la norma busca unos efectos por él deseados. Lo que ocurre es que esos efectos no se agotan donde se desea inicialmente. Las acciones y omisiones legislativas además de esas consecuencias deseadas traen otras no previstas, algunas deseables y otras de al menos dudosa conveniencia. La extensión del negocio jurídico matrimonial a uniones entre personas del mismo sexo ha supuesto un ligero cambio en la redacción del artículo 44 del Código civil español que define el matrimonio, y por ende, de la Ley 13/2005 de 1 de julio, que sin embargo implicó un inmenso cambio en la concepción jurídica de la institución del matrimonio. Las consecuencias directas son las conocidas y deseadas por el legislador: que personas del mismo sexo puedan unirse en matrimonio. Ello conlleva que estas uniones no puedan diferenciarse de las uniones matrimoniales tradicionales entre hombre y mujer. Los efectos del matrimonio han de ser los mismos en todas las uniones y lo contrario sería vulnerar el espíritu de la reforma. Como veremos, la realidad nos trae efectos que no habían sido previstos y que pueden traer consecuencias no deseadas en una primera aproximación.

Que el matrimonio es la categoría civil más adecuada para el más correcto desenvolvimiento de la vida familiar en pareja es algo que tradicionalmente se ha dado por hecho, pero los tiempos cambian y la realidad evoluciona. Aunque

siempre se ha entendido, debido a la constante influencia que la religión católica ha tenido sobre esta institución civilística, que el matrimonio era para toda la vida y probablemente así aspiran a que sea la mayoría de las parejas que a él acceden, lo cierto es que de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística, la convivencia suele durar, como media, 15,6 años. Algo más de la mitad de los matrimonios rotos el año 2009 tenía hijos menores de edad. En el 57% de los casos se asignó una pensión alimenticia cuyo pago recayó mayoritariamente en el padre (88,7%). La custodia, sin embargo, recae en las madres en un 84% de las veces. El gran salto en el aumento del número de divorcios tuvo lugar en el período que va desde 2005 (cuando se aprobó la reforma del divorcio, pasando este a ser concedido por los Tribunales sin necesidad de alegar causa alguna y sin obligación de un período mínimo de separación previa) al año 2006, en el que aumentaron más de un 70%; aunque después su número no ha dejado de caer poco a poco.

La adopción es una de las prerrogativas que el Código civil otorga a los ciudadanos. No es necesario el matrimonio para adoptar. La adopción individual está contemplada dentro de la amplitud de la figura, lo cual incluye por supuesto que una persona homosexual pueda adoptar de forma individual<sup>1</sup>. También pueden adoptar las parejas de hecho heterosexuales. El problema surge cuando la adopción es pretendida por una pareja o matrimonio compuesto por dos personas del mismo sexo de forma conjunta. Si un homosexual puede adoptar de forma individual (denominada adopción monoparental), ¿Cuál es el problema para que dos personas homosexuales puedan adoptar, no de forma individual, sino como pareja? Desde la perspectiva civilística, la reforma del Código civil ha abierto la puerta a este tipo de adopciones a través de la nueva redacción del Art. 175.4<sup>2</sup>. La equiparación total en cuanto a requisitos y efectos que ha introducido el Art. 44 no deja lugar a dudas: la adopción se permite a todas las uniones matrimoniales<sup>3</sup>. Otra cosa es la perspectiva registral y administrativa, que plantea muchos más problemas, dada la falta de adecuación del legislador de la normativa sobre adopción fuera del código civil.

La oposición al acceso a la adopción conjunta por una pareja de homosexuales es poderosa, pero como afirma el refundador del utilitarismo John Stuart Mill en el siglo XIX: toda la historia de los avances sociales es una serie de transiciones, en las que una tradición o costumbre tras otra, de ser considerada de

- 1 Lo contrario sería una flagrante vulneración del art. 14 de la Constitución. Ha de añadirse que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia *E.B. v. Francia* de 22 de enero de 2008, estableció que en materia de adopción no es posible la discriminación en base a la orientación sexual del adoptante.
- 2 Incluso algunas leyes autonómicas han introducido el permitir la posibilidad de adoptar para las parejas de hecho homosexuales (Navarra, País Vasco, Cantabria, Aragón y Cataluña).
- 3 Como indica Judith Solé Resina, ("Adopción y parejas homosexuales", en Navas Navarro. *Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, 2006, pp. 209 y 218) sin diferenciación entre "en" y "por" parejas homosexuales.

primera necesidad para la coexistencia social, pasa al elenco de las consideradas universalmente injustas y tiránicas, como ha sido el caso de la distinción entre esclavos y personas libres, entre nobles y siervos o patricios y plebeyos; y así será, siéndolo ya en parte, para con las predominancias en materia de color, raza y sexo. La utilidad es el beneficio de los individuos y de la sociedad en general que traen esos avances. En este artículo pretendemos mostrar que, una vez reconocidos los matrimonios homosexuales, el legislador no puede constitucionalmente eludir abordar la cuestión de la adopción por tales parejas. Ello conlleva el análisis del principio de utilidad de las categorías jurídicas para la sociedad en general y que la adopción por personas homosexuales entre o no en conflicto con los ideales de justicia moral y ecuanimidad. La principal razón es que cuantos menos niños tenga que custodiar el Estado, será mejor para la sociedad; y si se hace feliz a una serie de adultos otorgándoles el cuidado de esos niños, además de reducir la carga del Estado, se incrementa el nivel de felicidad de los ciudadanos, que debe ser el primer objetivo del Estado<sup>4</sup>. Pero en el otro lado de la balanza se encuentra la garantía más allá de toda duda razonable de que el interés del menor quedará garantizado.

Se habla habitualmente, en otro orden de cosas, del “final del instituto de la familia”, o al menos de una desestructuración o pérdida de valores de la familia tradicional, aunque la institución de la familia lo que está es en proceso de renovación y de pluralización. El tipo tradicional de familia seguirá existiendo, con su tradicional escala de valores, pero vamos a asistir a su coexistencia con otros tipos de familias que hasta ahora eran desconocidas, como la familia de progenitores homosexuales, donde se comparte una serie de valores con la familia tradicional (a la vez que se incorporan nuevos principios de tolerancia, libertad, intimidad e igualdad sexual<sup>5</sup>) a los que no hemos estado acostumbrados ni han sido muy usados hasta hace bien poco.

Quizá este artículo plantee más interrogantes que soluciones desde el punto de vista del Derecho positivo, pero dada la situación de la doctrina legal en este momento, no puede ser de otra manera. Esas soluciones han de venir dadas por el legislador. Del sentido que se dé a la adaptación de diversas normas de nuestro ordenamiento a la modificación del Código civil de hace ya cinco años dependerá el futuro de la institución de la adopción en el Derecho patrio y, tal y como mencionaremos en el curso de este artículo, la futura felicidad de muchas parejas y el bienestar de muchos niños que no gozan de un hogar.

4 Sandel, Michael J. *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2009, pp. 186 y 187.

5 El sexo, o mejor dicho, la sexualidad, que no era cuestión excesivamente relevante en las relaciones familiares hasta hace unas décadas, se ha convertido, sin embargo, en una de las cuestiones principales en los cambios que el Derecho de familia ha venido experimentando. Puede verse la gran variedad de asuntos que la pluralidad de la sexualidad está representando en esta evolución en: Leonard, Arthur S. *Sexuality and the law*, Nueva York, Routledge, 1993.

## EL MATRIMONIO: LOS DERECHOS Y DEBERES QUE IMPLICA EN RELACIÓN A LA ADOPCIÓN

España ha sido uno de los países pioneros<sup>6</sup> en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo. A pesar del debate que ha suscitado en la sociedad, la reforma es un hecho y ahora hay que analizar sus consecuencias y las novedades que ha traído a la convivencia. Lo primero que hay que decir es que no nos encontramos propiamente ante un reconocimiento de estas uniones. Es una equiparación en toda regla. Tal y como ha quedado redactado el artículo 44 Cc, el legislador ha hecho especial hincapié en dejar meridianamente claro que legalmente no puede existir, y de hecho no existe, diferencia alguna entre matrimonios convencionales heterosexuales y homosexuales. Y ello es aplicable tanto a los requisitos como a los efectos del matrimonio.

Uno de los efectos que trae consigo el matrimonio es la procreación dentro de un entorno familiar tal y como se ha entendido tradicionalmente, y que da lugar a la filiación matrimonial. La filiación matrimonial puede aparecer como consecuencia del nacimiento de un hijo de forma natural, con concepción asistida o sin ella, o por adopción legal. Para los matrimonios heterosexuales, este es un proceso sin mayores complicaciones, sean procedentes de la naturaleza o del Derecho. Pero para los matrimonios homosexuales, el poder tener hijos parece un proceso donde los obstáculos naturales aparecen a primera vista como insalvables, y los legales parecen ser muchos. Ciertamente la naturaleza no es aliada de cara a la procreación por parte de las parejas homosexuales<sup>7</sup>. Y recordemos que la procreación no se encuentra ni entre los derechos ni entre los deberes conyugales, como tampoco entre los derechos fundamentales. Existen muchos matrimonios que por no desearlo, tener dificultades o por cualquier otra razón ajena a su voluntad, no tienen descendencia, y no por ello su matrimonio es incompleto o queda privado de alguno de los derechos que le

- 6 Junto a Holanda y Suecia en Europa, México D.F. en Sudamérica y algunos Estados de EE. UU. Para llegar a esta reforma, el camino hasta su maduración ha sido largo, como se describe en: Cantor, Donald et al. *Same sex marriage: The psychological evolution in America*, Middletown, Wesleyan University Press, 2006. Recordemos que en aquél país las relaciones sexuales homosexuales, incluso en privado, estaban criminalizadas en algunos estados hasta el año 2003, fecha en la que Tribunal Supremo de los Estados Unidos las despenalizó en el caso *Lawrence v. Texas* (*Lawrence v Texas*, 539 U.S. 558 [2003]), a pesar de que sólo dieciséis años antes había confirmado su criminalidad en el caso *Bowers v. Hardwick* (478 U.S. 186 [1986]). Y es que ha de tenerse en cuenta que en ese país incluso los matrimonios interraciales estaban prohibidos en algunos estados hasta el año 1967, cuando el Tribunal Supremo los legalizó a través del célebre caso *Loving v. Virginia*, 388 U.S. 1 (1967). Tendencia confirmada en un caso similar con respecto a la custodia de un menor en *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984), donde un padre pretendía que se le retirara la custodia de su hijo a su madre porque esta se había involucrado sentimentalmente con un hombre de raza negra, siendo ella, el marido y el niño, blancos.
- 7 La complejidad de las vicisitudes por las que este tipo de parejas han de pasar para conseguir ser padres o madres son de lo más variopinto. La ciencia ha añadido algunas más a las ya conocidas desde hace tiempo de la adopción o las madres de alquiler, como la fecundación *in vitro*. La literatura acerca de estas es abundante en la red. También se han publicado muchas guías prácticas o incluso relatos novelados: Blanc, Myriam. *Elles eurent beaucoup d'enfants. Histoire d'une famille homoparentale*, Manosque, Le Bec en l'Air, 2005.

son inherentes. Un matrimonio o pareja sin hijo es simplemente una variante más de la diversidad que la realidad ofrece. Estas parejas no gozan por tanto en nuestro ordenamiento jurídico, de ninguna acción para reclamar que el Estado les proporcione la adopción.

## LA ADOPCIÓN COMO DERECHO Y FUENTE DE OBLIGACIONES

La adopción aparece ciertamente configurada como un derecho, pero solemos olvidar que es básicamente del adoptado más que del adoptante. Sin embargo, también estos últimos gozan de ciertos derechos, aunque ya dentro del procedimiento de adopción: el derecho a optar a una adopción o el derecho a hacerlo en igualdad de oportunidades. De hecho, el interés jurídico protegido no es el bienestar del adoptante, sino el del adoptado: es el bienestar del menor en torno a lo que gira la moderna configuración de la adopción. No es el derecho a adoptar el bien jurídico protegido. Nuestra Constitución en ningún momento recoge el derecho a adoptar como un derecho digno de protección. No hay un derecho a adoptar entendido como derecho reivindicable: esto sería desplazar la titularidad del derecho a la adopción, que recae solo sobre el menor adoptado. El derecho a formar una familia en ningún momento implica que la familia tenga que gozar de descendencia, pues hay muchas parejas que no la tienen y no por ello ven sus derechos constitucionales vulnerados. Alegar que la adopción es un derecho constitucional en base al derecho a formar una familia es una tergiversación de qué debemos entender como familia, reduciéndola a la mera procreación. El concepto de familia es mucho más amplio y en él encajan perfectamente las parejas sin descendencia.

Lo mismo podemos alegar en cuanto a ese supuestamente pretendido derecho a la procreación<sup>8</sup>: el derecho a tener hijos tampoco es un derecho constitucionalmente reconocido ni debe ser englobado dentro del derecho a una familia por las mismas razones anteriormente expuestas.

En ambos casos, el superior derecho invocable es el del menor a tener una familia, el cual será en beneficio del menor y no de ningún adoptante. El que el menor goce de una familia sí puede englobarse dentro del derecho a tener una familia y es un derecho que viene dado en interés de la sociedad en general. El interés del menor es el objetivo que busca la adopción<sup>9</sup>. Cualquier consideración que se haga

8 Vid. Wilkins, Richard G., Christensen, Trent y Selden, Eric. "Adult sexual desire and the best interest of the child", en *Saint Thomas Law Journal*, Vol. 18, No. 2, 2005, pp. 543 y 544.

9 Para la conceptualización de en qué consiste el interés del menor: Rivero Hernández. *El interés del menor*. Madrid, Dykinson, 2000, pp. 35 y ss. Aunque no es cuestión pacífica en un buen número de aspectos acerca de hasta dónde alcanza ese interés, pues la concepción de bienestar del menor entra en conflicto en ocasiones con su propio interés. Es por ello que no es tan sencillo en ocasiones esa determinación (Cfr. Michael, Eleanor. "Approaching Same Sex Marriage: How Second-Parent Adoption Cases Can Help Courts Achieve the 'Best

en materia adoptiva ha de verse desde el tamiz de este principio, que debemos considerar como la norma suprema de la adopción. Dicho esto, consideraremos las razones a favor y en contra de la adopción por personas homosexuales sin perder de vista este principio, pero podemos avanzar que negar la posibilidad de que estas personas adopten no es un argumento directo a favor del mejor interés del menor<sup>10</sup>. Restringir la posibilidad de gozar de un hogar de adopción frente a la vida en la inclusa no es un principio general aceptable en su defensa. Además del mejor interés del menor, debemos introducir su concepto correlativo: el menor perjuicio al interés del menor<sup>11</sup>, el cual es un concepto subsidiario cuando en este orden de cosas debemos buscar la alternativa que menor daño le cause, si es que no nos ponemos de acuerdo en cuál es su mejor interés.

La adopción es una figura que como hecho se usa desde los albores de la humanidad (incluso algunos animales la utilizan) y como figura legal se conoce desde el Código de Hammurabi<sup>12</sup>. Como es lógico, si el objetivo intrínseco de las especies es la supervivencia, y esta pasa por que los menores lleguen a la edad adulta y tengan la oportunidad de procrear y conservar la especie, entonces la protección de menor ha de ser uno de los principales objetivos de la especie, y por ende, de una de sus creaciones, el ordenamiento jurídico<sup>13</sup>. Si tenemos en cuenta que un menor solo casi no tiene posibilidades de sobrevivir hasta que no alcanza cierta edad, es lógico que un adulto se haga cargo de él hasta esa edad. La figura que el hombre ha inventado para darle forma jurídica es la adopción. Por ello, la adopción trata de la protección del menor hasta la llegada de este a su edad adulta, y es su interés el que debe primar dentro de la categoría jurídica que hemos configurado como un negocio jurídico y que llamamos adopción. La equiparación legal de todas las filiaciones es una consecuencia más de este principio, y una ayuda para que la adopción sea entendida como un proceso más natural y no sea socialmente denostado. Este paso legal ha sido fundamental para ayudar a que la percepción social de la filiación adoptiva no sea considerada

Interest of the Same-Sex Family””, en *Connecticut Law Review*, vol. 36, No. 4, 2004, p. 1447). Estamos de acuerdo en que la alimentación, alojamiento y escolarización son lo fundamental, pero eso lo provee también el Estado. El bienestar del menor va más allá, y es en este aspecto donde la indeterminación del concepto se hace patente: conceptos como el cariño, el apoyo, la seguridad o la protección no están suficientemente definidos intrínsecamente como para estar exentos de controversia. Para diferentes aspectos relacionados con el bienestar del menor, véase: *Child Welfare*, vol. LXXXV, No. 3, Mayo/Junio 2006, donde aparecen diferentes artículos desde diversos puntos de vista académicos y prácticos en relación al tema que en este artículo tratamos.

- 10 “Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law”, en *Harvard Law Review*, vol. 102, No. 7, 1989, pp. 1645 y 1646.
- 11 Cfr. Goldstein, Joseph, et al. *The best interests of the child: the least detrimental alternative*. Nueva York, Free Press, 1998.
- 12 Preceptos 185 y ss. Para su evolución en España: Otero Varela, Alfonso. *Dos estudios histórico jurídicos: el riego en el derecho castellano-leonés: la adopción en la historia del Derecho español*, Roma y Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, 1955.
- 13 En general: Brodzinski, David M y Schechter, Marshall D. *The psychology of adoption*, Nueva York, Oxford University Press, 1990.

como de segunda clase o de inferior valor que la filiación natural o de sangre. Esta percepción ha sido dominante durante mucho tiempo en nuestra sociedad, y solo poco a poco, las nuevas generaciones que ya han nacido y han vivido con normalidad la igualación de las filiaciones están comenzando a cambiar.

Lo que ahora vemos como un deseo de muchas personas, durante siglos fue una carga, y adoptar suponía un sacrificio desde el punto de vista económico. Es además indudable que la genética (el poder de la naturaleza) predomina sobre las leyes de los hombres (la adopción). No se puede subestimar el lazo de sangre que está embebido en nuestro código genético y que nos lleva a querer más a los de nuestra propia sangre. Es cierto que el trato trae el cariño en la mayoría de los casos, pero el lazo de sangre es más poderoso que el legal y el afectivo<sup>14</sup>. Es por ello normal que siempre se haya preferido la adopción por parte de familiares del menor que por extraños, a pesar de que en ocasiones no fuera preferible económicamente. Sólo el transcurso de un largo período de tiempo y la madurez pueden llevar a que el lazo afectivo supere al lazo de sangre.

Los adoptantes gozan de una serie de derechos y están sometidos a una buena serie de obligaciones, mientras que el menor carece de obligaciones y solo está para disfrutar de los derechos que la filiación le cualifica para recibir de sus progenitores (al menos hasta alcanzar la mayoría de edad). Por ello, entendemos que la función social de la adopción es la de dotar al menor con los instrumentos para su más correcta socialización y educación psicoafectiva: un hogar donde los principios afectivos y sociales le sean inculcados por unos progenitores que simultáneamente a esta función educadora, actúan como protectores de la integridad económica, física y emocional del menor hasta su llegada a la edad adulta. Entendemos que los progenitores van a realizar esta función mejor que el Estado, dada su inmediatez, frente a la impersonalidad y distancia que

14 Por ello siempre se ha mantenido el secreto acerca de las identidades de adoptantes y adoptados. Estos registros son en la actualidad secretos, aunque la tendencia es que dejen de serlo (Cfr. Carp, Wayne E. *Family matters: Secrecy and disclosure in the history of adoption*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, pp. 223 y ss). Las personas adoptadas muchas veces desean saber su verdadera procedencia genética, y una vez llegada la mayoría de edad hay pocas razones para oponerse a que les sea desvelada. Por otra parte, los avances médicos cada vez tienen que ver más con técnicas donde la genética juega un papel determinante y esta puede ser la llave para la curación de una persona: pensemos en el caso de un trasplante de médula. Por ello cada vez más están produciéndose las denominadas adopciones abiertas, donde los progenitores naturales y los adoptantes se conocen y a veces incluso acuerdan que el menor mantenga lazos con sus padrea naturales, como un régimen de visitas. Lo cierto es que no fue hasta después de la II Guerra Mundial que la incomunicación entre adoptantes y progenitores naturales se estableció como regla, en base a teorías psicoanalíticas que conceptualizaban negativamente a estos últimos y estimaban que debían ser apartados de la vida del menor (Cfr. Cahn, Naomi. "Perfect Substitutes or the Real Things?", en *Duke Law Journal*, vol. 52, No. 6, 2003, p. 1077). Anteriormente no se prohibía legalmente el contacto post-adoptivo del o de los progenitores con el menor. Hoy se entiende que las adopciones abiertas no solo son posibles, sino recomendables en algunos casos, como ha demostrado su éxito en los países que las aceptan. Ello es así porque con ellas se consigue que en los casos en que aparecen tensiones por la incógnita de saber la procedencia biológica, el acceso a ese conocimiento (e incluso el contacto) soluciona el trastorno que el desconocimiento proporciona a la persona.

caracteriza la actuación de las Administraciones públicas. La función del Estado consiste en la selección de las mejores personas posibles para la realización de tales funciones<sup>15</sup>. En este sentido, la equiparación de filiaciones debería hacer olvidar los prejuicios de la filiación adoptiva frente a la biológica y que la selección de candidatos para adoptar sea más abierta, alejándose del principio de que la familia tradicional es la única capaz de llevar a cabo la correcta socialización del menor. Se aceptará así la realidad social de la diversidad de opciones de vida que se dan en la actualidad, tanto desde el punto de vista de la elección de la propia sexualidad como del modo de convivir en pareja. No olvidemos que la discriminación puede ser tanto por acción como por omisión asentada en concepciones discriminatorias que configuran prejuicios que hoy consideramos no aceptables en la sociedad civil laica que nuestra Constitución consagra, y que deben permanecer relegados a la esfera privada de las personas y de las comunidades a las que estas pertenecen<sup>16</sup>.

## NUEVOS TIEMPOS, NUEVAS FAMILIAS

Como indicábamos en el caso del divorcio al comienzo de este artículo, las realidades sociales de las sociedades evolucionan y cambian. El concepto de unión entre dos personas que teníamos hace unas décadas es ostensiblemente diferente del que hoy en día entienden los ciudadanos. Una de las funciones de la legislación es mantenerse de acuerdo con las demandas de la sociedad. Dicho en otras palabras, la teoría jurídica debe compatibilizarse con los avances sociales de modo que, tomándolos como referencia, la normativa se adecúe a tales avances. La unión entre dos personas no cabe duda que es el germen de la institución que llamamos “familia”. Consecuentemente con la evolución del concepto de unión que se ha producido, también el concepto de familia se ha visto involucrado en esa evolución. Estamos viviendo un momento de la historia en el que el concepto de familia está viviendo una rápida transformación en muchos frentes<sup>17</sup> y el ordenamiento jurídico es proverbialmente lento en

- 15 En otros países, como Estados Unidos, esa función es posible prestarse de manera privada y por ello existe la posibilidad de que sea realizada por agencias de adopción particulares, configuradas como entidades sin ánimo de lucro supervisadas por el gobierno.
- 16 Desde una concepción aristotélica de la justicia, nos vemos obligados a dar a cada uno lo que se merece, lo que se considera que le es propio. Si se les está otorgando el derecho a formar uniones legales estables, ello conlleva, nos guste o no, que también puedan optar por formar una familia al completo a menos que haya una causa que les prive del derecho a recibir tal beneficio. Veremos más sobre este respecto al considerar a quién le corresponde la carga de la prueba en cuanto a la idoneidad de las parejas homosexuales para poder adoptar.
- 17 No solo en el tema de la adopción que ahora tratamos, y en cómo se forman las familias, sino en aspectos comunes a todo tipo de familias, independientemente de cómo se formen: cuáles son los elementos constitutivos de la familia, cuál es la relación entre los miembros que la integran en el sentido de cuáles son las obligaciones morales entre ellos, cuánto duran esas obligaciones... Cfr. Cahn, Naomi. “The moral complexities of family law”, en *Stanford Law Review*, vol. 50, No. 1, 1997, pp. 225 y ss. Shanley, Mary Lyndon.

adaptarse a las demandas sociales en un buen número de aspectos<sup>18</sup>. La mejor adaptabilidad es una de las ventajas que el sistema del Common Law argumenta frente a la lentitud que el régimen estatutario confiere al sistema continental.

Por un lado, la cifra de enlaces oficiados en España en 2009 por la vía civil ha superado a los matrimonios religiosos, algo que ocurre por primera vez en una década, ya que desde el año 2000 siempre fueron mayoría las bodas celebradas en la Iglesia católica<sup>19</sup>. En concreto, el año pasado se celebraron 94.993 bodas por la vía civil, frente a las 80.174 oficiadas por la Iglesia; un año antes, la proporción era de 99.104 religiosas (un 19% más) frente a 94.170 civiles. En cuanto a los enlaces realizados por otros ritos religiosos, en 2009 fueron 785, en línea con años anteriores<sup>20</sup>. La tendencia a imponerse el contraer matrimonio por el rito civil en vez de por el rito religioso se acrecienta y es, a nuestro juicio, un síntoma del cambio social que se está produciendo en España. La secularización de la sociedad implica a efectos matrimoniales que los ciudadanos tienden a confiar más en las estructuras del Estado que en las de la iglesia católica para la organización de su vida en pareja. Pero también es consecuencia de un cambio de mentalidad.

La familia tradicional compuesta por dos progenitores de diferente sexo que de manera natural engendraba una prole más o menos numerosa es un concepto que, si se quiere entender como socio-familiarmente hegemónico, no es ya el universalmente aceptado<sup>21</sup>. La diversidad en la realidad social es patente. Este concepto ha quedado ya desfasado en el sentido de que no es ya el hegemónico; a este régimen tradicional se han unido otras tipologías familiares. Las técnicas de reproducción que la ciencia ha puesto a nuestra disposición han cambiado el paradigma de que la ley no tenía que elegir entre la paternidad biológica y la social<sup>22</sup>, pues como veremos, las técnicas de reproducción artificial, la maternidad

*Making babies, making families. What matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption and same-sex and unwed parents*, Boston, Beacon, 2001, pp. 1 y ss.

- 18 Cfr. Christensen, Craig W. "Legal ordering of family values: The case of gay and lesbian families", en *Cardozo Law Review*, vol. 18, No. 4, 1997, p. 1302. Gatos, Pamela. "Third parent adoption in lesbian and gay families", en *Vermont Law Review*, vol. 26, No 1, 2001, p. 197.
- 19 Según los datos provisionales del Instituto Nacional de Estadística [https://www.abc.es/sociedad/bodas-civiles-201010090000\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/bodas-civiles-201010090000_noticia.html).
- 20 Desde el año 2000, el número de enlaces civiles ha ido en aumento mientras se reducía el de celebrados en la Iglesia. En aquel momento se oficiaron 163.636 matrimonios religiosos, frente a los 52.255 oficiados por jueces, alcaldes, concejales y demás personal autorizado. En el año 2004, por primera vez los enlaces civiles superaron los 80.000 y los oficiados en la iglesia bajaron de 140.000, cifra que hasta entonces se superaba con holgura. En 2005, los matrimonios religiosos fueron 126.291 y los civiles 81.206. Ya en el año 2007, las bodas civiles superaron las 91.000 frente a las 109.811 que celebró la Iglesia. Fuente: Instituto Nacional de Estadística [https://www.abc.es/sociedad/bodas-civiles-201010090000\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/bodas-civiles-201010090000_noticia.html).
- 21 Véase en general: Elovitz, Marc E., y Schneider, Cynthia. *Legal issues facing the nontraditional family*, Nueva York, Practising Law Institute, 1995.
- 22 Cfr. Ellman, Ira M. "Thinking about custody and support in ambiguous father families", en *Family Law Quarterly*, vol. 36, 2002, p. 52.

subrogada (gestación de sustitución, más conocida como “vientre de alquiler”<sup>23</sup>) y ciertas adopciones novedosas en nuestra estructura jurídica, lo desafían<sup>24</sup>, no solamente en cuanto a la posibilidad de concebir de manera diferente a la natural, que origina que la prole o parte de ella haya nacido con genes diferentes a los de sus progenitores o que la fecundación se haya producido fuera del cuerpo de la madre. Me estoy refiriendo principalmente a las familias que denominamos homoparentales, o sea, compuestas por dos progenitores del mismo sexo<sup>25</sup>. En ellas, la prole no nace por el procedimiento tradicional, pues es necesario un apoyo científico y legal para que estas parejas puedan formar una familia con descendencia. La ley debe naturalmente adaptarse a las realidades sociales si queremos que sea percibida por los ciudadanos como digna de ser acatada<sup>26</sup>; y a día de hoy la legislación española se encuentra entre las que proporciona un marco en el que las parejas homosexuales son tratadas igualitariamente con respecto a las parejas tradicionales en cuanto a las categorías del derecho de familia, lo cual es bastante novedoso en nuestro entorno jurídico<sup>27</sup>.

No es una novedad que se quiebren los paradigmas establecidos en un momento dado y sean sustituidos por unos nuevos. Esto es pura evolución de la sociedad

- 23 Para la conceptualización jurídica de esta figura en el Derecho anglosajón, donde se han escrito ríos de tinta sobre el tema, los artículos más citados que sintetizan la doctrina legal y doctrinal hasta el momento son: Andrews, Lori B. “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework for Surrogate Motherhood”, en *Virginia Law Review*, vol. 81, No. 81995, pp. 2343 y ss. Garrison, Marsha. “Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage”, en *Harvard Law Review*, vol. 113, No. 4, 2000, p. 837 y ss.
- 24 Vid.: Joslin, Courtney G. “Interstate Recognition Of Parentage In A Time Of Disharmony: Same-Sex Parent Families And Beyond”, en *Ohio State Law Journal*, vol. 70, No. 3, 2009, pp. 594 y ss.
- 25 O incluso tres progenitores, como el caso que plantea Gatos, Pamela (un caso real en Massachussets que relata en: “Third parent adoption in lesbian and gay families”, *op. cit.* pp. 195 y ss) donde el donante masculino para los hijos de cada una de las dos mujeres que forman pareja, comparte los derechos y obligaciones parentales con ellas dos.
- 26 En este sentido, es interesante la apreciación que hace Timothy E. Lin (en “Social Norms and Judicial Decisionmaking: Examining the Role of Narratives in Same Sex Adoption Cases”, en *Columbia Law Review*, vol. 99, No. 3, 1999, pp. 739 y ss.) sobre el papel que juega la individualización de los casos frente a la generalidad como colectivo de las personas homosexuales, muy en línea con las ideas de la Escuela Crítica del Derecho. Aduce que la empatía personal (hacia las personas concretas implicadas) que despiertan las historias de éxito de este tipo de adopciones, por ejemplo, esa pareja gay que tiene en acogida a cinco niños con SIDA o aquella otra que acogió a una niña con desórdenes de la personalidad y problemas de disciplina que había pasado por innumerables familias de acogida anteriormente y consiguió que terminara la educación secundaria y fuera a la Universidad, supera con creces a los sentimientos que el colectivo en sí pueda despertar. Pero actúa de manera diferente, curiosamente, cuando llega a nuestros oídos una historia de fracaso: la antipatía no se dirige en este caso personalmente contra esa concreta pareja, sino más bien contra el colectivo en general.
- 27 No olvidemos que todo trato diferenciado ha de ser justificado: una discriminación injustificada no se ajusta a los requisitos del art. 14 CE. Por otro lado, la pragmática mentalidad anglosajona les ha llevado a tomar como uno de los principales criterios diferenciadores de cara a evaluar cuándo un trato diferenciado en el ámbito familiar es discriminatorio o no es la capacidad de los miembros de un determinado colectivo para contribuir al buen desarrollo de la sociedad o, por el contrario, a perjudicarlo. En este sentido la jurisprudencia norteamericana se ha pronunciado en el sentido de que la orientación sexual de las personas es irrelevante a estos efectos, por lo que no puede ser tal orientación base de diferenciación legal (Cfr. *Frontiero v. Richardson*, 411 U.S 687).

y sería falso afirmar que la estructura familiar que hoy llamamos tradicional es la misma estructura que ha existido durante siglos, porque lo cierto es que a lo largo de la historia de la humanidad, esa estructura familiar ha sido cambiante, se ha ido modificando y adaptándose a la evolución social de cada momento<sup>28</sup>. No es igual el concepto sobre la familia que se tenía en la época griega, que en la romana, en la edad media o en el siglo XIX, que en la actual. Las costumbres y modos de comportamiento han ido cambiando<sup>29</sup>. Incluso la localización geográfica de las diferentes sociedades ha resultado en diferentes costumbres y modos y así la postura frente a la homosexualidad también ha sido desigual. Es cierto que en el momento actual nos enfrentamos a algunos retos que no se habían planteado anteriormente, lo que nos deja sin la posibilidad de acudir a la referencia histórica para encontrar una solución. Los matrimonios entre personas del mismo sexo son una novedad jurídica y la posibilidad de que estos adopten es una necesaria e ineludible consecuencia por imposición constitucional de su existencia. A esta posibilidad debemos enfrentarnos y darle una solución, primero, desde el punto de vista filosófico-jurídico que legitime o deslegitime al legislador en su esfuerzo por permitir estas adopciones; y, en un segundo estadio, establecer los mecanismos legales, civiles y administrativos, para permitirlos o negarlos. Lo que no es de recibo es dejar esta posibilidad en un limbo legal que obliga a los jueces españoles a decidir caso por caso, como veremos que está ocurriendo. La falta de previsión del legislador, en su afán de legislar por decreto por conveniencia política sobre asuntos sobre los que parece estar, jurídicamente hablando, bastante desorientado, nos lleva a los juristas a tener que hacer un esfuerzo adicional para encajar esa legislación por decreto dentro de los esquemas de la lógica jurídica, es decir, los principios generales de nuestro ordenamiento jurídico y, además, prever la vía por la que el legislador pudiera enmendar o atenuar los estropicios que está causando en el equilibrio de la unidad del sistema legal.

## ADOPCIÓN POR PAREJAS HOMOSEXUALES: ADOPCIÓN INDIVIDUAL Y HOMOPARENTAL

Aparte de los avances científicos, la ley proporciona el instrumento de la adopción para que las familias homoparentales puedan gozar de descenden-

28 Conceptos tales como el de familia patriarcal, el de indisolubilidad del vínculo, el secretismo y ocultación de la vida sexual matrimonial, eliminación del erotismo de la vida social, etc. erigidos dentro de un particular momento o momentos dados de la historia.

29 Ver una aproximación a esta evolución en lo referente a la homosexualidad en: Silva Junior, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*, Curitiba, Juruá, 2008. Asimismo, es significativo aclarar que hoy se estima que existe una diferencia conceptual entre sexo, género y orientación sexual (Cfr. Roski, Clifford J. "Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia", en *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, No. 2, 2009, p. 274).

cia<sup>30</sup>. Tradicionalmente, la adopción se lleva a cabo mediante la inclusión en la familia adoptante del menor que, habiendo sido concebido de forma natural, sus progenitores no desean o no les es posible hacerse cargo de él. La adopción es creada, por tanto, por un lazo familiar en sustitución de la sangre, que es la que normalmente establece el vínculo. Esta concepción de la adopción, a pesar de seguir siendo el esquema clásico, ya no es el único. No es ya solo que las adopciones se realicen a nivel internacional, como hemos visto, sino que no son ya el fruto del azar y muchas de ellas se realizan por encargo, como en el contrato de vientre de alquiler. No quiero entrar en profundidad a analizar este contrato en este trabajo. Solo nos interesa en este momento el trato que el legislador español le da: en nuestro ordenamiento jurídico, este tipo de contratos está expresamente prohibido por la ley de reproducción asistida.

La posibilidad de que las parejas homosexuales puedan acceder a la adopción ha sido ampliamente criticada<sup>31</sup>. Las bases para esta crítica son muy diversas, aunque muchas de ellas son repetición de las aducidas cuando se aprobó el divorcio y cuando se ha aprobado la reforma del matrimonio. No debemos olvidar que en la adopción lo fundamental es la protección del bienestar del menor y no el de los adoptantes. En este sentido, los estudios hechos por los psicólogos indican que el porcentaje de hijos biológicos y de hijos adoptados que se someten a terapia por problemas resultantes de relaciones paterno-filiales no es significativamente diferente<sup>32</sup>. Claro que no tenemos datos de qué ocurre con

30 Las adopciones extra-jurídicas por la vía de hecho no las contemplamos por salirse del objeto meramente jurídico del presente estudio. Cabe mencionar que la más popular, o al menos curiosa, es la que Maria Tereza Maldonado (Vid. *Os caminhos do coração: pais e filhos adotivos*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 21) denomina adopción “a la brasileña”. Consiste simplemente en la compra de un recién nacido por una pareja en el momento de su nacimiento. La pareja “adoptante” finge ser la progenitora natural del bebé, que inscriben en el Registro como hijo natural, con la connivencia del facultativo, que oculta la ausencia de embarazo de la adoptante y el embarazo de la verdadera madre natural durante meses, intercambiándolos mediante la falsificación de la realidad, la cual pasa a formar parte de la realidad oficial mediante la inscripción en el Registro, que no tiene porqué comprobar la existencia del fraude si este se ha hecho correctamente y sin levantar sospechas. Según Maldonado, este atajo para evitar los trámites oficiales de adopción resulta en Brasil mucho más rápido y barato dado el alto número de embarazos no deseados y la pobreza del país. O simplemente la madre natural procede registrándose en el hospital bajo el nombre de la madre adoptiva y entregándole después el bebé (Cfr. Green, Samuel y Long, John V. *Marriage and family law agreements*. Colorado Springs, 1984, Shepard’s/McGraw-Hill, pp. 307 y 308).

31 Consecuente con su virtualidad, esta corriente aleja de momento bastante la posibilidad de consentir la adopción por parejas homosexuales (Cfr. Tobias, Sarah. “Several Steps Behind: Gay and Lesbian Adoption”, en Haslanger, Sally y Witt, Charlotte. *Adoptions matters: Philosophical and feminist essays*. Ithaca, Cornell University Press, 2005, pp. 95 y ss.). Hay incluso quien aboga por prohibir la adopción por cualquier pareja no casada, independientemente de su composición: Cfr. Wardle, Lynn D. “Comparative Perspectives on Adoption of Children by Cohabiting, Nonmarital Couples and Partners”, en *Arkansas Law Review*, vol. 63, 2010, p. 32.

32 De Oliveira, Mariana y Bortolozzi, Ana Cláudia. *Adopção por homossexuais. A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica*. Curitiba, Juruá, 2009, p. 97. A pesar de que, como reconocen estos mismos autores, el lazo sanguíneo entre padres e hijos es importante. ¿Pero importante desde qué punto de vista? En el plano afectivo consciente, el hijo biológico y el adoptado son igualmente deseados y queridos; y el adoptado normalmente no sabe que lo es hasta que alguien se lo desvela, algo que ocurre normalmente a una edad ya avanzada, donde las estructuras afectivas del menor ya están formadas. Por ello no debería

los adoptados por parejas homosexuales, puesto que este fenómeno es demasiado reciente. Se argumenta que los problemas psicológicos de estos adoptados se dispararán y que la convivencia sin un padre y una madre de diferente sexo causará trastornos de la personalidad de los menores. Ha de quedar claro que a día de hoy esto es solo una suposición carente de base científica empírica rigurosa, pues se reduce a una opinión proclamada por sus detractores<sup>33</sup>. Habrá que esperar mucho tiempo, probablemente incluso décadas, para saber con certeza si esta hipótesis es cierta o no. Hasta que un número significativo de menores que crezcan en este entorno no alcance una cierta edad y pueda evaluarse su

haber diferencia significativas. Es únicamente desde el plano inconsciente de los progenitores que pudiera haber diferencias. Al saber que el hijo no es descendiente de sangre, quizá nuestra herencia genética nos esté jugando una mala pasada y no se trate de igual modo al hijo biológico que al adoptado. En algunas especies animales, el macho asesina a los cachorros que la hembra aún mantiene si no son suyos y son de otro macho; en definitiva, que no están dispuestos a adoptar. Lo cierto es que el vínculo genético sí juega un papel relevante en las relaciones familiares que ha de ser tenido en cuenta desde el punto de vista psicológico, afectivo y existencial de la persona. Intentar eludirlo es una vía segura al fracaso, pues estos lazos son más importantes de lo que el legislador pretende en la normativa sobre adopción (Cfr. Appell, Annette R. "The Endurance of the Biological Connection: Heteronormativity, Same Sex Parenting and the Lessons of Adoption", en *Brigham Young University Journal of Public Policy*, vol. 22, No. 2, 2008, p. 291 y ss. También: Roberts, Dorothy E. "The Genetic Tie", en *University of Chicago Law Review*, vol. 62, No. 1, 1995, pp. 219 y ss.). Es por ello importante tener en cuenta no sólo los vínculos que la ley establece, sino también la naturaleza intrínseca de las cosas, la cual no debe ser ignorada para establecer una correcta fórmula legal en cualquier aspecto de la convivencia social, no siendo la adopción ni mucho menos una excepción.

- 33 Los estudios en uno y otro sentido son tan abultados en número como especulativos, en muchos casos haciendo extrapolaciones de dudoso rigor científico. Tanto los que estiman que los menores no denotan diferencia alguna entre progenitores homosexuales y heterosexuales (a modo de ejemplo de esta línea de pensamiento, se citan numerosos estudios científicos y jurídicos que respaldan sus premisas: Roski, Clifford. "Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia", *op. cit.* p. 257 y ss. Stacey, Judith y Biblarz, Timothy J. "(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?", en *American Sociological Review*, vol. 66, No. 2, 2001, pp. 159 y ss. Polikoff, Nancy D. "This child does have two mothers: redefining parenthood to meet the needs of children in lesbian-mother and other nontraditional families", en *Georgetown Law Journal*, vol. 78, No. 3, 1990, pp. 459 y ss. Elovitz, Marc E. "Adoption by lesbian and gay people: the use and misuse of social science research", en *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 2, No. 1, 1995, p. 211 y ss. Green, Vincent C. "Same sex adoption. An alternative approach to gay marriage in New York", en *Brooklyn Law Review*, vol. 62, No. 1, 1996, pp. 399 y ss. Adams, William E. "Whose family is it anyway? The continuous struggle of lesbians and gay men seeking to adopt children", en *New England Law Review*, vol. 30, No. 3, 1995, pp. 592 y ss.), como los que afirman que el menor criado en una familia homoparental sufrirá daño psicológico (Wardle, Lynn. "Considering the impact on children and society of lesbian parenting", en *Quarterly Law Journal*, vol. 23, No. 2, 2004, pp. 550 y ss. Rekers, George A. "An empirically supported rational basis for prohibiting adoption, foster parenting and contested child custody for any person residing in a household that includes a homosexually behaving member", en *Saint Thomas Law Review*, vol. 18, No. 2, 2005, pp. 325 y ss.) se basan en meras teorías, elucubraciones y proyecciones especulativas. Simplemente no hay datos empíricos suficientes sobre los que sustentar una sólida teoría psicológica de cómo va a resultar para un menor el ser criado en un ambiente hogareño homosexual. Vid. Elovitz, Marc E. "Adoption by lesbian and gay people", en Elovitz, Marc E y Schneider, Cynthia. *Legal issues facing the nontraditional family*, *op. cit.* pp. 171 y ss. Wilkins, Richard G., Christensen, Trent y Selden, Eric. "Adult sexual desire and the best interest of the child", *op. cit.* pp. 575 y ss. (con abundantes referencias doctrina psicológica y sociológica). La prestigiosa American Psychology Association (APA) tiene editada la guía "Lesbian and Gay Parenting" destinada a dar consejo a los padres y madres homosexuales así como a los Tribunales en cuanto a las cualidades y peculiaridades que aparecen en estas relaciones. La guía, según reza su prefacio, nace como consecuencia de que en 1975 esta Entidad eliminó la homosexualidad de la lista de desórdenes mentales humanos (de igual modo a como hizo la Asociación Psiquiátrica Americana), con la intención de "reducir el prejuicio, discriminación y violencia" que generan.

progresión, estaremos ante hipótesis afirmadas por unos y negadas por otros, pero ambos sin conocimiento riguroso. No hay elementos comparativos ni estadísticos ni posibilidad de análisis regresivo para aseverar este tipo de afirmaciones. Mientras tanto, lo que estamos poniendo en la balanza es la positiva felicidad y autoafirmación de un sector de la población frente a la hipótesis de que estas pueden ser lesivas para el bienestar psicológico del menor adoptado. Y es que esta última hipótesis no está demostrada, no solo por lo antes expuesto sobre la falta de base científica, sino porque además nadie puede asegurar que un hogar homosexual sea sin ningún atisbo de duda peor que la falta de hogar, esto es, viviendo bajo la tutela del estado de orfanato y de casa de acogida donde las figuras materna y paterna son sustituidas por trabajadores sociales.

Cuando se promulgó la ley del divorcio, una de las mayores críticas que recibió fue que dejaría a una gran cantidad de menores en una situación traumática al verse enfrentados a vivir con uno solo de sus progenitores sin el otro y que esta desestructuración de la convivencia tradicional les acarrearía serios problemas psicológicos. Aquella era una aseveración carente de base científica, al no existir datos. Transcurridos los años se ha demostrado falsa en buena parte. El tiempo se ha encargado de demostrar que los hijos de padres divorciados llevan una existencia diferente, quizá más difícil en algunos momentos, pero que se termina sobrellevando, viviendo con normalidad y que no deja secuelas insuperables en su carácter. Que se dé esta dificultad añadida en la vida de los hijos de padres divorciados se ha aceptado como que se encuentra dentro de las vicisitudes que la vida moderna marca. De hecho, de acuerdo con las estadísticas que mencionábamos al comienzo, pronto los hijos de padres divorciados serán quizá la normalidad<sup>34</sup>, pues es posible que acaben superando al número de menores de padres no divorciados. Este paradigma quizá pueda ser trasladado a la polémica que nos afecta ahora y que aquí tratamos. Los menores adoptados por parejas homosexuales, ¿están condenados a sufrir graves consecuencias psicológicas? ¿O simplemente serán diferentes, llevarán una vida normal y se encontrarán dentro de una sociedad en la que convivirán menores provenientes de una mayor diversidad de contextos familiares? Si se aboga por la primera opción, se deben aportar pruebas fehacientes, porque de lo contrario los denominados “valores tradicionales” no pueden considerarse por sí solos razón suficiente para mantener una normativa que pueda ser considerada discriminatoria o que esconda prejuicios o animosidad frente a determinados colectivos, algo que no se ha hecho hasta ahora.

Las dudas que genera la posibilidad de que las parejas del mismo sexo puedan acceder a los procesos de adopción son una herencia de la discriminación social y legal que la sociedad ha venido mostrando frente a las personas homosexuales.

34 Estadísticamente hablando.

Una buena parte de las razones que se aducen en contra de esta posibilidad tienen relación con la futura orientación sexual del adoptado (prejuicio frente a la homosexualidad), la errónea percepción del menor de los roles de género o sexuales (prejuicio de nuevo frente a la posibilidad de la homosexualidad) o por el trato que pudieran recibir de otros menores por la condición de sus progenitores (prejuicio reflejo)<sup>35</sup>. Pero la verdad es que lo necesario para que una adopción sea exitosa desde el punto de vista del beneficio del menor es un hogar familiar emocional y afectivamente equilibrado. Los hogares tradicionales pueden serlo o no; dar por sentado que un hogar homosexual es, por principio, inestable es prejuzgar una realidad que requiere un análisis más riguroso. Es lógico pensar que existen hogares inestables, no idóneos para la correcta socialización del menor, tanto en el ámbito de la familia tradicional como en el de los hogares homosexuales, y por tanto inadecuados para ser candidatos a la adopción. Es función de la autoridad competente en la aprobación de la adopción el constatar la idoneidad del hogar y los principios constitucionales de igualdad obligan a esas autoridades a librarse de prejuicios sexistas y realizar su labor de selección de adoptantes libres de ellos, tomando todas las solicitudes de manera neutra, o sea, independiente de la orientación sexual de los solicitantes. Lo importante es que sean capaces de formar un individuo que al llegar a la madurez pueda desenvolverse con naturalidad en el mundo que le espera, a la vez que sean capaces de satisfacer las necesidades de afectividad de la cual los menores necesitan grandes dosis. Para ello, tradicionalmente se ha exigido el cumplimiento (verificados por la administración actuante) de unos principios a las parejas y matrimonios para poder acceder a la adopción, como son los de estabilidad emocional y afectivo-familiar de la pareja, buena salud psicológica, posibilidades económicas, plena integración y arraigo en su comunidad, los cuales son requisitos que pueden cumplir tanto las parejas homosexuales como las heterosexuales. Igual que tales competencias no se les reconocen automáticamente a estas últimas, tampoco se debe suponer que son sistemática y automáticamente incumplidas por parte de las primeras. Se hace necesaria una cuidada política de selección de los hogares de adopción. Pero la exclusión de las parejas homosexuales de los procesos de adopción cuando hay gran cantidad de niños que están bajo la tutela del Estado parece plantear una elección entre que sigan bajo la tutela del Estado o que puedan ser adoptados por una pareja homosexual, ya que las parejas heterosexuales no se interesan

35 Además de estas, pueden alegarse otro tipo de prejuicios, como la supuesta alta promiscuidad en el ámbito homosexual, el riesgo de exclusión social por el tipo de relación que sostienen los progenitores, la inestabilidad de este tipo de relaciones, etc., mencionados por De Oliveira, Mariana y Bortolozzi, Ana Cláudia. *Adopção por homossexuais. A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica*, op. cit. pp. 180 y ss. También: Mallon, Gerald P. *Lesbian and gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth*, Washington, Child Welfare League of America, 2006, pp. 32 y ss; 47 y ss. Desde un punto más ortodoxamente psicológico de la formación de los papeles de género en los menores: Silva Junior, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*, op. cit. pp. 103 y ss.

por esos menores. Ante esta dicotomía, la elección a favor del mejor interés del menor parece que dicta que se deba favorecer la adopción. Si a esto añadimos que algunos de esos niños tienen algún problema físico o psíquico y ninguna pareja heterosexual ha solicitado su adopción<sup>36</sup>, negarla a una pareja no heterosexual que sí está dispuesta a adoptar a ese niño no parece conforme con el principio del mejor interés del menor.

El argumento de que el daño que una errónea adopción puede causar a un menor es superior al daño que la tutela del Estado le puede causar puede no ser acertado, pues el internamiento en centros públicos de acogida es probablemente el peor hogar que se puede desear para un niño. Por supuesto que el Estado hace lo mejor que sabe para procurar el bienestar de los huérfanos; pero no cabe duda que un hogar familiar es mejor lugar para un menor que un centro de acogida, por mucho esfuerzo que se ponga en asimilar éste último a las condiciones de un verdadero hogar familiar. Y no es cierto que haya exceso de solicitudes de adopción, o sea, hogares de sobra deseando adoptar: los menores de raza blanca recién nacidos (o de pronta edad) y perfectamente sanos fácilmente encuentran un hogar heterosexual para ser adoptados (de hecho hay lista de espera, y se recurre a la adopción internacional con la intención de acortar el tiempo de espera). Pero se nos olvida que estos no son los únicos menores que necesitan adopción: niños con enfermedades, con discapacidades, de otras razas (negra especialmente), adolescentes, etc. También ellos requieren un hogar para crecer arropados, con adultos que les den cariño, protección, seguridad y educación. No es decir que solo puedan adoptar los niños que otros no quieren<sup>37</sup>, sino honrar el hecho de que ha sido efectivamente la comunidad homosexual la que ha sido más valiente a la hora de aceptar la responsabilidad de adopciones problemáticas, especialmente en casos de niños con SIDA<sup>38</sup>.

Ciertamente existe un orden de prelación para cuando faltan los padres biológicos de cara a quién se prefiere para poder adoptar (o para su acogimiento, hablando con mayor rigor): cuanto más cercano sea el grado de parentesco, más preferido. Si es pareja, mejor que si es familiar soltero. En primer lugar, se prefiere a un familiar que tenga lazo de sangre con el menor y no se discute que sea el más adecuado. De no existir, se prefiere una adopción por pareja

36 A modo de ejemplo el mencionado por Tobías, Sarah (“Several Steps Behind: Gay and Lesbian Adoption”, *op. cit.* p. 95) que cita a una pareja homosexual que tenía en régimen de acogida a cinco niños nacidos seropositivos y el estado de Florida les denegó la posibilidad de adoptarlos.

37 En contra de esta estigmatización: Evall, Joseph. “Sexual orientation and adoption matching”, en *Family Law Quarterly*, vol. 25, No. 3, 1991, pp. 361 a 364.

38 Cfr. Adams, William E. “Whose family is it anyway? The continuous struggle of lesbians and gay men seeking to adopt children”, *op. cit.* pp. 602 y 603. Y según un estudio de UNICEF del año 2002, existen en el mundo trece millones de huérfanos enfermos de SIDA (Cfr. Wardle, Lynn. “The Hague convention on intercountry adoption and american implementing law: Implications for international adoptions by gay and lesbian couples or partners”, en *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 18, No. 1, 2008, p. 116).

heterosexual extraña, que son las únicas parejas que pueden adoptar en España actualmente. De no existir tampoco los anteriores, entonces la adopción individual de un extraño puede tener lugar. Ello es prueba de que no todos los posibles adoptantes de un huérfano están en igualdad de condiciones. Nos encontramos ante el dilema acerca de sobre quién debería recaer la carga probatoria de la idoneidad o no idoneidad de quien desea adoptar. La idoneidad se presume en los padres biológicos y la mayoría de las veces en los familiares cercanos, pero para extraños no hay presunción alguna. El Estado es responsable de la evaluación de su idoneidad. El interés del menor indica que este está mejor en un hogar, pero no en aquellos hogares donde se pueda ver perjudicado en su salud y en su formación. Si entendemos que las parejas homosexuales forman un hogar, la primera premisa se cumple y es la excepción la que requiere demostración. Hay que probar que un hogar o un tipo determinado de hogares no son idóneos para la educación del niño.

Que de hecho existan menores que son criados un hogar homosexual es una realidad que escapa al control del legislador<sup>39</sup>. El caso más obvio es la persona homosexual que accede a una adopción monoparental y convive a la vez con su pareja o cónyuge del mismo sexo. De modo similar, cuando una pareja de padres heterosexuales con hijos se divorcia o uno fallece, la custodia de los hijos menores queda en manos de uno solo de los progenitores. Y ocurre cada día más habitualmente que ese progenitor al que se le otorga la guarda y custodia de los hijos toma la opción de continuar su vida con una pareja de su mismo sexo, incluso contraerán matrimonio o una de las dos, en el caso de ser lesbianas, podrá tener un hijo por inseminación artificial (o no artificial). El menor ya vive entonces en un hogar donde los adultos son una pareja homosexual. Si estuviéramos convencidos de que criar niños en este ambiente es perjudicial para su salud psicológica, ¿debería entonces legislarse en contra de permitir estas situaciones? Probablemente no sería ni conveniente sociopolíticamente hablando, ni constitucionalmente admisible en base a la obligación de no discriminación del Art. 14 CE<sup>40</sup>. Entonces, este hecho hace surgir la cuestión de que es posible limitar las adopciones por parejas homosexuales en base al

39 En Estados Unidos se estima que dos millones de menores, adoptados o no, se encuentran criándose en hogares homoparentales (Cfr. Silva Junior, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*, op. cit. p. 124. Datos que confirma e incluso amplía Wardle, Lynn. "Considering the impact on children and society of lesbian parenting", op. cit. p. 542, nota 5). Y de ellos, unos 250.000 han sido adoptados (Cfr. Ross, Spencer. "*Finstuen v. crutcher*: the tenth circuit delivers a significant victory for same-sex parents with adopted children", en *Denver University Law Review*, vol. 85, No. 3, 2008, p. 685).

40 A menos que se probara que existe un riesgo de que el menor sufra un daño considerable debido a la orientación sexual del progenitor custodio en base al principio del interés del menor, que debe guiar la actuación judicial. De hecho se ha alegado que los menores conviviendo con personas homosexuales tienen más riesgo de sufrir agresiones sexuales. El hecho es que los estudios realizados establecen que lo cierto es que el perfil típico del abusador de menores en un 95% de los casos es un varón heterosexual, ni necesariamente casado ni necesariamente soltero, pero normalmente cercano al núcleo familiar del menor abusado (Cfr. "Developments in the Law: Sexual Orientation and the Law", op. cit. pp. 1638 a 1640).

pretendido posible perjuicio que el menor pueda sufrir, aunque los menores ya viven en ese ambiente (y no es una situación excepcional; son muchos) y no se prohíbe la situación de hecho. No hay base para ello, se alegrará, y solo en los casos en que se demuestre un perjuicio podrá actuarse. No debiere, por tanto, no juridificarse en base a lo dicho anteriormente para la carga de la prueba.

Algo parecido puede decirse de la alegada falta de la figura paternal o maternal en un hogar homosexual. Los hijos de personas viudas (o divorciados que no desean tener más contacto con sus hijos) han crecido desde hace mucho tiempo en un ambiente donde falta esa figura sin que se haya puesto de manifiesto que ello crea trastornos en la salud mental del menor. Entonces, si estamos admitiendo *de facto* que los menores pueden criarse en un hogar homosexual en las circunstancias que acabamos de poner de manifiesto, ¿no se está admitiendo implícitamente que no existe obstáculo para que las parejas homosexuales puedan adoptar? Así lo han entendido algunos países que ya han adaptado sus legislaciones para permitir que las parejas homosexuales, como el caso de Holanda o la mayoría de los estados de los Estados Unidos de América (si bien Florida las prohíbe expresamente, California, Colorado o Connecticut tienen legislación que las permite expresamente). Pero incluso los ordenamientos que admiten la adopción por parejas homosexuales no dan por hecho que todas sean idóneas para adoptar<sup>41</sup>; ciertamente para eso existen los filtros administrativos desde hace mucho tiempo, porque tampoco todas las parejas heterosexuales son buenos padres. La Administración lo sabe y por eso las selecciona para darles un hijo en adopción, por lo que el mismo procedimiento ha de ser aplicado a los adoptantes homosexuales. El vacío reglamentario (que no legal, pues el Código civil no tiene laguna alguna en este aspecto) existente en nuestro país está siendo interpretado como de tipo negativo, esto es, al no preverse expresamente la posibilidad de adoptar por parejas del mismo sexo, la administración de hecho no las incluye en los procesos de adopción. Esto está obligando a estas parejas deseosas de ser padres a buscar soluciones en el extranjero: adoptar fuera y buscar el reconocimiento de la adopción en España a través de la aplicación del Convenio de la Haya como veremos más adelante.

Otra de las razones de oposición estriba en que el menor criado en un ambiente homosexual será necesariamente homosexual, sin embargo, casos en lo que esto no ha ocurrido son numerosos. La correlación es incierta, porque entonces según ese razonamiento, de un hogar heterosexual no podría surgir alguien homosexual, lo cual sabemos que no es cierto. Pero incluso en el caso de que

41 Vid. Mallon. *Lesbian & gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth*, op. cit. p. 11. En esta obra se recogen casos reales de adopciones homosexuales que parecen haber resultado exitosas, aunque no se puede saber si una adopción ha sido exitosa hasta que el menor es adulto y demuestra tener una vida psicológica plena y sana en su desenvolvimiento diario.

el porcentaje de personas homosexuales que surgen de hogares homosexuales fuera mayor que el que surge de hogares heterosexuales, ¿cuál sería el problema con que hubiera un mayor número de homosexuales? La humanidad no se va a extinguir por un descenso en el número de nacimientos derivados de una menor procreación.

Son dos cosas diferentes el que se prefiera una pareja heterosexual para adoptar a niños de corta edad y que se excluya a las parejas homosexuales por el propio hecho de serlo de todos los procesos de adopción. No hay base para afirmar que un hogar heterosexual sea preferible; tampoco lo contrario. Pero si queremos dejar que la tradición jurídica juegue un papel en la regulación de las adopciones, entonces debemos aceptar tal prevalencia. Ello no es una vulneración del derecho de igualdad, puesto que la ley prefiere a unos individuos o grupos de ellos frente a otros en un inmenso número de situaciones, pero sí es una vulneración la privación del acceso a la figura. Podemos considerar que los hogares heterosexuales sean en general mejores para un niño, pero no podemos prejuzgar que los hogares formados por personas homosexuales son todos perjudiciales, como se asume en el actual estado de cosas<sup>42</sup>.

## **LAS CONSECUENCIAS DE LA RDGRN DE 18 DE FEBRERO DE 2009: SITUACIÓN PROCESAL Y ADMINISTRATIVA**

La apresurada reforma del Código civil para admitir el matrimonio homosexual ha traído como consecuencia lo que la gran mayoría de las reformas apresuradas conllevan: una falta de previsión las consecuencias de la reforma en las áreas jurídicas relacionadas con la reforma. En el caso del matrimonio existen muchas de estas áreas y ya estamos comenzando a ver las consecuencias de esta falta de previsión. Los matrimonios homosexuales que buscan poder adoptar, al no tener posibilidad de hacerlo legalmente en España, están buscando alternativas en el extranjero. El mundo globalizado en el que vivimos nos proporciona suficiente información y facilidad de desplazarse físicamente como para buscar en los ordenamientos jurídicos extranjeros las soluciones que el patrio no proporciona.

La legislación española permite la adopción por pareja homosexual: así lo prescribe el Código civil, pero para que esta posibilidad sea real hay una compleja red de normativa registral y administrativa que es necesario adaptar. La normativa administrativa, al tener rango reglamentario, no puede oponerse a los dictados del Código civil; pero no ocurre lo mismo con la normativa registral, en concreto con la Ley del Registro Civil. Los arts. 42 y siguientes de la Ley del registro civil

42 Es una vulneración del derecho a la no discriminación, del de igualdad y, según Carlos Ball, inmoral (Vid. "The Immorality of Statutory Restrictions on Adoption by Lesbians and Gay Men", en *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 38, No. 2, 2007, pp. 379 y ss.)

y los arts. 181 y siguientes del Reglamento del registro civil siguen hablando de filiación paterna y materna.

En el caso del matrimonio homosexual que pretendió adoptar un bebé en California e inscribirlo en España como hijo de los dos hombres, se ocupa la Resolución de los registros y del notariado de la que tratamos, además se recurrió a un contrato de vientre de alquiler. En Estados Unidos, igual que en España, las listas de espera para adoptar un bebé son muy largas. Un atajo, si se dispone de dinero para pagarlo, es recurrir a este tipo de acuerdos, mediante el cual una mujer es inseminada artificialmente con el esperma de uno de los cónyuges, y renuncia a todos sus derechos maternales sobre el bebé, entregándoselo al padre biológico tras el parto. Así, el padre es el único progenitor y el menor puede ser adoptado por el otro cónyuge como su segundo progenitor, pues California admite este tipo de adopciones<sup>43</sup>.

Al objeto de regresar a España, la pareja pretendía obtener la inscripción del menor como hijo de los dos hombres, con filiación matrimonial. Para ello, hicieron la oportuna solicitud ante el Consulado de Los Ángeles, quien la denegó, pues consta en la documentación que el menor es fruto de un contrato de vientre de alquiler<sup>44</sup>. Al estar estos contratos expresamente prohibidos por

43 Llamadas allí *second parent adoptions* en referencia a que el menor únicamente es hijo legalmente de una persona, pues la madre biológica renunció a todos sus derechos y el cónyuge del primero se suma a la paternidad como un segundo padre a través de una adopción. El progenitor biológico renuncia así a una parte de sus derechos paternales a favor de otra persona biológicamente extraña al adoptado por ministerio de la ley en beneficio del mejor interés del menor (Cfr. Lieberman, Martha E. “The status of same sex adoption in the keystone state subsequent to the state supreme court’s decision in *Adoption of R.B.F. and R.C.G.*”, en *Journal of Law and Policy*, vol. 12, No. 1, 2003, pp. 314 y ss.), pues de este modo goza del beneficio de dos progenitores en vez de uno solo, por el equilibrio que ello proporciona y ante la posible fatalidad de faltar uno de ellos. Casos influyentes en esta materia son: *In Re adoption of Evan*, 153 Misc. 2d 844; 583 N.Y.S.2d 997 y *In Re Adoption of Tammy*, 619 N.E.2d 315, 318, 320–21 (Mass. 1993). Para una aproximación doctrinal a esta categoría: Bryant, Suzanne. “Second parent adoption: A model brief”. En *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 2, No. 1, 1995, pp. 233 y ss. Schacter, Jane S. “Constructing Families in a Democracy: Courts, Legislatures and Second-Parent Adoption”, en *Chicago Kent Law Review*, vol. 75, No. 3, 2000, p. 933 y ss.

En España, la describe García Rubio, María Paz. “La adopción por y en parejas homosexuales”, publicado en el *Libro Homenaje al Profesor Luis Puig Ferriol*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, a raíz de un Auto de Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Pamplona en el que se establecía una adopción de este tipo.

44 Este tipo de contratos no son vistos con buenos ojos generalmente por los legisladores. Sin embargo, un puñado de estados en los EE.UU. los admiten y han dado lugar a una larga serie de casos y doctrina científica sobre ellos. En concreto, véase el célebre caso que ha marcado la línea a seguir en este tipo de contratos en aquellas jurisdicciones en las que son aceptados: *In Re Baby M*. 537 A.2d 1227 (NJ 1988). En cuanto a la doctrina, al ser esta abrumadora solo citaré algunos de los trabajos destacados en las diferentes áreas en las que este tipo de contratos tienen relevancia: Field, Martha A. *Surrogate Motherhood*. Cambridge, Harvard, University Press, 1988. Garrison, Marsha. “Surrogate Parenting: What Should Legislatures Do?”, en *Family Law Quarterly*, vol. 22, No. 2, 1988, pp. 149 y ss. Posner, Richard A. “The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood”, en *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 5, No. 1, 1989, pp. 21 y ss. Schuck, Peter H. “The Social Utility of Surrogacy”, en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 22, No. 2, 1990, pp. 132 y ss. Stumpf, Andrea E. “Redefining mother: A legal matrix for new reproductive technologies”, en *Yale Law Journal*, vol. 96, No. 1, 1986, pp. 187 y ss. De entre los más recientes, post explosión doctrinal derivada del caso *Baby M*: Spar, Debora. “For the Love and Money: The

la legislación española, el encargado consular estimó que no puede proceder a la inscripción filiatoria<sup>45</sup>, en estos casos, a favor de los dos hombres. Ante la denegación, los interesados interponen reclamación ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La resolución de 18 de febrero de 2009 ordena la inscripción de la filiación en el Registro civil en base a que

[...] la inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones no vulnera el orden público internacional español, ya que en Derecho español se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres, personas del mismo sexo (art. 7.3 de la Ley 14/2006: 3. Cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal, que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido). Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 de la Constitución [...].

Además, el interés del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española según nuestra legislación de *ius sanguinis*, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro civil español y por tanto de la nacionalidad a la que tienen Derecho, produciéndose así una consecuencia no deseada por el Derecho.

Recurrida la Resolución ante la Jurisdicción ordinaria, el titular del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia decidió dejar sin efecto la inscripción realizada en el Registro Civil Consular de Los Ángeles por parte del matrimonio homosexual de nacionalidad española en la que figuraban como padres de sus

Political Economy of Commercial Surrogacy”, en *Review of International Political Economy*, vol. 12, No. 2, 2005, pp. 287 y ss. Markens, Susan. *Surrogate Motherhood and the Politics of Reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007. Merino, Faith. *Adoption and Surrogate Pregnancy*, Nueva York, Facts on File, 2010.

- 45 Con invocación de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, cuyo artículo 10.1 establece una categórica prohibición de la denominada “gestación de sustitución” o contratos de vientre de alquiler, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero; y cuyo artículo 10.2 establece que la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto, por tanto la mujer que da a luz, que en virtud de un contrato de gestación por sustitución que nuestro Derecho no reconoce como válido, será considerada como madre legal del niño.

gemelos concebidos a través de una madre de alquiler en EE. UU, dejando sin validez la inscripción ordenada por la Resolución. El procedimiento está en este momento pendiente del Recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial de Valencia, si bien es muy posible que el asunto llegue a ser juzgado por el Tribunal Constitucional.

El fraude de ley que esta pareja pretende perpetrar parece bastante evidente a pesar de que no se reconozca así en la Resolución. Sin embargo, este queda en segundo plano, pues es más importante observar que se produce un dilema jurídico moral que entraña una escabrosa paradoja: cumplir la ley es perjudicar al menor; pero beneficiarle, además de un incumplimiento de la norma, ampararía un fraude de ley por parte de los adoptantes que nuestro ordenamiento jurídico reprueba. Como veremos a continuación, en otros países como en el Reino Unido, ante tal situación se ha optado por proteger el mejor interés del menor a pesar de todos los incumplimientos<sup>46</sup> y, para evitar que se pueda repetir la situación, optaron por medidas preventivas<sup>47</sup>.

Aun así, la Resolución no aborda directamente el conflicto que mencionamos, pues dirime la cuestión con base en criterios procedimentales sin entrar a valorar el fondo de la cuestión. La solución dada por la Dirección General se basa en el puro reconocimiento de la resolución administrativa extranjera que reconoce la adopción por parte del estado de California, mientras que la resolución denegatoria del Consulado de Los Ángeles y el Juzgado de Primera Instancia de Valencia entran a valorar el fondo en el sentido al entender que la validez del negocio jurídico que da origen a la adopción ha de ser tenida en cuenta, de acuerdo con los requisitos de validez exigidos por el ordenamiento jurídico español. El fondo de la cuestión consiste por tanto en analizar cómo se ha realizado la adopción. De hecho, la Resolución descarta que se deba entrar en tal valoración. Esta dicotomía revive el debate causalista-anticausalista que tantas discusiones ha generado en las últimas décadas entre la doctrina<sup>48</sup>. Digamos en resumen que la Dirección General prescinde de la causa del negocio jurídico de la adopción; mientras que el Juzgado y el Consulado aplican la doctrina causalista en el sentido de que la legalidad de esta es necesaria para la validez de la adopción. El Convenio de la Haya no nos da una solución, como veremos a continuación, pues habilita a cada Estado para aplicar una u otra posición, y tampoco soluciona el problema del traslado transfronterizo de las familias homoparentales.

46 Línea que sigue la Resolución de la DGRN a la que aquí hacemos referencia.

47 Vid. *infra* el inicio del epígrafe sexto.

48 En este caso, la causa mediata, pues la causa subyacente, el deseo de adoptar, no se discute sobre su licitud, es la adopción a través de un contrato de alquiler de vientre materno (la llamada *gestación subrogada*) y por pareja homosexual. El primero lo prohíbe expresamente nuestra legislación; el segundo ahora es conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

## EL RECONOCIMIENTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS EN EL EXTRANJERO: LA ADOPCIÓN Y EL CONVENIO DE LA HAYA DE 1993

Las adopciones internacionales han sido un fenómeno en franco auge durante las últimas dos décadas<sup>49</sup>. La firma del Convenio de la Haya de 1993 facilita enormemente a los ciudadanos la labor de reconocimiento en su país de una adopción realizada en otro país dentro de los firmantes del Convenio. El reconocimiento tiene como función principal la adquisición de la nacionalidad del país de ciudadanía de uno o de ambos progenitores. Sin ese reconocimiento, el menor conservará la nacionalidad de donde se produjo la adopción, pues no hay obligación de que la adopción sea reconocida en el propio país. De hecho, las adopciones que se realizan fuera del ámbito del Convenio pueden ser reconocidas, aunque la tramitación será más complicada, puesto que no se cierran las puertas a las adopciones realizadas allí<sup>50</sup>, y los países son libres de formar acuerdos bilaterales con terceros estados ajenos al Convenio de acuerdo con el art. 39.

En principio, el Convenio establece el reconocimiento de las adopciones hechas en otros países de acuerdo a su legalidad vigente, válidas en todos los países firmantes del convenio, con la excepción de que no sean contrarias al orden público del país donde se solicita el reconocimiento<sup>51</sup>. Para comprobarlo,

49 Vid. O'Halloran, Kerry. *The politics of adoption: International perspectives on law, policy and practice*, Dordrecht, Springer, 2006.

50 Lo que sí puede darse es que algún estado elabore una lista negra de países donde supone que las adopciones se realizan de manera irregular y decida no reconocer ninguna adopción proveniente de alguno de esos países. Así por ejemplo, Irlanda vetó temporalmente en el 2007 el reconocimiento de las adopciones realizadas en Guatemala, Etiopía y Ruanda de forma cautelar (Cfr. Law Reform Commission. *Aspects of intercountry adoption law* [Report LRC 89], 2008, p. 71), si bien rehabilitó las etíopes al año siguiente al cambiar el país africano su normativa en la materia. Para otras aplicaciones prácticas del tratado, véase: Romano, Rosanne L. "Intercountry adoption: An overview for the practitioner", en *Transnational Lawyer*, vol. 7, No. 2, 1994, pp. 567 y ss.

51 Art. 23 del Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, ratificado por España mediante Instrumento de 30 de junio de 1995 y desarrollado por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, sobre las que la mayoría de las Comunidades Autónomas han reglamentado: Andalucía (Decreto 454/1996, de 1 de octubre, de habilitación de instituciones de integración familiar y acreditación de Entidades colaboradoras de adopción internacional y Decreto 282/2002, de 12 de noviembre, de Acogimiento familiar y Adopción); Aragón (Decreto 16/1997, de 25 de febrero, que regula la habilitación de Entidades colaboradoras de adopción internacional); Asturias (Decreto 5/1998, de 5 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar y de Entidades Colaboradoras de adopción internacional); Baleares (Decreto 187/1996, de 11 de octubre, que regula la habilitación y actividades a desarrollar por las Entidades colaboradoras de mediación familiar en materia de adopción internacional); Canarias (Decreto 200/1997 de 7 de agosto, por el que se regula la habilitación de las entidades colaboradoras de adopción internacional); Cantabria (Decreto 58/2002, de 30 mayo, por el que se desarrollan los Procedimientos Relativos a la Protección de Menores y a la Adopción y se regula el Registro de Protección de la Infancia y Adolescencia –arts. 34 a 54, 56, 61 a 67 y 73 a 77– y Decreto 47/1998, de 15 de mayo, sobre acreditación y funcionamiento de las entidades de mediación en adopción internacional); Castilla La Mancha (Decreto 44/2005, de 19 de abril, sobre acreditación, funcionamiento y control de las Entidades colaboradoras de adopción internacional y Decreto 45/2005, de 19 de abril, por el que se regula la adopción de menores); Castilla-León (Decreto

el país que proporciona la adopción del menor debe emitir un documento probatorio de que la adopción se ha realizado de acuerdo con las reglas del Convenio. Así el art. 24 del Convenio autoriza a los países firmantes a no reconocer una adopción si esta es manifiestamente contraria a la normativa de mejor protección del interés menor. Algunos países van más allá intentado desmotivar a sus ciudadanos de realizar adopciones sospechosas. Inglaterra, de acuerdo con su *Children and Adoption Act* de 2006, permite que la Autoridad competente pueda establecer restricciones excepcionales, en caso de sospechar que las adopciones realizadas en algún país concreto (incluidos los firmantes del Convenio) violan la normativa de interés público interno. Así, puede no solo denegar la homologación de la adopción, sino incluso prohibir la entrada en territorio británico del menor originario de esa nación<sup>52</sup>. Se busca de esta manera evitar la práctica de adoptar en un país ajeno al convenio para poder evitar las exigencias a las que este obliga, a la vez que se intenta aprovecharse de los beneficios que otorga<sup>53</sup>, incluso mediante la re-adopción del menor una

38/2005, de 12 de mayo, que regula la acreditación y funcionamiento de las entidades colaboradoras con funciones de mediación en materia de adopción internacional); Cataluña (Decreto 97/2001, de 3 de abril, de acreditación y funcionamiento de las Entidades colaboradoras de adopción internacional y Decreto 2/1997, de 7 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de protección de menores desamparados y de la adopción); Valencia (Decreto 100/2002, de 4 de junio, por el que se regula la acreditación, funcionamiento y control de las entidades de mediación de adopción internacional y el registro de reclamaciones formuladas contra las entidades de mediación acreditadas en la Comunidad Valenciana); Extremadura (Decreto 142/1996, de 1 de octubre, de Régimen jurídico, funcionamiento y habilitación de Entidades colaboradoras en la adopción internacional); La Rioja (Decreto 29/1997, de 9 de mayo, que regula la habilitación de Entidades colaboradoras de la Adopción Internacional); Madrid (Decreto 62/2003, de 8 de mayo de acreditación, funcionamiento y control de las Entidades colaboradoras de adopción internacional); Murcia (Decreto 46/2006, de 28 de abril, por el que se regula la acreditación y funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional y las Instituciones Colaboradoras de Integración Familiar); Navarra (Decreto Foral 168/2002, de 22 de julio, que regula la acreditación de las Entidades colaboradoras de adopción internacional) y País Vasco (Decreto 263/2003, de 28 de octubre, que regula la acreditación y el funcionamiento de las Entidades Colaboradoras de Adopción internacional).

- 52 El primero en ingresar en esa lista fue Camboya en 2004, pues se sospechaba que la falsificación de documentos por parte de las autoridades camboyanas era sistemático. Además, se sospechaba que en el proceso de adopción intervenían “facilitadores” (aun estando expresamente prohibido por las leyes camboyanas) que, a cambio de una comisión, sistemáticamente coaccionaban a mujeres para dar sus hijos en adopción, traficaban con menores y corrompían a los funcionarios públicos.
- 53 Vid. O'Halloran. *The politics of adoption: international perspectives on law, policy & practice*, op. cit. p. 265; citado en: Law Reform Commission. *Aspects of intercountry adoption law*, op. cit. p. 71. Lo que se busca es no dañar el principio del mejor interés del menor, que con el no reconocimiento de la adopción no hace sino castigar al adoptado y no a los adoptantes. Se obliga así a que retorne al país de adopción hasta que se demuestre que la situación es regular. Si se permite al menor cruzar la frontera y permanecer en el país, nos encontraremos ante una situación irregular que los adoptantes intentarán aprovechar para regularizar a través de la doctrina del interés del menor, que en los países de tradición anglosajona, cualquier juez puede aplicar al caso concreto incluso en contra de la reglamentación administrativa (proceso denominado *fait accompli*) para que el menor no se vea perjudicado por la no homologación de la adopción irregular. Bajo su legislación, el bienestar del menor debe predominar incluso sobre el orden público, independientemente del lugar de donde procede el ilícito, porque la no homologación traerá unas consecuencias negativas sobre el bienestar del menor. Esto provocaría un segundo ilícito sobre el proceso, con el agravante que se produciría sobre un bien protegido ya en el territorio donde la ley puede evitarlo (el ilícito cometido en el país de adopción, el gobierno inglés no goza de jurisdicción para castigarlo). Para que evitar males mayores, lo que se hace es asumir el primer ilícito con el fin de no provocar un segundo (Vid. *In Re K (adoption and*

vez en el propio país, ya de acuerdo con las reglas internas<sup>54</sup>. La utilización del artículo 23 del convenio también puede ser perversa en el sentido de que se establece implícitamente una presunción de veracidad y de legalidad de la adopción, que solo puede ser destruida en caso de que se dañe el interés del menor. Así, si la adopción no es acorde con el ordenamiento interno del país de acogida, pero no se daña el interés del menor con esa discordancia, la correcta interpretación del Convenio nos ha de llevar a aceptar la convalidación de la adopción con base en esa protección del interés del menor.

Tengamos en cuenta que la principal inquietud del legislador es la preocupación ante posibles casos de secuestro internacional de menores. No secuestro en el sentido terrorista o con ánimo de extorsionar, sino en el de sustraer un menor de su legítima familia<sup>55</sup>, normalmente con la connivencia de una organización que facilita el proceso (que pueden ser de tipo mafioso y casi siempre bajo una apariencia de legalidad o incluso impecable de ayuda a los necesitados) y a veces incluso de las autoridades locales. El tremendo incremento que se ha producido en el número de adopciones internacionales y la facilidad y rapidez con la que es posible realizar viajes hoy en día ha llevado a que el fraude en los procesos de adopción haya alcanzado niveles preocupantes. Por ello, los gobiernos de las naciones del primer mundo han tomado medidas para atajar este problema. Dentro de esas medidas, se encuentran las encaminadas a asegurar que las adopciones que se reconocen en estos Estados cumplen con todas las garantías de legalidad que protegen a los ciudadanos de aquellos países de los instintos depredadores del dinero fácil y la avidez de personas occidentales de acceder a una adopción<sup>56</sup>.

wardship) [1997] 2 FLR 221 y 230, citados en: Law Reform Commission. *Aspects of Intercountry Adoption Law*, op. cit. p. 74).

- 54 De nuevo nos enfrentaríamos a un claro fraude de ley por parte de los adoptantes que desean beneficiarse de que el menor se encuentra, normalmente, bajo su tutela en régimen de acogimiento hasta que se resuelva el expediente de convalidación. Fraude de ley que prosperaría en base a los mismos principios mencionados en la nota anterior de protección del interés del menor.
- 55 Nos referiremos aquí solo a los casos en que se produce con ánimo de adoptar, no a las sustracciones de menores en casos de separación o divorcio, en los que uno de los cónyuges decide unilateralmente y fuera de la legalidad trasladarse con un menor fuera del alcance del otro cónyuge o de alguna jurisdicción concreta. Al respecto, está considerada obra de referencia (Cfr. Hodson, David. *A practical guide to international family law*, Bristol, Family Law, 2008, p. 225); Lowe, Nigel V., Everall, Mark y Nichols, Michael. *International Movement of Children: Law Practice and Procedure*, Bristol, Family Law, 2004.
- 56 El 19 de octubre de 1996, en el marco de la Conferencia de La Haya sobre el Derecho internacional privado, se concluyó el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. En su artículo 5º establece que:
  1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes.
  2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro estado contratante, son competentes las autoridades del estado de la nueva residencia habitual.

## EL DESPLAZAMIENTO INTERNACIONAL DE LAS FAMILIAS HOMOPARENTALES CON HIJOS ADOPTADOS: EL EJEMPLO ESTADOUNIDENSE.

Los Estados Unidos de América como país es un buen ejemplo para comenzar a ilustrar el problema que planteamos, pues la movilidad de su población es enorme, ya que se estima que el 10% de la población estadounidense cambia de domicilio cada año<sup>57</sup>. ¿Qué ocurre cuando una pareja homosexual que ha adoptado legalmente a un niño en un estado que permite tales adopciones viaja a otro que no las permite (o incluso que las prohíbe expresamente)?

La cohesión de Estados Unidos como país está en general mal entendida en España, pues se parece más a la Unión Europea que a un país tal y como entendemos, por ejemplo, el nuestro. Un buen ejemplo en cuanto a esto es el tema que nos ocupa. En materia de adopción, cada estado de la unión tiene su propia normativa, hasta el punto de que cuando una pareja adopta en un estado diferente al suyo, el procedimiento es el parecido al de una adopción internacional, pues se requiere un reconocimiento de esa adopción. Así, si una pareja de Missouri adopta un niño en Alabama, o siendo de Alabama, se trasladan a vivir a Missouri (según la legislación americana estaríamos ante el mismo presupuesto de hecho, puesto que al trasladarse a otro estado hay que convalidar allí todos los documentos personales excepto el pasaporte, pues la política exterior es competencia federal, del gobierno central: partidas de nacimiento, libro de familia, carné de conducir, matrícula del coche, etc.) no sólo tiene que cumplir con las leyes de adopción de Alabama, sino que además debe solicitar en Missouri el reconocimiento de toda la documentación expedida en Alabama, incluidos el certificado de nacimiento del menor, el certificado de adopción y el equivalente al libro de familia. Puede Missouri denegar dicha convalidación, resultando que no va a reconocer a ese menor como hijo adoptado de esos padres y dejando al menor en estado de desamparo. La consecuencia de un menor en estado de desamparo sabemos que es que el Estado se hace cargo de su guarda y custodia<sup>58</sup>. El tratamiento que a las adopciones por parejas

Ha sido objeto de ratificación por España del convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, publicado en el BOE Nº 291, de 2 de diciembre de 2010, con entrada en vigor para España el 1 de enero de 2011.

57 Cfr. Wardle, Lynn. "A critical analysis of interstate recognition of lesbian-gay adoptions", en *Ave Maria Law Review*, vol. 3, No. 2, 2005, p. 568.

58 Esto no tenemos noticia de que haya ocurrido nunca. Las adopciones se han reconocido siempre pues hasta ahora tenían lugar por parejas heterosexuales. Solo en los últimos años algunos estados han admitido las homosexuales y no se ha llegado a este extremo. Pero con la Ley en la mano puede ocurrir, pues las familias homosexuales no gozan de todas las garantías de que no suceda, lo que se las ha llevado a calificar por Olson, Christine como de familias de segunda clase, vulnerando el derecho a la igualdad (Cfr. "Second-Class Families: Interstate Recognition of Queer Adoption", en *Family Law Quarterly*, vol. 43, No. 1, 2009, p. 161 y ss.).

homosexuales se le da en los diferentes estados es variable, como ocurre entre las naciones del mundo.

El reconocimiento de ciertos actos jurídicos entre estados de la unión es un tema que está en plena efervescencia en los EE. UU. La razón viene del reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo en alguno de los estados que los admiten. En aquellos que no los reconocen<sup>59</sup> ello tiene importantes implicaciones principalmente de cara al acceso a su registro legal, a beneficios sociales, determinación de la ley aplicable al desenvolvimiento de las obligaciones maritales, el divorcio, y, lo que ahora nos importa, la posibilidad de acceso a la adopción conjunta por dos personas. Esto último enlaza con la cuestión que planteamos: si no se reconoce el matrimonio, tampoco la filiación adoptiva del menor adoptado legalmente por la pareja en otro estado. Así, los padres o madres en un estado no lo serán en otro si fallan las leyes de reconocimiento de actos jurídicos entre estados<sup>60</sup>. La consecuencia, como decíamos, es aterradora:

59 Muestra de la discusión doctrinal en la que se halla envuelta la cuestión: Joslin, Courtney G. "Interstate Recognition of Parentage in a Time of Disharmony: Same-Sex Parent Families and Beyond", *op. cit.* pp. 557 y ss.). Arader, Jared B. "Chambers v. Ormiston: The harmful and discriminatory avoidance of the laws of comity and public policy for valid same sex marriages", en *Roger Williams University Law Review*, vol. 15, No. 1, 2010, pp. 187 y ss.

60 Florida, Mississippi, Arkansas y Utah tienen leyes que prohíben a personas homosexuales acceder a la adopción. Aunque en 2009 el Tribunal de Apelaciones de Florida estableció la obligación constitucional (art. 4 de la Constitución de los EE.UU.) de reconocer los actos válidos celebrados en otro estado en un caso que podría parecerse a la hipótesis planteada, lo cierto es que no entró a valorar los argumentos de orden público aducidos y que podrían haber llevado a la anulación de la adopción realizada válidamente (Cfr. *Embry v. Ryan*, 2009 Westlaw 1311599 [Fla. 2nd District Ct. App., May 13, 2009]). Nada impide que en un futuro se plantee de nuevo el problema que hemos esbozado, pues la cuestión se halla enconada (Vid. Wardle, Lynn. "A critical analysis of interstate recognition of lesbian-gay adoptions", *op. cit.* p. 614 a 616). Tampoco parece que las leyes que algunos estados han intentado aprobar prohibiendo expresamente el reconocimiento es sus estados de este tipo de adopciones gocen del favor jurisdiccional, pues alguno ya ha sido anulado, como ha sido el caso de Oklahoma (Vid. *Finstuen v. Clutcher* 496 F.3d 1139, explicado detalladamente por Spector, Robert G. "The Unconstitutionality of Oklahoma's Statute Denying Recognition to Adoptions by Same-Sex Couples from Other States", en *Tulsa Law Review*, vol. 40, No. 3, 2005, p. 467 y ss.). La peculiaridad de esta decisión es que se basa en el reconocimiento de una sentencia judicial que establecía la adopción. Por ello en este caso la homologación venía obligada por el art 4 de la Const. Norteamericana (Cfr. el comentario a este caso en *Harvard Law Review*, 2007. P. 661 y SS.). Pero en cuanto a los actos jurídicos en general se puede dar la no homologación por razones de orden público. El uso de tal cláusula constitucional (denominada *full faith and credit clause*) en esta materia es objeto de debate, sobre el cual el Tribunal Supremo norteamericano no se ha pronunciado aún, y la doctrina discute su alcance (Vid. Cox, Barbara J. "Adoptions by lesbian and gay parents must be recognized by sister states under the full faith and credit clause despite anti-marriage statutes that discriminate against same-sex couples", en *Capital University Law Review*, vol. 31, No. 4, 2003, pp. 751 y ss.). Pero lo que es indudable y no se discute es que tal obligación de reconocimiento es de derecho interno y no alcanza a los actos y negocios jurídicos provenientes de otros países (Cfr. Forman, Deborah. "Interstate recognition of same sex parents in the wake of gay marriage, civil unions and domestic partnerships", en *Boston College Law Review*, vol. 46, No. 1, 2004, pp. 78 y 79). Para estos se deberá atender a los tratados internacionales que el país tenga suscritos y bajo la premisa general del respeto al orden público interno. En nuestro ámbito de estudio, véase: Seymore. "International adoption and international comity: When is adoption repugnant?", en *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 10, 2005, pp. 381 y ss.

Lo cierto es que en el flujo de decisiones judiciales la tendencia es a legalizar este tipo de adopciones: Appell, Annette R. "The Endurance of the Biological Connection: Heteronormativity, Same Sex Parenting

el niño carece de progenitores, está en situación de desamparo, es huérfano legalmente y en estas situaciones lo que la ley marca es que la Administración se hará cargo de su custodia.

¿Por qué razón podría denegar un Estado el reconocimiento de una adopción legalmente realizada en otro estado? Por las mismas razones que el Convenio de la Haya establece para las adopciones internacionales propiamente dichas: que sea contraria la adopción al orden público del ordenamiento jurídico. Así que esto mismo que se plantea a nivel interno dentro de aquel país, bien puede suceder a nivel internacional cuando una pareja homosexual con un hijo legalmente adoptado en su país se desplace a un país que no reconoce las adopciones conjuntas por personas del mismo sexo; qué decir de aquellos que no consienten estas relaciones o incluso las criminalizan. De acuerdo con la Ley de estos países, el no reconocimiento de la adopción iría perfectamente en línea con su concepto del mejor interés del menor (requisito para la denegación de acuerdo con el art. 23 de la Convención), pues la perfilación de tal concepto no queda delimitada por el Convenio y cada país lo hará de acuerdo a su normativa. Esto se da entre firmantes del tratado, que no son todos los del mundo, pues fuera de él la libertad de cada estado es absoluta. La defensa de la propia tradición jurídica a través del desarrollo legislativo no puede ser puesta en duda, y ni siquiera el Convenio osa hacerlo. Solo la defensa del interés del menor nos puede hacer pensar que este principio absoluto quizá debiera contar con cierta excepcionabilidad en aras exclusivamente de la fragilidad e indefensión de los menores.

Planteemos pues la posibilidad de que un estado no reconozca la normativa interna de otro, bajo la cual se ha celebrado el acto jurídico, por razones de orden interno. Esto es perfectamente posible, por ejemplo, casi ningún país reconocerá un acto jurídico que someta a esclavitud a otro ser humano, pues el ordenamiento interno lo repudiará y esa relación de esclavitud no será válida<sup>61</sup>. Así, al entrar en nuestro país, por ejemplo, ese esclavo será automáticamente libre, porque el propietario no podrá hacer valer su título de propiedad por ser contrario al orden público de nuestro país, a pesar de ser perfectamente válido

and the Lessons of Adoption”, *op. cit.*, p. 317, citando los casos: *In re K.M. & D.M.*, 653 N.E.2d 888 (Ill. App. 1995) y *In re Infant Girl W.*, 845 N.E.2d 229 (Ind. App. 2006), y *In re K.S.P.*, 804 N.E.2d 1253 (Ind. Ct. App. 2004), *In re M.M.G.C.* 785 N.E.2d 267 (Ind. Ct. App. 2003), *In re Sharon S.*, 31 Cal. 4th 417, 73 P.3d 554 (Cal. 2003), *In re R.B.F. & R.C.F.*, 803 A.2d 1195 (Pa. 2002), *In re H.N.R.*, 666 A.2d 535 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1995), *In re M.M.D. & B.H.M.*, 662 A.2d 837 (D.C. 1995), *In re Jacob*, 660 N.E.2d 397 (N.Y. 1995), *In re Tammy*, 619 N.E.2d 315 (Mass. 1993) y *In re Adoptions of B.L.V.B. & E.L.V.B.*, 628 A.2d 1271. Además, varios estados han dictado leyes admitiéndolas expresamente sin que hayan sido impugnados con éxito.

En Europa la tendencia es de igual modo hacia la legalización (Cfr. Dethloff, Nina. “Same-Sex Parents in a Comparative Perspective”, en *International Law Forum*, vol. 7, No. 3, 2005, pp. 195 y ss. Vlaardingerbroek, Paul. “Trends on (inter-country) adoptions by gay and lesbian couples in western Europe”, en *Saint Thomas Law Review*, vol. 18, 2005, pp. 508 y ss.).

61 Vid. Scarman, Justice. “English law and foreign adoptions”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, No. 3, 1962, p. 638.

en el suyo. Trasladada la cuestión al ámbito internacional, nos encontramos con que es posible que se plantee esta posibilidad de desamparo del menor al viajar a un país que se niegue a reconocer la adopción por considerarla contraria a su orden público interno y ello es conforme al Derecho internacional, como hemos visto. La solución no es fácil, puesto que el orden público interno de cada país no puede ser fijado por ninguna clase de convenio. Es más cierto que algunos países rechazan suscribir ciertos convenios por estimar que esto puede entrar en conflicto con el ordenamiento interno y ante tener que elegir entre la tradición jurídica propia y la introducción de una norma ajena a esta o que obligará a cambiarla, los países rara vez prefieren esta segunda opción. La tradición jurídica tiene un peso importante a la hora de la toma de decisiones que afectan a instituciones de antiguo arraigo, como aquellas a las que nos estamos refiriendo.

Cuando la adopción es unipersonal, este problema parece que no lo es tanto. Una adopción unipersonal rara vez planteará conflictos interjurisdiccionales, pues es una categoría universalmente aceptada. El problema lo plantea la adopción conjunta. Si solo hay un progenitor y su cónyuge del mismo sexo no tiene relación paterno-filial con el menor, entonces no nos enfrentaremos a la hipótesis que planteamos<sup>62</sup>. El menor, al tener un progenitor que se haga cargo de su patria potestad, no es huérfano y por tanto el Estado no tiene razón alguna para hacerse cargo de su guarda y custodia. Así al menos el menor no será físicamente separado de sus padres adoptivos y, aunque se pierda la relación paterno filial con uno de los progenitores, el bien del menor (que no olvidemos es el bien jurídico protegido de mayor relevancia y el que ha de ser defendido con mayor firmeza) queda preservado en su mayor medida, o al menos las prerrogativas de mayor relevancia de entre aquellas con las que un menor debiera necesariamente contar, sí que van a permanecer.

Aquellos países que no reconocen las adopciones homoparentales, sea por ausencia de previsión legal, prohibición expresa o por incompatibilidad con su tradición jurídica, deben asegurar que los menores que se someten a adopción en países que sí las aceptan no queden desprotegidos al trasladarse de estos a aquéllos. El interés del menor y la conservación de la relación paterno-filial que válidamente se constituyó en el país de origen de la adopción requieren ponerse en equilibrio con los requisitos legales del país de acogida. Tan injusto es no respetar la Ley del estado al que se viaja, como que este ignore (aunque sea con el beneplácito del Convenio) el interés del menor, que ya fue evaluado

62 Incluso podría llegar a ser una solución de compromiso: si no se va a reconocer la adopción homoparental, al menos que se reconozca como progenitor a uno de los dos miembros de la pareja homosexual al objeto de no dejar al menor en situación de orfandad. El silencio del Convenio de la Haya en este sentido bien valdría la pena una revisión que diera una solución a este problema, dada la importancia de los bienes jurídicos merecedores de protección que aquí se plantean.

en el país de origen al consentir este la constitución de la adopción<sup>63</sup>. Se diferencia así la adopción de otras instituciones jurídicas que igualmente plantean problemas interjurisdiccionales, como pudiera ser la bigamia. En la adopción, el bien jurídico protegido es el interés no de los adultos, sino el del menor; ello debería permitir un entendimiento más fluido entre los diferentes principios inspiradores de la protección de los menores y cómo la evaluación de este interés ha de ser llevada a la práctica.

El bienestar de los ciudadanos y la libertad de circulación de cada vez más personas, a la que la modernidad nos está acostumbrando de manera creciente, requieren que el asunto sea abordado con seriedad y urgencia y que se adopten medidas que otorguen la necesaria seguridad jurídica a la condición de los menores en esta situación. La realidad de los acontecimientos requiere soluciones legislativas que resuelvan los problemas que la rica casuística nos ofrece. Ante el caso que planteamos, el bienestar del menor exige una solución que debemos admitir que no es fácil de encontrar. Dentro de un país como Estados Unidos, una ley federal o una sentencia del Tribunal Supremo ofrecerá una solución que homogenizará la praxis para el reconocimiento interestatal de las adopciones homoparentales, pero en el ámbito internacional la toma de decisiones y su aplicación es sensiblemente más compleja. Las tradiciones jurídicas son en este caso mucho más dispares y por tanto la posibilidad de conciliar las necesidades o preferencias de unos y otros posicionamientos frente a casos del tipo que planteamos da lugar a escenarios muchos más enmarañados. Ello es más así porque algunas de las instituciones implicadas, además de entrar de lleno en la tradición jurídica nacional, en muchos países entra al mismo tiempo en colisión con principios religiosos fuertemente arraigados entre las poblaciones, que producen no sólo un rechazo de la legislación, sino también un rechazo por parte de amplios sectores o la inmensa mayoría de la población. La respuesta a cómo compatibilizar el respeto a tantos intereses en conflicto es prácticamente un túnel sin salida en la actual configuración que el Derecho internacional nos ofrece<sup>64</sup>.

63 No se constituyen adopciones en perjuicio expreso del menor. Todo lo contrario, si se permite una adopción es porque, por una razón o por otra, se ha considerado que el interés del menor queda mejor protegido con la adopción que sin ella.

64 Agravado por la falta de entendimiento, cuando no ya enfrentamiento abierto, entre las distintas civilizaciones o familias jurídicas del mundo. El rechazo mutuo entre las categorías jurídicas aceptadas y aplicadas en unos y en otros es patente.

## BIBLIOGRAFÍA

- Adams, William E. "Whose family is it anyway? The continuous struggle of lesbians and gay men seeking to adopt children", en *New England Law Review*, vol. 30, No. 3, 1995, pp. 579-622.
- Appell, Annette R. "The endurance of the biological connection: Heteronormativity, same sex parenting and the lessons of adoption", en *Brigham Young University Journal of Public Policy*, vol. 22, No. 2, 2008, pp. 289-325.
- Arader, Jared B. "Chambers v. Ormiston: The harmful and discriminatory avoidance of the laws of comity and public policy for valid same sex marriages", en *Roger Williams University Law Review*, vol. 15, No. 1, 2010, pp. 187-216.
- Ball, Carlos. "The Immorality of Statutory Restrictions on Adoption by Lesbians and Gay Men", en *Loyola University of Chicago Law Journal*, vol. 38, No. 2, 2007, pp. 379-397.
- Blanc, Myriam. *Et elles eurent beaucoup d'enfants. Histoire d'une famille homoparentale*. Manosque, Le Bec en l'Air, 2005.
- Brodzinski, David M. y Schechter, Marshall D. *The psychology of adoption*, Nueva York, Oxford University Press, 1990.
- Bryant, Suzanne. "Second parent adoption: A model brief", en *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 2, No. 1, 1995, pp. 233-241.
- Cahn, Naomi. "The moral complexities of family law", en *Stanford Law Review*, vol. 50, No. 1, 1997, pp. 225-271.
- Cahn, Naomi. "Perfect Substitutes or the Real Things?", en *Duke Law Journal*, vol. 52, No. 6, 2003, pp. 1077-1166.
- Cantor, Donald et al. *Same sex marriage: The psychological evolution in America*, Middletown, Wesleyan University Press, 2006.
- Carp, Wayne E. *Family matters: Secrecy and disclosure in the history of adoption*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- Christensen, Craig W. "Legal ordering of family values: The case of gay and lesbian families", en *Cardozo Law Review*, vol. 18, No. 4, 1997, pp. 1299-1416.

- De Oliveira, Mariana y Bortolozzi, Ana Cláudia. *Adopção por homossexuais. A família homoparental sob o olhar da psicologia jurídica*, Curitiba, Juruá, 2009.
- Dethloff, Nina. "Same-Sex Parents in a Comparative Perspective", en *International Law Forum*, vol. 7, No. 3, 2005, pp. 195-205. DOI: 10.1163/157180405774580008
- Elovitz, Marc E y Schneider, Cynthia. *Legal issues facing the nontraditional family*, Nueva York, Practising Law Institute, 1995.
- Elovitz, Marc E. "Adoption by lesbian and gay people: the use and misuse of social science research", en *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 2, No. 1, 1995, pp. 207-215.
- Elovitz, Marc E. "Adoption by lesbian and gay people". En: Elovitz, Marc E. y Schneider, Cynthia. *Legal issues facing the nontraditional family*. Nueva York, Practising Law Institute, 1995, p. 171-191.
- Ellman, Ira M. "Thinking about custody and support in ambiguous father families". En *Family Law Quarterly*, vol. 36, 2002, pp. 49-78.
- Evall, Joseph. "Sexual orientation and adoption matching", en *Family Law Quarterly*, vol. 25, No. 3, 1991, pp. 347-379.
- Field, Martha A. *Surrogate motherhood*, Cambridge, Harvard, University Press, 1988.
- Forman, Deborah. "Interstate recognition of same sex parents in the wake of gay marriage, civil unions and domestic partnerships". En *Boston College Law Review*, vol. 46, No. 1, 2004, pp. 1-81.
- García Rubio, María Paz. "La adopción por y en parejas homosexuales", en *Libro Homenaje al Profesor Luis Puig Ferriol*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2006-
- Garrison, Marsha. "Law Making for Baby Making: An Interpretive Approach to the Determination of Legal Parentage", en *Harvard Law Review*, vol. 113, No. 4, 2000, pp. 835-923. <https://doi.org/10.2307/1342435>
- Garrison, Marsha. "Surrogate parenting: What should legislatures do?", en *Family law quarterly*, vol. 22, No. 2, 1988, pp. 149-172.

- Gatos, Pamela. "Third parent adoption in lesbian and gay families", en *Vermont Law Review*, vol. 26, No 1, 2001, pp. 195-220.
- Goldstein, Joseph, et al. *The best interests of the child: the least detrimental alternative*, Nueva York, Free Press, 1998.
- Green, Samuel y Long, John. *Marriage and family law agreements*, Colorado Springs, Shepard's/McGraw-Hill, 1984.
- Green, Vincent C. "Same sex adoption. An alternative approach to gay marriage in New York", en *Brooklyn Law Review*, vol. 62, No. 1, 1996, pp. 399-429.
- Hodson, David. *A Practical Guide to International Family Law*, Bristol, Family Law, 2008.
- Joslin, Courtney G. "Interstate Recognition of Parentage in a Time of Disharmony: Same-Sex Parent Families and Beyond", en *Ohio State Law Journal*, vol. 70, No. 3, 2009, pp. 563-617.
- Leonard, Arthur S. *Sexuality and the law*, Nueva York, Routledge, 1993.
- Lieberman, Martha E. "The status of same sex adoption in the keystone state subsequent to the state supreme court's decision in *Adoption of R.B.F. and R.C.G.*", en *Journal of Law and Policy*, vol. 12, No. 1, 2003, pp. 287-325.
- Lin, Timothy E. "Social norms and judicial decision-making: Examining the role of narratives in same sex adoption cases". En *Columbia Law Review*, vol. 99, No 3, 1999, pp. 739-794. <https://doi.org/10.2307/1123520>
- Lowe, Nigel V., Everall, Mark y Nichols, Michael. *International movement of children: law practice and procedure*, Bristol, Family Law, 2004.
- Maldonado, Maria Tereza. *Os caminhos do coração: pais e fillos adotivos*, São Paulo, Saraiva, 2001.
- Mallon, Gerald. *Lesbian & gay foster and adoptive parents. Recruiting, assessing and supporting an untapped resource for children and youth*, Washington, Child Welfare League of America, 2006.
- Markens, Susan. *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007.
- Merino, Faith. *Adoption and surrogate pregnancy*, Nueva York, Facts on File, 2010.

- Michael. "Approaching same sex marriage: How second-parent adoption cases can help courts achieve the best interest of the same-sex family". En *Connecticut Law Review*, 2003.
- O'Halloran, Kerry. *The politics of adoption: International perspectives on law, policy and practice*, Dordrecht, Springer, 2006.
- Olson, Christine L. "Second Class Families: Interstate Recognition of Queer Adoption", en *Family Law Quarterly*, vol. 43, No. 1, 2009, pp. 161-180.
- Otero Varela, Alfonso. *Dos estudios histórico jurídicos: el riego en el derecho castellano-leonés; la adopción en la historia del Derecho español*, Roma y Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, 1955.
- Polikoff, Nancy. "This child does have two mothers: redefining parenthood to meet the needs of children in lesbian-mother and other nontraditional families", en *Georgetown Law Journal*, vol. 78, No. 3, 1990, pp. 459-576.
- Posner, Richard A. "The ethics and economics of enforcing contracts of surrogate motherhood", en *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, vol. 5, No. 1, 1989, pp. 21-31.
- Rekers, George A. "An empirically supported rational basis for prohibiting adoption, foster parenting and contested child custody for any person residing in a household that includes a homosexually behaving member", en *Saint Thomas Law Review*, vol. 18, No. 2, 2005, pp. 325-424.
- Rivero Hernández. *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000.
- Roberts, Dorothy E. "The Genetic Tie", en *University of Chicago Law Review*, vol. 62, No. 1, 1995, pp. 209-273.
- Romano, Rosanne L. "Intercountry adoption: An overview for the practitioner", en *Transnational Lawyer*, vol. 7, No. 2, 1994, pp. 545-582.
- Roski, Clifford J. "Like father, like son: homosexuality, parenthood, and the gender of homophobia", en *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 20, No. 2, 2009, pp. 257-282.
- Ross, Spencer. "*Finstuen v. crutcher*: the tenth circuit delivers a significant victory for same-sex parents with adopted children", en *Denver University Law Review*, vol. 85, No. 3, 2008, pp. 685-700.

- Sandel, Michael J. *Justice: What's the Right Thing to Do?*, Nueva York, Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- Scarman, Justice. "English law and foreign adoptions", en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, No. 3, 1962, pp. 635-664.
- Schacter, Jane. "Constructing families in a democracy: Courts, legislatures and second parent adoption", en *Chicago Kent Law Review*, vol. 75, No. 3, 2000, pp. 933-950.
- Schuck, Peter H. "The social utility of surrogacy", en *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 22, No. 2, 1990, pp. 132-138.
- Seymore. "International adoption and international comity: When is adoption repugnant?", en *Texas Wesleyan Law Review*, vol. 10, 2005, pp. 381-401.
- Shanley, Mary Lyndon. *Making babies, making families. What matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption and same-sex and unwed parents*, Boston, Beacon, 2001.
- Silva Junior, Enézio de Deus. *A possibilidade jurídica de adoção por casais homossexuais*. Curitiba, Juruá, 2008.
- Solé Resina, Judith. "Adopción y parejas homosexuales", en Navas Navarro, Susana. *Matrimonio homosexual y adopción*, Madrid, Reus, 2006.
- Spar, Debora. "For the love and money: The political economy of commercial surrogacy", en *Review of international political economy*, vol. 12, No. 2, 2005, pp. 287-309.
- Spector, Robert G. "The Unconstitutionality of Oklahoma's Statute Denying Recognition to Adoptions by Same-Sex Couples from Other States", en *Tulsa Law Review*, vol. 40, No. 3, 2005, pp. 467-478.
- Stacey, Judith y Biblarz, Timothy J. "(How) Does the Sexual Orientation of Parents Matter?", en *American Sociological Review*, vol. 66, No. 2, 2001, pp. 159-183.
- Stumpf, Andrea E. "Redefining mother: A legal matrix for new reproductive technologies", en *Yale Law Journal*, vol. 96, No. 1, 1986, pp. 187-208.

- Tobias, Sarah. "Several steps behind: Gay and lesbian adoptions", en Haslanger, Sally y Witt, Charlotte. *Adoptions matters: Philosophical and feminist essays*. Ithaca, Cornell University Press, 2005, pp. 95-111.
- Vlaardingerbroek, Paul. "Trends on (inter-country) adoptions by gay and lesbian couples in western Europe", en *Saint Thomas Law Review*, vol. 18, 2005, pp. 495-502.
- Wardle, Lynn. "Considering the impact on children and society of lesbigay parenting", en *Quarterly Law Journal*, vol. 23, No. 2, 2004, pp. 558-566.
- Wardle, Lynn. "A critical analysis of interstate recognition of lesbian-gay adoptions". En *Ave Maria Law Review*, vol. 3, No. 2, 2005, pp. 561-617.
- Wardle, Lynn. "The Hague convention on intercountry adoption and american implementing law: Implications for international adoptions by gay and lesbian couples or partners", en *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 18, No. 1, 2008, pp. 113-152.
- Wardle, Lynn. "Comparative perspectives on adoption of children by cohabiting, nonmarital couples and partners", en *Arkansas Law Review*, vol. 63, 2010, pp. 31-112.
- Wilkins, Richard G., Christensen, Trent y Selden, Eric. "Adult sexual desire and the best interest of the child", en *Saint Thomas Law Journal*, Vol. 18, No. 2, 2005, pp. 543-680.



# Revista Pensamiento Jurídico

## Instrucciones para los autores de artículos a publicar

1. **EXTENSIÓN DEL DOCUMENTO:** entre 15 y 35 páginas a espacio sencillo en letra Times New Roman, tamaño 12.
2. **CUERPO DEL DOCUMENTO:** sin falta debe estructurarse en tres partes fundamentales:
  - a. *Contenido:* Estructura mínima con tres subtítulos.
  - b. *Conclusión* preliminar.
  - c. *Bibliografía:* Debe dar cuenta de un panorama representativo de los expertos de la temática tratada.

Es responsabilidad del autor o los autores señalar y referenciar claramente cualquier fragmento que sea tomado de la obra de otro autor, en la construcción de su trabajo. Si no se hace así, se considerará como plagio y el trabajo será descartado para publicación.

3. **NORMAS GENERALES DE ORGANIZACIÓN DEL ARTÍCULO:** debe tenerse en cuenta los siguientes criterios:
  - a. *Nombre del artículo* en español e inglés
  - b. *Nombre del(os) autor(es)* con un asterisco el cual indicará a pie de página la filiación del autor, en la que se indicará la formación académica y cargo o campo de desempeño en 2 o 3 líneas y el respectivo correo electrónico.
  - c. *Resumen* en español e inglés (máximo 50 palabras).
  - d. *Palabras clave* en español e inglés (de 5 a 8).
  - e. *Títulos.* En todos los casos aparecerán marginados a la izquierda, con numeración según la tabla de contenido sin tabulado, respetando las siguientes normas:
    - 1) Títulos principales en negrita, tamaño 12, Times New Roman.
    - 2) Títulos secundarios en negrita, tamaño 10, Times New Roman.
    - 3) Subtítulos en itálica, tamaño 10, Times New Roman.
  - f. *Números:*

- 1) Los números de pies de página deben aparecer como superíndices ANTES de un punto o de una coma si lo hubiese.
- 2) La escritura de números deberá corresponder con las normas castellanas, vale decir, la numeración deberá llevar *punto* (.) y no *coma* (,) para las cifras que indiquen miles y millones. Por su parte los números decimales se escribirán con *coma* (,).

Ejemplo:

1.000; 10.000; 100.000 o 1.000.000 para los miles y millones

52,7; 9,1; 10,5 o 100,0 para los decimales.

Cuando el número designe una enumeración se escribirá en letras.

Ejemplo:

En 1990 *veinticuatro* personas recorrieron el lugar, *ocho* de ellas...

- g. *Elementos gráficos*: tener presente que el interior se imprime en blanco y negro, por lo tanto para cualquier elemento gráfico en los avances (ilustraciones, mapas, cuadros, tablas, etc.) se deberán tener los recaudos necesarios para su correcta interpretación. Tonos grises contrastados o utilización de rayados o punteados que permitan una clara lectura o identificación.

- 1) Las ilustraciones:

- a) Los cuadros, tablas, fotos, mapas u otros (con su respectiva numeración, escalas, títulos y/o epígrafes) podrán enviarse por separado, indicando en el texto, la ubicación de cada uno de ellos. En el texto se harán las remisiones a las ilustraciones que correspondan.
- b) Los símbolos incluidos deberán ser claros y estar bien diferenciados entre sí. En lo posible utilizar figuras geométricas planas.
- c) En todos los casos el título y la fuente de la información aparecerá de la siguiente manera:

Ejemplo:

**Cuadro 1.**  
(Centrado, tamaño 10, Times New Roman)  
***Algunos indicadores educativos, República Mexicana***  
***1a. Población de 6 a 14 años que asiste a la escuela***  
***(% de la población total)***  
(Centrado, en negrita e itálica, tamaño 10, Times New Roman)

Asisten a la escuela					
Año	1990	1995	1997	1997	1997
Edad (años)				Hombres	Mujeres
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

**Fuente:** *Informe de Labores 1998-1999 de la SEP, México.*

- 2) Los mapas
  - a) Presentar los mapas que incluyan solamente los elementos imprescindibles, evitando que estén excesivamente recargados de dibujo o de texto.
  - b) En cada mapa deberá constar en un recuadro ubicado en el ángulo superior o inferior derecho, la ubicación del sector a nivel regional/ providencial/ y del país.
  - c) Recordar que estas imágenes se imprimen en blanco y negro.
- 3) Los gráficos
  - a) Los gráficos y diagramas deberán tener una adecuada calidad original. Se recomienda que en todos los casos se utilice un programa de gráficos para computadora. No utilizar colores en los diagramas.
  - b) Definir claramente, en el caso de las tablas, las columnas y filas que encabezan los ingresos a los valores interiores de las mismas.

Tener en cuenta que no se admitirán agregados ni modificaciones una vez iniciado el proceso de edición y posterior composición gráfica del documento.

#### 4. NORMAS DE CITACION

La *Revista Pensamiento Jurídico* acepta dos sistemas de citación, el Sistema APA y el Sistema ICONTEC. Los autores solo podrán hacer uso de **uno** de ellos en sus textos.

**Sistema APA.** Cuando se cite un autor o un documento, en el cuerpo central del artículo usted tiene tres opciones para colocar las citaciones en relación con el texto.

- a. Coloque el autor(es) y fecha(s) entre paréntesis en un lugar adecuado dentro o al final de una frase:

Ejemplos

El concepto de derecho natural ha caído en desuso por sus múltiples falencias en su fundamentación (Silva 1976)

Los derechos humanos son exigibles jurídicamente (Díaz y Sánchez 2010)

Las categorías analíticas en derecho son relevantes para la argumentación (López, Castro y Pérez 1998)

- b. Coloque sólo la fecha entre paréntesis:

Ejemplo:

Sánchez, Aldana y Fischer (2009) se han preguntado si: “¿Acaso las decisiones de la Corte Constitucional no tienen control?” (p. 96).

Tenga en cuenta que tiene que proporcionar el número(s) de página entre paréntesis para citas directas. No es necesario proporcionar el número de página si está resumiendo o parafraseando una fuente, en lugar de citar.

- c. Integrar el autor y la fecha en su frase:

Ejemplo:

En 2009, Robledo y Puerta informaron que, después de analizar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia respecto a los casos de parapolítica, ....

Cuando se cite un documento elaborado por uno o dos autores se debe citar los apellidos en todas las citaciones

Ejemplo:

(Caro & Camacho 2009) o Caro y Camacho (2009)

Cuando se cite un documento elaborado entre 3 y 5 autores se debe citar todos los autores en la primera citación; pero en todas las citas posteriores, se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al.*

Ejemplo:

Primera cita: (Aldana, Ramírez y Orozco 2009)

Citas subsiguientes: (Aldana *et al* 2009)

Cuando se cite un documento elaborado por más de seis autores se debe utilizar el nombre del primer autor seguido de *et al* en todas las citas:

Ejemplo:

(Murcia *et al* 2000)

Cuando se cite un documento elaborado por una organización se debe utilizar el nombre completo de dicha organización en la primera cita, sin embargo en las citas posteriores debe utilizarse la abreviatura del nombre de la organización.

Ejemplo:

Primera referencia: (Instituto Nacional de Salud [INS] 2005)

Las referencias subsecuentes: (INS 2005)

Cuando se citen dos o más trabajos los mismos se deben referenciar entre paréntesis y se deben ser separados mediante el uso de punto y coma.

Ejemplo:

(Aldana, Orozco y Ramírez 2009; Singer 1976).

Cuando cite dos o más trabajos elaborados por el mismo autor basta con indicar los años de elaboración de los documentos en orden cronológico del más reciente al más antiguo:

Ejemplo:

(Artunduaga 2005; 1999)

Cuando se cite una cita contenida en otro documento (referencia secundaria) debe indicarse tanto el documento que se cita como aquel de donde se extrae la cita tal como se muestra a continuación:

Ejemplo:

La injusticia racial es uno de los factores de riesgo para el adecuado desarrollo de los niños de acuerdo a Cohen *et al* (según la citación hecha en Greenberg, Domitrovich y Bumbarger, 2000).

**Sistema ICONTEC:** se usan notas a pie de página. Las mismas deberán estar numeradas consecutivamente (1, 2, 3, etc.). El número debe aparecer

en el texto con superíndice antecediendo al signo de puntuación. Deben aparecer de la siguiente forma:

- a. Cuando se refiera a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

- b. Cuando se cite un conjunto de páginas de un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234.

- c. Cuando se refiera a un artículo publicado en una revista científica:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5 - 56

- d. Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, pp. 17-23

- e. Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

- f. Cuando se cite a alguien inmediatamente antes citado:

*Ibíd.*, p. 23

- g. Cuando se cite a alguien anteriormente citado, pero no inmediatamente:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, op. cit. p. 176.

- h. Para otras fuentes, véase el apartado bibliográfico.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

Toda la bibliografía citada en el texto mediante el Sistema APA (autor: año), o el Sistema ICONTEC debe ir al final del mismo, respetando los siguientes criterios:

- a. Cuando se refiere a un libro:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

- b. Cuando se refiere a un artículo publicado en revista:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

- c. Cuando se cite un artículo (tipo columna de opinión) publicado en periódicos:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

- d. Cuando se cite un artículo (tipo noticia) publicado en periódicos:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

- e. Documentos electrónicos:

Aguilera Peña, Mario, “Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953”, en *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 de 2003, Publicación digital en la página web de la Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009).<sup>1</sup>

- f. Legislación histórica (fuentes primarias): Primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica, luego seguida de una coma, la fuente en la que se encuentra, existiendo 3 opciones. La primera un libro, la segunda una gaceta judicial o cualquier otra compilación normativa y, la tercera, una fuente electrónica disponible en internet.

En caso de un libro, primero debe escribirse el nombre de la norma en itálica; luego el de los autores, en versalita; seguido el título de la obra en itálica; luego el país, la editorial y el año de la edición. Estos datos estarán separados por comas.

Ejemplo:

*Constitución cubana de 1895 de Jimaguayú*, en Lazcano Mazón, Manuel(ed.), *Las constituciones de Cuba. Historia y texto de las constituciones de la República de Cuba*, Madrid, Ediciones Cultura Hispánica, 1952, pp. 25-40.

1 La norma APA tiene una regla especial cuando el documento electrónico tiene DOI (*Digital Objective Identification*) pues en este caso, en vez de utilizarse el URL, debe usarse el DOI.

*Estatuto Real para la convocación des las Cortes generales del Reino, mandado observar por S.M. la Reina Gobernadora en 10 del corriente, 1834, en Gaceta Madrid, No. 55, de 16 de abril de 1834, pp. 251-252. (ed.), Constitutions of the World from the late 18<sup>th</sup> Century to the Middle of the 19<sup>th</sup> Century Online, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).*

*Constitución de Cundinamarca de 30/03/1811, Santafé de Bogotá, Imprenta Patriótica de D. Nicolás Calvo y Quijano, 1811. Lugar: Biblioteca Luís Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. Por: Marquardt, Bernd (ed.), “Constitutional Documents of Colombia 1793-1853”, en Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18<sup>th</sup> Century to the Middle of the 19<sup>th</sup> Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).*

g. Sentencias judiciales:

Ejemplo:

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Disponible en (páginas de Internet, libros, etc.) (20.04.2009)

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, MP Alejandro Bonivento Fernández, *Gaceta Judicial No....*, fecha.... Disponible en (página de Internet, libro, etc.) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), en *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, sentencias del Tribunal Constitucional Federal Alemán, en <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

**Nota:** En el apartado bibliográfico los libros, artículos y ponencias empleadas en el artículo, deben aparecer ordenados alfabéticamente en orden ascendente según el apellido. Cuando se citen varias publicaciones de un autor, estas se ordenan cronológicamente de la más reciente a la más antigua. Si se citan varias obras del mismo autor de un mismo año, éstas se ordenan agregando al año una letra en orden alfabético. En este listado bibliográfico no se citan las páginas consultadas, sino solo las páginas iniciales y finales de los artículos de revistas, periódicos o capítulos de una obra colectiva (de varios autores).

## 6. NORMAS GENERALES DE PRESENTACIÓN

Al momento de presentar una postulación de un documento el autor o autores deberán completar y firmar una “carta de compromiso” en la que se declara que el artículo no ha sido publicado y que no será presentado de manera simultánea a otra revista mientras permanezca en el proceso de arbitraje.

Todos los autores deberán remitir un archivo adicional con los datos completos de su formación académica, filiación institucional, correo electrónico (institucional y personal) y listado de publicaciones recientes. Además, los autores deberán transferir, a la revista, de forma irrevocable, los derechos de publicación con licencia para copiar, usar, difundir, transmitir y exponer las obras públicamente, tanto en su versión impresa como en su versión *on line*, ya incluir la revista en diferentes bases de datos en las cuales se encuentre indexada la revista.

Todos los textos serán remitidos al Comité Editorial, el cual designará los árbitros especialistas que realizarán la evaluación académica de los materiales, y quienes no conocerán las identidades de los autores. Una vez evaluados y aprobados los artículos, la revista se comunicará con los autores, y luego iniciará el proceso de corrección de estilo y puesta a punto del material seleccionado.



# Journal Pensamiento Jurídico

## Instructions for authors

1. **EXTENSION OF DOCUMENT:** between 15 and 35 single-spaced pages in Times New Roman, size 12.
2. **STRUCTURE OF DOCUMENT:** It must be structured into three main parts:
  - a. *Content:* minimum structure with three subtitles.
  - b. *Conclusion:* Preliminary conclusion.
  - c. *Bibliography:* It must account for a representative outlook of the experts of the treated subject.

It is responsibility of the author or authors to indicate and cite clearly any fragment that is taken from the work of another author, in the construction of his work. If it does not become like that, it will be considered a plagiarism and the work will be rejected for publication.

3. **GENERAL RULES OF ORGANIZATION OF THE ARTICLE:** the following standards should be considered:
  - a. *Article name* in Spanish and English
  - b. *Name of author (s)* with an asterisk that at footnotes indicates the academic affiliation of the author, the academic formation and field of study in 2 or 3 lines and the respective email..
  - c. *Abstract* in Spanish and English (maximum 50 words).
  - d. *Keywords* in Spanish and English (5 to 8).
  - e. *Titles.* In all cases appear marginalized left, numbered according to the table of contents without weighted, subject to the following rules:
    - 1) Main Titles in bold, size 12, Times New Roman.
    - 2) Secondary Titles in bold, size 10, Times New Roman.
    - 3) Subtitles in italic, size 10, Times New Roman.
  - f. *Numbers:*
    - 1) Numbers footers should appear as superscript BEFORE a dot or a comma if any.

- 2) Writing numbers must correspond with the Castilian rules, the numbering shall bear dot (.) not comma (,) for quantity showing thousands and millions. Meanwhile decimal numbers will be written with comma (,).

Example:

1,000, 10,000, 100,000 or 1,000,000 for the thousands and millions  
52.7, 9.1, 10.5 or 100.0 for decimal.

When the number designates an enumeration will be written in letters.

Example:

In 1990 twenty – four people visited the site, eight of them ...

- g. *Graphic elements:* Keep in mind that the inside is printed in black and white, so for the graphic elements (illustrations, maps, charts, tables, etc...) must take reasonable steps to correct interpretation. Gray tones contrasted or utilization of striped or dotted that allow a clear reading or identification.

- 1) The ilustrations:

- a) Charts, tables, photos, maps or other (with their respective numbers, scales, titles and / or captions) may be sent separately, indicating in the text, the location of each. Referrals will be made to the corresponding illustrations in the text.
- b) The symbols should be clear and distinct from each other. If possible use flat shapes.
- c) In all cases the title and source of information appears as follows:

Example:

**Table 1.**  
(Centered, size 10, Times New Roman)  
***Some educational indicators, Mexican Republic***  
***1a. Population aged 6-14 years attending school***  
***(% Of total population)***  
(Centered, bold and italic, size 10, Times New Roman)

Attending School					
Year	1990	1995	1997	1997	1997
Age(years)				Men	Women
6-14	85,81	92,15	92,23	93,1	91,4

Source: Report of Work 1998-1999 SEP, Mexico.

## 2) Maps

- a) Submit maps include only the essentials, avoiding excessively busy are drawing or text.
- b) Each map shall contain in a box located in the upper or lower right corner, the location of the sector at regional / providence / and country level.
- c) Remember that these images are printed in black and white.

## 3) Graphics

- a) Graphs and diagrams should be properly original quality. It is recommended that in all cases, a computer graphics program to be used. Don't use colors in the diagrams.
- b) Clarify, in the case of tables, columns and rows that lead to income inner values thereof.

**Note** that no additions or modifications are permitted once in the process of editing, and typesetting of the document.

## 4. RULES OF QUOTING

*Pensamiento Jurídico Journal* accepts two sets of citation, the APA system and ICONTEC System. Authors may only use **one** of them in his writings.

**APA System.** When an author or document are cited, in the body of the article you have three options for placing citations in relation to the text is acknowledged.

- a. Place the author (s) and date (s) in brackets in a suitable location within or at the end of a sentence:

Examples

The concept of natural law has fallen into disuse because of its many flaws in its reasoning (Silva 1976)

Human rights are legally enforceable (Díaz and Sánchez 2010)

The analytical categories in law are relevant to the argument (Lopez Castro and Perez 1998)

- b. Place only the date in parentheses:

Example:

Sanchez, Aldana and Fischer (2009) have questioned “whether the decisions of the Constitutional Court doesn’t have control?” (p. 96).

Note that you must provide the number (s) page in parentheses for direct quotes. They do not require the page number if summarizing or paraphrasing a source, instead of quoting.

- c. Embed author and date your sentence:

Example:

In 2009, Robledo and Puerta reported that, after reviewing the decisions of the Supreme Court in parapolitica cases...

When quoting a document prepared by one or two authors should cite the names in all citations

Example:

(Caro & Camacho 2009) or Caro and Camacho (2009)

When a document drawn up between 3 and 5 cite authors must cite all authors in the first citation, but in all subsequent citations, use the name of the first author followed by et al.

Example:

First quote: (Aldana, Ramirez and Orozco 2009)

Subsequent Appointments: (Aldana et al 2009)

When a document drown up by more than six authors should use the name of the first author followed by et al in all citations:

Example:

(Murcia *et al* 2000)

When a document prepared by an organization is cited to use the full name of the organization on the first quote, however in subsequent citations the abbreviation of the name of the organization should be used.

Example:

First reference: (National Institute of Health [NIH] 2005)

Subsequent references: (NIH 2005)

When two or more works must cite the same reference in brackets and should be separated using semicolons.

Example:

(Aldana, Orozco and Ramirez 2009; Singer 1976).

When citing two or more works prepared by the same author just indicate the years of preparing the documents in chronological order from newest to oldest:

Example:

(Artunduaga 2005; 1999)

When quoting a quote contained elsewhere (secondary reference) both document that is cited as that from which the quotation is taken as shown below should indicate:

Example:

Racial injustice is one of the risk factors for the proper development of children according to Cohen et al (According to the citation made on Greenberg, Domitrovich and Bumbarger, 2000).

**ISO System:** page footnotes are used. These shall be consecutively numbered (1, 2, 3, etc.). The number should appear in the text with superscript predating the punctuation. Should appear as follows:

a. When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, p. 232.

b. When a set of pages of a book is cited:

Roth Deubel, André-Noël. Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación, Bogotá, Ed. Aurora, 2002, pp. 232-234..

c. When referring to an article published in a scientific journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, "Usos y abusos del concepto de gobernabilidad", en Revista Internacional de Ciencias Sociales, No. 155, Bogotá, Unesco, 2000, pp. 5 - 56

d. When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, "Hacia la integración latinoamericana", en La Nación, agosto 30 de 2000, pp. 17-23

e. When an article (news type) published in newspapers is cited:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 3A y 5B.

- f. When you cite someone immediately cited above:

*Ibid.*, p. 23

- g. When you cite someone previously mentioned, but not immediately:

Roth Deubel, *Políticas Públicas*, op. cit. p. 176.

- h. For other sources, see bibliography.

## 5. BIBLIOGRAPHY

All references cited in the text by the APA System (author: year), or ISOSystem must go to the end of it, respecting the following criteria:

- a. When referring to a book:

Roth Deubel, André-Noël. *Políticas Públicas, Formulación, Implementación y evaluación*, 1º Ed., Bogotá, Ed. Aurora, 2002.

- b. When referring to an article published in journal:

Alcántara, Cynthia Hewitt, “Usos y abusos del concepto de gobernabilidad”, en *Revista internacional de Ciencias Sociales*, No. 155, Bogotá, UNESCO, 2000, pp. 4-67.

- c. When an item (type opinion column) published in newspapers is cited:

Rodríguez Giavarini, Adalberto, “Hacia la integración latinoamericana”, en *La Nación*, agosto 30 de 2000, p. 7.

- d. When an article (news type) published in newspapers is cited:

“El congreso buscará un acuerdo para el despeje”, en *Vanguardia Liberal*, junio 21 de 2002, pp. 8-12.

- e. Electronic Documents:

Aguilera Peña, Mario, “Por primera vez, la mujer tuvo derecho de votar en 1953”, in *Revista Credencial Historia*, Ed. 163 2003 Digital Publishing website Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, <http://www.lablaa.org/blaavirtual/revistas/credencial/junio2003/inedito.htm> (20.04.2009)<sup>1</sup>.

1 The APA System has an special rule where the electronic document is DOI (Digital Objective-Identification) as in this case, rather than use the URL, the DOI should be used.

- f. Historic legislation (primary sources) must first be written the name of the rule in italics, followed by a comma then the source that is, there are 3 options. The first book, the second a court gazette or any other compilation and regulations, the third an electronic source available on the internet.

In case of a book, first written the name of the rule in italics, then the authors, in small capitals, followed the title of the work in italics, then the country, publisher and year of publication. These data are separated by commas.

Example:

*Cuban Constitution of 1895 of Jimaguayú*, in Lazcano Mazón, Manuel (ed.), *The Constitutions of Cuba. History and text of the constitutions of the Republic of Cuba*, Madrid, Editions Cultura Hispánica, 1952, p. 25-40.

*Royal Charter for the convening of the General Cortes of the Kingdom, sent to observe by HM Queen Governor on 10 of the current, 1834*, in *Gaceta Madrid*, No. 55, on April 16, 1834, p. 251-252. (Ed.), *Constitutions of the World from the late 18 th Century to the Middle of the 19 th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-is-i.html> (20.04.2009).

*Constitution of Cundinamarca of 30/03/1811*, Bogota, Imprenta Patriótica de D. Nicolas Calvo y Quijano, 1811. Location: Biblioteca Luis Angel Arango Banco de la República, Bogotá, Rare Books and Manuscripts Room. Ed. By: Marquardt, Bernd (ed.), "Constitutional Documents of Colombia 1793 1853" in Dippel, Horst (ed.), *Constitutions of the World from the late 18 th Century to the Middle of the 19th Century Online*, <http://modern-constitutions.de/CO-CU-1811-03-30-es-i.html> (20.04.2009).

- g. Court decisions:

Example:

Constitutional Court of Colombia, *Judgment T-325/1996*, MP Carlos Gaviria Díaz. Available in (websites, books, etc..) (20.04.2009)

Supreme Court, Civil Chamber, MP Bonivento Alejandro Fernández, *Judicial Gazzette* No. .... date .... Available in (website, book, etc..) (20.04.2009)

U.S. Supreme Court, *Marbury versus Madison*, 5 U.S. 137 (1803), in *Find Law for legal professionals*, <http://laws.findlaw.com/us/5/137.html> (20.04.2009).

BVerfGE 7,198, Judgements of German Federal Constitutional Court, in <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen.html> (20.04.2009)

**Note:** In the bibliography section books, articles and papers used in the article, are listed alphabetically in ascending order by name. When an author of several publications are cited, these are ordered chronologically from newest to oldest. If several works by the same author in the same year are cited, they are ordered annually adding a letter in alphabetical order. This bibliographic listing the pages you are not mentioning, but only the start and end of the articles in journals, newspapers or chapters of a collective work (multiple authors) pages.

## 6. GENERAL PRESENTATION TERMS

At the time of filing, an application for a document's author must complete and sign a "compromise document" in which he declares that the article has not been published and will not be submitted simultaneously to another journal so while in the arbitration process.

All authors must submit an additional file with full details of your educational background, institutional affiliation, email (institutional and personal) and list of recent publications. In addition, authors must transfer to the journal, irrevocably, the rights to publish with license to copy, use, disseminated, transmit and display the work publicly, both in print and on its online version, and to include the journal in different databases in which the journal is indexed.

All texts will send to the Editorial Committee, which arbitrators shall appoint specialists conduct academic evaluation of materials, and those who do not know the identities of the authors. Once reviewed and approved the articles, the journal will contact the authors, and then begins the process of proofreading and tuning of the selected material.

## Política de Ética Editorial

La revista define los siguientes criterios y recomendaciones relacionados con la ética en la publicación científica:

### 1. Criterios generales

- 1.1. Los artículos deben contener suficiente detalle y referencias que permitan replicar o rebatir el estudio.
- 1.2. Declaraciones fraudulentas o deliberadamente inexactas constituyen un comportamiento poco ético.
- 1.3. Se deben respetar los derechos de privacidad de los seres humanos.

### 2. Autoría

#### Criterios:

- 2.1. Un “autor” es la persona que ha hecho una contribución intelectual significativa al artículo, por lo tanto, todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que los reúnan deben ser mencionados de forma explícita.
- 2.2. Se deben cumplir colectivamente tres criterios básicos para ser reconocido como autor:
  - a) Contribución sustancial a la concepción y diseño, adquisición de datos, análisis e interpretación del estudio.
  - b) Redacción o revisión del contenido intelectual.
  - c) Aprobación de la versión final.
- 2.3. El orden de la autoría debe ser una decisión conjunta de los coautores.
- 2.4. Las personas que participen en un estudio pero que no se ajusten a los criterios de autoría deben aparecer como “Colaboradores” o “Personas reconocidas”.
- 2.5. Hay tres tipos de autorías que se consideran inaceptables: autores “fantasma”, que contribuyen sustancialmente pero no son reconocidos (a menudo pagados por promotores comerciales); autores “invitados”, que no hacen ninguna contribución discernible pero se nombran para

aumentar las posibilidades de publicación; y autorías “honorarias”, que se basan únicamente en una afiliación tenue con un estudio.

### **Recomendaciones:**

- 2.6. Antes de iniciar la investigación se recomienda documentar la función y la forma como se reconocerá la autoría de cada investigador.
- 2.7. No se debe mentir sobre la participación de una persona en la investigación o publicación, si su contribución se considerada “sustancial” se justifica la autoría, bien sea como autor o colaborador.
- 2.8. No se debe asignar una autoría sin contar con el consentimiento de la persona.
- 2.9. Todas las personas nombradas como autores deben reunir los requisitos de autoría, y todos aquellos que reúnan los requisitos deben aparecer como autores o contribuidores.
- 2.10. Algunos grupos colocan los autores por orden alfabético, a veces con una nota para explicar que todos los autores hicieron contribuciones iguales al estudio y la publicación.

### **3. Cambios en la autoría**

#### **Criterios:**

- 3.1. Hace referencia a la adición, supresión o reorganización de los nombres de autor en la autoría de un artículo aceptado.
- 3.2. Las peticiones de añadir o eliminar un autor, o para reorganizar los nombres de los autores, deben ser enviados por el autor correspondiente del artículo aceptado, y deben incluir:
  - a) La razón por la cual debe ser añadido o eliminado, o los nombres de los autores reorganizado.
  - b) La confirmación por escrito (e-mail) de todos los autores que están de acuerdo con la adición, supresión o reorganización. En el caso de adición o eliminación de los autores, esto incluye la confirmación de que el autor sea añadido o eliminado

## 4. Conflicto de intereses

### Criterios:

- 4.1. Cuando un investigador o autor, editor tenga alguna opinión o interés financiero/personal que pueda afectar su objetividad o influir de manera inapropiada en sus actos, existe un posible conflicto de intereses. Este tipo de conflictos pueden ser reales o potenciales.
- 4.2. Los conflictos de intereses más evidentes son las relaciones financieras, como:
  - a) Directas: empleo, propiedad de acciones, becas, patentes.
  - b) Indirectas: honorarios, asesorías a organizaciones promotoras, la propiedad de fondos de inversión, testimonio experto pagado.
- 4.3. Los conflictos también pueden existir como resultado de relaciones personales, la competencia académica y la pasión intelectual. Por ejemplo, un investigador que tenga:
  - a) Algún tipo de interés personal en los resultados de la investigación.
  - b) Opiniones personales que están en conflicto directo con el tema que esté investigando.

### Recomendaciones:

- 4.4. Revelar si se está en algún conflicto real o potencial de intereses que influya de forma inapropiada en los hallazgos o resultados del trabajo presentado, dentro de los tres (3) años de haber empezado el trabajo presentado que podría influir indebidamente (sesgo) el trabajo.
- 4.5. Revelar el papel de un promotor (o promotores) del estudio, si los hubiere, en el diseño del estudio, en la recopilación, análisis e interpretación de los datos, en la redacción del informe y en la decisión de presentar el documento para su publicación.
- 4.6. Los investigadores no deben entrar en acuerdos que interfieran con su acceso a todos los datos y su capacidad de analizarlos de forma independiente, y de preparar y publicar los manuscritos.
- 4.7. Al presentar un documento, se debe hacer una declaración (con el encabezamiento “Papel que ha tenido la fuente de financiación”) en una sección separada del texto y colocarse antes de la sección “Referencias”.
- 4.8. Algunos ejemplos de posibles conflictos de intereses que deben ser revelados, incluyen: empleo, consultoría, propiedad de acciones, honorarios,

testimonio experto remunerado, las solicitudes de patentes / registros y subvenciones u otras financiaciones.

4.9. Todas las fuentes de apoyo financiero para el proyecto deben ser revelados.

4.10. Se debe describir el papel del patrocinador del estudio.

## 5. Publicación duplicada

### Criterios:

5.1. Los autores tienen la obligación de comprobar que su artículo sea basado en una investigación original (nunca publicada anteriormente). El envío o reenvío intencional de su trabajo para una publicación duplicada se considera un incumplimiento de la ética editorial.

5.2. Se produce una publicación duplicada o múltiple cuando dos o más artículos, sin hacerse referencias entre sí, comparten esencialmente las mismas hipótesis, datos, puntos de discusión y/o conclusiones. Esto puede ocurrir en diferentes grados: Duplicación literal, duplicación parcial pero sustancial o incluso duplicación mediante parafraseo.

5.3. Uno de los principales motivos por los que la publicación duplicada de investigaciones originales se considera no ético es porque puede dar lugar a una “ponderación inadecuada o a un doble recuento involuntario” de los resultados de un estudio único, lo que distorsiona las pruebas disponibles.

### Recomendaciones:

5.4. Los artículos enviados para su publicación deberán ser originales y no deberán haberse enviado a otra editorial. En el momento del envío, los autores deberán revelar los detalles de los artículos relacionados (también cuando estén en otro idioma), artículos similares en prensa y traducciones.

5.5. Aunque un artículo enviado esté siendo revisado y no conozca el estado, debe esperar a que el equipo de la revista informe antes de ponerse en contacto con otra revista, y sólo si la otra editorial no publicará el artículo.

5.6. Evite enviar un artículo previamente publicado a otra revista.

5.7. Evite enviar artículos que describan esencialmente la misma investigación a más de una revista.

- 5.8. Indique siempre los envíos anteriores (incluidas las presentaciones de reuniones y la inclusión de resultados en registros) que pudieran considerarse una publicación duplicada.
- 5.9. Evite escribir sobre su propia investigación en dos o más artículos desde diferentes ángulos o sobre diferentes aspectos de la investigación sin mencionar el artículo original.
- 5.10. Se considera manipulador crear varias publicaciones a raíz de la misma investigación.
- 5.11. En el momento del envío, indique todos los detalles de artículos relacionados en un idioma diferente y las traducciones existentes.

## 6. Reconocimiento de las fuentes

### Criterios:

- 6.1. Los autores deben citar las publicaciones que han sido influyentes en la determinación de la naturaleza del trabajo presentado.
- 6.2. Información obtenida de forma privada, no debe ser usada sin explícito permiso escrito de la fuente.
- 6.3. La reutilización de las tablas y / o figuras requiere del permiso del autor y editor, y debe mencionarse de manera adecuada en la leyenda de la tabla o figura.
- 6.4. La información obtenida en el transcurso de servicios confidenciales, tales como manuscritos arbitrales o las solicitudes de subvención, no debe ser utilizada sin el permiso explícito y por escrito del autor de la obra involucrada en dichos servicios.

## 7. Fraude científico

### Criterios:

- 7.1. El fraude en la publicación científica hace referencia a la presentación de datos o conclusiones falsas que no fueron generados a través de un proceso riguroso de investigación.
- 7.2. Existen los siguientes tipos de fraude en la publicación de resultados de investigación:
  - a) Fabricación de datos. Inventar datos y resultados de investigación para después comunicarlos.

- b) Falsificación de datos. La manipulación de materiales de investigación, imágenes, datos, equipo o procesos. La falsificación incluye la modificación u omisión de datos o resultados de tal forma que la investigación no se representa de manera precisa. Una persona podría falsificar datos para adecuarla al resultado final deseado de un estudio.

### **Recomendaciones:**

- 7.3. Antes de enviar un artículo, lea cuidadosamente las políticas editoriales y de datos de la revista.
- 7.4. Nunca modifique, cambie u omita datos de forma intencional. Esto incluye materiales de investigación, procesos, equipos, tablas, citas y referencias bibliográficas.
- 7.5. Tanto la fabricación como la falsificación de datos son formas de conducta incorrecta graves porque ambas resultan en publicaciones científicas que no reflejan con precisión la verdad observada.
- 7.6. El autor debe hacer una gestión adecuada de los datos que soportan la investigación, teniendo especial cuidado en la recopilación, producción, conservación, análisis y comunicación de los datos.
- 7.7. Mantenga registros minuciosos de los datos en bruto, los cuales deberán ser accesibles en caso de que un editor los solicite incluso después de publicado el artículo.

## **8. Plagio**

### **Criterios:**

- 8.1. El plagio es una de las formas más comunes de conducta incorrecta en las publicaciones, sucede cuando uno de los autores hace pasar como propio el trabajo de otros sin permiso, mención o reconocimiento. El plagio se presenta bajo formas diferentes, desde la copia literal hasta el parafraseado del trabajo de otra persona, incluyendo: datos, ideas, conceptos, palabras y frases.
- 8.2. El plagio tiene diferentes niveles de gravedad, como por ejemplo:
  - a) Qué cantidad del trabajo de otra persona se tomó (varias líneas, párrafos, páginas, todo el artículo)
  - b) Qué es lo que se copió (resultados, métodos o sección de introducción)

8.3. El plagio en todas sus formas constituye una conducta no ética editorial y es inaceptable.

8.4. La copia literal solo es aceptable si indica la fuente e incluye el texto copiado entre comillas.

#### **Recomendaciones:**

8.5. Recuerde siempre que es esencial reconocer el trabajo de otros (incluidos el trabajo de su asesor o su propio trabajo previo) como parte del proceso.

8.6. No reproduzca un trabajo palabra por palabra, en su totalidad o en parte, sin permiso y mención de la fuente original.

8.7. Mantenga un registro de las fuentes que utiliza al investigar y dónde las utilizó en su artículo.

8.8. Asegúrese de reconocer completamente y citar de forma adecuada la fuente original en su artículo

8.9. Incluso cuando haga referencia a la fuente, evite utilizar el trabajo de otras personas palabra por palabra salvo que lo haga entre comillas.

8.10. El parafraseado solo es aceptable si indica correctamente la fuente y se asegura de no cambiar el significado de la intención de la fuente.

8.11. Incluya entre comillas y cite todo el contenido que haya tomado de una fuente publicada anteriormente, incluso si lo está diciendo con sus propias palabras.

## **9. Fragmentación**

### **Criterios:**

9.1. La fragmentación consiste en dividir o segmentar un estudio grande en dos o más publicaciones.

9.2. Como norma general, con tal de que los “fragmentos” de un estudio dividido compartan las mismas hipótesis, población y métodos, no se considera una práctica aceptable.

9.3. El mismo “fragmento” no se debe publicar nunca más de una vez. El motivo es que la fragmentación puede dar lugar a una distorsión de la literatura existente.

**Recomendaciones:**

- 9.4. Evite dividir inapropiadamente los datos de un solo estudio en dos o más trabajos.
- 9.5. Cuando presente un trabajo, sea transparente. Envíe copias de los manuscritos estrechamente relacionados al manuscrito en cuestión. Esto incluye manuscritos publicados, enviados recientemente o ya aceptados.

**10. Corrección de artículos publicados****Criterio:**

Cuando un autor descubre un error o inexactitud significativa en el trabajo publicado, es obligación del autor notificar de inmediato a la revista y cooperar en el proceso de corrección.

## Editorial Ethics Policy

The journal defines the following criteria and recommendations related to ethics in scientific publication:

### 1. General criteria

- 1.1. The articles must contain sufficient detail and references to permit replicate or refute the study.
- 1.2. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behavior.
- 1.3. You must respect the privacy rights of human beings.

### 2. Authorship

#### Criteria:

- 2.1. An “author” is the person who has made a significant intellectual contribution to the article, therefore, all persons named as authors should qualify for authorship, and all those who meet should be mentioned explicitly.
- 2.2. They must collectively meet three basic criteria to be recognized as author:
  - a) Contribution: substantial contributions to conception and design, data acquisition, analysis and interpretation of the study.
  - b) drafting or revision of intellectual content.
  - c) Approval of the final version.
- 2.3. The order of authorship should be a joint decision of the coauthors.
- 2.4. Persons participating in a study but do not meet the criteria for authorship must be listed as “Partners” or “recognized persons”.
- 2.5. There are three types of authorship that are considered unacceptable: authors “ghost”, which contribute substantially but are not recognized (often paid by commercial developers); authors “guests” who make no discernible contribution but are named to increase the chances of publication; and authorship “honorary”, which are based solely on a tenuous affiliation with a study.

**Recommendations:**

- 2.6. Before starting the research it is recommended to document the function and how the responsibility of each researcher will be recognized.
- 2.7. Do not lie on the participation of a person in research or publication, if their contribution is considered “substantial” authorship is justified, either as author or collaborator.
- 2.8. You do not assign authorship without the consent of the person.
- 2.9. All persons named as authors should qualify for authorship, and all those who qualify should be listed as authors or contributors.
- 2.10. Some groups put the authors in alphabetical order, sometimes with a note explaining that all authors made equal contributions to the study and publication.

**3. Changes in authorship****Criteria:**

- 3.1. It refers to the addition, deletion or rearrangement of author names in the author of an accepted article.
- 3.2. Requests to add or remove an author, or to rearrange the names of the authors should be sent by the corresponding author of a paper accepted, and should include:
  - a) The reason why the the names of the authors should be added, deleted or reorganized.
  - b) The written confirmation (e-mail) of all authors agree with the addition, deletion or reorganization. In the case of addition or removal of the authors, this includes confirmation that the author is added or removed

**4. Conflict of interests****Criteria:**

- 4.1. When a researcher or author, publisher have any opinion or financial / personal interest that could affect their objectivity or improperly influence their acts, there is a potential conflict of interest. Such conflicts can be real or potential.

- 4.2. The most obvious conflicts of interest are financial relations, such as:
- a) Direct: employment, stock ownership, grants, patents.
  - b) Indirect: fees, consulting promoting organizations, property of investment funds, pay for expert testimony.
- 4.3. Conflicts can also occur as a result of personal relationships, academic competition and intellectual passion. For example, a researcher who has:
- a) any personal interest in the outcome of the investigation.
  - b) Personal opinions that are in direct conflict with the topic they are researching.

### **Recommendations:**

- 4.4. Disclose if you are in any real or potential conflict of interest that inappropriately influence on the findings or results of the work presented, within three (3) years of beginning the work presented that could unduly (bias) influence the work.
- 4.5. Reveal the role of a promoter (s) of the study, if any, in study design; in the collection, analysis and interpretation of data, writing the report and the decision to submit the paper for publication .
- 4.6. Researchers must not enter into agreements that interfere with their access to all data and its ability to analyze it independently, and to prepare and publish manuscripts.
- 4.7. When submitting a document, you must make a statement (with the heading "Paper that has been the source of financing") in a separate text and placed before the "References" section.
- 4.8. Some examples of potential conflicts of interest that must be disclosed, including: employment, consultancies, stock ownership, honoraria, paid expert testimony, patent applications / registrations and grants or other funding.
- 4.9. All sources of financial support for the project must be disclosed.
- 4.10. You must describe the role of the study sponsor.

## **5. Publication duplicate**

### **Criteria:**

- 5.1. The authors are required to check that their articles are based on original research (never published before). Sending or forwarding his work intentionally for a duplicate publication is considered a breach of editorial ethics.
- 5.2. a duplicate or multiple publication occurs when two or more items, without making references to each other, essentially share the same hypothesis, data, discussion points and / or conclusions. This can occur in varying degrees: literal Duplication, partial duplication but substantial or even by paraphrasing.
- 5.3. One of the main reasons that duplicate publication of original research is considered unethical is because it can lead to an “inadequate weight or inadvertent double counting” of the results of a single study, which distorts the available evidence.

#### **Recommendations:**

- 5.4. Articles submitted for publication must be original and should not have been sent to another publisher. At the time of shipment, authors should disclose details of related items (also when they are in another language), like newspaper articles and translations.
- 5.5. Although a paper submitted is being reviewed and does not know the state of it, you must wait for the journal's report before contact with another journal, and only if the other publisher does not publish the article.
- 5.6. Avoid submitting an article previously published in another journal.
- 5.7. Avoid sending articles describing essentially the same research to more than one journal.
- 5.8. Always state the previous submission (including meeting presentations and the inclusion of results in registries) that could be considered a duplicate publication.
- 5.9. Avoid writing about his own investigation into two or more items from different angles or different aspects of the investigation not to mention the original article.
- 5.10. It is considered manipulative create multiple publications as a result of the same investigation.
- 5.11. At the time of shipment, specify every detail of articles in a different language and existing translations.

## 6. Recognition of sources

### Criteria:

- 6.1. Authors must cite publications that have been influential in determining the nature of the work presented.
- 6.2. Information obtained privately must not be used without express written permission from the source.
- 6.3. The reuse of tables and / or figures requires the permission of the author and editor, and must be mentioned properly in the legend of the table or figure.
- 6.4. The information obtained in the course of confidential services, such as arbitration manuscripts or grant applications must not be used without the express written permission of the author of the work involved in such services.

## 7. Scientific Fraud

### Criteria:

- 7.1. Fraud in scientific publication refers to the submission of false data or conclusions that were not generated through a rigorous screening process.
- 7.2. There are the following types of fraud in the publication of research results:
  - a) Manufacture of data. Invent data and research results and then communicate.
  - b) Falsification of data. Manipulating research materials, images, data, equipment or processes. Counterfeiting includes modification or omission of data or results such that the research is not accurately represented. A person could falsify data to suit the desired study outcome.

### Recommendations:

- 7.3. Before submitting an article, please read the editorials and journal data policies.
- 7.4. Never alter, change or omit information intentionally. This includes research materials, processes, equipment, tables, citations and references.

- 7.5. Both manufacturing and data falsification are forms of serious misconduct because both result in scientific publications that do not accurately reflect the observed truth.
- 7.6. The author must make a proper data management that support the investigation, taking special care in the collection, production, storage, analysis and reporting of data.
- 7.7. Keep careful records of raw data, which must be accessible in case of an editor's request even after publication of the article.

## 8. Plagiarism

### Criteria:

- 8.1. Plagiarism is one of the most common forms of misconduct in publications, it happens when an author poses as their own the work of others without permission, mention or recognition. Plagiarism occurs in different forms, from the literal to the paraphrased copy of another person's work, including: information, ideas, concepts, words and phrases.
- 8.2. Plagiarism has different severity levels, such as:
  - a) How much of someone else's work took (several lines, paragraphs, pages, whole article)
  - b) What is it was copied (results, methods or input section)
- 8.3. Plagiarism in all its forms constitutes unethical publishing behavior and is unacceptable.
- 8.4. Verbatim copying is only acceptable if it indicates the source and include the copied text in quotes.

### Recommendations:

- 8.5. Always remember that it is essential to recognize the work of others (including work your adviser or their own previous work) as part of the process.
- 8.6. Do not replicate a work, word by word, in whole or in part without permission and reference to the original source.
- 8.7. Keep track of the sources used to investigate and where used in his article.
- 8.8. Be sure to fully recognize and properly cite the original source in his article

8.9. Even when you reference the source, avoid using other people's work word bu word unless you do it in quotes.

8.10. The paraphrase is only acceptable if properly indicates the source and make sure not to change the intended meaning of the source.

8.11. Include quotes and cite all the content is taken from a published source above, even if it is saying in their own words.

## 9. Fragmentation

### Criteria:

9.1. Fragmentation is to divide or segment a large study in two or more publications.

9.2. As a general rule, provided that the "fragments" of a study divided share the same assumptions, population and methods, it is not considered an acceptable practice.

9.3. The same "fragment" should never post more than once. The reason is that fragmentation can lead to distortion of the existing literature.

### Recommendations:

9.4. Avoid improperly split the data from a single study in two or more works.

9.5. When submitting a job, be transparent. Send copies of manuscripts closely related to the manuscript in question. This includes manuscripts published recently accepted or already sent.

## 10. Correction of published articles

### Criteria:

When an author discovers a significant error or inaccuracy in the published work, the author is obliged to immediately notify the magazine and cooperate in the process of correction.



# Análisis desde la teoría y la sociología jurídica

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, SEDE BOGOTÁ  
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES  
Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales  
“Gerardo Molina” – UNIJUS

