

**I CONGRESO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO  
ANOMIA Y ESTADO DE DERECHO. (CUARTA SESIÓN, 27 DE MAYO, TARDE)**

**Christianne Silva Vasconcellos<sup>1</sup>**

**“¿Por qué no podemos esperar?”**

**Un desafío para el derecho constitucional y multicultural del Mundo Latino.**

1. El objetivo principal de mi participación en este encuentro es traer aportes de la Historia compartida por los países de Latinoamérica y de *Latino-Europa*, y en ese marco de ideas, analizar el Derecho que ha sido dirigido a la Diáspora Africana y a sus descendientes en esos países. Para tal, abordaré los efectos en el tiempo de la aplicación de ese Derecho, los alcances de su corrección y la responsabilidad del Estado en la reparación de las injusticias históricas cometidas por dicho Derecho. Ratificamos la propuesta de este Congreso de construir una *filosofía del Derecho para el mundo latino* con una reflexión que lleva el mismo título del alegato que Martin Luther King presentó al presidente Lyndon Johnson en 1963, en pleno auge *African-American Civil Rights Movement* (1954–1968); consecuente con la expresión “¿Por qué no podemos esperar?” (Luther King, 1972), me gustaría argumentar la urgencia de reparar las injusticias históricas en nuestros países y la necesidad de corrección del Derecho para que efectivamente cumpla la finalidad de reparar las injusticias hacia ese sector. Con este ánimo, mi propuesta se enmarca en una fundamentación iusfilosófica propia del mundo latino dirigida a la *aplicación* de los derechos de la población descendiente de la Diáspora Africana en estos países. En términos de Ferrajoli (1999), aquí buscaremos analizar *las leyes de los más débiles* y el *garantismo judicial* en el marco del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano.
2. El colonialismo es sin sombra de duda el fenómeno histórico que vinculó a los países Latino-europeos con los países Latinoamericanos y con África. Desde el

---

<sup>1</sup> Docente investigadora, candidata a Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Historia Social de la Universidade Federal da Bahia, especialista en Archivística de la Universidade de São Paulo, Licenciada en Historia de la Universidade Federal de Ouro Preto.

inicio del contexto colonial fueron introducidos compulsoriamente las lenguas latinas, el cristianismo y la religión católica, el sistema de gobierno, el Derecho y la esclavitud. Desde tal perspectiva histórica podemos decir entonces que una parte importante del mundo latino se forja en el siglo XV, a partir de la mezcla entre las diversas sociedades de la península ibérica, y la pluralidad cultural de las sociedades de *Abya Yala* (América)<sup>2</sup> y de la Diáspora africana, siendo que ésta última se configuró a partir del mayor desplazamiento demográfico de la historia de la humanidad, con la migración forzada de 12.5 millones de personas africanas entre 1514 y 1866, por lo menos (según cifras del Slave Trade Database). Sin embargo, la diversidad social y cultural del mundo latino solo fue reconocida a finales del siglo XX con las constituciones multiculturales que rompieron con diez siglos de hegemonía del modelo político del estado-nación, donde la primacía de la unidad (uno solo gobierno, uno solo pueblo, una sola lengua, un solo dios...) había rechazado y prohibido la expresión de la diversidad que caracteriza las sociedades humanas. A pesar de haber reconocido esta diversidad, aquí argumentaremos que el Estado Constitucional de Derecho aún debe resolver lo que aquí consideramos el mayor desafío que enfrenta: la eliminación de las asimetrías y anomias históricamente creadas, las cuales permitieron la solidificación de un multiculturalismo desigual marcado por injusticias históricas, naturalizadas e invisibilizadas.

3. Recordemos que el derecho canónico de la Estado Pontificio, a través de las *Bulas Alejandrinas* (1493), contribuyó con la formación del mundo latino. Resultado de las negociaciones entre los Reyes Católicos y el papa Alejandro VI, éste le otorgó a

---

<sup>2</sup> En la II Cumbre Continental de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas de Abya Yala, realizada en Quito en 2004 se introdujo la expresión Abya Yala en contrapunto a la denominación colonial de América. Sociedades Originarias del continente es la autodenominación de los Pueblos Indígenas de América que en la Declaración de Teotihuacán (I Cumbre, Mexico, 2000) aseveraron: "reafirmamos nuestros principios de espiritualidad comunitaria y el inalienable derecho a la Autodeterminación como Pueblos Originarios de este continente". En la lengua tule (o kuna, segundo la denominación del colonizador) hablada en la región colombiana del Darien, Abya Yala significa tierra madura y denomina el territorio ancestral de la sociedad Gundule. En 2007 la III Cumbre Continental de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas de Abya Yala, realizada en Iximche, Guatemala, se autoconvocaron como Abya Yala y constituyeron una Coordinación Continental de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas de Abya Yala "como espacio permanente de enlace e intercambio, donde converjan experiencias y propuestas, para que juntos enfrentemos las políticas de globalización neoliberal y luchar por la liberación definitiva de nuestros pueblos hermanos, de la madre tierra, del territorio, del agua y de todo patrimonio natural para vivir bien" (Porto-Gonçalves, 2009).

la corona de Castilla el derecho a conquistar y evangelizar los territorios existentes más allá del Mediterráneo Occidental (Weckmann, 1992); y décadas antes, la bula *Romanus Pontifex* (1455) expedida por el papa Nicolau V, había concedido al rey de Portugal el derecho de conquista, ocupación, apropiación de tierras, puertos, islas y mares de África, desde el Bojador hasta la Guiné; así como el derecho a la esclavización de sus habitantes, con el argumento de que las personas capturadas eran infieles y por tanto legítimos prisioneros de las guerras religiosas contra el islam (Albuquerque y Madeira Santos (comp.), 1993, Vol. 1, p. 69).

4. Desde la Teoría de la justicia, una norma para ser eficaz debe ser también *justa* pero *contrario sensu* las referidas bulas papales no cumplían con tal requisito en el *ser* de la norma, pues mientras las Bulas Alejandrinas (1493) concedieron el dominio de Castilla a lo que no se conocía, la bula *Romanus Pontifex* (1455) consideró infieles a muchas sociedades africanas que nunca habían tenido contacto con el cristianismo, ni con el islam. En la narrativa titulada *Brevísima relación de la destrucción de África* del fray dominico Bartolomé Las Casas, escrito cien años después de la Bula entre 1540-1554, Las Casas criticó la justificativa religiosa de esclavizar bajo el argumento de la Ley de la *guerra justa* a las personas capturadas en África. Legislativamente, en el marco de la *guerra justa* la esclavización permitía el indulto de la pena de la muerte. A este respecto, Las Casas atestiguó que muchas de las sociedades afectadas por la trata esclavista no estaban involucradas en las guerras religiosas de reconquista y su condición de prisioneros de guerra era fruto de la codicia de los portugueses y por tanto no podría ser justificada en las guerras religiosas (Casas, 1989 [1566], p. 785). Corroborar ese argumento la documentación portuguesa de la trata transatlántica, la cual demuestra que los primeros asaltos en territorio africano fueron dirigidos a generar un lucro comercial bajo el sinuoso argumento de ser parte de las guerras religiosas. Asimismo, las fuentes demuestran que antes de conocer el contorno del continente africano y verificar la supuesta *infidelidad* religiosa de sus habitantes, los portugueses ya habían estructurado enormes instituciones estatales dirigidas al secuestro y la esclavización de personas africanas con fines únicamente comerciales (Saunders, 1994). De esta manera, la posterior deportación masiva de personas hacia las distintas colonias americanas

significó la consolidación y expansión de las redes de traficantes de personas, bajo la legalidad conferida por las bulas papales.

5. La colonización ibérica introdujo en el continente de Abya Yala (América), tanto el sistema legal de esclavización perpetúa de personas africanas, como el criterio discriminatorio basado en atributos físicos por medio de *castas*, las cuales fueron inspiradas en los *estatutos de limpieza de sangre* de la Sentencia-Estatuto de Toledo (1449) que buscó legislar, sobre todo, a las poblaciones de moros, judíos y gitanos que habitaban la Península Ibérica. Del otro lado del Atlántico, en los territorios colonizados el criterio discriminatorio basado en atributos físicos fue aplicado para discriminar a los Pueblos Originarios de Abya Yala, a los Africanos, a sus descendientes y a los grupos sociales mestizos. En particular las personas africanas y afrodescendientes fueron deshumanizadas, esclavizadas y destituidas de cualquier tipo de derecho, a punto de ser clasificadas con la categoría jurídica de *libres de todos los derechos*. Mientras tanto, en el mismo período los Estados ibéricos redactaron un modélico *corpus legislativo* a favor de los *indígenas* que impedía su esclavización y la compra y venta de estos sectores, pero que, en términos de Kelsen, fueron normas inválidas, pues ni eran cumplidas por la sociedad ni eran aplicadas por los tribunales. Los indígenas también continuaron sometidos a trabajos compulsorios como el de la *mita* y la *encomienda*, bajo el cual pagaban con trabajo agotador y perene, el tributo que eran obligados a enviar a la corona. Simultáneamente, para los africanos esclavizados la legislación colonial fue esencialmente represiva y punitiva.
6. El surgimiento de los Estados Liberales no representó la emancipación social para las poblaciones africanas y afrodescendientes, ni en las jóvenes naciones Latinoamericanas, ni en los Estados liberales europeos, sino el inicio de una secuencia de *omisiones legislativas* que caracterizan el ordenamiento jurídico y la historiografía de todos los países del mundo latino hasta hoy. De acuerdo con la historiadora Enriqueta Vila Vilar (2011), la Constitución española de 1812, la cual fue considerada como la más liberal del siglo XIX, omitió tanto la diversidad cultural de la sociedad española, y sobre todo, la diversidad de las sociedades africanas y afrodescendientes procedentes de la trata transatlántica y de la esclavitud

africana que involucró a los países de Europa por un período de cuatro siglos. En la conferencia pionera de 1802, el geógrafo y diputado de la Corte Isidoro Antillón propuso la supresión del tráfico de africanos y la abolición gradual de la esclavitud, sin embargo ésta no fue incorporada por la Constitución que fue expedida diez años después.

7. En las colonias latinas, Haití fue el único país donde la esclavitud fue prohibida en la *Declaración de Independencia de 1801* y el criterio discriminatorio por color de piel fue prohibido en la *Constitución de 1804*. En las demás ex colonias latinoamericanas, la supresión de la trata y la prohibición de la esclavitud fueron graduales, porque el principal objetivo de las elites liberales fue garantizar la indemnización pecuniaria para los propietarios de personas, al mismo tiempo que omitir cualquier tipo de indemnización o reparación hacia las personas afectadas por el régimen de la esclavitud perpetua que estaba siendo derogado. En efecto, la abolición definitiva no garantizó a las personas egresas del infame régimen el derecho *de y para* la libertad (Bobbio, 1993), pues un porcentaje demográficamente significativo de la población nacional otrora esclavizada fue desplazada de las propiedades esclavistas donde residían, sin documentos, sin educación, sin dinero y sin trabajo, y por lo tanto, sin los requisitos mínimos para acceder a la ciudadanía. Así, muchos de ellos se vieron compelidos a pasar de la condición de esclavos a la condición de mendigos.
8. En el año 2009 la ley colombiana de abolición definitiva de la esclavitud fue demandada por inconstitucionalidad bajo el argumento de que la ley demandada incurrió en una *omisión legislativa discriminatoria* al garantizar la indemnización pecuniaria a los esclavistas y omitir la población afrodescendientes. En la Sentencia Constitucional 931/2009 la Corte Constitucional de Colombia se declaró inhibida para fallar un caso de revisión de constitucionalidad de una ley que no se encuentra vigente. Los magistrados Juan Carlos Henao y Luis Ernesto Vargas Silva, quienes fueron contrarios a la decisión mayoritaria de la Corte, declararon en el salvamento de voto que con la decisión de la Corte “se perdió una oportunidad para pronunciarse sobre el alcance de la esclavitud en el país” y asimismo desarrollaron la idea de la “reparación histórica por sucesos ocurridos en el pasado que

ocasionaron graves daños a grupos poblacionales determinados” pues aunque sigan produciendo efectos, “no han sido objeto de pronunciamientos o manifestaciones institucionales encaminadas a corregir sus consecuencias” (SC 931/09 SV.M.M. Juan Carlos Henao, Luis Ernesto Vargas Silva). En este marco de argumentación, desde una perspectiva histórica podemos identificar una secuencia de leyes, posteriores a aquellas referentes a la abolición, en las cuales los derechos de la población afrodescendiente fueron omitidos, a punto de impedir la efectiva emancipación social de esa población y el ejercicio de una ciudadanía plena.

9. De hecho, justo después de la abolición, los regímenes gubernamentales latinoamericanos estuvieron marcados por el *movimiento de la eugenesia* que generó una legislación que propendía hacia el supuesto mejoramiento genético de la población nacional, lo cual incluía medidas para el blanqueamiento físico y cultural de la sociedad. Para tanto se desarrolló un sistema legislativo y de políticas públicas, dirigidas a estimular la inmigración de personas europeas, quienes fueron destinadas mayoritariamente a las labores agrícolas, con el objetivo de substituir a los antiguos trabajadores afrodescendientes esclavizados. Esa medida no tuvo en cuenta que muchas de esas poblaciones permanecían en posesión y usufructo de las tierras donde otrora habían sido esclavizadas y que, por otra parte, no contaban con los títulos de propiedad de la tierra que cultivaban, las cuales eran jurídicamente consideradas baldías y por tanto pasibles de ser adjudicadas por el gobierno nacional. Esa medida causó un nuevo desplazamiento de la población afrodescendiente. Es importante tener en cuenta que solamente hasta iniciado el siglo XXI, Brasil y Colombia comenzaron los procesos de titulación de tierras de las comunidades afrodescendientes. Además del otorgamiento de tierras y equipamientos agrícolas, las leyes de inmigración garantizaban la morada, la educación y el derecho a la naturalización. Por tanto, fueron poblaciones que se insirieron casi inmediatamente a las naciones donde arribaron. En ese contexto es posible verificar otra omisión legislativa hacia la población afrodescendiente, quien no fue contemplada en ninguno de estos beneficios, necesarios para la inserción social.

10. En efecto, de acuerdo con la sistematización del ordenamiento jurídico de Brasil y Colombia (siglos XIX y XX) que vengo realizando en mi investigación doctoral, desde la abolición definitiva de la esclavitud y hasta la promulgación de las Constituciones vigentes, no es posible identificar en el ordenamiento jurídico ninguna legislación orientada a beneficiar, incluir o reconocer a la población afrodescendiente en la sociedad. Al contrario, la normatividad donde estas poblaciones aparecen referidas yace en la política penal que, basada en las teorías de la antropología criminal formuladas por la Escuela italiana (Lombroso, Ferri y Garofalo), criminalizaron el fenotipo y la cultura, al vincular el delito a un presunto criminal identificado a partir de su fenotipo. De acuerdo con las políticas aplicadas en esos países, el fenotipo del presunto criminal fue asociado con las personas afrodescendientes e indígenas, quienes podían ser detenidas por su fenotipo y no por la práctica de un acto delictivo.
11. Traemos a la luz las *leyes de vagancia* creadas en Brasil y Colombia, las cuales constituyen un ejemplo contundente de la aplicación de la antropología criminal en esos países. Estas leyes sancionaban con prisión preventiva y condena a trabajos forzados a las personas que no pudieran demostrar un trabajo permanente, ni una vivienda fija. Con la argumentación aquí presentada no es difícil identificar que el sector afrodescendiente era quien incurría en el delito sancionado por esta ley, pues al no haber sido indemnizado o reparado por los daños causados por la esclavitud, tampoco le fue posible su inserción en el sistema de mercado de trabajo libre o adquirir una vivienda. Brasil resulta un caso extremo, pues la ley de vagancia creada en 1890 sigue vigente hasta hoy, no obstante a dos proyectos de ley (2001 y 2004) que buscan su derogación, pero que aún aguardan la votación del Senado Federal.
12. En términos de los efectos sociales es posible evaluar las estadísticas actuales sobre la población carcelaria en Latinoamérica y constatar que los reclusos son mayoritariamente afrodescendientes e indígenas, muchos de ellos bajo el régimen de prisión preventiva (Segato 2008). Los juristas que abogan por el abolicionismo penal (Postay, 2012; Andrade, 2015; Dikotter & Brown, 2007; Loury, 2002) tales como el magistrado de la CIDH Eugenio Zaffaroni (2006,2012,2015) son unívocos al afirmar que la estructura del poder punitivo es esencialmente racista y, para el

caso de Latinoamérica, constatan que este fenómeno es un rezago de la criminología decimonónica aplicada en la región a partir de la antropología criminal.

13. En este recorrido jurídico de largo plazo hemos intentado demostrar que en Brasil y Colombia existe una omisión legislativa referente no a una ley específica, tal como la referida ley abolición de la esclavitud, sino una omisión sistemática que atraviesa el ordenamiento jurídico de estos países, la cual sigue produciendo efectos hasta los días actuales. En ese sentido ratificamos que el desafío del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano radica en la necesidad de pronunciamiento por parte del Derecho, en pos de corregir las consecuencias de los daños causados por el Derecho en el pasado, a los descendientes de la Diáspora Africana.

## **Bibliografía**

- Albuquerque, Luis y Madeira dos Santos, Maria Emilia (comp.) (1993). *Portugaliae Monumenta Africana*, 1993, Vol. 1, Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda.
- Andrade, Vera Regina (2015). *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre, Libreria do Advogado Editora.
- Bobbio, Norberto (1993). *Igualdad y libertad*. Bogotá, Grupo Planeta.
- Dikotter F & Brown I. (2007) *Cultures of confinement. A history of the prison in Africa, Asia and Latin America*. Cornell University Press.
- Ferrajoli, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta.
- Loury, Glenn (2002). *The anatomy of racial inequality*. Harvard University Press.
- Luther King, Martin (1972). *Por qué no podemos esperar*. Barcelona, Aymá Editora.
- Porto-Gonçalves, Carlos W. Entre América e Abya Yala: tensões de territorialidades. *Revista Desenvolvimento e Meio Ambiente*, [En línea]. Curitiba: Editora Universidade Federal de Paraná, julio a diciembre de 2009, nº 20, p. 25-30.  
<http://www.geopolitica.ws/article/entre-america-e-abya-yala-tensoes-de-territorialid>. [20 de abril de 2016].
- Postay, Maximiliano E. (comp) (2012) *El abolicionismo penal en América Latina: imaginación no punitiva y militancia*. Prólogo E. Raúl Zaffaroni, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Saunders, A.C.C.M. (1994). *Historia social dos escravos e libertos negros em Portugal (1441-1555)*. Lisboa, Imprensa Nacional Casa da Moeda.



Segato, Rita Laura (2007). “El color de la cárcel en América Latina: apuntes sobre la colonialidad de la justicia en un continente en desconstrucción”. *Nueva sociedad*, (208), 142-161.

Vila Vilar, Enriqueta (2011). “La gran omisión en la Constitución de 1812: la esclavitud africana”. *Boletín de la Real academia Sevillana de Buenas Letras: Minervae Baeticae*, (39), 107-120. [En línea] [http://institucional.us.es/revistas/rasbl/39/art\\_8.pdf](http://institucional.us.es/revistas/rasbl/39/art_8.pdf) [25/04/2016].

Weckmann, Luis. (1992). *Constantino el Grande y Cristóbal Colón: estudio de la supremacía papal sobre islas (1091-1943)*. México, Fondo de Cultura Económica.

Zaffaroni, Eugenio (2006) *El enemigo en el derecho penal*. Bogotá, Ibañez, Universidad Santo Tomás.

Zaffaroni, Eugenio (2012) “Descolonización y poder punitivo,” *Revista de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México, UNAM.

Zaffaroni, Eugenio (2015) “O direito latinoamericano na fase superior do colonialismo”. *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, 7(2), 182-243.