

Criterio

Jurídico

Criterio *Jurídico*



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico>

Criterio Jurídico Santiago de Cali V. 15, No. 1 2015-1 pp. 1-232 ISSN 1657-3978



Pontificia Universidad
JAVERIANA
Cali

Rector

Luis Felipe Gómez Restrepo, S.J.

Vicerrectora Académica

Ana Milena Yoshioka Vargas

Vicerrector del Medio Universitario

Luis Fernando Granados Ospina, S.J.

Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales

Decana Académica

Alba Luz Rojas Martínez

Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Política

Luis Edinson Bertín Ramírez

Director del Programa Académico de Derecho

Alejandro José Ariza Aguilar

Periodicidad: Semestral

Correspondencia, suscripciones y solicitudes de canje:

Calle 18 No. 118-250, Vía Pance

Santiago de Cali, Valle del Cauca

Pontificia Universidad Javeriana

Teléfonos (57-2) 3218200 Ext. 8202, 8180 • Fax 555 2550

criteriojuridico@javerianacali.edu.co

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico>

Formato 17 x 24 cm

Sello Editorial Javeriano Cali

Coordinadora: Iris Cabra Dusán

©Derechos Reservados

©Sello Editorial Javeriano

Corrección de estilo:

Elvira Alejandra Quintero Hincapié

Concepto gráfico:

Edith Valencia F.

Impresión:

Velásquez Digital S.A.S.

Criterio Jurídico

Director

Luis Edinson Bertín Ramírez

Editor

Raúl Fernando Núñez Marín

Coordinadora Editorial

Emma Patricia Peña Suárez

Comité Científico

Raquel Ceballos (Col.), Ph.D.

Emilia Girón Reguera (Esp.), Ph.D.

Ángela Figueruelo (Esp.), Ph.D.

Oscar Sarlo

Ron Slye (EE. UU.), JD

Toni Fine (EE. UU.), JD

Comité Editorial

Daniel Bonilla, Ph.D.

Vanessa Morante, Ph.D.

Israel Biel Portero, Ph.D.

Carlos Andrés Delvasto, Mg.

Francesco Zappalá, Mg.

Francisco Reyes Villamizar, Ph.D.

Árbitros de esta edición

Jayesh Rathod

Valeria Carbone

José Cándido Francisco Javier

Lina Marcela Estrada Jaramillo

María Consuelo Ramírez

De La Fuente Linares

Luis Felipe Giraldo Gómez

Carolina Becerra

Andrés Felipe Zuluaga Jaramillo

Rafael Quijano Caballero

German A. Coronel

Carlos R. Olarte

Edgar Hernán Fuentes Contreras

Juan Felipe Acosta Sánchez

Horacio Andaluz Vegacenteno

Andrea Rodríguez Zavala

Ricardo Rabinovich Berkman

Adriana Mora Anto

Jorge Carlos Toledo Sauri

Carlos Salinas Araneda

Sebastián Contreras

Juan Miguel Gómez Valencia

Guillermo Suárez Blázquez

Índice

Caso Republica de Sarapoa Vs. Juana Elizabeth Guzmán y otros	7
<i>Sarapoa Republic Vs. Juana Elizabeth Guzman and others</i>	
<i>Iván Darío Zapata y Laura Guillén Ruiz</i>	
Derechos humanos, poder económico y empresas multinacionales	49
<i>Human rights, economic power and multinational companies</i>	
<i>Carlos R. Asúnsolo–Morales</i>	
Las voluntades anticipadas en la Ley de cuidados paliativos. Fortalecimiento de la relación médico–paciente	79
<i>The anticipated will in the law of palliative care, strength of the relation patient–Doctor</i>	
<i>Diana Vanessa Sánchez Salazar</i>	
Juristas, clérigos y mercaderes. El ascenso del derecho escolástico en la Europa medieval y su impacto en el crecimiento económico	105
<i>Jurists, Clerics, and Merchants: The Rise of Learned Law in Medieval Europe and its Impact on Economic Growth</i>	
<i>Hans–Bernd Schäfer y Alexander J. Wulf</i>	
Nigger Manifesto Institutional, Intellectual and Ideological Racism inside the American Academy	169
<i>“Nigger Manifesto” Racismo Institucional, Intelectual e Ideológico al interior de la Academia Americana</i>	
<i>Ellis Washington, J. D.</i>	
Consideraciones en torno al estatuto jurídico del embrión	203
<i>Considerations concerning the juridical statute of the embryo</i>	
<i>Ronald Cárdenas Krenz</i>	

Caso Republica de Sarapoa Vs. Juana Elizabeth Guzmán y otros

Escrito de demanda presentado ante la
Honorable Corte Interamericana de Derechos
Humanos por la representación de las víctimas*

*Sarapoa Republic Vs. Juana
Elizabeth Guzman and others
Presented to the honorable Inter-American
Court of Human rights*

Iván Darío Zapata y Laura Guillén Ruiz

* Este artículo corresponde a un memorial con el que los estudiantes Iván Darío Zapata y Laura Guillen Ruiz de la Universidad Javeriana, participaron en el año 2014 en el Concurso Nacional de Derechos Humanos realizado por la Defensoría del Pueblo, en el cual sólo se clasifica a las rondas orales por medio de la calificación del escrito o memorial. En mención al destacado reconocimiento de los estudiantes, quienes obtuvieron la distinción de mejor memorial entre 85 universidades que se presentaron en su rol de representación de víctima, se publica su texto en este número de la Revista Criterio Jurídico. Correo electrónico: ivan.zapata.a@gmail.com, lgr124@hotmail.com

Resumen

Tras un proceso de Justicia Transicional, los diferentes actores armados presentes en el Estado de Sarapoa dejaron las armas y se reincorporaron a la vida civil. Como parte de las negociaciones de paz, se permitió la participación política a ex militantes de los grupos guerrilleros, consolidados en el movimiento político “Propuestas por la Paz”, por el cual resultaron elegidas Aura Bonilla, como senadora de la república, y Elizabeth Guzmán, como alcaldesa de la capital.

La destitución y posterior inhabilidad de ambas funcionarias, a manos del Procurador General de la Nación, contraría los más básicos estándares en materia de limitación de derechos políticos y vulnera flagrantemente una de las más elementales garantías del debido proceso legal: el non bis in idem. El presente escrito de demanda aborda el problema a partir del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, analizando cuidadosamente el diseño institucional del Estado de Sarapoa, y determinando la responsabilidad internacional del mismo.

Palabras clave: Derechos políticos, sanción disciplinaria, garantías procesales, non bis in idem, control de convencionalidad.

Abstract

After a transitional justice process, different guerrilla groups located in the State of Sarapoa abandoned the fight and merged to the civil life. As part of the peace talks, the government allowed political participation to former members of the guerrilla, through a political party called “Propuestas por la Paz”, which elected Aura Bonilla as Congresswoman and Elizabeth Guzmán as the mayor of the capital.

Overthrowing and subsequent inability of both women, made by the state’s General Solicitor, antagonize with the most basic standards on political rights and restricts the cornerstone of the due process of law: the double jeopardy clause. The following lawsuit approaches the problem through the case law of the Inter-American Human Rights Court, taking special care of the institutional design of the State of Sarapoa, and the establishing the international responsibility for it.

Keywords: Political rights, disciplinary action, due process, non bis in idem, conventionality control.

1. Hechos del caso

Contexto de la República de Sarapoa

1. Sarapoa es una nación Americana democrática, organizada en forma de república federativa.
2. Entre 1960 y 2010 Sarapoa ha sufrido confrontaciones armadas entre varios grupos guerrilleros y paramilitares, viéndose afectada buena parte de la infraestructura del país, y dejando como víctimas directas del conflicto a por lo menos el diez por ciento de la población.
3. Yamilson Salamanca, presidente de Sarapoa hasta el año 2008, apoyó decididamente a los grupos paramilitares a pesar de ser catalogados como grupos al margen de la ley. Antes de terminar su mandato, decidió realizar un acuerdo de paz con estos grupos a los cuales les declaró una amnistía general.

Armisticio general en Sarapoa

4. En el año 2010 se pactó un armisticio general con los grupos guerrilleros para que entregaran sus armas, contaran la verdad de lo sucedido y entregaran sus bienes para la reparación de las víctimas; con ello contarían con rebajas sustanciales de sus penas por delitos graves; y para las personas que no tuvieran en su contra cargos por delitos atroces, se acordó otorgarles una amnistía si hacían acuerdos para contar la verdad y reparar a las víctimas.
5. Las propuestas fueron acogidas por el Congreso y avaladas por una Ley de la Republica, la cual incluyó la posibilidad de participación política a los ex-combatientes comprometiéndose el Estado a respetar el derecho a elegir y ser elegido de quienes hubieran sido condenados por delitos políticos o conexos.

Las elecciones en tiempos de paz

6. En el año 2012 se realizaron las primeras elecciones en tiempos de paz, en donde por primera vez ex-combatientes tendrían la

oportunidad de participar. La capital de la República era una de las principales plazas políticas en disputa; y es por ello que el aspirante a la presidencia, Luis Miguel Castro, candidato cercano al ex-presidente Salamanca, inició una campaña en contra de la participación de los ex-guerrilleros argumentando su incompetencia para gobernar una ciudad, tras haber pasado décadas militando en las montañas.

7. Juana Elizabeth Guzmán y Aura Bonilla, ex-colaboradoras de la guerrilla y beneficiarias de la amnistía, decidieron unirse para hacer campaña en representación de un movimiento político representativo de ciudadanos: el Movimiento Propuestas por la Paz (MPP), con el cual aspiraron Juana Guzmán a la alcaldía de la capital y Aura Bonilla a una curul en el senado, resultando ambas aspirantes electas en las urnas.

Aguas Locales

8. La nueva alcaldesa Guzmán presentó dentro de su programa de gobierno un proyecto de ciudadanía con miras a la sostenibilidad ambiental, los recursos ambientales y el agua. El modelo presentado buscaba promover cambios en la privatización de los servicios públicos, para así fortalecer la ejecución y la responsabilidad directa de la administración pública.
9. La alcaldesa tuvo que enfrentar la resistencia de las empresas privadas, que al ver la intención de desmonopolizar algunos servicios, generaron a través de los medios un sentimiento de incompetencia de la alcaldesa apoyado por sus detractores políticos, en especial por Luis Miguel Castro, quien inició una campaña de recolección de firmas para solicitar su revocatoria de mandato.
10. Los operadores privados del servicio de recolección de basuras, suministro de agua y alcantarillado iniciaron negociaciones con la ciudad para renovar sus contratos por un término de 25 años. Durante el proceso se presentaron actos de sabotaje realizados por los operadores, como una forma de presionar a la alcaldía para efectuar la renovación.

11. El 01/06/12, la alcaldesa Guzmán emitió un decreto a través del cual creó un régimen especial para la prestación de los servicios públicos en la ciudad, estableciendo un nuevo operador público para la prestación del servicio de agua potable y acueducto de la ciudad, creando así la empresa “Aguas Locales”, la cual se encargaría de la prestación del servicio en toda la ciudad.
12. Durante los primeros cinco días de operación se presentaron fallas en el suministro de agua, dejando sin acceso a varios sectores de la ciudad. A raíz de la falta en el servicio, se produjeron manifestaciones en algunos sectores de la ciudad, las cuales terminaron en enfrentamientos entre los manifestantes y las autoridades, así como en actos aislados de vandalismo y saqueo de establecimientos de comercio.
13. Debido a estos hechos el Procurador General de la República Manuel La Rota, inició una investigación disciplinaria de oficio a Juana Elizabeth Guzmán. Como resultado de la misma se le imputaron dos faltas disciplinarias.
14. A juicio del procurador, la alcaldesa, de manera libre, consciente y voluntaria, ordenó asignarle la prestación del servicio de agua a una entidad “sin ninguna experiencia, conocimiento y capacidad”. Además, el Ministerio Público consideró que el decreto que estableció el régimen especial del servicio, vulneró los principios constitucionales de libre empresa y competencia, pues impuso restricciones y limitaciones para que otras empresas, distintas a la de la ciudad, prestaran el servicio.
15. Teniendo en cuenta los argumentos anteriores, el 01/10/12 la procuraduría impuso como sanción a Juana Elizabeth Guzmán la destitución del cargo y la inhabilidad general por el término de veinte años para ejercer funciones públicas, la máxima sanción administrativa establecida por el CDU.

Manifestaciones lideradas por Juana Elizabeth Guzmán

16. Comunicada la sanción, Juana Guzmán inició una campaña que denominó “movilización social y publica por la defensa de la

democracia, y frente a la estafa al proceso de paz” los más allegados a la alcaldesa crearon una aplicación electrónica con el fin de recolectar firmas para apoyar los procesos judiciales internos y acciones internacionales, como una petición ante la CIDH.

17. La crispación social fue evidente en algunas regiones, y por ello en varias zonas del país se presentaron hechos de violencia entre manifestantes de uno y otro grupo, que terminaron con personas heridas, vandalismo y algunos hechos de destrucción de bienes públicos.
18. La Defensora del Pueblo, Paola Rangel, solicitó formalmente a la Fiscalía que se abriera una investigación a Guzmán, con base en los hechos ocurridos durante las manifestaciones.

Represalias en contra de la Senadora Aura Bonilla

19. La Senadora Bonilla ha sido muy cercana a la Alcaldesa Guzmán desde el inicio de su mandato, es por ello que conocida la sanción de la Procuraduría, Bonilla fue activa en los medios de comunicación, las plazas públicas, así como en el Congreso; convirtiéndose rápidamente en una de las figuras públicas más consultadas del país por la calidad de sus debates.
20. En Noviembre de 2012, por las redes sociales comenzaron a circular rumores sobre la existencia de pruebas que involucrarían a la Senadora Bonilla en la comisión de delitos graves durante su vinculación a la guerrilla y que, por esta razón, habría sido incluida de manera irregular en la lista de personas beneficiadas de la amnistía por delitos políticos.
21. Un supuesto “hacker” informático habría tenido acceso a los computadores del grupo guerrillero, encontrando correos electrónicos en donde se le notificaba a “alias Señorita Laura” de la comisión de un secuestro. Versiones de inteligencia militar señalarían que “Señorita Laura” era el alias con el que se le conocía a Bonilla en la guerrilla.

22. La Senadora negó los rumores públicamente, e informó que la Comisión de la Verdad había investigado exhaustivamente su historial antes de incluirla en la lista de beneficiarios de la amnistía.
23. Dada la magnitud de las acusaciones la CSJ abrió una investigación sumaria al respecto, la cual concluyó brevemente al considerar el tribunal que no existían los elementos necesarios para determinar que el material probatorio no había sido contaminado o tergiversado. No obstante, la Procuraduría inició el respectivo proceso disciplinario; el cual, con base en las citadas pruebas, encontró responsable a Aura Bonilla el día 05/06/13, por “promover y colaborar con el grupo armado ilegal en la comisión de delitos graves no amnistiables”, lo cual consideró el Ministerio Público como una falta gravísima.
24. La Procuraduría la sancionó con destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por el término de dieciocho años. Los disciplinados con inhabilidades tan altas en el tiempo, han venido señalando que el procurador La Rota se está encargando de darle “muerte política” a sus detractores, quienes representarían un riesgo para su eventual aspiración presidencial.

Acciones judiciales interpuestas por Juana Guzmán y Aura Bonilla

25. Tras la notificación de su destitución, la alcaldesa Guzmán presentó una acción de tutela ante el TSRTVAP de la capital, invocando que la decisión del procurador vulneraba sus derechos políticos y al debido proceso. El 15/10/2012 el amparo fue desestimado por improcedente, dado que la peticionaria contaba con un recurso ordinario.
26. Un grupo de ciudadanos también presentó acciones de tutela similares ante varias decenas de juzgados y tribunales, argumentando que la decisión de la Procuraduría vulneraba su derecho político a elegir, ya que una autoridad administrativa no podía estar facultada para retirar de su cargo a un funcionario de elección popular.
27. El 20/10/12 el TSA de la capital concedió la tutela presentada por un ciudadano que argumentó la vulneración a su derecho a elegir. El

- tribunal ordenó que para dar cumplimiento al fallo, la Presidenta de la República debía abstenerse de proceder con la destitución de la alcaldesa, ordenada por la Procuraduría.
28. El 15/11/12, la Sala Civil de la CSJ decidió la apelación presentada por Juana Guzmán, negándole el amparo constitucional. Cinco días después, el CE resolvió la apelación realizada por la Procuraduría a la tutela interpuesta por el ciudadano, desestimando la protección al considerarla improcedente, debido a que debía agotarse el recurso ordinario disponible, en este caso la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.
 29. El 25/09/12 la Presidenta de la Republica emitió dos decretos. En el primero destituyó a la alcaldesa Guzmán de su cargo, y en el segundo encargó provisionalmente como alcalde a Mauricio Garnica, mientras se realizaba una nueva elección para terminar el periodo. El nuevo alcalde designado por la Presidenta Borrero, no hacía parte del movimiento representativo de ciudadanos al que pertenecía Juana Guzmán.
 30. Posteriormente, la CIDH le otorgó medidas cautelares a Juana Guzmán. En una declaración pública, la Presidenta argumentó que no podía acceder a las mismas por distintas razones jurídicas, que incluían su falta de obligatoriedad conforme al derecho internacional y porque su cumplimiento des-institucionalizaría el Estado.
 31. Al no acatar las medidas cautelares, el 01/12/12 Guzmán presentó una acción de tutela ante el TSA de la capital, solicitando que se protegieran sus derechos políticos y al debido proceso. Otros ciudadanos también presentaron tutelas con argumentos similares, las cuales fueron remitidas al TSRTVAP
 32. El 15/12/2012, el TSA negó la protección solicitada por la accionante, aduciendo que no se trataba de un caso de amenaza al derecho a la vida. Por otro lado, el 16/12/2012 el TSRTVAP consideró que conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, las medidas cautelares emitidas por la CIDH eran vinculantes en el ordenamiento interno debido al principio de bloque de constitucionalidad, accediendo a la protección solicitada.

33. Juana Guzmán apeló la decisión del TSA, la cual fue confirmada el 24/12/2012 por el Consejo de Estado. Ese mismo día y con argumentos similares, la CSJ revocó la decisión del TSRTVAP, permitiendo al gobierno restituir el 25/12/12 a Mauricio Garnica como alcalde encargado de la capital.
34. El 10/01/13 Juana Guzmán, con el fin de declarar nula la sanción emitida por la Procuraduría y que en consecuencia se le restituyera su cargo, presentó una acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho ante el CE; Argumentando además la existencia de un perjuicio irremediable, le solicitó al tribunal se le otorgaran medidas cautelares mientras se decidía sobre el fondo del asunto.
35. El 20/01/2013, el magistrado ponente del caso decretó las medidas cautelares en favor de Guzmán, las cuales terminaron siendo revocadas tras un recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Público. La decisión fue notificada el día 20/02/2013.
36. Por otro lado, Luis Miguel Castro presentó una demanda de pérdida de investidura ante el CE por los mismos hechos por los que la Procuraduría encontró disciplinariamente responsable a Aura Bonilla. Dicho tribunal estudió la denuncia y con base en las citadas pruebas declaró en única instancia la perdida de la investidura o “muerte política” de Aura Bonilla el 25/08/2013.
37. Para el 01/04/14, la Fiscalía inició formalmente un proceso penal en contra de Juana Elizabeth Guzmán por los hechos ocurridos durante las diversas manifestaciones, los cuales estaban siendo objeto de investigación. Se solicitó al juez de garantías medidas cautelares, por lo que mientras continua el proceso, por orden judicial Guzmán deberá presentarse a una estación de policía una vez a la semana para firmar un registro y se deberá notificar ante la justicia antes de salir del país.

Actuación ante el SIDH

38. El 05/08/12 Guzmán y otras 1234 personas presentaron una petición ante la CIDH. La petición fue firmada electrónicamente, alegando

que el Estado de Sarapoa había vulnerado los derechos contenidos en los artículos 8, 23, 24 y 25 con relación a los artículos 1.1 y 2 de la CADH en perjuicio de Guzmán, así como los derechos políticos de los 1234 firmantes. En el mismo documento, Guzmán elevó ante la CIDH una solicitud de medidas cautelares, alegando que de hacerse efectiva la destitución, se produciría un daño irremediable.

39. El 21/11/12 la CIDH otorgó las citadas medidas cautelares en favor de Juana Guzmán, considerando que sus derechos políticos se encontraban en situación de gravedad y urgencia. La CIDH requirió al Estado la suspensión de los efectos de la decisión de la Procuraduría.
40. El 26/08/13, Bonilla presentó una petición individual, alegando la violación a los mismos derechos que Juana Guzmán. En su petición, Bonilla argumentó que su caso estaba directamente relacionado con la petición presentada por Guzmán, por lo que solicitó la acumulación de las dos peticiones.
41. El 01/10/13, la CIDH corrió traslado al Estado para que hiciera sus observaciones, las cuales fueron respondidas el día 2 de noviembre del mismo año alegando varias causales de inadmisibilidad.
42. El día 5/01/14, la CIDH adoptó dos informes de admisibilidad sucesivos; uno en relación con la petición de Juana Guzmán, y el segundo respecto de la petición de Bonilla. Para el primero, la CIDH determinó admisible la petición a favor de los 1234 peticionarios por las presuntas violaciones a los derechos contenidos en los artículos 1.1, 2, 8, 23, 24 y 25 de la CADH. En el segundo informe, se declaró la admisibilidad por la presunta violación a los mismos artículos. La CIDH hizo pública su decisión de continuar el trámite de las peticiones como un solo caso.
43. El 15/01/14, el Estado de Sarapoa presentó sus consideraciones de fondo sobre el caso.
44. El 15/02/14, la CIDH emitió un informe de fondo sobre el caso, en el cual encontró a la Republica de Sarapoa internacionalmente responsable de: i) las violaciones a los artículos 1.1, 2, 8, 23 y 25 de la CADH en perjuicio de Juana Guzmán y Aura Bonilla; ii) la violación del artículo 23 en conexión con el 1.1 de la CADH,

en perjuicio de las 1234 personas identificadas en la petición; y finalmente, iii) la violación de los artículos 8, 22 y 25 en conexión con el artículo 1.1 de la CADH en perjuicio de Juana Guzmán, por los hechos relacionados con el proceso penal cursado en su contra. La Comisión realizó las respectivas recomendaciones al Estado, así como sugirió reformas constitucionales y legales como medidas de no repetición.

45. Una vez notificado el Estado, este decidió enviar una nota a la CIDH informando que consideraba necesario que el caso llegara ante la jurisdicción de la Corte IDH, para que fuera esta quien decidiera sobre los hechos relativos al caso. La Comisión sometió el caso ante la Corte el 01/03/14.
46. La Corte IDH informó de la decisión a Guzmán y Bonilla, quienes manifestaron estar de acuerdo en tener a Guzmán como representante común, así como de las otras 1234 víctimas.
47. El 03/05/14 el Estado presentó ante la Corte un escrito de contestación de la demanda en la cual argumentó cuatro excepciones preliminares; en la primera, el Estado alegó la falta de agotamiento de los recursos internos al momento de la presentación de la petición ante la CIDH; en la segunda, el Estado adujo la violación a su derecho a la defensa y a la igualdad de armas al tener que dar respuesta a sucesivos planteamientos fácticos y jurídicos del caso debido a la inexistencia de un representante común de las víctimas; en la tercera, alegó la falta de competencia de la Corte para decidir sobre acciones populares y nulidad del caso por falta de identificación de las presuntas víctimas y los recursos por éstas agotados. En la cuarta excepción, el Estado argumentó violación a su derecho a la defensa por actos de la CIDH por fuera de su reglamento, realizados a partir de una acumulación irregular de peticiones y de abrir en etapa de fondo, hechos y argumentos no considerados en el informe de admisibilidad.

2. Análisis legal del caso

Competencia de la Corte

48. Este Honorable Tribunal es competente para conocer el presente caso, gracias a que se cumplen los siguientes criterios: a) *ratione personae*, toda vez que las víctimas se encontraban facultadas para presentar peticiones ante la CIDH, y se hallan dentro de la jurisdicción de Sarapoa; b) *ratione temporis*, teniendo en consideración que Sarapoa firmó y ratificó la CADH, reconociendo la competencia contenciosa de la Corte el 9 de Abril de 1980, ocurriendo las violaciones de manera posterior a la misma; c) *ratione loci*, ya que los hechos ocurrieron dentro del territorio de Sarapoa; y, d) *ratione materiae*, en el sentido de que los hechos configuran una violación de las disposiciones de la CADH.

Excepciones preliminares

De la alegada falta de agotamiento de los recursos internos

49. La convención plantea situaciones en que es lícito para las víctimas acudir a la protección internacional de los Derechos Humanos sin haber agotado necesariamente los recursos de la jurisdicción interna, como son los supuestos contemplados en el artículo 46.2 de dicho instrumento.
50. En el caso *sub litis*, los representantes del Estado centran su reclamación fundamentalmente en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual se perfila como un control de legalidad hacia los actos administrativos ejercido por una entidad judicial. Si bien es cierto que los peticionarios se abstuvieron de incoar dicho recurso de manera previa a la presentación de la petición ante la CIDH, es menester recordar que en reiterada jurisprudencia ha sostenido la Corte que para esta clase de situaciones no basta con la existencia

formal de los recursos, sino que es necesario que los mismos sean además adecuados, idóneos y efectivos¹.

51. En este orden de ideas, el recurso en cuestión no resulta idóneo para proteger la situación jurídica específica, si bien se encuentra previsto en la legislación de Sarapoa como apropiado para proteger la situación jurídica infringida, esto no es suficiente, pues es necesario además que el recurso sea verdaderamente apto para reparar en su integridad la violación a los Derechos Humanos, y no, como es el caso, de limitarse a conferir indemnizaciones pecuniarias².
52. Así mismo, la Corte ha considerado que los Estados tienen la obligación de proveer recursos judiciales efectivos a las personas que aleguen ser víctimas de violaciones de derechos humanos (artículo 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1.1)³.
53. Por una parte, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de actos emitidos por el Procurador General en su función disciplinaria, es una acción que se tramita en única instancia⁴. Lo que de antemano resulta inconveniente por una vulneración a las garantías procesales consagradas en el artículo 8.2.h) convencional.
54. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado⁵. Es por ello que esta Corte se ha referido en varias oportunidades a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho de recurrir del fallo ante juez

¹ Corte IDH, 1988: párrafos 64-66.

² Faúndez Ledesma, 2004: 304-307.

³ Corte IDH, 2011a: párr. 113.

⁴ Ley 1437 de 2011, Art. 149, Núm. 2.

⁵ Corte IDH, 2012c: párr. 92.

- o tribunal superior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.2.h de la Convención⁶.
55. Sin duda, la misma naturaleza de los derechos políticos atenta estructuralmente contra la pretendida idoneidad del recurso, en el entendido que la necesidad de recurrir al proceso *per se*, conculca los derechos tanto del individuo como de los electores. Tal actuación procesal, por mínima que sea, produce un perjuicio irremediable que se manifiesta claramente en dos situaciones: i) vulnera el derecho de las peticionarias a ser elegidas y participar de manera directa en los asuntos públicos de su país, al resultarles imposible recuperar su posición después de haber terminado el periodo constitucional respectivo, por tratarse de cargos de elección popular; y, ii) genera un daño al elector al no permitirle disfrutar de la propuesta política en la cual depositó su voto, así como por el incumplimiento del contenido programático que acompañaba la misma.
 56. Es así como en la Carta Democrática Interamericana en su Art. 2 establece el papel fundamental de la democracia aduciendo que “[el] ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del estado de derecho y los regímenes constitucionales de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos. La democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al respectivo orden constitucional”⁷.
 57. El Juez García Ramírez en su voto razonado sobre el caso *López Álvarez Vs. Honduras*, recalcó el elemento central de las disposiciones de la convención frente a los recursos disponibles, que en últimas supone que estos logren “llegar a tiempo” es decir, que operen con “máxima eficacia en la protección y mínima afectación de los derechos del individuo”⁸. Señalar la ausencia de tales elementos dentro del recurso en cuestión, se acerca sensiblemente al desarrollo de fondo del asunto toda vez que implica la imputación indirecta al Estado de

⁶ Corte IDH., Caso Castillo Petrucci y Otros Vs. Perú. (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 52, párr. 161.

⁷ Carta Democrática Interamericana, Art. 2.

⁸ Corte IDH, 2006: párr. 28.

una violación a las obligaciones contraídas por la convención⁹, como es la ausencia de un recurso rápido, sencillo y efectivo que ampare los actos que resulten violatorios a las disposiciones de la CADH.

58. En mérito de lo expuesto, se solicita respetuosamente a este Honorable Tribunal que desestime la excepción preliminar de falta de agotamiento de los recursos internos interpuesta por el Estado, y proceda al análisis de las cuestiones de fondo.

De la presunta falta de competencia de la Corte para decidir sobre ‘Actio Popularis’

59. El Estado sostiene que este Honorable Tribunal no es competente para conocer sobre las violaciones a Derechos Humanos cometidas en perjuicio de las 1234 víctimas firmantes de la petición, puesto que las mismas no se encuentran debidamente identificadas y lo que se pretende mediante este mecanismo es recurrir a una “acción popular”.
60. Las “acciones populares” no encuentran cabida dentro del SIDH, pues como han sostenido tanto la CIDH como la Corte, es un requisito indispensable para abordar el fondo del asunto, que las víctimas se encuentren “debidamente individualizadas, identificadas y determinadas [...]”¹⁰, y en los casos de extrema gravedad y urgencia que requieran la adopción de medidas provisionales, que estas sean por lo menos “determinables”¹¹.
61. Sin embargo, esta agencia reitera que las condiciones de identificación de las 1234 víctimas incluidas en la petición virtual cumple perfectamente con los estándares del SIDH para los casos contenciosos, puesto que cada persona otorgó su nombre completo, su nacionalidad y su documento de identidad. Además de lo anterior, especificaron su ciudad de residencia, siendo todos habitantes de la capital de Sarapoa.

⁹ Corte IDH, 1989: párr. 93.

¹⁰ CIDH, 1997c: párr. 35.

¹¹ Corte IDH, 2004: párr. 108.

62. En ningún momento y bajo ninguna circunstancia, esta representación ha pretendido invocar una “acción popular” a partir de víctimas indeterminadas, y por el contrario se ha esmerado en transferir oportunamente los listados con la información de los peticionarios tanto a la CIDH como a este Honorable Tribunal. La representación del Estado no controversió en instancias previas la identificación de las víctimas.
63. En virtud de lo expuesto, esta representación solicita al Honorable Tribunal desestimar la presente excepción preliminar.

De la supuesta violación al derecho a la defensa del Estado

64. Los representantes del Estado cuestionan la acumulación de las peticiones por parte de las víctimas, así como la presunta incongruencia de los hechos y argumentos aducidos entre los informes de admisibilidad y fondo, emitidos por la Comisión.
65. Frente al primer señalamiento, considera esta representación que la acumulación de las peticiones se realizó de forma correcta, puesto que tuvo lugar en el momento preciso de la expedición de los informes de admisibilidad, momento que ha sido establecido por la doctrina como límite para la acumulación o desglose de peticiones ante la CIDH¹², por hallarse previo a la etapa de estudio de las cuestiones de fondo del caso. Sumado a lo anterior, se debe recalcar que la intención de acumular las peticiones se hizo notoria desde el 26 de Agosto del 2013, cuando la señora Aura Bonilla manifestó ante la comisión la conexidad entre ambas situaciones. Dicha presunción de acumulación, le permitió al Estado disponer de la oportunidad para pronunciarse al respecto, incluso antes de la adopción de los correspondientes informes de admisibilidad¹³.
66. En ese orden de ideas, resulta evidente que el derecho a la defensa del Estado no pudo verse conculcado mediante la acumulación de las peticiones, pues como fue demostrado, fueron realizadas en el

¹² Restrepo Puerta, 2009: 13.

¹³ Hechos del caso, párr. 34.

momento procesal oportuno, acorde a las disposiciones consagradas en el reglamento de la CIDH, y respetando los criterios construidos en la reiterada jurisprudencia de la organización¹⁴.

67. Respecto al segundo señalamiento, observa esta representación que con la expedición del informe de fondo del caso, la comisión se abstuvo de implementar el principio *iura novit curia*, y por el contrario, la declaración de responsabilidad internacional del Estado se realizó acorde a las presunciones establecidas en los correspondientes informes de admisibilidad; es decir, la violación a los artículos 8, 23, 24 y 25 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. Sin duda, la variación en la redacción de los hechos, así como como del método implementado para la argumentación, es producto del proceso de acumulación de las peticiones que fue descrito en el párrafo anterior. Sin embargo, dicha variación en ningún momento ha afectado la posibilidad del Estado para defenderse adecuadamente, puesto que el sustrato fáctico se hallaba individualmente consignado en cada uno de los informes de admisibilidad que fueron emitidos por la Comisión.
68. Resulta importante recalcar el desarrollo jurisprudencial que le ha dado la corte a esta situación, reiterando que durante el procedimiento ante la CIDH, es posible variar la calificación jurídica de los hechos que sustentan la petición, siempre y cuando no se altere el sustrato fáctico que generó la violación de Derechos Humanos¹⁵.
69. Por lo anteriormente señalado, solicitamos a este distinguido Tribunal que desestime la excepción preliminar relacionada con el derecho de defensa del Estado.

De la atribuida violación al principio de la Igualdad de Armas

70. Sarapoa reclama que en el curso del proceso ante el SIDH, se le vulneró el principio a la igualdad de armas al tener que responder ante sucesivos planteamientos jurídicos, al no contar con un representante común de las víctimas.

¹⁴ CIDH, 1997d: párr. 42.

¹⁵ Corte IDH, 2012: 246, párrafo 59.

71. La representación de las víctimas solicita a este Honorable Tribunal desestimar *in limine* la presente excepción preliminar, toda vez que la definición del representante común de las víctimas sí fue oportunamente comunicada al presidente de la Corte, quien se encontró de acuerdo con la aceptación del interviniente común¹⁶. Respecto a la pluralidad de los planteamientos jurídicos, debe recordar el Estado que los únicos escritos dotados de validez, son aquellos que son otorgados por el representante común de las víctimas debidamente apersonado, como ha sido el caso de la señora Juana Guzmán. De igual manera, en el caso *Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú*, la Corte ha adoptado el criterio cronológico¹⁷ para definir el documento que las partes deben tener como válido para preparar su defensa y alegatos.

Cuestiones de fondo

Introducción a la causa

72. Todo Estado parte de la Convención, se encuentra en la obligación de armonizar su ordenamiento jurídico interno con los estándares exigidos internacionalmente, así como de brindar la posibilidad de efectuar un control de convencionalidad¹⁸, por vía judicial, de cada una de sus disposiciones legislativas. Tal obligación, incluye la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades, así como la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación a las disposiciones de la convención¹⁹.
73. En el presente caso, se evidencian varias situaciones trascendentales que demuestran la responsabilidad internacional del estado, a saber: i) las disposiciones contenidas en el CDU, así como en la Constitución

¹⁶ Hechos del Caso, párr. 39.

¹⁷ Corte IDH, 1998: párr. 97.

¹⁸ Corte IDH, 2010b: párr. 7.

¹⁹ Corte IDH, 2005a: párr. 91.

Política de Sarapoa, resultan contrarias a los parámetros consagrados en el artículo 23 convencional; ii) a raíz de lo anterior, los procesos disciplinarios llevados en contra de Juana Guzmán y Aura Bonilla no cumplen con las garantías procesales exigidas por los artículos 8 y 25 de la CADH; y, iii) los organismos del gobierno de Sarapoa han empleado normas y prácticas del ordenamiento jurídico interno para discriminar por motivos de índole política a las peticionarias.

74. A continuación se procede a demostrar de qué manera las actuaciones del Estado resultan violatorias a las obligaciones internacionalmente contraídas en los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

Violaciones a Derechos Humanos cometidas por Sarapoa mediante el proceso disciplinario adelantado por la Procuraduría.

El ordenamiento jurídico interno no se adapta a los estándares de la Convención Americana. Violación de los derechos contenidos en los artículos 23, 8 y 25 de la CADH.

75. Considera esta representación que el Estado de Sarapoa es internacionalmente responsable por la violación a los artículos 8, 23 y 25 de la CADH con relación a los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento. En aras de demostrar lo anterior, resulta pertinente analizar los estándares internacionales en materia de derechos políticos que han sido establecidos tanto en el sistema interamericano, como en el universal.

- **Estándar Internacional de Derechos Políticos.**

76. El artículo 23.1 convencional, aborda los derechos y oportunidades de los que disponen todos los ciudadanos en materia de participación política. Tanto el SIDH como la OEA se han esmerado en recalcar la importancia que reviste la garantía de los derechos políticos para el fortalecimiento de la democracia entre las naciones americanas, mediante la expedición de instrumentos como la Carta Democrática Interamericana, la declaración de Nassau y la Resolución 1080 de la Asamblea General. De igual manera, la jurisprudencia del Alto

Tribunal ha sostenido que “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención [...]”²⁰.

77. A pesar de lo anterior, tanto el PIDCP como la CADH son tajantes al consagrar la contrapartida a tales derechos y libertades. Es decir, no le otorgan un carácter absoluto a los derechos políticos, y por el contrario establecen ciertos criterios bajo los cuales resulta lícito para el Estado suspender el ejercicio pleno de los mismos. Retomando al CDH de las Naciones Unidas: “El ejercicio de estos derechos por los ciudadanos no puede suspenderse ni negarse, salvo por los motivos previstos en la legislación y que sean razonables y objetivos.”²¹ [Subrayados por fuera del texto].
78. A diferencia del PIDCP, que se limita a consagrar de manera indeterminada la expresión “criterios objetivos y razonables”, la Convención Americana en su artículo 23.2 establece una lista taxativa de las condiciones bajo las cuales podrían llegar a limitarse el ejercicio de los derechos políticos a los ciudadanos de los Estados parte, siendo: i) edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental; y, ii) condena, por juez competente, en proceso penal.
79. Sin duda, nuestro caso particular requiere un análisis más detallado de la expresión “condena, por juez competente, en proceso penal”, por cuanto establece los requisitos específicos que deben atenderse cuando una restricción a los derechos políticos es impuesta a manera de sanción.

- **Inconvencionalidad del CDU y el artículo 277 de la Constitución de Sarapoa en sentido abstracto.**

80. Una vez expuesto el estándar internacional en la materia, es oportuno examinar la convencionalidad del ordenamiento jurídico interno

²⁰ Corte IDH, 2008: párr. 143.

²¹ Comité de Derechos Humanos, 1997: párr. 4.

de Sarapoa, y determinar el grado de armonización existente entre ambos cuerpos normativos.

81. En primer lugar, se debe determinar el grado de rigurosidad necesario para la aplicación de la norma. La Corte, en el caso *Yatama Vs. Nicaragua*, zanjó la discusión concluyendo: “[de] acuerdo al artículo 23.2 de la Convención, se puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a las que se refiere el inciso 1 de dicho artículo, exclusivamente por las razones establecidas en ese inciso.”²² [Subrayados por fuera del texto]. Un grado de extrapolación mínimo respecto de la interpretación de la norma, limita las posibilidades en que el Estado puede darle cumplimiento, así como pretende establecer una interpretación unívoca de la misma.
 82. Basados en el criterio anterior es preciso analizar sus elementos estructurales, que son: a) la existencia de una “condena” en sentido formal; b) que dicha condena sea impuesta por un juez competente; y, c) que la sanción proceda de un proceso penal. En este último, deben respetarse las garantías de un proceso de dicha índole²³.
- **Violación de los derechos de Juana Guzmán y Aura Bonilla derivados de la aplicación de una disposición normativa inconvencional.**

83. En el caso *sub litis*, ninguno de estos requisitos fue cumplido a cabalidad, puesto que el funcionario encargado de imponer las sanciones no era un “juez competente” ni pertenece a la rama jurisdiccional, y la sanción interpuesta no es formalmente una “condena” ni proviene de un “proceso penal” donde se haya emitido una sentencia judicial.
84. En la situación de Juana Elizabeth Guzmán, el proceso llevado en su contra tiene origen única y exclusivamente en la calificación del desarrollo de sus funciones como alcaldesa, las cuales como sucede en el caso de cualquier gobernante, pueden ser calificadas como malas o buenas y los encargados de realizar dicho control

²² Corte IDH, 2005c: párr. 206.

²³ Corte IDH, 2011c: párr. 107.

deben ser los mismos ciudadanos. Esto se encuentra muy alejado de la posibilidad de comisión de un delito por parte de un funcionario público, y es esta la razón fundamental por la que un funcionario de elección popular no puede ser destituido de su cargo por un control disciplinario. Al haberse hecho así, encontramos entonces la violación de los derechos políticos de la ex-alcaldesa como consecuencia de una ley inconvencional.

85. La situación de Aura Bonilla tiene componentes aún más especiales. La CSJ decide cerrar una investigación penal en su contra por delitos que ya habían sido amnistiados (como se explicará más adelante) y por no encontrar mérito para volver a investigarlos.
86. Pese a esto, un funcionario de control disciplinario como lo es el Procurador General, desconociendo la decisión de la CSJ y por lo tanto ignorando la ley de amnistía, decide iniciar un proceso disciplinario en contra de la congresista, dando como resultado su destitución por la comisión de una presunta falta disciplinaria descrita en el art. 48 numeral 12 del CDU, a saber: “12. Fomentar o ejecutar actos tendientes a la formación o subsistencia de grupos armados al margen de la ley; o promoverlos, auspiciarlos, financiarlos, organizarlos, instruirlos, dirigirlos o colaborar con ellos.”²⁴
87. Adicional a lo anterior, en un proceso adelantado ante el CE, esta corporación sentenció la pérdida de investidura de la congresista tomando como base los mismos hechos que dieron lugar a la investigación que fue archivada por la CSJ, y cuya única causal aplicable sería la incluida en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política de Sarapoa²⁵, que hace alusión precisamente a sentencia judicial en firme que haya generado pena privativa de la libertad.
88. Dentro de este contexto fáctico, resulta evidente la violación a los derechos políticos de la ex congresista, puesto que pese a no haber sido condenada en el proceso penal, la diversidad de procesos a los que fue sometida por los mismos hechos, pero con estándares

²⁴ Ley 734 de 2002, Art. 48.

²⁵ Constitución Política de Sarapoa, Art. 183, Núm. 1.

- probatorios distintos permitieron que fuera destituida en contravención de lo dispuesto en el artículo 23.2 de la CADH
89. En vista de lo anterior, es evidente que las disposiciones legislativas y constitucionales de Sarapoa no armonizan con los compromisos internacionales adquiridos en virtud de la CADH, y resultan violatorios al artículo 23 de la misma, así como a los deberes de respeto, garantía y adecuación del ordenamiento jurídico contemplados en dicho instrumento. Como sostuvo la Corte en el caso *La última tentación de Cristo Vs. Chile*²⁶, la responsabilidad del Estado surge por el incumplimiento de las obligaciones convencionales sin importar la jerarquía de la norma interna que conlleve a tal situación, sea esta de índole constitucional, legal o administrativa²⁷.
90. Frente a tales situaciones, la jurisprudencia internacional ha sostenido el carácter imperativo del principio de *pacta sunt servanda* frente a los instrumentos internacionales, afirmando la CPJI que: “[Es] un principio evidente, de acuerdo al cual un Estado que ha contraído una obligación internacional válida, se encuentra obligado a efectuar en su legislación las modificaciones que sean necesarias para garantizar el cumplimiento a cabalidad de la misma.”²⁸
91. A raíz de lo expuesto, solicita esta representación declarar la responsabilidad internacional del Estado por la violación al artículo 23, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la CADH.

El proceso disciplinario no respeta las garantías procesales de carácter penal. Violación a los artículos 8 y 25 de la CADH.

92. El concepto de “garantías procesales”, es sin duda alguna el elemento más importante en el ámbito de la administración de justicia, así como uno de los factores que gozan con mayor protección en instrumentos internacionales. En el SIDH, el primer instrumento en recalcar el carácter imperativo de las garantías procesales fue la DADDH, al

²⁶ Corte IDH, 2005b: párr. 72.

²⁷ Corte IDH, 1994: párr. 50.

²⁸ CPJI, 1925: 20.

sostener que es a partir de estas que se tutelan “todos los demás derechos de la persona”²⁹.

93. Es relevante recalcar que la expresión “garantías procesales”, abarca indistintamente tanto el derecho al debido proceso, como a la protección judicial, mediante un recurso efectivo. Como ha sostenido la doctrina: “El derecho a un recurso y el derecho al debido proceso son dos caras de la misma moneda. El primero obliga al legislador a establecer recursos para este efecto, mientras que el segundo establece las características de los foros que tendrán competencia para conocer los recursos y la manera en que han de ser resueltos.”³⁰
94. Entendido lo anterior, considera esta representación que para efectos de determinar la responsabilidad internacional del Estado, es pertinente identificar los elementos esenciales del proceso disciplinario en Sarapoa, analizar su compatibilidad a la luz de las garantías procesales exigidas para un proceso penal en la Convención Americana y con ello demostrar que las actuaciones realizadas por la Procuraduría vulneraron los derechos de las peticionarias.
95. La constitución de Sarapoa le otorga el poder disciplinario preferente a la PGN³¹. Dicha entidad se encuentra encabezada por el Procurador General, facultado para investigar, destituir e inhabilitar a cualquier funcionario público cuya conducta implique la comisión de alguna falta disciplinaria³². El CDU es el instrumento mediante el cual se desarrollan las competencias de la entidad, y se consagran las características de los procesos disciplinarios.
96. El examen de las disposiciones del CDU refleja severas inconsistencias con la CADH. En primer lugar, la Procuraduría dispone de la facultad de iniciar investigaciones disciplinarias *motu proprio*, así como de determinar cuáles de ellas se convierten en procesos disciplinarios. Es decir, el Ministerio Público juega el papel del ente investigador en la esfera disciplinaria³³. De igual manera, se encarga de acusar y, por si fuera poco, de calificar las conductas, siendo el mismo funcionario

²⁹ O'Donell, 2004: 351.

³⁰ *Ibid.* p. 351.

³¹ Constitución Política de Sarapoa, arts. 277-278.

³² *Ibid.*, art. 277.

³³ Ley 734 de 2002, art. 152.

- juez y parte en la controversia, obviando de manera flagrante las garantías judiciales del Art. 8 convencional, como se pudo evidenciar en los procesos adelantados en contra de las peticionarias.
97. Asimismo, los artículos 182 y 183 del CDU dejan al arbitrio del Procurador General la potestad de escoger qué procesos inicia la investigación disciplinaria, eliminando cualquier posibilidad de control interno sobre su actuación.
98. Para iniciar, el hecho de que los funcionarios de la PGN no sean jueces ni hagan parte de la rama judicial atenta gravemente contra la competencia e independencia de los tribunales, acorde al artículo 8.1 convencional. En un proceso que de acuerdo a los estándares internacionales debe ser de carácter penal, resulta alarmante el hecho que sea reemplazado por uno de carácter administrativo, y entregado a una rama diferente del poder público. El CDH ha sostenido en varios casos que: “una situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no son claramente distinguibles o en la que este último puede controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente e imparcial a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 14 [del PIDCP]”.³⁴
99. Sumado a lo anterior, la doble función del Ministerio Público como ente investigador y juzgador, impone inconsistencias al principio de imparcialidad de la judicatura. En este caso es bastante claro el hecho de que si el Procurador General considera tener los elementos suficientes para iniciar un proceso disciplinario en contra de las peticionarias, es lógico que las encuentre culpables de las faltas que él mismo les imputó.
100. En situaciones similares se ha pronunciado la CIDH afirmando que “[la] imparcialidad supone que el tribunal o juez no tiene opiniones preconcebidas sobre el caso sub judice y, en particular, no presume la culpabilidad del acusado.”³⁵ Dicha afirmación cobra gran importancia en el contexto político de Sarapoa, donde las posturas políticas de oposición encuentran una fuerte discriminación por

³⁴ Comité de Derechos Humanos, 1993: párr. 9.4.

³⁵ CIDH, 1997b.

parte del Estado. Lo anterior se vio claramente reflejado desde el inicio del mandato de Aura Bonilla y Juana Guzmán, quienes se vieron impedidas para desarrollar los contenidos programáticos de su campaña, debido a la constante interferencia de sus opositores.

101. El artículo 8.2.h) de la CADH contempla además el derecho a recurrir el fallo ante una instancia superior. Así las cosas, el recurso de reposición previsto en el proceso disciplinario no se encarga de satisfacer en su totalidad dicha garantía, puesto que este debe ser resuelto por el mismo funcionario que ha cumplido todas las funciones anteriormente descritas, y no contempla ningún cambio sustancial en la decisión tomada por el mismo.
102. Es por ello que este Honorable Tribunal ha considerado que no pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia³⁶. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento³⁷.
103. Finalmente, recalca esta representación que la arbitrariedad de la que dispone el Procurador General para determinar la duración de la sanción impuesta al disciplinado, y por ende su proporcionalidad, va en contra del “deber de motivación” que este H. Tribunal se ha esmerado en proteger en su jurisprudencia³⁸ en el ámbito de las garantías dadas a un proceso penal.
104. En virtud de lo expuesto, se evidencia cómo el Estado, al no adecuar su ordenamiento jurídico a los estándares del SIDH incumplió con las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 convencionales y violó los artículos 8 y 25 de la misma en perjuicio de Juana Elizabeth Guzmán y Aura Bonilla.

³⁶ Corte IDH, 2006b: párr. 213.

³⁷ Corte IDH, 2011a: párr. 127.

³⁸ Corte IDH, 2011c, óp. Cit.: párr. 147.

Violaciones a Derechos Humanos en perjuicio de Aura Bonilla por la persecución política sistemática a la que fue sometida

Vulneración a los artículos 8, 23 y 25 de la CADH

- **Violación del Principio ‘Non bis in ídem’ por parte del Estado.**

105. En el caso *sub lite*, considera esta representación que el Estado de Sarapoa es internacionalmente responsable por las violaciones a los artículos 8, 23 y 25 de la CADH en perjuicio de Aura Bonilla, por la actuación de la Procuraduría en la cual se sancionó con destitución e inhabilidad a la Senadora con base en pruebas que circularon por redes sociales; y en consecuencia, el Consejo de Estado le declaró en única instancia la pérdida de investidura o “muerte política”.
106. Teniendo en cuenta el contexto histórico de Sarapoa, es necesario precisar el concepto de “Justicia Transicional” antes de abordar el caso en cuestión. La doctrina coincide en establecer que los procesos de justicia transicional buscan, en general, lograr cambios estructurales en aspectos relacionados con la justicia, la verdad, la reparación y la memoria, para dejar atrás los diseños institucionales, las normas y las prácticas tanto políticas como judiciales que contribuyeron a generar el conflicto armado o el gobierno autoritario o ambos, y transitar hacia la democracia³⁹.
107. A raíz de los acuerdos de paz suscritos entre los grupos guerrilleros y el gobierno nacional, en Sarapoa se aplicó un modelo de Justicia Transicional que implicó desde un comienzo la creación de una comisión de la verdad, de modo que se garantizara a la población el derecho colectivo de acceder al esclarecimiento de los hechos ocurridos durante ese periodo y a las víctimas y sus familiares, un derecho individual a la verdad que contribuyen a la construcción y preservación de la memoria histórica, el esclarecimiento de hechos y la determinación de responsabilidades institucionales, sociales y políticas en determinados periodos históricos de una sociedad⁴⁰. No

³⁹ Uprimny Yepes, 2010.

⁴⁰ Corte IDH, 2007: 128.

- obstante, esto no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales⁴¹.
108. La Senadora Bonilla en su calidad de ex-colaboradora de la guerrilla, fue partícipe de todo el proceso llevado por la Comisión de la Verdad en el que el Estado individualizó, investigó y sancionó todas las violaciones a derechos humanos ocurridas durante el conflicto, garantizando así a las víctimas y a sus familiares el derecho a la Justicia que les asiste⁴², evitando la impunidad⁴³ y cumpliendo con los estándares internacionales. Como resultado de este proceso, se benefició a Bonilla con una amnistía que le permitió participar en política.
 109. En el año 2012 se volvió a investigar a la senadora por una presunta irregularidad en la investigación realizada por la Comisión de Verdad, en ese momento la CSJ tras la evaluación sumaria de los hechos decidió cerrar la investigación, al considerar que no existían garantías suficientes de que el material probatorio fuera veraz.
 110. A pesar de lo anterior, el Procurador General inició el proceso disciplinario en contra de Bonilla con los mismos hechos y por las mismas pruebas ya desestimadas desconociendo el principio de *non bis in idem* que garantiza al inculpado absuelto “no ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos”⁴⁴, a no ser que, como lo establecen los Principios de Chicago⁴⁵ en el marco de la Justicia Transicional, la primera investigación para determinar la responsabilidad individual sea realizada de manera impropia.
 111. Tal circunstancia no se cumple en el *case d’espece*, y como agravante, ha sido sometida a múltiples procesos por los mismos hechos. En dos de ellos fue absuelta pero, dado el contexto de persecución política del que son víctimas los ex miembros y ex colaboradores de la guerrilla, ha tenido que continuar defendiendo su inocencia, ya reconocida tanto por la Comisión de la Verdad como por la CSJ.

⁴¹ Corte IDH, 2012b: párr. 298.

⁴² CIDH, 1998: párr. 91.

⁴³ ONU, 2005: E/CN.4/2005/102/Add.1.

⁴⁴ Convención América sobre Derechos Humanos, Artículo 8, parágrafo 4.

⁴⁵ IIDH, 2007: Principio 1, párr. 1.3.

- **El Estado presume la culpabilidad de la peticionaria en la comisión de delitos no amnistiables.**

112. La falta de prueba plena en los juicios de responsabilidad disciplinaria y pérdida de investidura de Bonilla constituye una violación a la garantía de presunción de inocencia consagrada en el Art. 8 de la CADH. Como lo señaló la Corte en el caso *López Mendoza Vs. Venezuela* en donde: “la presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable, una decisión judicial relacionada con él, refleja la opinión de que es culpable”⁴⁶, y de dicho principio esencial se desprende la correlativa exigencia al Estado de no condenar informalmente a una persona o emitir juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite conforme a la ley la responsabilidad penal de aquella⁴⁷.
113. Si bien en el presente caso no hubo una decisión judicial en sentido estricto, la declaratoria de responsabilidad disciplinaria emitida por el Procurador General constató la opinión generalizada de la culpabilidad de Bonilla en la comisión de un delito, llevando así al CE en única instancia a declarar la pérdida de investidura de la peticionaria basándose en las disposiciones del artículo 179 de la Constitución de Sarapoa⁴⁸. Al respecto, esta Corte ha establecido en casos como *Yatama Vs. Nicaragua* que “las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la participación política, deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias”⁴⁹.

- **Violación a los artículos 8 y 25 de la CADH por la falta de doble instancia.**

114. Expuesto lo anterior, debemos recordar que el proceso adelantado ante el CE pretende limitar los derechos políticos de Aura Bonilla,

⁴⁶ Corte IDH, 2011c, óp. Cit.: párr. 128.

⁴⁷ Corte IDH, 2004b: párr. 160.

⁴⁸ Constitución Política de Sarapoa, Artículo 179, párr. 1.

⁴⁹ Corte IDH, 2005c, óp. cit.: párr. 152.

para lo cual existe un estándar internacional que supone la adopción de las garantías procesales propias de un proceso penal, es decir, aquellas consagradas en los artículos 8 y 25 de la CADH.

115. Como ha sostenido la Corte, el derecho de recurrir el fallo consagrado en el artículo 8.2.h) de la CADH tiene como objetivo “permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía”⁵⁰. En el proceso de pérdida de investidura llevado en contra de la peticionaria, se le ha negado la posibilidad de recurrir el fallo aduciendo el carácter de Tribunal Supremo que ostenta el CE; al respecto, la jurisprudencia de la CIDH ha indicado que el derecho a recurrir el fallo no establece excepciones de ninguna naturaleza, ni siquiera para juicios de carácter político llevados ante el más alto Tribunal del país⁵¹.
116. Ahora bien, desde una perspectiva teleológica de la Convención, esta garantía procesal también debe ser entendida como la obligación simultánea, permanente e insoslayable del Estado de proveer los recursos adecuados y efectivos en las jurisdicciones locales, en consonancia con la obligación permanente de adoptar las medidas de derecho interno necesarias para hacer realidad los derechos y libertades reconocidos por la CADH⁵². Al ser la decisión del CE de única instancia, impide la existencia de un recurso idóneo, adecuado y efectivo⁵³ frente a la actuación, lo cual resulta en la responsabilidad internacional del Estado por la violación al Art. 25 convencional.
117. En igual línea de interpretación, el Tribunal Europeo considera que la ejecución de una sentencia de cualquier jurisdicción debe ser considerada parte integrante del proceso⁵⁴. Afirma el tribunal en mención que “el derecho a acceder a un tribunal —artículo 6— protege igualmente el cumplimiento de las decisiones judiciales definitivas y obligatorias que, en un Estado que respeta

⁵⁰ Corte IDH, 2014: párr. 84.

⁵¹ CIDH, 2000, párr. 129-131.

⁵² Corte IDH, 1987: párr. 84-97.

⁵³ Corte IDH, 2009: párr. 206.

⁵⁴ TEDH, 1999.

la preeminencia del derecho, no pueden resultar inoperantes en detrimento de una parte”⁵⁵, razón por la cual la ejecución de una decisión judicial no puede retardarse excesivamente.

118. En virtud de lo expuesto, esta representación solicita a este Honorable Tribunal declarar internacionalmente responsable a Sarapoa por violaciones a los artículos 8 y 25 de la CADH, en relación a los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento.

Violaciones a Derechos Humanos en perjuicio de Juana Guzmán mediante el proceso penal llevado en su contra.

Criminalización de la protesta social como herramienta de discriminación por opinión política. Violación a la libertad de expresión.

- **Contexto**

119. La peticionaria convocó a la realización de una manifestación de carácter pacífico para pronunciarse por lo que consideró una violación a sus derechos fundamentales a elegir y ser elegida, así como una estafa a las concesiones realizadas tras el proceso de paz. En el curso de la manifestación, miembros de agrupaciones políticas oficialistas desataron disturbios al encontrarse con la manifestación de la peticionaria, resultando en numerosos daños a la propiedad pública, y enfrentamientos con la fuerza pública.

- **Importancia de la Protesta Social.**

120. La protesta social es uno de los elementos más significativos de la libertad de expresión, por cuanto supone el último canal o medio del que dispone un grupo social para comunicar un mensaje específico en ausencia de otras vías para canalizarlo, como la televisión o la prensa escrita⁵⁶. Es, además, un medio para visibilizar

⁵⁵ *Ibid.*, párr. 66.

⁵⁶ CIDH. Capítulo V, Informe Anual 2005, Vol. III “Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión”, párr. 97.

las problemáticas que afectan directamente a una sociedad, y con ello, subrayar la responsabilidad que tienen las autoridades de dar solución a las mismas.

121. De manera frecuente, los Estados buscan cohibir en la medida de lo posible la realización de la protesta social mediante el uso de la fuerza o la utilización del aparato judicial. Cuando el derecho penal es utilizado indiscriminadamente para debilitarla o desorganizarla, recibe el término de “Criminalización de la protesta social”. Al respecto, la Relatoría para la Libertad de Expresión de la CIDH, ha sostenido que “El amedrentamiento a la expresión a través de la imposición de penas privativas de la libertad [...] tiene un efecto disuasivo sobre aquellos sectores de la sociedad que expresan sus puntos de vista o sus críticas a la gestión de gobierno [...]”⁵⁷.

- **Discriminación a Juana Guzmán por su ideología política (violación al artículo 1.1 en relación con el artículo 13).**

122. En el presente caso, la Defensora del Pueblo y el Procurador General han presionado para que se le impongan sanciones penales a Juana Elizabeth Guzmán con motivo de las manifestaciones a las cuales convocó a la ciudadanía, con el fin de expresarse respecto de los atropellos que se estaban cometiendo en su contra. Evidenciándose así una campaña sistemática de discriminación por motivos de opinión política que se adelanta en su contra, realizada con la complicidad de la rama judicial.
123. Respecto a las manifestaciones, cabe recalcar que la totalidad de las alteraciones al orden público fueron producidas por el encuentro entre manifestantes de diversas opiniones políticas, y en ningún momento fueron resultado de una incitación a la violencia por parte de la peticionaria.
124. Frente a estas situaciones, el TEDH ha mantenido que “una manifestación puede causar molestias u ofender a aquellas personas que se oponen a las ideas o reclamos que la manifestación

⁵⁷ *Ibid.*, párr., 97.

intenta promover. Sin embargo, los manifestantes deben poder manifestarse sin tener miedo de sufrir violencia física por parte de sus opositores”⁵⁸, siendo los Estados quienes deben garantizar que las manifestaciones legales sucedan pacíficamente⁵⁹, mediante la utilización de la fuerza pública, o la creación de estrategias logísticas adecuadas. Esta actitud de Sarapoa, implica una vulneración a la libertad de expresión contenida en el artículo 13 convencional en relación con el artículo 1.1 contentivo del principio de no discriminación, pues en este caso la vulneración proviene de una persecución política que en el sistema interamericano debe ser interpretada a la luz de una discriminación por opinión política.

- **Expedición de Medidas cautelares violatorias al artículo 22 de la CADH.**

125. Como resultado de lo anterior, un juez penal ha iniciado un proceso en contra de Juana Elizabeth Guzmán por diversos delitos que presuntamente habría cometido en el curso de las manifestaciones. Si bien el proceso no ha llegado a su término, las medidas cautelares decretadas en su contra lesionan gravemente su derecho a la libre circulación y residencia, contenido en el artículo 22 de la CADH, toda vez que le imponen restricciones para dejar el país de manera voluntaria, y le requieren presentarse permanentemente a una estación de policía específica para la forma de un registro.
126. En vista de que el Ministerio Público utilizó deliberadamente el derecho penal para amedrentar la protesta social de Juana Elizabeth Guzmán, discriminándole abiertamente por su filiación política, e impidiéndole desplazarse libremente por el territorio nacional, solicita esta agencia que se declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación de los artículos 13 y 22 de la CADH, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.

⁵⁸ TEDH, 1988: párr. 32.

⁵⁹ *Ibid.*, párr. 34.

Violaciones a Derechos Humanos cometidas por Sarapoa en perjuicio de los 1234 ciudadanos firmantes de la petición electrónica (artículo 23).

127. Los derechos políticos se encuentran protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos Internacionales⁶⁰, y tienen como objetivo el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. El derecho al sufragio activo, o voto popular, es uno de los elementos más importantes de los derechos políticos, puesto que les permite a los ciudadanos participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos.
128. Así las cosas, el derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán. Como contrapartida, la participación mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello⁶¹.
129. Es importante recalcar que la democracia no se limita únicamente a la realización de elecciones, “[...] sino que requiere de eficiencia, transparencia y equidad en las instituciones públicas, así como de una cultura que acepte la legitimidad de la oposición política”. Ante tales circunstancias, el contexto de Sarapoa resulta alarmante, puesto que la intolerancia del Ministerio Público a expresiones políticas disonantes ha conllevado a la vulneración de los derechos políticos de 1234 personas firmantes de una petición electrónica.

⁶⁰ Algunos de estos instrumentos internacionales son: *Carta Democrática Interamericana* (artículos 2, 3 y 6); *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (artículo 23); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo XX); *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 21); *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 25); *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (artículo 5.c), entre otros.

⁶¹ Corte IDH, 2005, Óp. cit.: párr. 197-199.

- **Las acciones de la PGN vulneran los derechos políticos de los ciudadanos firmantes.**

130. En el presente caso, la destitución del cargo y la declaratoria de inhabilidad para ejercer cargos públicos decretada por la PGN en perjuicio de las peticionarias, vulnera expresamente los derechos políticos de 1234 ciudadanos votantes, puesto que les privó de la propuesta política en la que habían depositado su confianza. La suspensión del contenido programático que se venía llevando a cabo desde la Alcaldía y el Senado, implica igualmente una vulneración al derecho de los ciudadanos a intervenir en la administración de los asuntos públicos de su país, y demuestra con claridad el alcance de la persecución política que se viene llevando a cabo en Sarapoa ante orientaciones políticas diferentes al oficialismo.
131. La situación anterior se agrava al agotar los ciudadanos los recursos disponibles para tal situación jurídica, como se evidenció en las multitudinarias acciones de tutela que los ciudadanos incoaron en aras de proteger sus derechos políticos con inmediatez, puesto que pone de manifiesto la ausencia de un control efectivo de convencionalidad efectuado por “[los] jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”⁶².
132. Esta representación resalta además que “la democracia excede a un método para elegir a quienes gobiernan, es también una manera de construir, garantizar y expandir la libertad, la justicia y el progreso, organizando las tensiones y los conflictos que generan las luchas de poder”⁶³. Es por esto que es deber de los Estados miembros del SIDH, garantizar las condiciones necesarias para el libre desarrollo de las expresiones políticas, así como la realización constante de un control de convencionalidad de todas las actuaciones gubernamentales que de una u otra manera puedan afectar derechos fundamentales, como ha sido el proceso disciplinario adelantado por la PGN.

⁶² Corte IDH, 2010: párr. 225.

⁶³ PNUD, 2004.

133. En razón de lo anterior, esta representación solicita a esta Corte declarar la responsabilidad internacional del Estado por la violación del artículo 23 de la CADH, en relación con las obligaciones consagradas en el artículo 1.1 del mismo instrumento.

3. Petitorio

134. Por todas las consideraciones anteriormente expuestas, ésta representación le solicita respetuosamente a la Honorable Corte IDH que declare la responsabilidad internacional del Estado de Sarapoa por la violación a los derechos contenidos en los artículos 8, 23 y 25 de la CADH en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma en perjuicio de Aura Bonilla, Juana Guzmán, derechos contenidos en los artículos 13 y 22 en relación con el artículo 1.1 en perjuicio de Juana Guzmán, y el derecho contenido en el artículo 23 en perjuicio de los 1234 ciudadanos y, por ende se determine la procedencia de las respectivas reparaciones.

4. Reparaciones y costas

135. Según lo estipulado en el artículo 63.1 de la CADH, la Corte ha indicado que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁶⁴ y que esta disposición “recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”⁶⁵.
136. Es así como al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge la responsabilidad internacional de éste, con el consecuente deber de reparar y hacer cesar las consecuencias de la violación⁶⁶.
137. En razón de estas consideraciones, esta representación pide a la Honorable Corte, conceda las siguientes reparaciones:

⁶⁴ Corte IDH, 2010a: párr. 211.

⁶⁵ Corte IDH, 1997: párr. 43.

⁶⁶ Corte IDH, 2006c: párr. 200.

a) Restitución: Que el Estado de Sarapoa adopte las medidas necesarias para restablecer los derechos políticos de las señoras Juana Guzmán y Aura Bonilla, como lo es la restitución plena del ejercicio del derecho político que les corresponde al ser elegidas por medio del voto popular y la necesidad de dejar sin efecto la decisión de inhabilidad de la procuraduría, así como aquellas decisiones dictadas por distintas ramas del poder Público.

b) Medidas de satisfacción: Que el Estado emita una disculpa pública en favor de las peticionarias Aura Bonilla y Juana Guzmán. Que el Estado realice un reconocimiento de su responsabilidad internacional en el seno en pleno del Congreso de la República y con la presencia de los representantes municipales y departamentales

c) Garantías de no repetición: Adecuar el ordenamiento jurídico interno de Sarapoa, así como fortalecer las garantías del debido proceso en los procedimientos administrativos de la procuraduría y del Consejo de Estado conforme a los estándares del artículo 23 de la Convención Americana.

Ordenar a los funcionarios públicos implicados pedir excusas por sus actuaciones.

d) Como indemnización compensatoria: pide que la Honorable Corte conceda de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación, el pago de los perjuicios económicamente evaluables por concepto de daños morales frente a la persecución política que tuvieron que sufrir Guzmán y Bonilla por parte de los funcionarios de distintas ramas del poder público, así como los salarios que dejaron de devengar durante el periodo de destitución.

Bibliografía

1. Casos contenciosos de la Corte IDH

Corte IDH. (1987). Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. (Excepciones Preliminares). Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C N° 1.

(1988). Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. (Fondo). Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.

- (1989). Caso *Godínez Cruz Vs. Honduras*. (Fondo). Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
- (1997). Caso *Castillo Páez Vs. Perú*. (Fondo). Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C N° 34.
- (1998). Caso *Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú*. (Excepciones Preliminares). Sentencia de 4 de septiembre de 1998. Serie C N° 41.
- (2004a). Caso *Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112.
- (2004b). Caso *Lori Berenson Mejía Vs. Perú*. (Fondo). Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C N° 119.
- (2005a). Caso *Caesar Vs. Trinidad y Tobago*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 11 de marzo de 2005. Serie C N° 123.
- (2005b). Caso *La última tentación de Cristo Vs. Chile*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 73.
- (2005c). Caso *Yatama Vs. Nicaragua*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127.
- (2006a). Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez.
- (2006b). Caso *Acevedo Jaramillo y Otros Vs. Perú*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 7 de febrero de 2006. Serie C N° 144.
- (2006c). Caso *La Cantuta Vs Perú*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C N° 162.
- (2007). Caso *Zambrano Vélez y Otros Vs. Ecuador*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N° 166.
- (2008). Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C N° 184.
- (2009). Caso *Masacre de las dos Erres Vs. Guatemala*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 24 de Noviembre de 2009. Serie C N° 211.
- (2010a). Caso *Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C N° 213.

- (2010b). Caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de Noviembre de 2010. Serie C N° 220, Voto Razonado del Juez ad-hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.
- (2011a). Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 1 de Julio de 2011. Serie C N° 227.
- (2011b). Caso *Torres Millacura y Otros Vs. Argentina*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 26 de Agosto 2011. Serie C N° 229.
- (2011c). Caso *López Mendoza Vs. Venezuela*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C N° 233.
- (2012a). Caso *Furlan y Familiares Vs. Argentina*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C N° 246.
- (2012b). Caso *Masacre del Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de Octubre de 2012. Serie C N° 252.
- (2012c). Caso *Mohamed Vs. Argentina*. (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia del 23 de Noviembre de 2012. Serie C N° 255.
- (2014). Caso *Liakat Ali Alibux Vs. Suriname*. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276.

2. Casos ante la CIDH

- CIDH. (1997a). Informe N° 1/99, Caso 10.480. *Lucio Parada Cea y Otros Vs. El Salvador*. 1 de marzo.
- (1997b). Informe N° 5/96, Caso 10.970. *Raquel Martin de Mejía Vs. Perú*. 1 de marzo.
- (1997c). Informe N° 51/92, Caso 12.404. *Janet Espinoza Feria y Otras Vs. Perú*. 10 de octubre.
- (1997d). Informe N° 5/97, Caso 11.227. *José Bernardo Díaz y otros Vs. Colombia*. 18 de noviembre.
- (1998). Informe N° 25/98, *Múltiples Casos. Vs. Chile*. 7 de abril.
- (2000). Informe N° 55/00, Caso 11.298. *Reinaldo Figueredo Planchart Vs. Venezuela*. 13 de abril.

3. Jurisprudencia de otros Tribunales

- CPJI. (1925). Advisory Opinion on *Exchange of Greek and Turkish Populations*. Sentencia de 21 de febrero de 1925. Serie B N° 10.
- Comité de Derechos Humanos. (1993). Caso *Bahamonde Vs. Guinea Ecuatorial*. Decisión de 20 de octubre de 1993. U. N. Doc. CCPR/C/49/D/468/1991.
- TEDH. (1998). Caso *Plattform "Arzte fur das Leben" Vs. Austria*. Sentencia del 21 de junio de 1988, Serie A, N° 139.
- (1999). Caso *Immobiliare Saffi Vs. Italia*. Sentencia del 28 de julio de 1999.

4. Otros Documentos

- CIDH. (2005). *Informe Anual 2005*, Vol. III, Capítulo V, "Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión".
- Comité de Derechos Humanos. (1997). *Observación General 25*. Emitida el 27 de agosto de 1997. U. N. Doc. CCPR/C/21/Rev. 1/Add. 7.
- Corte IDH. (1994). *Opinión Consultiva OC-14/94*. Sentencia de 9 de Diciembre de 1994. Serie A N° 14.
- Faúndez Ledesma, Héctor. (2004). *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 3ª Edición.
- IIDH. (2007). *Los principios de Chicago sobre justicia transicional*.
- O'Donell, Daniel. (2004). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Bogotá, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.
- ONU. (2005). *Conjunto de Principios actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad*. 8 de febrero de 2005. PNUD. (2004). *La Democracia en América Latina. Hacia una Democracia de Ciudadanas y Ciudadanos*.
- Restrepo Puerta, Fernando. (2009) *¿Podría desglosarse o acumularse una petición individual, en cualquier momento del procedimiento que se adelanta ante la Comisión Interamericana?* Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, et al. (2010). *Las Víctimas y la Justicia Transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Washington, Fundación para el Debido Proceso Legal.

Abreviaturas

CSJ – Corte Suprema de Justicia de Sarapoa

TSA – Tribunal Superior Administrativo

TSRTVAP – Tribunal Superior de Restitución de Tierras y Verificación de los
Acuerdos de Paz

CE – Consejo de Estado de Sarapoa

CDU – Código Disciplinario Único

PIDCP – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

CDH – Comité de Derechos Humanos

DADDH – Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

PGN – Procuraduría General de la Nación

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos

ARTS – Artículos

CN – Constitución Nacional

Derechos humanos, poder económico y empresas multinacionales

*Human rights, economic power
and multinational companies*

*Carlos R. Asúnsolo-Morales**

* Máster en Estudios Avanzados de Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. investigador del Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho, A. C.
Correo electrónico: carlosam@ceed.org.mx.

Resumen

El principal objetivo del presente artículo es identificar algunas de las dificultades con que una concepción tradicional de los derechos humanos —como algo que concierne únicamente a los poderes públicos— enfrenta en el proceso de globalización económica. A través de un análisis histórico-sociológico del concepto de derechos humanos, como una idea propia de la modernidad que nace para imponer límites al poder político, se intenta poner en evidencia la exclusión de los poderes económicos, incluidas las empresas multinacionales, en el estudio de las teorías de los derechos fundamentales. Dicha omisión se despliega en el proceso de globalización hegemónica que vivimos actualmente y que genera grandes beneficios económicos para las empresas multinacionales, pero no las condiciones necesarias para mejorar las condiciones de vida de la mayoría, lo que provoca un déficit importante en el desarrollo de los derechos humanos. Esta situación nos obliga a replantearnos la delimitación de las responsabilidades para garantizar la protección de los derechos humanos. Ante ello, recientemente se han llevado a cabo esfuerzos, en concreto en la Organización de las Naciones Unidas, para imponer obligaciones en materia de derechos humanos a las empresas multinacionales.

Palabras clave: Derechos Humanos, Globalización, Poder económico, Empresas Multinacionales, Organización de las Naciones Unidas.

Abstract

The main objective of this article is to identify some of the difficulties that a traditional human rights conception —as a concept that only concerns the public powers— faces in the process of economic globalization. Through a historical-sociological analysis of the human rights concept, as a modern age notion that born to impose limits to the political power, the article will attempt to highlight the exclusion of the economic powers, including the multinational corporations, thanks to the above mentioned analysis of human rights. The omission is reflected in the hegemonic globalization process that the world is experiencing, a process that generates great economic profits for the multinational corporations, but does not create the social conditions to improve the life of the majority of people. This, in turn, is causing a deficit in the protection of human rights. This situation forces us to rethink the delimitation of responsibilities in the task to ensure the protection of human rights. Therefore, the United Nations has recently made efforts to impose human rights obligations to multinational corporations.

Keywords: Human Rights, Globalization, Economic Power, Multinational Corporations, United Nations.

1. Introducción. Un mundo desigual

Describir el mundo contemporáneo es una tarea compleja. Sobre todo, porque no es posible encontrar justificaciones aceptables a la realidad: de acuerdo con datos de Oxfam Intermón,¹ para el año 2016 el 1% más rico de la población mundial tendrá más que el resto. Hoy, las 80 personas más ricas del mundo poseen tanta riqueza como los 3.500 millones de personas más pobres; además, según datos del Banco Mundial, un quinto de la población mundial vive con menos de un dólar al día. La situación de desigualdad extrema se ve confirmada por el Foro Económico Mundial que señala el aumento de la desigualdad en ingresos, como la segunda mayor amenaza para la humanidad.²

El aumento en las condiciones de desigualdad, contrasta con el hecho de que hoy existen más empresas que en ninguna otra época y además cuentan con un gran poder económico: las 500 multinacionales más grandes del mundo concentran el 25% de la producción mundial y casi la mitad del comercio.³ La concentración de riqueza en unos pocos centros de decisión es cada vez mayor. Como bien dice Silvina Ribotta, “vivimos en un mundo desigual, donde conviven la abundancia con la miseria” (2008: 55).

La gran desigualdad económica y la excesiva concentración de riqueza en pocas manos, además de ser moralmente cuestionables, repercuten negativamente en las instituciones del Estado. Dichas condiciones agudizan los problemas sociales y agravan otro tipo de desigualdades que se manifiestan en la precaria protección de los derechos humanos y desgastan los sistemas de legitimación del Estado.

¹ Cfr.: Oxfam Internacional, 2015.

² Cfr.: World Economic Forum, 2014.

³ Cfr.: Hernández Zubizarreta, 2009: 113.

No se pretende insinuar que las empresas sean las principales responsables de la situación de desigualdad existente, pero sí remarcar la importancia que tiene analizar la figura de las multinacionales y la relación de sus actividades con el disfrute de los derechos humanos. Focalizar el tema es una exigencia imperante, tanto en el mundo académico como en el ámbito profesional.

Hoy en día las empresas multinacionales han adquirido una gran relevancia a nivel mundial, y cuentan con gran influencia económica, política, social y jurídica. No por nada, Alejandro Teitelbaum las ha denominado “la institución dominante del siglo XXI” (2011: 36). De ello se desprenden serias dificultades por la regulación jurídica de sus actividades a nivel internacional y la imposición que se les hace de obligaciones en materia de derechos humanos.

La complejidad de la imposición de obligaciones a las empresas, se debe en gran parte a que su participación en situaciones en las que se vulneran derechos humanos se han considerado, primordialmente, un problema de ética empresarial, disciplina desde la que el tema se trata desde hace 40 años, y que, como señala Adela Cortina, “nace por imperativo de una realidad social que necesitaba respuestas multidisciplinarias” (2000: 46). Sin embargo, hoy en día, reducir y abordar el tema desde esta perspectiva únicamente, resulta insuficiente.

Partiendo de la premisa según la cual no sólo los poderes públicos tienen la capacidad para limitar el ejercicio de los derechos humanos —ni son los únicos responsables en la garantía de los mismos—, en el presente trabajo intentaré ofrecer algunas claves que nos ayuden a analizar la relación entre las empresas y los derechos humanos, desde una concepción propia del Derecho, y no sólo desde la ética empresarial, como tradicionalmente se ha hecho.

Para ello, en un primer apartado haré un análisis histórico-sociológico de los orígenes del concepto de “derechos humanos” como límites al poder,

así como de la evolución que a lo largo del tiempo ha tenido este concepto como algo concerniente únicamente a los poderes públicos, descartando a los poderes económicos, incluidas las empresas multinacionales, en el estudio de las teorías de los derechos fundamentales. Es decir, se trata de analizar el concepto de “derechos humanos” como una idea propia de la modernidad, que, de acuerdo con las circunstancias específicas, justifica su función reivindicadora frente al poder político y se fundamenta en las teorías contractualistas del siglo XVIII.

Esta concepción tradicional de los derechos humanos, que sólo se justifica frente al poder político, nos ayuda a comprender el despliegue que las empresas multinacionales tienen en el proceso de globalización hegemónica que vivimos actualmente: un proceso que genera enormes beneficios económicos para las corporaciones, pero no las condiciones necesarias para su distribución equitativa. En un segundo apartado, a la luz de la descripción general de las principales características del fenómeno globalizador, señalaré algunas claves sobre la forma en que las empresas multinacionales y el discurso de los derechos humanos se configuran en la actualidad.

Debido al impacto negativo que la actividad de las empresas multinacionales y el proceso de globalización económica han tenido sobre el desarrollo y protección de los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha realizado algunos esfuerzos por imponer obligaciones en la materia a las empresas. Finalmente, a manera de conclusión, haré una breve descripción de los desarrollos recientes que ha llevado a cabo la ONU y concretaré las principales ideas de este artículo.

Conscientes de las limitaciones del presente trabajo, intentaremos poner en evidencia que la cuestión de empresas y derechos humanos no es simplemente un problema de ética empresarial sino de derechos, que demanda una especial atención y representa un enorme desafío.

2. Los derechos humanos como límites al poder

La noción de los derechos humanos en el imaginario colectivo, se relaciona directamente con las actividades que realizan los gobiernos tendientes a garantizar su protección. Se asume, con justificación y casi como una afirmación que no admite duda en contrario, que el Estado es el único (o al menos el principal) responsable de garantizar la protección y desarrollo de los mismos. Sin embargo, limitarse a una concepción de este tipo reduce las posibilidades de exigencia y transversalidad de los derechos humanos.

Y es que históricamente han sido los Estados los que han cometido algunas de las peores atrocidades en contra de la población. En este sentido, los ciudadanos perciben como la principal amenaza el trasgredir sus derechos a los poderes públicos y, por lo mismo, la necesidad de imponer límites a éstos. Como bien apunta Rafael de Asís, los derechos humanos, desde un punto de vista histórico, “surgen como consecuencia de las exigencias sociales de limitar al poder” (2000: 17).

Aunque podemos rastrear antecedentes de los intentos de limitar el poder en el origen mismo de la civilización (y quizá antes), el buscar referencias en épocas lejanas resulta inoperante para identificar los rasgos característicos que nos interesa remarcar en este trabajo. Por ello, habremos de situarnos en una época concreta donde se originan los modelos de derechos fundamentales y que son los cimientos de los sistemas jurídicos de hoy en día: el surgimiento del Estado.

Existe un amplio consenso en situar el origen del Estado moderno en la filosofía política de Immanuel Kant.⁴ Fue en la transición entre la época feudal y la modernidad, en la que el pensamiento ilustrado se encargó de elaborar un relato acerca de la naturaleza del poder político que se basara en la razón, y no tanto en la fe. Juan Ramón Capella acierta en señalar que dicho relato “continúa vigente hoy en día y ha servido como instrumento legitimador de los sistemas políticos que conocemos” (1997: 106 y 109).

⁴ Cfr.: Pérez Luño, 2001: 450 y 452.

No se pretende hacer un análisis del tránsito a la modernidad y del largo proceso de evolución de los derechos, tema sobre el cual existen numerosos trabajos. Al abordar el tema, la intención es remarcar determinados factores y elementos sobre los cuales se va construyendo la idea de los derechos humanos como límites al poder: la entrada de las luchas revolucionarias en Francia y Estados Unidos de América, la aparición del sistema económico capitalista, el ascenso de la clase burguesa, la aparición del Estado y el nuevo Derecho producido por el poder político.⁵

Basta con echar un vistazo a los textos de la revolución francesa, para darnos cuenta de que los derechos del hombre se formulan ante todo y en primer lugar, como límites y obligaciones del poder público.⁶ La configuración de los derechos fundamentales como límites al poder o como verdaderas obligaciones del Estado, y su consiguiente inclusión en normas jurídicas, no es una condición natural de las libertades, sino una condición histórica que atiende a una confluencia de circunstancias de índole económica, política y social, en concreto: el desacuerdo entre la burguesía y la monarquía acerca de las condiciones en que se ejercía y se justificaba el poder político.⁷

Bajo dicha construcción se descarta, dadas las circunstancias específicas en las que el poder político era la principal amenaza, el hecho de que entre individuos también existan jerarquías de poder, y que incluso ciertos agentes privados pudieran sobrepasar los poderes públicos. En

⁵ Cfr.: Peces Barba, 1999.

⁶ Cfr.: Prieto Sanchís, 1990.

⁷ Es necesario tener en cuenta que las luchas revolucionarias, tanto en Francia como en Estados Unidos, no buscaban la alternancia de los grupos que ocupaban el poder sino la suplantación completa en la forma que dicho poder se constituía. Es decir, la ciudadanía desconocía la legitimidad del poder político y del Estado, y los reclamaba para sí misma. Dicho reclamo se fundamentaba en las teorías contractuales que remarcaban el binomio Estado-sociedad civil y que, básicamente, describen la vida en sociedad como el producto de un contrato en el que los individuos se organizan por medio de autoridades públicas. Ello tuvo como consecuencia la interiorización de las normas del derecho natural al derecho positivo, su plasmación en un orden jurídico superior y la creación de mecanismos que vigilaran su cumplimiento. Cfr.: Ansuátegui Roig, 2013: 1.

este sentido, en la división entre sociedad civil y Estado, se le atribuye a este último la responsabilidad exclusiva de garantizar los derechos humanos.

La importancia que dicha distinción tiene, en relación con los interrogantes planteados en el presente trabajo, es la obligación de no interferencia del Estado en las relaciones entre particulares, ya que hacerlo implica el riesgo de afectar los derechos naturales de las personas. Hablamos de un Estado mínimo que únicamente se encargue de garantizar el respeto de las normas, pero sin intervenir en los ámbitos privados.

Lo que aquí interesa remarcar es que los avances en la evolución de los derechos humanos surgieron de una concepción que en determinado momento se volvió insuficiente para satisfacer las exigencias sociales.⁸ Dicho así, los derechos humanos se han construido, principalmente, como respuesta a las amenazas a la libertad y el patrimonio de los individuos. Estas exigencias se articulan por medio de la limitación del poder y de la intervención protectora del mismo, es decir, al abstenerse de vulnerar e intervenir, a fin de proteger.

Si bien los poderes públicos cuentan con una responsabilidad directa con relación a la protección de los derechos humanos, los poderes privados también pueden (y deben) contribuir en aumentar otro tipo de posibilidades que repercutan en el ejercicio de los mismos. Derechos tales como la libertad de expresión, el derecho a la alimentación, el derecho a la salud o a un medio ambiente sano, entre otros, se encuentran estrechamente relacionados con actividades que despliegan las empresas.

No se busca situar las empresas en el mismo grado de responsabilidad que los poderes públicos en lo que respecta a la garantía efectiva de los derechos humanos, es decir, no se trata de que una empresa deba garantizar el derecho a la libertad de expresión a través del establecimiento de mecanismos jurídicos a fin de proteger, sancionar y remediar. Sin

⁸ Cfr.: Aymerich Ojea, 2013.

embargo, sí es importante remarcar que encuadrar la responsabilidad de garantizar la protección y el ejercicio efectivo de los derechos humanos solamente a los poderes públicos, resulta insuficiente.

La delimitación tradicional de responsabilidad, en lo que respecta a garantizar los derechos humanos, guarda una estrecha relación con los distintos modelos políticos e ideológicos. En términos generales, se encuentra, por un lado, el pensamiento liberal que, a través del conocido “Estado mínimo”, se ha dedicado solamente a garantizar las libertades de los individuos por medio de la no interferencia en el ámbito privado de los ciudadanos. Y, por otro lado, la corriente social–democrática, que previene un sistema de derechos sociales y deberes de interferencia, para establecer las condiciones necesarias que garanticen el ejercicio de los derechos y satisfacer las necesidades básicas de las personas.⁹

Es importante darnos cuenta que, ya sea en su versión liberal–democrática o en la social–democrática, el único poder frente al cual se han justificado las garantías, es decir, los límites y los vínculos para tutelar los derechos fundamentales de sus titulares, es el poder público. En este sentido, nos dice Luigi Ferrajoli que “la expresión Estado de Derecho es por lo demás emblemática: sólo el Estado es sujeto frente al cual se justifican reglas, prohibiciones y obligaciones dirigidas a impedir los abusos que dañan los derechos fundamentales”.¹⁰ De acuerdo con esta lógica, son los poderes públicos los que deben someterse al Derecho, y no los poderes privados.

El pensamiento liberal sitúa el derecho de propiedad y la libertad contractual como derechos del mismo nivel que las libertades fundamentales. Dicha concepción “ha triunfado hoy más que nunca”.¹¹ Es una versión incompleta de los derechos humanos que, si bien incluye los derechos civiles y políticos, prescinde de los económicos, sociales y

⁹ Cfr.: Bobbio, 1993: 7.

¹⁰ Cfr.: Ferrajoli. *Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de Derecho privado*. Traducción al castellano de Miguel Carbonell, disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma: p. 100.

¹¹ Ídem, p. 101.

culturales. Una concepción de este tipo rechaza la existencia de poderes de facto y de jerarquías de fuerza en las relaciones entre privados.

Es importante comprender que detrás de la tradición liberal, existe una operación teórica que tiene raíz en los orígenes de la misma, la cual se irradia en toda la cultura jurídica y política: la concepción de que el poder únicamente se encuentra en el ámbito público y que sólo corresponde a los Estados y autoridades públicas someterse al Derecho a través de la imposición de límites, normas y controles. De esta forma, las libertades de la sociedad civil y el mercado sólo tendrían que protegerse contra la única amenaza previsible desde esta concepción: los poderes públicos. En el mismo orden de ideas de Ferrajoli, “esta concepción restringida del poder es del todo insostenible”.¹²

La responsabilidad de garantizar efectivamente los derechos, no recae sólo sobre los Estados. Los intereses de las empresas deben ajustarse a esta exigencia, al menos, en lo que se refiere al impacto que sus actividades tienen en el ejercicio de los derechos humanos.

El análisis de los derechos humanos no se encuentra completo si no se hace a la luz de la realidad y de las dificultades que existen para implementar dichas pretensiones morales.¹³ Esta realidad, en términos generales, es el fenómeno de globalización en sus distintas vertientes y la influencia que dicho proceso tiene en los derechos humanos.

Resulta pertinente señalar que abunda la literatura y los desarrollos teóricos acerca de la responsabilidad de garantizar los derechos humanos por parte de los poderes públicos, sin embargo, no se ha tenido la misma intención de analizar la influencia que los poderes privados tienen en dicho desarrollo, sobre todo en la época de globalización en la cual los poderes económicos han adquirido una gran relevancia.

¹² Ídem, p. 101.

¹³ Cfr.: Peces Barba, 1999: 108.

Dicha omisión se despliega en el análisis que se hace sobre el proceso de globalización hegemónica que vivimos actualmente. A continuación haré un breve repaso sobre el tema y su relación con los derechos humanos.

3. Globalización: un nuevo panorama

El pretender analizar la relación entre las empresas y los derechos humanos, conlleva forzosamente a hablar del fenómeno de globalización que se vive en el siglo XXI, ya que es bajo este nuevo contexto de espacio y tiempo, en el que tienen lugar las interacciones entre los distintos actores del plano internacional, incluyendo a las multinacionales como agentes centrales del desarrollo económico con una gran influencia política, social y jurídica.

De acuerdo con Wayne Ellwood, la globalización es el concepto del que más se ha hablado y menos se ha comprendido en el nuevo milenio. Es un término novedoso que describe un proceso antiguo que se puede rastrear al inicio de la época colonial europea, y tiene como finalidad integrar la economía mundial. (Ellwood, Wayne, 2005: 17).

En este sentido, el término globalización se ha convertido en un concepto que se escucha prácticamente en todos lados. Es utilizado en diversos contextos y ámbitos, bajo un sinfín de concepciones y aproximaciones distintas, desde diversos enfoques, a veces cargado de cierta emotividad ideológica y, otras tantas, para enraizar el discurso en la *comentocracia* común, pero difícilmente se puede encontrar un significado único y, mucho menos, uno fácil de aclarar. Por eso siempre que se habla de globalización, es necesario hacerlo en función del tipo de proceso al que se hace referencia. Es decir, globalización, sí, pero ¿de qué?

En términos generales, hablar de globalización es hablar de un conjunto de relaciones sociales que se encuentran en constante cambio y que, por tanto, necesariamente entran en conflicto. No corresponde a las pretensiones de este trabajo dar un concepto definitivo, ni mucho menos

uno cerrado, de la globalización. En todo caso, debe ser entendida como una serie de procesos en construcción, dinámicos y en marcha, de los cuales sólo es posible ofrecer determinadas características que forman parte de los mismos. Cualquier concepto exhaustivo deberá ser siempre procedimental y no sustantivo.

Dicho así, simplemente, el concepto de globalización termina por ser un término que intenta explicar la actualidad de los ámbitos económico, político y social, así como las relaciones e intercambios que se llevan a cabo entre ellos. Basta con hacer un breve repaso de algunos de los estudios sobre el fenómeno de la globalización, para darse cuenta que es un proceso polifacético, con dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, religiosas y jurídicas, que se combinan entre sí de formas extremadamente complejas.¹⁴ Dichas interacciones han tomado tales proporciones, que se considera que se ha inaugurado un nuevo periodo de desarrollo social.¹⁵

Ante la divergencia de las características que componen el fenómeno de la globalización, resulta sumamente complejo definirlo, incluso de forma abstracta. Es común asimilar el término al nuevo ámbito económico mundial, a partir del cual se ha globalizado la producción de bienes, servicios y mercados financieros. Sin embargo, una concepción enfocada solamente en el ámbito económico, resultaría incompleta a fin de abordar el estudio de las empresas y los derechos humanos. La globalización es mucho más que la apertura de los mercados: “El problema es que actualmente confundimos la globalización económica como la única globalización existente y, lo que resulta mucho más preocupante, la única globalización realmente posible” (Gómez Isa, Felipe, 2007: 2).

La globalización también debe ser abordada desde perspectivas tales como la social, la política y la jurídica. Dichos ámbitos no deben ser entendidos y mucho menos explicados aislados uno del otro. Por el contrario, se ha de tener una concepción reticular del proceso de

¹⁴ Cfr.: Held & McGrew, 2000.

¹⁵ Cfr.: De Sousa, 2008: 302.

globalización, en la que los diversos campos son interdependientes el uno del otro ya que las acciones que se dan en determinado ámbito tienen consecuencias —muchas veces inmediatas— en los otros. Como bien apunta María José Fariñas, “el estudio de la globalización, demanda una confluencia interdisciplinar” (2000: 16).

Con la única finalidad de adoptar una definición de trabajo que permita delinear los elementos que se van a desarrollar posteriormente, nos apegamos a la definición de De Sousa, que define la globalización como el “proceso a través del cual una determinada condición o entidad local amplía su ámbito a todo el globo y, al hacerlo, adquiere la capacidad de designar como locales las condiciones o entidades rivales” (2008: 310). Es decir, las circunstancias globales no son dadas por una casualidad y pocas veces existe un consenso acerca de lo que debe o no ser global. “No existe una globalización genuina”, sino que existe una “globalización exitosa de un localismo dado” (Ibíd.). Como consecuencia, toda circunstancia global tiene un origen determinado, una fuente específica de arraigo cultural.

Uno de los elementos centrales de esta definición (y en general, de cualquier definición aceptable del término), es la transformación y comprensión del concepto de espacio y tiempo, que provoca ciertas asimetrías en los distintos procesos y que aplican a fenómenos distintos. En la misma sintonía de ideas de De Sousa, estos procesos pueden ser divididos en dos dimensiones:

Proceso	Descripción
Localismos globalizados	Fenómeno local determinado que es transnacionalizado con éxito.
	Ejemplo: empresas multinacionales, el idioma inglés convertido en lengua vehicular, música popular norteamericana.
Globalismos localizados	Impacto específico de las prácticas e imperativos globales en las condiciones locales.
	Ejemplo: Tratados de libre comercio, deforestación, deterioro masivo de los recursos naturales para el pago de la deuda externa.

De acuerdo con esta clasificación, se puede decir que los países centrales se especializan en localismos globalizados tales como el consumo masivo, los restaurantes de comida rápida, marcas de ropa, y otros rasgos propios de la cultura occidental. Mientras que a los países periféricos, les son impuestos los globalismos localizados tales como la desregulación de sus mercados, las formas de producción *fordistas* y *postfordistas*, o la explotación de recursos naturales a través de la inversión extranjera directa.

También es posible identificar determinados elementos que se han convertido en globales y que confeccionan el plano mundial: la democracia formal basada en el Estado de Derecho como Estado mínimo, la cual somete el sistema político al económico; la consolidación global de la economía capitalista como una nueva fase de desarrollo histórico en el sistema mundial; la concentración de poder y capital en manos de las empresas como agentes estratégicos del sistema económico; la consecuente flexibilización y desregulación jurídica que se refleja en la nueva división internacional del trabajo; la consolidación de los derechos humanos de carácter individual desde una concepción liberal que no representa ningún límite en contra de la libertad de mercado; el sistema global de comunicaciones como consecuencia de la revolución tecnológica; y una determinada forma de entender la cultura occidental, un “monoculturalismo de la sociedad” (Fariñas Dulce, 2000: 11-17).

Sin embargo, existe un contrapeso importante, una resistencia a la imposición de los localismos globalizados o globalismos localizados, que puede ser clasificada¹⁶ de la siguiente manera:

Proceso	Características
Cosmopolitismo subalterno.	Movimientos organizados en la defensa de los intereses de países subordinados, clases y grupos sociales desprotegidos, que tienen como objetivo contrarrestar los efectos dañinos de las formas hegemónicas de globalización.
	Ejemplo: organizaciones laborales mundiales, redes internacionales de servicios jurídicos alternativos, el movimiento 15-M, <i>Occupy Wallstret</i> , y organizaciones de la sociedad civil en defensa de los derechos humanos. ¹⁷
Patrimonio común de la humanidad.	Movimientos en contra de sucesos que amenazan la propia supervivencia de la raza humana.
	Ejemplo: Movimientos en contra del deterioro de la capa de ozono, la defensa de la Amazonía o de la proliferación de armas de destrucción masiva.

En este sentido, la globalización no debe ser equiparada con la homogeneización, uniformación o unificación, sino todo lo contrario, lejos de ser un proceso lineal o sencillo, es altamente contradictorio. El proceso de globalización es por tanto selectivo y dispar, cargado de tensiones y contradicciones, y conserva la jerarquía del sistema mundial. Es decir, el proceso es dirigido por aquellos países que ostentan una mayor influencia y poderío económico en el plano internacional, de ahí que deba ponerse especial atención en la instrumentalización de dicho poder, a través de empresas multinacionales, y el impacto que tiene en los derechos humanos.

¹⁶ Cfr.: Ibíd.: De Sousa, 2008: 302.

¹⁷ Con relación a los derechos humanos, en el nuevo contexto espacio temporal de la globalización, han ido surgiendo, a la par de la lucha por el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales, nuevas reivindicaciones de derechos primordialmente colectivos, como los de carácter étnico, los de grupos socialmente diferenciados o la protección al medio ambiente, entre otros. Derechos que son excluidos por la globalización económica imperante.

Empresas multinacionales y derechos humanos en el contexto de la globalización: claves sobre la cuestión

La intensificación de las relaciones en el contexto de la globalización, agudiza los impactos que la actividad de las empresas multinacionales genera en las condiciones de vida de las personas. La participación de empresas en abusos de derechos humanos, se ha sumado a las exigencias sociales para abordar los efectos negativos que dicho proceso genera. En este contexto, el Derecho se enfrenta al reto de dar una respuesta jurídica a los desafíos que impone la nueva dinámica globalizadora. Es sobre este nuevo ámbito de espacio y tiempo que hemos venido describiendo, que los derechos humanos deben ser “reinterpretados y re-ideologizados constantemente” (Fariñas Dulce, 2000: 1).

Con la liberalización del comercio internacional, la imposición de políticas privatizadoras y la desregulación económica, el nuevo contexto económico concede grandes beneficios a la actividad de las empresas multinacionales, y les confiere un gran poder económico que las posiciona en un lugar privilegiado en la configuración de políticas económicas a nivel global.

Este es el paisaje sobre el que actúan las empresas: la globalización genera enormes beneficios para el desarrollo de las actividades comerciales, pero no las condiciones necesarias para una redistribución más equitativa de los beneficios. Según Silvina Ribotta, “la globalización ha contribuido a acrecentar las tendencias que hacen que el 20% más rico de la población de los países de mayores ingresos realicen el 86% del consumo privado, mientras que el 20% más pobre de la población mundial apenas supere el 1%” (2008: 58).

Existe una relación problemática entre la globalización económica y los derechos humanos. La globalización, sin duda, ha traído grandes avances tecnológicos y cuantiosos beneficios económicos para las empresas. El problema se encuentra en que dichos efectos no se han reflejado, de forma general, en las condiciones de vida de la mayoría, sino todo lo contrario: la globalización ha provocado efectos negativos que aumentan

la brecha de desigualdad entre ricos y pobres, y debilita la protección de los derechos humanos. Dichos efectos subyacen al reclamo social de un proceso globalizador más equitativo e incluyente, es decir, de acuerdo con la terminología utilizada por Joseph Stiglitz, a una “democratización del proceso” (2006: 269).

La democratización de la globalización “implica hacer frente a diversos problemas de índole política, como la desigualdad y el déficit democrático de las instituciones económicas” (Ibíd.), y esto no puede existir sin un verdadero pluralismo económico, cultural y social, más allá de la mera y formal democracia política. Una globalización genuina de los derechos humanos exigiría la globalización de todos los derechos humanos, no sólo los civiles y políticos, sino también los de carácter económico, social y cultural (Fariñas Dulce, 2000: 24).

Sin embargo, esto se encuentra lejos de ser una realidad. Las desigualdades que provoca la globalización imperante, generan una distinción entre aquéllos que forman parte del proceso de la economía globalizada y los que son excluidos. Vivimos un proceso globalizador homogéneo, basado en principios exclusivamente de carácter liberal e individual, sobre los cuales se fundamenta su legitimidad, excluye y rechaza cualquier otro tipo de derechos humanos, en especial los de carácter social, igualitario y redistributivo, que atenten contra dichos principios (Ibíd.). Se trata de una globalización de carácter fundamentalmente económico que se le suele denominar como “globalización neoliberal” (Gómez Isa, 2007: 3). De seguir por este camino, se corre el riesgo de que el mundo se convierta en un auténtico “Apartheid Global” (Pureza, 2002: 61).

La disminución de los niveles de protección de los derechos, estratifica a los sectores sociales más débiles. Además, se generan nuevas formas, directas o indirectas, de vulnerar los derechos humanos como consecuencia de las enormes desigualdades generadas por un sistema económico capitalista sin límites. Este proceso ha tenido como consecuencia el debilitamiento progresivo de la protección de los derechos humanos en muchos países, específicamente, los derechos económicos, sociales y culturales.

Ante ello, la respuesta de los Estados-nación ha sido bastante limitada. En gran parte, porque debido a la desterritorialización y descentralización que se dan en el proceso de globalización neoliberal, los gobiernos carecen de la capacidad de decisión política y económica de la que gozaban anteriormente.

Los criterios económicos del libre mercado, se sobreponen a los principios políticos y normativos que ahora deben ajustarse a las exigencias de los organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial. Los Estados nacionales enfrentan una fuerte crisis de gobernabilidad, lo cual los imposibilita para ofrecer respuestas satisfactorias a la mayoría de los problemas económicos, sociales y jurídicos, lo que genera un problema de desconfianza en la ciudadanía y, en consecuencia, de legitimidad y déficit democrático. (Cfr.: Fariñas Dulce, *Ibíd.*: 26).

Ha sido en esta reconfiguración de las relaciones en el plano internacional, que las instituciones financieras, a través de las empresas multinacionales, limitan y degradan la noción de soberanía nacional en su beneficio. Luis Lloredo señala que “son hechos que le han arrebatado al Estado muchos metros en tanto que instancia monopolizadora del poder” (2010: 109–133), y que, evidentemente, los poderes económicos han ido ganando.

Si hubiese que plantear un ideal en el presente trabajo, sería el de señalar que la globalización debe implicar “la posibilidad de conciliar los cambios tecnológicos y los acontecimientos económicos con un respeto universal de los derechos humanos” (Cfr.: Gibney, 2003). La expansión económica no sólo debe ser congruente con la expansión de los derechos humanos, sino una condición necesaria. El discurso económico no puede ir separado de los conceptos de respeto, protección y promoción de los derechos humanos,¹⁸ “debe formar parte del argumentativo económico y empresarial” (Ansuátegui Roig, 2012: 7–10), y ocupar un lugar preponderante en el análisis y evaluación de la actividad empresarial en

¹⁸ Cfr.: Martín Ortega, 2008: 25.

particular, y de la económica en general. El crecimiento económico se legitima cuando contribuye al desarrollo de los derechos humanos.

La actividad empresarial, tal y como se viene desarrollando en los últimos treinta años, no puede ni debe permanecer alejada del desarrollo de los derechos humanos. No por nada, Javier Ansuátegui señala que pareciera ser que “las consecuencias de la globalización van en sentido contrario a las exigencias de la universalidad de los derechos: hay incompatibilidad entre la lógica del mercado que está detrás de la globalización y la lógica de los derechos” (Ibíd.). Se ha venido dando una mercantilización de los derechos sociales, cuya satisfacción se encuentra sujeta a las leyes del mercado, lo que disminuye su capacidad emancipadora. En términos de Felipe Gómez Isa (2007: 4), una “auténtica privatización de los derechos humanos”.

Llama la atención la marcada diferencia que existe entre cada uno de estos discursos. Por una parte, en el mundo del mercado y de la empresa, las relaciones se rigen a través de los contratos, las transacciones financieras, la ley de oferta y demanda, de beneficio y utilidad económica; mientras que, por otra parte, el discurso de los derechos maneja una semántica distinta e incluso contradictoria, se alejan del ámbito de negociación y se conciben como auténticos triunfos de las mayorías (Cfr.: Ansuátegui 2012, Ibíd., p. 10).

Las condiciones de desigualdad, no sólo económica sino también social, que genera una globalización sin restricciones y límites, ponen en cuestionamiento la validez de los derechos humanos como un estándar común para todas las personas y plantea nuevos retos en la manera en que se formulan, articulan y promueven.

Es por ello que la ONU, a través de diversos órganos como el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, la misma Asamblea General, o el ahora Consejo de Derechos Humanos, entre otros, ha realizado diversos esfuerzos por democratizar el proceso de globalización, o como decía el antiguo Secretario General, Koffi Annan, por mostrar un

“mercado con rostro humano”.¹⁹ En el siguiente apartado haré mención de los esfuerzos que el Consejo de Derechos Humanos ha realizado para imponer obligaciones a las empresas multinacionales en materia de derechos humanos.

4. Conclusiones: desarrollos recientes

Los intentos por imponer obligaciones de derechos humanos a las empresas multinacionales en el ámbito internacional, no han sido una tarea sencilla ni mucho menos pacífica. Este proceso ha sido liderado por la ONU, acompañada por otros organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), además de contar con la participación de Estados y organizaciones de la sociedad civil.²⁰

El debate sobre empresas y derechos humanos en la ONU es relativamente nuevo. Digo “relativamente” porque desde principios de la década de los setenta, se discute la posibilidad de imponer obligaciones a las empresas multinacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, el primer intento de regulación comprensiva de la conducta de empresas multinacionales en el ámbito internacional, fue el Código de Conducta para Empresas Transnacionales de Naciones Unidas.²¹

La discusión sobre el Código de Conducta empezó en 1972, y el objetivo era proveer de un punto de partida dentro a la ONU, para desarrollar las políticas e instituciones necesarias para el Nuevo Orden Económico

¹⁹ Véase UN Press release: SG/SM/6881/Rev.1. Pág. 3.

²⁰ En el presente apartado haremos mención exclusivamente a los esfuerzos realizados por la ONU; sin embargo no se debe descartar la importancia que instrumentos como las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales o la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y Política Social de la OIT, aportan al tema.

²¹ La discusión sobre el Código de Conducta inició en 1972 y el objetivo era proporcionar un punto de partida en la ONU para desarrollar las políticas e instituciones necesarias para el Nuevo Orden Económico Internacional, por medio del estudio de los efectos de las empresas multinacionales en los procesos de desarrollo económico y social, en especial en los países en vías de desarrollo. Cfr. Sagafi-Nejad & Dunning, 2008: 52.

Internacional, por medio del estudio de los efectos de las empresas multinacionales en los procesos de desarrollo económico y social, en especial en los países en vías de desarrollo. Aunque dicho instrumento nunca fue aprobado, se podría decir que es el primer antecedente y una referencia importante en la materia.²²

Posteriormente, a principios de la década de los noventa, surgirían dos iniciativas que, aunque con objetivos muy similares, contarían con visiones diametralmente opuestas sobre las formas: las Normas sobre Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y otras Entidades Comerciales en Materia de Derechos Humanos de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos (en adelante, las Normas de la Subcomisión) y el Pacto Mundial de Naciones Unidas (en adelante, el Pacto Mundial).²³

En términos generales, las Normas de la Subcomisión “intentaban regular la corresponsabilidad de la protección y promoción de los derechos humanos entre Estados y empresas, rompiendo el esquema y la visión tradicional, vinculando a las empresas a obligaciones directas de responsabilidad en materia de derechos humanos” (Gómez Isa, 2006: 80). Mientras que, en sentido contrario, el objetivo del Pacto Mundial no era vincular a las empresas al cuerpo normativo de los derechos humanos, sino el de proponer a las empresas que, según sus propias pautas y formas, se comprometían con el respeto a los derechos humanos. El objetivo evidente del Pacto es “legitimar la actividad transnacional de las empresas través de la voluntariedad” (Clavero, 2012: 525).

²² Como ya señalamos, aunque dicho instrumento nunca fue aprobado, la experiencia constituye una importante referencia y antecedente en la materia. Sin embargo no debe ser tomado en cuenta “como elemento de apoyo a la existencia de normas jurídicas en materia de derechos humanos en Derecho internacional para empresas multinacionales”, ya que nunca fue realizado, y por tanto, es imposible de valorar como instrumento en cuanto a la práctica de los Estados y las empresas. (Cfr.: Martín Ortega, 2008: 145).

²³ Por una parte, la entonces Sub Comisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la ONU, sería la encargada de impulsar el proyecto de las Normas, mientras que por otra parte, la Secretaría General se encargaría de elaborar el Pacto Mundial.

El Pacto Mundial se adoptó por la Asamblea General el 25 de julio del año 2000, mientras que las Normas de la Subcomisión serían descartadas por la Comisión de Derechos Humanos de la ONU.²⁴ En este orden de ideas, se pueden identificar dos líneas evolutivas en la ONU con relación a la regulación de empresas multinacionales: por un lado, la encabezada ahora por el Consejo de Derechos Humanos que opta por regulaciones jurídicas vinculantes; y, por otro lado, la dinámica de la Asamblea General tendiente a la auto-regulación y la voluntariedad.

Recientemente, el debate entre voluntariedad y obligatoriedad ha tomado un nuevo impulso con el surgimiento de los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos, puestos en práctica en el marco de las Naciones Unidas para “respetar, proteger y remediar” (en adelante, Principios Rectores),²⁵ impulsados por el Profesor de Harvard John Ruggie, frente a la iniciativa encabezada por Ecuador y Sudáfrica en el Consejo de Derechos Humanos, que plantea la posibilidad de contar con un tratado internacional vinculante para las empresas.

De acuerdo con el propio John Ruggie, los Principios Rectores vendrían a representar una “nueva dinámica regulatoria bajo la cual los sistemas de gobernanza pública y privada, así como la sociedad civil, aporten distintos valores al debate, compensen las debilidades de uno y del otro y jueguen roles complementarios entre sí, de los cuales surja un régimen global más comprensivo y efectivo que incluya medidas legales específicas” (Gerrard Ruggie, 2013: 78). Aunque dicho instrumento ha incorporado grandes avances en la imposición de normas en materia de derechos humanos a las empresas, sus pretensiones se encuentran aún lejos de ser una realidad.

²⁴ De acuerdo con la propia Comisión, las normas serían descartadas sobre la base de que éstas generaban confusión, sus pretensiones jurídicas eran exageradas y tenían muchas ambigüedades conceptuales. Doc. ONU: E/CN.4/2006/97.

²⁵ Los Principios Rectores han sido calificados por la propia ONU como un “paso sin precedentes” en la construcción de un marco global para regular la actividad de las empresas. Cfr.: UN press release: OHCHR (Office of the High Commissioner for Human Rights): New guiding principles on business and Human Rights endorsed by the UN Human Rights Council.

Los Principios Rectores fueron aceptados de manera unánime por el Consejo de Derechos Humanos en mayo de 2011, y constituyen una guía de implementación para Estados y empresas, del Marco “proteger, respetar y remediar”, que se basa en tres pilares: el deber del Estado de proteger los derechos humanos frente a las empresas, la responsabilidad de las empresas de respetarlos, y la necesidad de proveer de remedios efectivos, judicial y extrajudicial, a las víctimas de dichos abusos (Ibíd.).

Si bien los Principios Rectores no han tenido una aceptación unánime por parte de todos los sectores involucrados, a diferencia del Pacto Mundial o las Normas de la Subcomisión que contrastaban radicalmente las posiciones existentes, sobre éstos sí existe un consenso generalizado, si bien no en todo su contenido ni por todos los actores, al menos sí en lo que respecta a un contenido mínimo.

La principal crítica a los Principios Rectores recae, como es de suponerse, sobre su carácter voluntario. Aún y cuando se pudiese estar de acuerdo en la imposibilidad, siempre temporal y circunstancial, de contar con un tratado internacional en la materia, la postura voluntaria de la ONU en el tema acentúa la percepción de la dificultad de imponer obligaciones, en materia de derechos humanos, a las empresas.

Recientemente, en la vigésimo sexta sesión del Consejo de Derechos Humanos, el debate se agudizó con la aprobación de dos resoluciones: la primera es una resolución aprobada por Ecuador y Sudáfrica, que tiene como consecuencia la creación de un Grupo de Trabajo intergubernamental para la redacción de un instrumento jurídicamente vinculante; y la segunda, impulsada por Noruega y Ecuador, busca reforzar la labor del Grupo de Trabajo actual y la promoción de los Principios Rectores.

Esta situación ha sido considerada como un hecho histórico y atípico. Histórico, porque nunca se habían dado pasos tan serios en la posibilidad de contar con un Tratado de Derechos Humanos en la materia, que pueda comprometer seriamente a los Estados; y atípico, por haberse aprobado,

simultáneamente, dos resoluciones sobre el mismo tema con objetivos similares, aunque con visiones distintas.²⁶

Estas dos posiciones responden a lógicas normativas distintas, incluso contradictorias. Mientras que una incide en la total y absoluta voluntariedad como núcleo esencial de los códigos de conducta internos basados en la autorregulación, la otra opta por los Sistemas Universales de regulación y protección de los derechos humanos de carácter vinculante. Finalmente, hasta el momento ha sido la dinámica de la voluntariedad la adoptada por Naciones Unidas. Existe una prevalencia de la voluntariedad sobre la obligatoriedad. Como bien dice Hernández Zubizarreta: “la lógica asimétrica se impone invariablemente” (2009: 370).

Otra vía de fundamentación

En este punto se encuentra el debate sobre empresas y derechos humanos. Más allá de todos los aspectos que fueron señalados y sobre los cuales es necesario un análisis de mayor profundidad, como la viabilidad de contar con tratado internacional de este tipo, las potencialidades de los instrumentos de responsabilidad social corporativa, la importancia de pujar por un proceso de globalización incluyente, o la necesidad de desarrollar aportes teóricos que nos ayuden a superar una concepción tradicional de los derechos humanos, es evidente que el tema representa un enorme desafío para el Derecho.

La nueva realidad global que se ha descrito, reconfigura las relaciones de poder en el plano internacional. En este sentido, la promoción y defensa de los derechos humanos ha dejado de ser una responsabilidad exclusiva de los Estados y ha pasado a ser una responsabilidad compartida entre todos los actores, tanto públicos como privados.

La cuestión que aquí se plantea, en términos generales, es que, ante el poder económico, político, social y jurídico que han adquirido algunos de

²⁶ Para más información consultar: <http://ridh.org/news-and-events/news-articles/el-camino-hacia-una-convencion-sobre-empresas-y-derechos-humanos/>

los agentes económicos, garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos no debe depender solamente de los poderes públicos. Se requiere de la imprescindible cooperación de los poderes privados para que los derechos humanos sean una realidad alcanzable para la mayoría.

Se ha señalado que la evolución de los derechos en el ámbito privado, se ha basado en la gradual imposición de límites a los poderes públicos para garantizar su tutela; sin embargo no existe todavía una teoría de los derechos humanos, pensada para limitar a los poderes privados (Cfr.: Ferrajoli, *Ibíd.*: p.105). Al menos, no una que sea comparable a la elaborada para los poderes públicos, aunque bien podemos destacar la aplicación extraterritorial de la ley a través de instrumentos como el *Alien Tort Claims Act*²⁷ de los Estados Unidos de América, o el desarrollo de la teoría de la eficacia horizontal de los derechos humanos proveniente de la cultura jurídica alemana y su Escuela del Derecho público, que plantea los derechos fundamentales como derechos subjetivos oponibles frente a terceros (Cfr.: Peces Barba, 1999: 621).

No se pretende insinuar que dichos poderes tengan que ser suprimidos, ya que también desempeñan una importante función social, sino que se trata de plantear la posibilidad de encauzarlos dentro de ciertos límites, ya que debería ser el Derecho el instrumento encargado para hacerlo. Si consideramos que vivimos en una época en la que el poder económico se concentra en pocos centros privados y no tanto en las instituciones públicas, se debe imponer límites a dicho poder, y la vía no puede ser otra que la de los derechos humanos, con la capacidad y fuerza coactiva para sancionar a quienes no los respeten (Cfr.: Ansuátegui Roig, 2009: 10), y no la de las buenas intenciones o autorregulaciones, como en el caso de las empresas cuando se habla de su responsabilidad de respetar de los derechos humanos.

En tal sentido, Luigi Ferrajoli propone la expansión del Estado de Derecho, tanto en su versión liberal como en la social, “al mayor número

²⁷ Cfr.: Requejo Isidro, 2011.

de ámbitos de vida y esferas de poder, en las que también estén tutelados y satisfechos los derechos fundamentales de las personas” (Ibíd., p. 108). Esta tesis presenta grandes conflictos e interrogantes; al respecto es necesario remarcar que también los poderes privados pueden limitar el ejercicio de la libertad y agudizar las desigualdades entre ciudadanos, y que ello demanda una especial atención por parte de la filosofía de los derechos fundamentales y del Derecho en general. La forma en la que se podría articular la imposición de dichos límites en el Estado de Derecho, deberá ser objeto de investigaciones posteriores.

Siguiendo el orden en que están organizados los apartados que integran el presente trabajo, si se tuviera que resumir en tres puntos las principales ideas que se intentan aportar para ser considerados en investigaciones posteriores, estos serían los siguientes:

1. En el debate sobre empresas y derechos humanos, es necesario replantearse algunos de los presupuestos sobre los cuales se concibe la responsabilidad de garantizar, de manera efectiva, el ejercicio de los derechos humanos. Se requiere explorar nuevas posibilidades que permitan a los derechos humanos convertirse en verdaderos instrumentos emancipadores de las sociedades y de lo más débiles.
2. El fenómeno de la globalización genera fricciones entre la actividad económica y los derechos humanos, y agudiza los impactos que la actividad comercial de las empresas genera en las condiciones de vida de los individuos. Dicho fenómeno ha generado grandes beneficios económicos para las empresas, más no las condiciones necesarias para una distribución equitativa de los mismos. Las desigualdades que produce este proceso generan un déficit democrático, disminuye los niveles de protección de los derechos humanos y estratifica a los sectores sociales más débiles. Por ello se requiere de reformas que democratizen la globalización y presente sus beneficios como alcanzables para la mayoría.

3. Existe una clara tendencia en el seno de Naciones Unidas hacia códigos y regulaciones de carácter voluntario. La ONU no ha logrado llevar a cabo un acuerdo para hacer frente a las empresas, y exigirles jurídicamente una respuesta a sus obligaciones en materia de derechos humanos. Hasta el momento, ha sido la dinámica de la voluntariedad la adoptada por Naciones Unidas. Existe una cierta tendencia a la regulación vinculante de determinados aspectos concretos de empresa y derechos humanos, pero hasta el momento, la regulación voluntaria continúa siendo ampliamente prevalente a nivel global, lo que compromete un verdadero compromiso por garantizar el ejercicio efectivo de los derechos humanos.

Bibliografía

- Ansuátegui Roig, Francisco Javier. (2009). “Democracia constitucional, derechos y violencia institucional”. En: *HURI-AGE. Consolidar-Ingenio 2010. Papeles el tiempo de los derechos*, N° 3, 2009.
- (2012). “Derechos Humanos y Empresa en el Contexto de la Internacionalización”. En: *Revista Políticas Públicas* 2012, volumen 5, N° 1. Centro de Políticas para el Desarrollo de la Facultad de la Universidad de Santiago de Chile: Chile.
- (2013). “Derechos fundamentales y “tradiciones constitucionales comunes” en la aplicación del Derecho Europeo”. En: *HURI-AGE. Consolidar-Ingenio 2010. Papeles el tiempo de los derechos*, N° 3.
- Aymerich Ojea, Ignacio. (2013). “Orígenes ideológicos de la distribución de responsabilidades públicas y privadas en la garantía de los derechos humanos”. En: Zamora Cabot, Francisco Javier, García Cívico, Jesús y Sales Pallarés, Lorena (Editores): *La responsabilidad de las multinacionales por violaciones de los derechos humanos*. Cuadernos de la cátedra “Democracia y derechos humanos”. Alcalá de Henares.
- Bobbio, Norberto. (1993). *Liberalismo y democracia*. Bogotá: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Capella, Juan Ramón. (1993). *Fruta Prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del Estado*. Madrid: Editorial Trotta.

- Clavero, Bartolomé. (2012). *¿Globalización del Constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales (1974–2011)*. Editorial Dott. A. Giuffré.
- Cortina, Adela. (2002). “La dimensión pública de las Éticas Aplicadas”. En: *Revista Iberoamericana de Educación*, N° 29. Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura.
- De Asís Roig, Rafael. (2000). *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*. Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Editorial Dykinson.
- De Sousa Santos, Boaventura. (2003). *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. Bilbao: Palimpsesto Derechos Humanos y Desarrollo, Editorial Desclee de Brouwer.
- (2008). *Sociología Jurídica Crítica: para un nuevo sentido común del derecho*. Traducción de Lema Añón, Carlos. Madrid: Editorial Trotta.
- Ellwood, Wayne. (2005). *Globalización*. Intermon Oxfam.
- Fariñas Dulce, María José. (2000). “Globalización, Ciudadanía y Derechos Humanos”. En: *Cuadernos “Bartolomé de las Casas”* del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid. Madrid: Editorial Dykinson.
- Ferrajoli, Luigi. *Contra los poderes salvajes del mercado: para un constitucionalismo de Derecho privado*. Traducción al castellano de Miguel Carbonell, disponible en la Biblioteca Jurídica Virtual de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gerrard Ruggie, John. (2013). *Just Business: Multinational Corporations and Human Rights*. Editorial W.W. Norton & Company.
- Gibney, Matthew J. (2003). *La globalización de los derechos humanos*. Barcelona: Editorial Crítica.
- Gómez Isa, Felipe. (2007). “Derechos humanos y globalización”. En: *Congreso “El desafío del desarrollo humano. Propuestas locales para otra globalización”*, Bilbao 2007.
- (2006). “Empresas transnacionales y derechos humanos: desarrollos recientes”. Lan Harremanak. Relaciones Laborales, Hegoa, Universidad del País Vasco.
- Held, David y McGrew, Anthony. (2003). *Globalización/Antiglobalización: Sobre la reconstrucción del orden mundial*. México: Paidós, Barcelona; Buenos Aires.

- Hernández Zubizarreta, Juan. (2009). *Las Empresas Transnacionales frente a los Derechos Humanos: Historia de una asimetría normativa: de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Hegoa. Bilbao.
- Lloredo Alix, Luis M. (2010). “La filosofía del derecho en tiempo de crisis: en torno al estatus epistemológico de la filosofía jurídica”. Proyecto Consolider-Ingenio 2010 “El tiempo de los derechos” (HURI-AGE) y Proyecto “Historia de los derechos fundamentales. SIGLO XX” del Plan Nacional de investigación científica, desarrollo e innovación tecnológica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 16, 2013, pp. 109–133.
- Martín Ortega, Olga. (2008). *Las Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*. Barcelona: Bosch Internacional.
- Oxfam Internacional. (2015). *Riqueza, tenerlo todo y querer más*. Oxford: Oxfam GB.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio. (1999). *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*. Colaboración de Asís Roig Rafael, Fernández Liesa Carlos R., Llamas Cascón Ángel. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado. Madrid.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. (2001). “Kant y los Derechos Humanos. Primera parte: El papel de Kant en la formación histórica de los derechos humanos”. En: *Historia de los Derechos Fundamentales, Tomo II: Siglo XVIII. Volumen II: La filosofía de los Derechos humanos*, Dirección de Peces-Barba Martínez, Gregorio; Fernández García, Eusebio y De Asís Roig, Rafael. Madrid: Editorial Dikynson.
- Prieto Sanchís Luis. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Madrid: Editorial DEBATE.
- Pureza, José Manuel. (2002). *El patrimonio común de la humanidad: ¿hacia un Derecho Internacional de la Solidaridad?* Madrid: Trotta, Madrid.
- Requejo Isidro, Marta. (2011). “Responsabilidad civil y derechos humanos en EEUU: ¿el fin de ATS?” En: INDRET, *Revista para el Análisis del Derecho*, N°3-2011.
- Ribotta, Silvina. (2008). *El malestar del mundo actual*. Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política, N°. 8, julio–2008.
- Sagafi-Nejad, Tagi & Dunning, John H. (2008). *The Un and Transnational Corporations: From Code of Conduct to Global Compact*. Indiana University Press.

- Stiglitz, Joseph E. (2006). *Making globalization work*. Primera edición: New York, London: W.W. Norton & Company.
- Teitelbaum, Alejandro. (2011). *La armadura del capitalismo. El poder de las sociedades transnacionales en el mundo contemporáneo*. Icaria-Antrazyt.
- World Economic Forum. (2014). *The Outlook on the Global Agenda 2014*.

Las voluntades anticipadas en la Ley de cuidados paliativos. Fortalecimiento de la relación médico— paciente

*The anticipated will in the law
of palliative care, strength of the
relation patient – Doctor*

*Diana Vanessa Sánchez Salazar**

* Docente investigador del Instituto de Humanismo Cristiano, facultad de Teología, Filosofía y Humanidades de la Universidad Pontificia Bolivariana. Correo electrónico: dianavanessa.sanchez@upb.edu.co

Resumen

Hace poco más de un año, la Ley 1733 de 2014 introdujo en Colombia la figura del documento de voluntades anticipadas según la cual, en términos de su artículo 5 numeral 4, la persona capaz, sana o en estado de enfermedad, de manera voluntaria y en uso pleno de sus facultades legales y mentales, plasmará en aquél las decisiones sobre la aceptación o rechazo de tratamientos médicos en caso de atravesar una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible, y sobre el acompañamiento que necesitará en esos momentos. De igual forma, también podrá plasmar la disposición o no a donar órganos en caso de muerte. Esta publicación busca contribuir a establecer el documento de voluntades anticipadas contenido en la Ley de cuidados paliativos, como instrumento de afianzamiento de la relación médico–paciente que retome el modelo de alianza terapéutica tan deteriorada actualmente.

Palabras clave: Voluntades anticipadas, relación médico–paciente, alianza terapéutica, dignidad, autonomía.

Abstract

In Colombia the 1733 Act of 2014 introduced the concept of advance directives, which in terms of its article 5. 4, the person capable, in healthy or disease state, voluntarily and in full possession of their legal and mental faculties, will express in a document the decisions regarding acceptance or rejection of specific medical treatment in case of crossing a chronic, terminal, irreversible or degenerative illness, and the accompaniment that will need in that moment. Similarly, the person can also establish the willingness or not to donate organs upon death. This publication pretend to help establish this advance directive document as a instrument of Biolaw for strengthening the doctor–patient relationship to bring back the therapeutic alliance model currently impaired.

Keywords: Advance directives, doctor–patient relationship, therapeutic alliance, dignity, autonomy.

Introducción

Tal como lo planteó en entrevista el Profesor Pablo Simón Lorda en el marco del III Congreso Internacional de Sistemas de Salud y III Conferencia Nacional de Salud Pública, realizado en la Pontificia Universidad Javeriana de Cali en el año 2014, se puede establecer que casi todas las personas están de acuerdo con querer vivir el proceso de la muerte con el menor dolor posible y con un adecuado tratamiento del mismo; de igual forma, se ha determinado que las personas quieren estar, en dicho momento, acompañados de sus familiares y reducir su sufrimiento tanto como sea posible.

Las situaciones descritas anteriormente nos pueden llevar a pensar que:

(...) son estos deseos los que parecen haber impulsado en parte la creación de los documentos de directivas anticipadas en el ámbito de la salud. Estas instrucciones prospectivas se pueden comprender, a grandes rasgos, como formas de consentimiento para asegurar una atención sanitaria acorde a los intereses de un sujeto, que entrarán en vigencia cuando éste ya no se encuentre apto para manifestar su voluntad. (Belli, 2014: 215).

En tal sentido, popularmente se ha denominado *testamento vital* al documento “en el que una persona manifiesta los tratamientos que desea recibir o rechazar para cuando haya perdido la capacidad de expresarse por sí misma, y decide el destino de sus órganos o de su cuerpo tras su fallecimiento” (Quijada Gonzales & Tomás y Garrido, 2014: 140).

Cabe anotar que los cuestionamientos de las personas sobre la atención a recibir al final de la vida no son recientes, y que surgen como expresión de la autonomía del paciente frente al modelo tradicional de medicina paternalista por muchos criticado.

El debate entre la autonomía del paciente Vs. la medicina paternalista no es nuevo. Éste surge en el escenario de los procedimientos médicos del siglo anterior, en los que el médico, en virtud de su deber de curar, dejaba de lado lo que el paciente podía decir y concentraba sus esfuerzos en devolverle la salud. Los pacientes cansados de que no se les escuchara y no se les informara, y de la mano de los abogados, decidieron llevar a los médicos a los tribunales buscando el reconocimiento de su autonomía: el consentimiento informado del paciente como expresión de esa autonomía apareció en el panorama.

1. Consentimiento informado y autonomía del paciente

En 1914, en un fallo celebre en la historia, en el caso *Schloendorff Vs. Society of New York Hospital*, se estableció el consentimiento como la aprobación que debía dar el paciente.

Cualquier ser humano adulto y con su mente lúcida, tiene derecho a determinar lo que se haga con su propio cuerpo (“*Schloendorff Vs. Society of NY Hosp*”, NY 125, 105 NE, 1914): Este fallo es considerado un hito en la historia del *consentimiento*. Se define el consentimiento como la aprobación dada por un paciente a la realización de un procedimiento basado en el conocimiento de la naturaleza del mismo, riesgos, beneficios y alternativas. (Caeiro, 1994: 276). Sin embargo, aunque este caso se presentó hace más de 100 años, vemos que:

El derecho al Consentimiento Informado como concepto propiamente dicho es reciente, pues el médico continuaba en su consideración de ocultar información a su paciente por el hecho de evitar el daño que ésta podría causarle, así que o le informaba muy poco sobre su patología o no le informaba nada en absoluto. (Sánchez Salazar, 2012a: 72).

En ese sentido, la teoría del consentimiento informado en medicina “empezó a desarrollarse a principios del siglo XX en los Estados Unidos, concretamente en la década de los años 60 y 70 materializado en las

luchas reivindicatorias de los derechos de las personas, entre ellos los derechos de los enfermos.” (Sánchez Salazar, 2012b: 73).

Con el anterior panorama, los ciudadanos estadounidenses empezaron a reivindicar su individualismo, y:

Comenzaron a pedir a sus médicos que les tuvieran en cuenta como seres autónomos y vieron que los médicos hacían caso omiso de sus peticiones, tuvieron que usar los instrumentos que las sociedades (sic) democráticas habían puesto en marcha para defender esos principios: los tribunales. Por eso la historia del consentimiento informado en EE.UU. tiene un desarrollo fundamentalmente judicial, y por eso los médicos norteamericanos han tardado en incluirlo como un comportamiento ético fundamental. (Simón, 2000: 43).

Desde entonces, los jueces de los diferentes Estados son especialmente protectores del derecho a la información de los pacientes, y en algunos países inclusive, el consentimiento informado, más que un formalismo, se considera un derecho constitucional. En el caso de España, por ejemplo, el Tribunal Supremo en Sala de lo Civil afirma que:

Ciertamente que la iluminación y el esclarecimiento, a través de la información del médico para que el enfermo pueda escoger en libertad dentro de las opciones posibles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento, ni intervención, no supone un mero formalismo, sino que encuentra fundamento y apoyo en la misma Constitución Española, en la exaltación de la dignidad de la persona que se consagra en su artículo 10,1, pero sobre todo, en la libertad, de que se ocupan el art. 1,1 reconociendo la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias —sentencia del Tribunal Constitucional 132/1989, de 18 de junio— en el artículo 9,2, en el 10,1 y además en los Pactos Internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, principalmente en su Preámbulo y artículos 12, 18 a 20, 25, 28 y 29, el Convenio para la Protección de

los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de Roma de 4 de noviembre de 1950, en sus artículos 3, 4, 5, 8 y 9 y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, en sus artículos 1, 3, 5, 8, 9 y 10. El consentimiento informado constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia. Derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la auto-disposición sobre el propio cuerpo. (Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil, STS 3, 2001).

En el caso de Colombia, las normas éticas exigidas a los profesionales médicos, contenidas en la Ley 23 de 1981, Ley de Ética Médica, señalan que el médico debe pedir el consentimiento a su paciente para aplicarle los tratamientos, tanto médicos como quirúrgicos, que considere dentro de la *lex artis*, pero que suponga pueden afectarlo física o psíquicamente. (Ley 23, 1981, art. 15).

Es así como la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana ha tratado en reiteradas ocasiones el tema del consentimiento informado y la autonomía del paciente, con un criterio unificado en sus Sentencias a lo largo del tiempo. Se observa que para la Alta Corte:

El mecanismo para garantizar o hacer efectiva la autonomía a la que se ha hecho referencia es el consentimiento previo del paciente para la práctica de tratamientos médicos ya que es el medio a través del cual éste manifiesta su sometimiento al mismo; por el contrario, en su ausencia se entiende que la persona rehúsa su aplicación. Precisamente para proteger la autonomía, la Corte ha indicado que “todo tratamiento, aún el más elemental, debe hacerse con el consentimiento del paciente”. (Corte Constitucional Colombiana).

Debe tenerse en cuenta que “no cualquier autorización del paciente es suficiente para legitimar una intervención médica: es necesario que el

consentimiento del paciente reúna ciertas características, y en especial que sea libre e informado. (...) El paciente que toma la decisión debe ser lo suficientemente autónomo para decidir si acepta o no el tratamiento específico, esto es, debe tratarse de una persona que en la situación concreta goce de las aptitudes mentales y emocionales para tomar una decisión que pueda ser considerada una expresión auténtica de su identidad personal. (Corte Constitucional, Sala Octava de revisión, T-452, 2010).

La Corte Constitucional ha manifestado que, garantizando el derecho del paciente a la información se protege constitucionalmente el derecho a la salud del mismo, lo cual se observa cuando el órgano jurisdiccional afirma que:

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que la protección constitucional del derecho a la salud implica, entre otras cosas, garantizar el derecho del/ de la paciente a obtener información oportuna, clara, detallada, completa e integral sobre los procedimientos y alternativas en relación con la atención de la enfermedad que se padece y abarca, en tal sentido, la necesidad de asegurar un consentimiento informado del/de la paciente así como su derecho a que —una vez determinadas las alternativas existentes para su curación, tratamiento paliativo o mitigación del dolor y explicados los riesgos que con tales alternativas se ligan—, pueda optar de modo libre y autónomo porque se le practique o no el tratamiento prescrito. (Corte Constitucional, Sala Octava de revisión, T-216, 2008).

El tema del aseguramiento y protección del derecho a la información ha sido una constante en las consideraciones de la Alta Corte, y ha establecido los rasgos que dicha información debe tener para que el paciente pueda obtener un adecuado conocimiento que le permita conocer los diferentes riesgos a los que se podría ver expuesto de aceptar el tratamiento ofrecido por su médico. Por ello, debe entenderse que:

La información debe ser simple, aproximativa, inteligible y leal de modo que ponga al alcance del paciente el conocimiento fiel

sobre los riesgos de su enfermedad y los de su tratamiento y, a su vez, debe formularse teniendo en cuenta la dignidad de la persona enferma que debe expresar su consentimiento ilustrado, previendo el impacto psicológico que puede llegar a ocasionarle, así como las repercusiones favorables o perniciosas que puedan incidir en su efectiva recuperación.

De esta manera, se reitera que la decisión que tome el paciente debe ser siempre personal e individual, para lo cual la información que le brinde su médico tratante debe ser adecuada, clara y completa y debidamente explicada, so pena de impedirle el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad y autonomía personal, configurando entonces una vulneración de tales derechos. (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-866, 2006).

Se tiene entonces que para que el paciente pueda consentir de manera adecuada su decisión, ésta debe ir precedida de una información simple, aproximativa, inteligible y leal, tal como lo señalara la Corte Constitucional. En este sentido el papel del médico resulta preponderante, pues es el que tiene el conocimiento de los riesgos previsibles y la capacidad de anticipar los no previsibles, por lo que actuando conforme a la *lex artis*, el profesional médico debe:

Informar al paciente sobre todas aquellas circunstancias que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar por él mismo, por lo que deberá ponerlo al tanto sobre la forma (medios) y el fin del tratamiento médico, señalándole el diagnóstico de su proceso, su pronóstico y las alternativas terapéuticas que existan, con sus riesgos y beneficios. El objetivo es crear una relación en la que el paciente sepa que la información que se le da es veraz y completa y que puede esperar que se respeten los acuerdos con los médicos. (Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión, T-762, 2004).

Puede observarse que del estudio jurisprudencial que se ha realizado sobre la teoría del consentimiento informado en Colombia, a lo largo de las diversas sentencias la Corte hace reiterada referencia a la Sentencia T-401 de 1994, considerada de importante decisión, pues

es jurisprudencia fundante sobre el tema en consideración. De allí ha partido la Corte Constitucional para las decisiones subsecuentes que han llegado a su conocimiento. Al respecto, resulta prudente resaltar de esta Sentencia en mención, que:

En relación con el ejercicio médico, se considera que [el consentimiento informado] se encuentra estructurado a partir de dos principios fundamentales: 1) capacidad técnica del médico y 2) consentimiento idóneo del paciente. La capacidad técnica del médico depende de su competencia para apreciar, analizar, diagnosticar y remediar la enfermedad. El consentimiento idóneo, se presenta cuando el paciente acepta o rehúsa la acción médica luego de haber recibido información adecuada y suficiente para considerar las más importantes alternativas de curación.

La efectividad del principio de autonomía está ligada al consentimiento informado. La medicina no debe exponer a una persona a un tratamiento que conlleve un riesgo importante para su salud, sin que previamente se haya proporcionado información adecuada sobre las implicaciones de la intervención médica y, como consecuencia de ello, se haya obtenido su consentimiento. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-401, 1994).

En conclusión, puede decirse que la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como se ve, se aleja profundamente del paternalismo médico, privilegiando la autonomía del paciente por encima de muchos derechos.

El tema de la autonomía del paciente ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial, hasta el punto de considerar al documento de consentimiento informado como manifestación del derecho de autonomía de aquél. En la actualidad, es el documento de voluntades anticipadas considerado una nueva conquista de derechos, tal como lo ha sido el consentimiento informado desde entonces.

2. Voluntades anticipadas. Consideraciones previas

Antes de adentrarnos en la reflexión sobre las voluntades anticipadas como herramienta en la relación médico-paciente, resulta necesario conocer los orígenes de las voluntades anticipadas, el caso de la joven Karen Ann Quinlan suscitado en 1975 en Estados Unidos. Este caso fue tomado como precedente para que en ese país se permitiera la realización de Testamentos Vitales o Living Wills (término atribuido al abogado norteamericano Louis Kutner, quien redactó el primer modelo de Testamento Vital en 1969), reconocidos por The Uniform Rights of the Terminally III Act. of 1989.¹

A finales del mes de junio de 1975, algunos meses después de que Karen entrara en estado de coma como consecuencia de una presunta ingestión de alcohol y tranquilizantes, sus padres adoptivos, conocidos católicos devotos practicantes, solicitaron al personal médico del Saint Claire's Hospital en Denvill-New Jersey, la desconexión del respirador artificial. Amparándose en una especie de objeción de conciencia, toda vez que en concreto no existía una norma legal que colisionara con las convicciones morales de aquél, el médico se negó a cumplir las peticiones de los parientes, debido a sus propios principios morales.

En noviembre del mismo año, los padres angustiados acudieron a los Tribunales en busca de la legitimación de su petición. Sin embargo, un juez del Tribunal Superior del condado negó el permiso legal solicitado.

Joseph y Julia Quinlan debieron esperar hasta marzo de 1976, cuando el Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey, en una decisión

¹ Conforme a la Nota Preliminar contenida en dicho documento, la ley está diseñada para proporcionar diversos medios by which an individual's preferences can be carried out with regard to por los cuales las preferencias de un individuo pueden ser llevadas a cabo con respecto a administration of life-sustaining treatment la administración de tratamiento de soporte vital. The Act permits an individual to La ley permite que un individuo execute a declaration that instructs a physician to withhold or withdraw realicererealice la declaración donde solicita al médico a retener o retirar el sustaining treatment in the event the individual is in a terminal condition and is tratamiento de soporte vital en caso de encontrarse en una condición terminal y sin poder participar en las decisiones de tratamiento médico. In the alternative, the Act

que inclusive en nuestros días se considera legendaria, declaró que el respirador, necesario para que los pulmones de Karen funcionaran de manera artificial, podía ser retirado porque “(...) ningún interés superior del Estado puede obligar a la paciente a soportar lo insoportable (...)”.²

El 14 de mayo de ese año el respirador fue desconectado, pero Karen continuó viviendo en un estado descrito por los médicos como crónico vegetativo.

Es así como, con base en el caso Quinlan, en la búsqueda de dar solución al inconveniente de conocer cuál sería la voluntad del paciente, en Estados Unidos fueron incorporados a finales de la década de los años setenta los living wills —testamentos vitales—. Con este documento, se abre la puerta como herramienta eficaz de desarrollo de la autonomía del individuo para ser incluido en las legislaciones, pues se conoce a través de él, el deseo del paciente en cuanto a los procedimientos e intervenciones que quiere le sean practicados y los límites a éstos.

Se puso de manifiesto la necesidad de regular esas situaciones de manera eficaz, y se consideró que conocer de antemano la voluntad de cualquier persona ante estas situaciones podría evitar conflictos en las relaciones entre el médico y los familiares del paciente, ya que este último no podía decidir en ese momento. (Quijada–Gonzales & Tomás y Garrido, 2014: 144).

Sin embargo, aunque Estados Unidos se consideró pionero en cuanto a su desarrollo legislativo, resulta curioso que al hallarse finalizando la década de los años ochenta, sólo entre un 10% y 12% de los ciudadanos norteamericanos había realizado un *living will* u otorgado un *power of attorney*³. Se aduce para esto la falta de información y divulgación a la ciudadanía.

² “(...) no external compelling interest of the State could compel Karen to endure the unendurable (...)”. In the matter of Karen Quinlan, Supreme Court of New Jersey. January 26, argued. March 31 1976, decided.

³ Poder de representación.

Hace ya un año, en el mes de septiembre del 2014, con la Ley 1733 mediante la cual se regulan los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de enfermedad de alto impacto en la calidad de vida, o Ley Consuelo Devis Saavedra como es llamada, se introdujo un derecho novedoso en la legislación colombiana, aun cuando en Estados Unidos y países europeos, lleva décadas reconocido: el derecho a suscribir voluntades anticipadas.

A la luz de la mencionada Ley, en el capítulo sobre derechos de los pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles de alto impacto en la calidad de vida, se establece que toda persona capaz, sana o en estado de enfermedad, en pleno uso de sus facultades legales y mentales, con total conocimiento de las implicaciones que acarrea el presente derecho, podrá suscribir el documento de voluntad anticipada. En este, quien lo suscriba indicará sus decisiones en el caso de estar atravesando una enfermedad terminal, crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida de no someterse a tratamientos médicos innecesarios que eviten prolongar una vida digna en el paciente y en el caso de muerte, su disposición o no de donar órganos.

Este instrumento, como se dijo en anotaciones anteriores, ha sido comúnmente denominado Testamento vital, considerándose inadecuado el término, toda vez que para lograr su eficacia se debería tener primero el fallecimiento del testador (Serrano Ruiz-Calderón, 2006).

Y es que en modo alguno este documento puede ser reputado en puridad como testamento desde un punto de vista jurídico riguroso, pues aunque participa de algunas de sus notas características (acto jurídico sui generis, unilateral, personalísimo, solemne, revocable y complejo), no obstante se apartaría de él en algunas de sus nociones esenciales, lo que nos llevaría categóricamente a negar su consideración como tal. Así por ejemplo, el carácter de acto jurídico mortis causa, puesto que su eficacia no está condicionada a la muerte del otorgante, sino al estado

sobrevenido de incapacidad física para poder tomar decisiones en torno a los tratamientos que haya de recibir en caso de enfermedad terminal, por lo que estamos en presencia más bien de un acto jurídico inter vivos que, excepcionalmente sería revocable. (Bernad Mainar, 2008: 342).

Acorde a la Ley 41 del 14 de noviembre de 2002 Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, en España se denominan Instrucciones Previas; en nuestro país, conforme a la mencionada Ley de Cuidados Paliativos, se denomina Voluntades Anticipadas.

Existen en las diferentes legislaciones mundiales diversas designaciones para este documento, así que podemos observar “que se le atribuyen entre otras denominaciones las de testamento de vida o biológico, testamento viviente, voluntades anticipadas, instrucciones previas, declaraciones vitales anticipadas, guías adelantadas de preferencias o, en el ámbito anglosajón, directrices anticipadas” (Bernad Mainar, óp. cit.: 341).

Esta Ley 1733 de 2014 se fundamenta en la autonomía que tiene la persona a manifestar lo que considera mejor para el final de la vida en relación a los cuidados y manejo integral del dolor y del sufrimiento, y concede el derecho a desistir de manera voluntaria y anticipada de tratamientos médicos innecesarios que no cumplan con los criterios de proporcionalidad terapéutica. Manifestaciones éstas que se verán contenidas en los documentos de voluntad anticipada.

Colombia estaba en mora de crear un instrumento legal que permitiera a los sujetos de derecho expresar de manera autónoma y consciente disposiciones claras sobre la manera como desean enfrentar el final de su existencia. Sin embargo queda un espacio grande todavía por legislar, pues quedan muchos vacíos al respecto que necesitan ser objeto de reglamentación.

Por ejemplo en Latinoamérica, desde el año 2008 México ya cuenta con Ley de Voluntad Anticipada (LVA) para el Distrito Federal, la cual:

(...) tiene por objeto establecer y regular las normas y los requisitos de la voluntad de cualquier persona con respecto a someterse a tratamientos que pretenden prolongar de manera innecesaria su vida. Se protege en todo momento la dignidad de la persona cuando por razones médicas sea imposible mantener la vida de manera natural. Esta norma no permite ni faculta bajo circunstancia alguna, la realización de conductas que tengan como consecuencia el acortamiento intencional de la vida. (Cantú–Quintanilla, et al., 2012: 13).

3. Las voluntades anticipadas en la relación médico–paciente

Antes de entrar a considerar las voluntades anticipadas como instrumento de afianzamiento en la relación médico paciente, propósito de este escrito, se hace necesario conocer en qué consiste dicha relación, la cual podemos definir como la que se establece entre “un profesional de la salud y un ser humano que acude a solicitar sus servicios por presentar un problema de salud. El sujeto tiene una enfermedad, y el médico o profesional de salud está formado para dar asistencia al problema” (Gajardo–Ugas & Lavados Montes, 2010: 49).

Laín Entralgo (citado por Córdoba Palacio, 2001), afirma que:

La relación entre el médico y el paciente no puede ser satisfactoria si no tiene su término en el paciente mismo, en cuanto titular y beneficiario de la salud por que se lucha; no en la sociedad ni en el Estado. Ni en el buen orden de la naturaleza, sino en el bien personal del sujeto a quien se diagnostica y trata, y por tanto al sujeto mismo. (Córdoba Palacio, 2001: 20)

Al respecto Córdoba Palacio (óp. cit.: 25) plantea que:

El acto médico, la relación médico paciente es el encuentro de dos seres racionales, de dos personas, movida una, el paciente, por el

deseo de conservar o recuperar su salud; la otra, el médico, por el afán —primario o secundario en el sentido que acabamos de ver— de servirle a aquél racional y científicamente.

Una vez expresado lo anterior, resulta necesario anotar que para la introducción de la figura de voluntades anticipadas, se ha esgrimido precisamente como razón la relación médico-paciente, pero no entendida como en las anotaciones precedentes, sino fundamentada en el temor de los pacientes a que los profesionales médicos los expongan a tratamientos distanásicos que innecesariamente les alarguen la vida.

Se alude superar definitivamente el paternalismo médico que ha predominado desde la década de los setenta, según el cual el médico es el titular exclusivo de la decisión sobre el camino a tomar con su paciente. Se trata entonces de pasar del modelo paternalista de la medicina al modelo de la autonomía del paciente a decidir sobre el final de su vida.

(...) las instrucciones previas, pueden vincularse a dos causas. Por un lado, al desarrollo del consentimiento informado, efecto final del juego de la introducción de la idea de autonomía individualista en la medicina. Se trata de un consentimiento informado previo, para el caso de que el paciente pierda la capacidad de manifestar su opinión sobre tratamientos de fases terminales o de pérdida de conciencia. Pero también el tópico de las instrucciones previas guarda relación con los temores generados en torno al encarnizamiento terapéutico y a la prolongación de sufrimientos. (Serrano Ruiz-Calderón, 2006: 70).

Lo mismo pasa con los profesionales médicos, que ven en su paciente una amenaza al ejercicio de su profesión, pues en virtud de la autonomía de aquél se le han venido imponiendo deberes o actuaciones que podrían llegar a ir en contra de la *lex artis* y también de sus conciencias, teniendo que responder inclusive frente a los tribunales en muchos casos.

Así pues, fruto de esta deteriorada y tergiversada relación médico-paciente, se ha llegado a situar a las voluntades anticipadas como

instrumento que exacerba una relación de antagonismo entre aquellos, relación que se ha venido gestando desde hace unos años, donde por un lado está el paciente situado en una medicina del deseo, y por el otro lado, como respuesta, está el médico ejerciendo su profesión de manera defensiva.

En 2006 el psicólogo alemán Mathias Kehuer acuñó el término “Medicina del deseo”, afirmando que el nuevo paciente (mejor, nuevo cliente) ya no necesita de los saberes y procedimientos médicos para convertir el sufrimiento de la enfermedad en la infelicidad de la normalidad, sino que precisa de tales saberes y procedimientos para aproximar y ajustar las condiciones del propio cuerpo “al estilo de vida que desea”. En estas dos últimas palabras está la clave, en “que desea”. Se trata de poner al médico al servicio del deseo del paciente, pero en asuntos que no son exactamente la misión del médico (...). (Obiglio, 2014: 9–10).

Contrario a lo anterior, debe lograrse ver en este nuevo instrumento una oportunidad para alcanzar el afianzamiento necesario que debe darse en esta relación tan deformada, y establecer entre médico y paciente una relación basada en la comunicación plena y en la confianza, aspecto éste que resulta siendo imprescindible en el “encuentro entre el paciente sano o enfermo y el terapeuta. Lo que realmente el paciente le confía a su médico es el cuidado de su existencia, de su vida, su intimidad, su biografía y no únicamente lo relacionado con su enfermedad”. (Gómez Gallego, 2008: 173).

Al respecto, tenemos también pronunciamientos de la Corte Constitucional donde se afirma que:

La comunicación entre médico y paciente no sólo es importante desde el punto de vista del respeto de la dignidad humana, sino también desde la perspectiva terapéutica. El [la] paciente necesita, además de querer la curación, creer en [el/] ella y en la capacidad de la medicina y de su agente para lograrla. (...) En la sociedad secularizada actual, los médicos cumplen una labor que antes correspondía en buena parte a los sacerdotes: la función de escuchar, comprender, aconsejar y

aliviar. Por eso su tarea es integral. No se reduce al conocimiento instrumental, de tipo clínico, sino que debe tener en cuenta el ser humano, con sus vicisitudes, en su contexto social y familiar. (Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, T-401, 1994)

No se desconoce pues, que las voluntades anticipadas son una clara manifestación de la constante y exhaustiva lucha por el respeto a la autonomía del paciente, lucha que se viene gestando cada día con más vehemencia en las legislaciones mundiales, para evitar los excesos ocasionados debido a los innegables e importantes avances en la medicina actual como ya se anotó. Pero se reconoce también que son una manifestación de la dignidad de la persona, dignidad que debe ser respetada tanto en el momento presente de estipulación como en el futuro, tiempo en el cual es en donde verdaderamente se ejecutarán las decisiones del paciente.

En este sentido, resulta pertinente anotar que la dignidad es elemento esencial y constitutivo de la relación médico-paciente, pues es reconocer en el otro la vulnerabilidad de nuestro propio ser, considerarlo, valorarlo y no debe ser entendida como autonomía o posibilidad de diseñar un plan y de determinarse según sus características a vivir como quiera, es decir, equivocadamente la dignidad viene siendo entendida como la posibilidad de hacer todo aquello que nos parezca mejor.⁴

El ordenamiento jurídico colombiano se viene fundamentando cada vez más en la posición en que se vulnera la dignidad de una persona, cuando no actuamos conforme a la voluntad libre de coacción que manifiesta ésta en determinado caso. Confunde pues dignidad con autonomía.

⁴ En el Proyecto de Ley por la cual se reglamentan las prácticas de la Eutanasia y la asistencia al suicidio en Colombia y se dictan otras disposiciones, en la exposición de motivos con preocupación se observa la confusión en el legislador al manifestar que: “El Estado colombiano se definió a sí mismo como Estado Social de Derecho, fundado sobre el respeto a la dignidad humana.” Para luego pasar a decir que: “Frente al concepto de Dignidad Humana, ha expresado el Tribunal Constitucional colombiano: La Carta Política reconoce el derecho inalienable de todo ser humano a la dignidad, entendida como autonomía o posibilidad de diseñar un plan y de determinarse según sus características vivir como quiera (...)”.

Parecería increíble que en el mundo actual se deba recordar lo que es la dignidad, ese valor propio de Derecho natural que es común a todos los seres humanos, pero que se ha convertido en un concepto tergiversado por el Derecho positivo; sin embargo, considero mi deber resonarlo en este escrito.

La palabra *dignidad* viene del latino *dignus*, término que recogía el término griego *axios* (valor). Así es que debemos entender la dignidad como aquel valor último e intrínseco que no depende de ninguna voluntad, que no es dada por nadie, sino que la persona lo tiene de suyo; así, la persona merece respeto y consideración. En este sentido estamos hablando de dignidad ontológica, es decir, aquel valor no otorgado por ninguna persona sino reconocido *per se*.

No queda duda del imperativo que tenemos, de actuar conforme a la ética kantiana, es decir, no desconocer el respeto que los individuos deben tener por la dignidad. La sociedad debe fundamentar sus normas en la dignidad de la persona humana, en el respeto por el otro: “Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio” (Kant, 1963: 84).

Al establecer la dignidad como elemento esencial, podemos ver el documento de Voluntades anticipadas como herramienta de consolidación de la relación entre paciente y profesional médico; que aquél reconozca en éste a una persona que lo ayudará a tomar la decisión correcta de acuerdo a la *lex artis* y a sus condiciones personales de enfermedad, pero que el profesional médico de igual manera reconozca en su paciente un ser humano que no quiere ser sometido a actuaciones distanásicas y reconozca cuándo debe hacer limitación de esfuerzo terapéutico, es decir, reconocerle su dignidad como ser humano.

Al respecto Córdoba Palacio (2001) afirma que:

La profesión médica tiene una característica que la distingue de todas las otras, incluyendo la de otros “sanadores” que dedican sus esfuerzos a la “salud” de los animales irracionales o de los vegetales, y es la condición humana, la dignidad de persona que le es intrínseca tanto al paciente como al médico. Esa característica hace del acto médico un encuentro de dos seres humanos con igual dignidad, con valor ético, un valor absoluto. (óp. cit.: 100).

Este encuentro de ambos, paciente y médico, resolvería el problema que podría llegar a plantearse sobre el vacío legislativo respecto de la obligatoriedad por parte del equipo médico y de los familiares, de aceptar o no lo contenido en el documento de voluntad anticipada, pues el contenido habría sido producto de una labor concienzuda entre el médico y el paciente, que habría conocido su proceso particular de enfermedad y que conllevaría a la aceptación del documento en el futuro.

(...) cada proceso de enfermedad es distinto, siendo cada vez más frecuente en la práctica clínica diaria, situaciones sociales y legales complejas que hacen difícil y controvertido el proceso de toma de decisiones médicas desde una perspectiva ética. En los momentos previos a la muerte muchos enfermos pueden tener comprometida su capacidad de decisión por circunstancias que afecten a su estado físico, emocional o mental o por un mecanismo de afrontamiento claramente desadaptativo. (Barbero et al., 2008: 117–118).

Y aquí es cuando surge la responsabilidad del médico de orientar a su paciente, no de imponerle ni disuadirle tal o cual comportamiento, sino de dialogar, de comunicarse de manera plena y asertiva, de responder sus dudas y aconsejarle conforme a la *lex artis* y de reconocerse mutuamente como seres dignos, sujetos de consideración. Lo anterior puede llegar a ser difícil, en tal sentido sobre las voluntades anticipadas plantean Ortiz y Beca:

Los profesionales y las organizaciones de salud entendían que esto era responsabilidad exclusiva de los pacientes y que entre sus obligaciones profesionales no estaba el difundir el uso de este tipo

de documentos. Una segunda razón era que los profesionales suelen sentirse incómodos al hablar de estos temas y, por tanto, no los consideraban en sus conversaciones con los pacientes. Una tercera razón era que se solía pensar que estas cuestiones sólo atañen a los ancianos o a los enfermos terminales, en vez de considerar que se pueden expresar en cualquier momento de la vida. (Ortiz & Beca, 2010).

Retomar el modelo de alianza terapéutica resulta entonces vital. Los médicos deben tomar parte en la decisión de sus pacientes, quienes por desconocimiento sobre el estado de la medicina y sus procedimientos, llegan a tomar decisiones fundamentados en el temor y en el equívoco.

En este sentido es deber del profesional médico informar a sus pacientes sobre la posibilidad de acudir a este documento, en caso en que considere puede ayudarle, mirar con detenimiento su condición, su estado de enfermedad, la posibilidad futura de hallarse en incapacidad de decidir y establecer entre ambos el mejor camino a seguir para lograr el bienestar del paciente durante el curso de la enfermedad.

Sin embargo, se reconoce la aprensión que puede surgir frente a este deber de información, ya que de ponerse en marcha campañas serias de introducción al documento, ciertos sectores de la población podrían vislumbrar en ello un cierto matiz o trasfondo de apología a la eutanasia, lo cual generaría gran controversia teniendo en cuenta la situación actual de nuestro país.

Resulta por ello necesaria una labor educativa, dirigida tanto a los profesionales médicos como a la sociedad en general, orientada a entender que las voluntades anticipadas:

No pretenden poner fin a la existencia humana y, por consiguiente, no son una modalidad de la eutanasia porque no tienen como propósito inducir la muerte bajo ninguna circunstancia; simplemente, afronta esta última como la culminación de un proceso natural que empieza al nacer. Por ende, este documento suele entenderse como una

manifestación de la libertad de autodeterminación y la concreción del principio de dignidad humana que busca limitar el ensañamiento terapéutico y el impacto de una enfermedad terminal, sobre la cual no hay tratamiento, medicamento o procedimiento quirúrgico que produzca algún efecto positivo o que tenga la potencialidad de hacerlo.

Por lo antes dicho, el documento de voluntad anticipada no sólo es respetuoso de la vida y la salud del paciente, sino que tiene en consideración los derechos de un núcleo familiar sobre el cual, en la generalidad de los casos, es impuesta una carga desproporcionada frente a la cual en rarísimas ocasiones se cuenta con los medios para asumirla.

Al suscribir el documento Voluntad Anticipada, el paciente no está decidiendo sobre si continúa o da fin a su ciclo vital. Se parte de que existe un pronóstico fatal próximo, el cual es irreversible. Por consiguiente hay que resaltar que la Voluntad Anticipada desde ninguna perspectiva implica la decisión de anticipar el desenlace fatal próximo a ocurrir, por cuanto no consiste en la solicitud de que se aplique o se realice un tratamiento para terminar con la vida. En este sentido *no resulta un instrumento eutanásico*. (Corte Constitucional, Sala Plena, C233, 2014).

Requerimos pues un cambio de mentalidad en nuestra sociedad, pero ante todo educación para los pacientes, familiares, profesionales de la salud, entidades prestadoras de salud y demás instituciones, para realizar una correcta implementación que permita una eficacia del instrumento bajo parámetros éticos y legales.

Conclusiones

Las voluntades anticipadas no deben verse simplemente como un documento que se realiza voluntaria y conscientemente, sino que también debe observarse desde un plano jurídico, médico, sociológico, psicológico, y contextualizado en el marco personal y familiar de cada individuo que quiera suscribirlo. Es por esta razón que debe ser estipulado

por cada persona según las condiciones particulares que vivencia, y con un manifiesto acompañamiento del profesional médico, así como de los familiares que le rodean, y con una clara información y educación previa para poder establecer el curso de acción de la mejor manera posible.

Debe propugnarse por ver esta introducción en la legislación colombiana de suscribir voluntades anticipadas, como herramienta biojurídica e instrumento de afianzamiento y consolidación de la alianza terapéutica como modelo en la relación médico–paciente, y no como elemento antagónico que la exacerba y deteriora.

Se debe hacer especial énfasis en el proceso de toma de decisión que conlleva a realizar un documento de este tipo, pues al individuo le sirve, además de reconocerle su valor como persona y respetarle su autonomía, para “facilitar un proceso deliberativo sobre fines, medios y valores en juego para clarificar la toma de decisiones, favorecer la relación y comunicación profesional–paciente, aumentar la percepción de control y el control real sobre su situación y prevenir posibles conflictos futuros.” (Barbero et al., óp. cit.: 117–118).

Es así como las voluntades anticipadas no pueden reducirse a solo un modelo, como si de una minuta jurídica se tratase, ya que resulta insuficiente para manifestar la voluntad real de quien otorga este documento, tal como sucede generalmente.

El documento debe ser redactado sin seguir estándares, sino por el contrario, debe ser elaborado a conciencia y orientado a la situación particular. Los modelos de Voluntades anticipadas no deberían redactarse para estampar la firma y ya, como suele suceder con los formatos de consentimiento informado; estos documentos deben ser redactados con base en guías personales y familiares como ya se anotó, y con la asistencia de un profesional médico y también del derecho, que tengan pleno contacto con la persona y dé como resultado entonces un documento personal que refleje a ésta verdaderamente. Al respecto cabe anotar:

La experiencia de países europeos que han puesto en ejecución la DVA, manifiestan que en este documento el paciente debe tener la libertad para expresar sus deseos en relación con: 1) La persona que quiere que tome decisiones de atención médica cuando el paciente no pueda hacerlo. 2) Los tipos de tratamiento médico que desea o no desea se le apliquen bajo ciertas condiciones mórbidas. 3) El lugar donde quisiera pasar sus últimos días. 4) La gente que quiere que le rodee y la forma cómo quiere ser tratado. 5) Los datos de su enfermedad que quiere sean conocidos por sus seres queridos.

En el documento de DVA deben escribirse con detalle y claridad: los criterios (valores morales, religiosos y otros) que el paciente requiere se tengan en cuenta para respetar sus deseos, las situaciones clínicas que a su juicio pueden ser decisivas para tomar decisiones, las instrucciones del paciente para utilizar determinadas actuaciones y tecnologías médicas, y la designación de un representante que sepa interpretar sus deseos cuando ante los médicos surjan dudas o inquietudes. (Duque, 2014).

En consecuencia, sea de la manera en que se les llame: testamentos vitales, voluntades o directivas anticipadas, o instrucciones previas, no es un tema que se trate cotidianamente, mucho menos en países cuya legislación ni siquiera lo contempla o apenas se introduce, como el caso de Colombia, pero su desarrollo y aplicación debe difundirse correctamente para que finalmente pueda entenderse como el escenario en el que el médico y el paciente pueden llegar a converger, buscando ambos el bienestar de éste en relación con la situación particular que atraviesa o pudiese llegar a atravesar amparados en la *lex artis*, pero ante todo, en el reconocimiento de la dignidad de los seres humanos.

Bibliografía

- Barbero J., Díaz L., Coca C., Del Rincón C. & López-Fando T. (2008). “Las instrucciones Previas en Funcionamiento: Una Herramienta Legal con Valor Psicoterapéutico”. *Psicooncología*, 5(1), 117–118.
- Belli, L. F. (2014). “El debate en torno a la validez de las directivas anticipadas”. En: *Salud. Persona y Bioética*, 18(2), 213–225. Doi: 10.5294/pebi.2014.18.2.10.
- Bernad Mainar, R. (2008). “Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas”. *Icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 75(3), pp.337–360.
- Caeiro, T. (1994). “El proceso de información y consentimiento en el acto médico”. *Revista Medicina*, 54(3), pp. 275–277.
- Cantú–Quintanilla G., Ubiarco V., Medeiros–Domingo M., Gracida–Juarez C., Reyes–Acevedo R., Reyes–López A., & Alberú–Gómez J. (2012). “La ley de voluntad anticipada del distrito federal en México. Trasplantes e ideología”. *Persona y Bioética*, 16(1), 11–17. Recuperado de: <http://personaybioetica.unisabana.edu.co/index.php/personaybioetica/article/view/2316>.
- Córdoba Palacio, R. (1999). *Bioética fundamental I*. Medellín, Colombia: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- (2001). *Bioética fundamental II*. Medellín, Colombia: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Corte Constitucional, Sala Plena. (2014). Sentencia C–233. (9–abril–2014) [MP Alberto Rojas Ríos].
- Corte Constitucional, Sala Primera de Revisión. (2004). Sentencia T–762. (11–agosto–2004). [MP Jaime Araujo Rentería].
- (2006). Sentencia T–866. (19–octubre–2006). [MP Jaime Araujo Rentería].
- Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (1994). Sentencia T–401. (12–septiembre–1994). [MP Eduardo Cifuentes Muñoz].
- Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (2008). (29–febrero–2008) Sentencia T–216. [MP Humberto Sierra Porto].
- (2010). Sentencia T–452. (15–junio–2010). [MP Humberto Sierra Porto].
- Duque, J. H. (2014). *Declaraciones de Voluntad Anticipada: la atención en situaciones críticas del futuro*. *Periódico el Pulso*. Recuperado de: <http://www.periodicoelpulso.com/html/1501ene/general/general-08.htm>.

- Gajardo-Ugas, A & Lavados-Montes, C. (2010). “El proceso comunicativo en la relación médico-paciente terminal”. *Persona y Bioética*, 14(1), 48–55. Doi: [10.5294/pebi.2010.14.1.4](https://doi.org/10.5294/pebi.2010.14.1.4).
- Gómez Gallego, R. (2008). *La dignidad humana en el proceso salud-enfermedad*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad del Rosario.
- Kant, E. (1963). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid, España: Espasa-Calpe.
- Congreso de Colombia. (1981). *Ley de Ética Médica*. (18 de febrero de 1981). [Ley 23 de 1981]. DO: 35.711.
- (2014). *Ley de Cuidados Paliativos*. (8 de septiembre de 2014). [Ley 1733 de 2014]. DO: 49.268.
- Obiglio, H. (2014). “Un expectante enfoque médico: la medicina del deseo. En M. Solanet (Presidencia)”. *Sesión privada*. Buenos Aires, Argentina: Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.
- Ortiz, A. & Beca, J. P. (2010). *Planificación previa del final de la vida: testamentos vitales, directrices anticipadas*. (2010, 9 de marzo). [Web log post]. Recuperado de: <http://bioetica.udesarrollo.cl/blogbioetica/?p=20>.
- Quijada Gonzales, C & Tomas y Garrido, G. M. (2014). “Testamento vital: conocer y comprender su sentido y significado”. *Persona y Bioética*, 18(2), 138–152. Doi: [10.5294/pebi.2014.18.2.4](https://doi.org/10.5294/pebi.2014.18.2.4).
- Sánchez Salazar, D. V. (2012). “El consentimiento informado del paciente como limitante de la investigación científica en España”. *Revista Criterio Jurídico Pontificia Universidad Javeriana de Cali*, 12(2), 69–87. Recuperado de: <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/620/813>.
- Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (2006). “La ley 41/2002 y las voluntades anticipadas”. *Cuadernos de bioética*, 17(1), 69–76. Recuperado de: <http://www.aebioetica.org/revistas/2006/17/1/59/69.pdf>.
- Simón, P. (2000). *El consentimiento informado*. Madrid, España: Triacastela.
- Simón, P. (2014). *Testamentos vitales y otros aspectos de atención al final de la vida* [Audio podcast]. (Octubre–17–2014). Recuperado de: <http://www.javerianacali.edu.co/testamentos-vitales-y-otros-aspectos-de-atencion-al-final-de-la-vida>.
- Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil. (2001). (12 de enero de 2001) STS 3. [MP José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez].

Juristas, clérigos y mercaderes.
El ascenso del derecho
escolástico en la Europa
medieval y su impacto en el
crecimiento económico*

*Jurists, Clerics, and Merchants: The
Rise of Learned Law in Medieval Europe
and its Impact on Economic Growth*

*Hans-Bernd Schäfer y Alexander J. Wulf***

Traducción de Santiago Dussan***

* Los autores agradecemos a Michael Funke, Dirk Heirbaut, Reinhard Zimmermann, Tilman Reppen, Vincenzo Colli, Benjamin Veal, Claus Ott, Peter Behrens, Hein Kötz, Karsten Schmidt, Robert Cooter, Marcus Schadl, Jaroslaw Beldowski, Marco Fabbri; a participantes de talleres donde tuvimos la oportunidad de presentar este artículo; a dos revisores anónimos por sus valiosos comentarios y sugerencias. Queremos extender un agradecimiento especial a Axel Moeller, quien nos ayudó con los datos empíricos y gráficos. Además quedamos en deuda con Ted Eisenberg, quien realizó sugerencias importantes con respecto a los modelos utilizados, así como a Jim Godley, quien nos brindó valiosa información adicional con respecto a academia jurídica en la Edad Media. Todos los errores son de responsabilidad de los autores.

** Profesor Hans-Bernd Schäfer, Bucerius Law School, Hamburgo. Dirección de correspondencia: Jungiusstr. 6, 20355 Hamburgo, Alemania; email: hans-bernd-schaeferaw-school.de. Alexander Wulf, Bucerius Law School, Hamburgo y SRH Hochschule, Berlín.

***Candidato a doctor en Derecho en Bucerius Law School de Hamburgo; actualmente es profesor del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana, Cali.

Resumen

Entre los años 1200 y 1600, el desarrollo económico en la Europa católica experimentó un notable impulso. Al final de este periodo los niveles de ingreso per cápita se encontraban muy por encima de aquellos correspondientes a otras regiones del mundo. Nosotros relacionamos este único desarrollo con el resucitar del Derecho Romano, el ascenso del Derecho Canónico y el establecimiento del Derecho como una disciplina escolástica y científica enseñada en las universidades. En esta ocasión, ponemos a prueba dos hipótesis concurrentes respecto del impacto que estos procesos han tenido sobre el crecimiento económico en Europa medieval. La primera de nuestras conjeturas es que la propagación del Derecho Romano condujo al aumento del comercio y del crecimiento económico. La segunda conjetura concurrente es que éste no se dio como resultado de la recepción del Derecho Romano, sino como consecuencia de ser éste un Derecho, junto con el Canónico, de naturaleza racional, científica y sistemática; y también como resultado del entrenamiento en estas disciplinas de los juristas en las universidades que se habían establecido recientemente (*Verwissenschaftligung*). Conjuntamente esto dio al Derecho una flexibilidad innovadora a través de Europa, en la que también influyeron el Derecho Mercante (*lex mercatoria*), y el Derecho Consuetudinario. Al utilizar datos sobre la población en más de 200 ciudades europeas como proxy del ingreso per cápita, podemos observar que un impacto importante sobre el desarrollo económico no fue el contenido del Derecho Romano como tal, sino el surgimiento de facultades de Derecho en las universidades y la aparición de un método jurídico desarrollado por glosadores y comentaristas con sus respectivas interpretaciones y la sistematización de las fuentes del Derecho Romano (compuesto, entre otros, por el *Corpus Juris Civilis* y el *Digesto*); y del Derecho Canónico. El esfuerzo para obtener conclusiones normativas generales de estas fuentes de Derecho, tuvo como resultado una abstracción, una metodología y el surgimiento del Derecho como una disciplina académica. Cuando alguna facultad de Derecho era fundada en cualquier lugar de Europa, los juristas aprendían tanto conceptos jurídicos nuevos, como habilidades que antes habían permanecido desconocidas y que ahora se consideran propicias para la actividad comercial.

Palabras Clave: Derecho Romano, Derecho Canónico, Edad Media, Crecimiento económico, Racionalismo, Universidad, Jurista, Europa.

Abstract

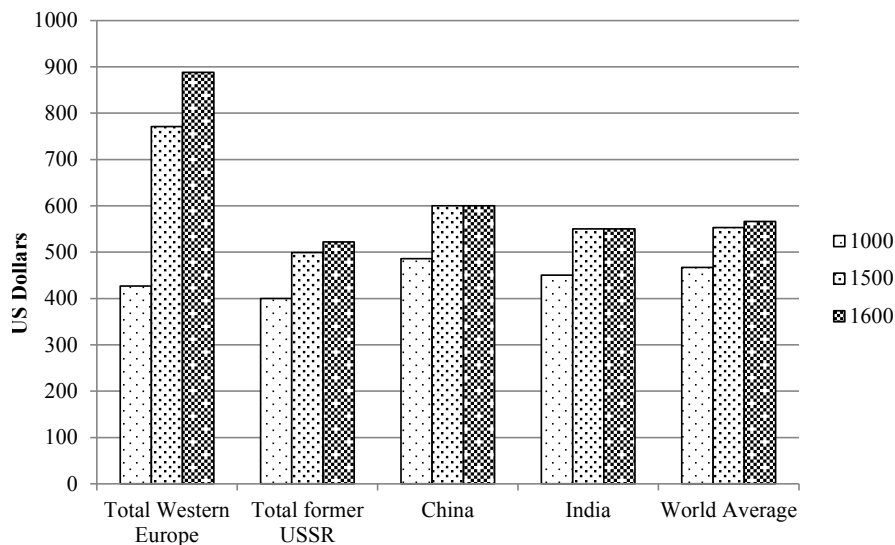
Between the years 1200 and 1600 economic development in Catholic Europe gained momentum. By the end of this period per capita income levels were well above the income levels in all other regions of the world. We relate this unique development to the resurrection of Roman law, the rise of Canon law and the establishment of law as a scholarly and scientific discipline taught in universities. We test two competing hypotheses on the impact of these processes on economic growth in medieval Europe. The first conjecture is that the spread of substantive Roman law was conducive to the rise of commerce and economic growth. The second and competing conjecture is that growth occurred not as a result of the reception of substantive Roman law but rather because of the rational, scientific and systemic features of Roman and Canon law and the training of jurists in the newly established universities (*Verwissenschaftligung*). This gave the law throughout Europe an innovative flexibility, which also influenced merchant law (*lex mercatoria*), and customary law. Using data on the population of more than 200 European cities as a proxy for per capita income we find that an important impact for economic development was not primarily the content of Roman law, but the rise of law faculties in universities and the emergence of a legal method developed by glossators and commentators in their interpretation and systematization of the sources of Roman law (*Corpus Juris Civilis*, Digests) and Canon law. The endeavor to extract general normative conclusions from these sources led to abstraction, methodology, and the rise of law as a scholarly discipline. Wherever law faculties were founded anywhere in Europe jurists learned new legal concepts and skills which were unknown before and conducive for doing business.

Keywords: Roman Law, Canon Law, Middle Ages, Economic Growth, Rationalism, University, Jurist, Europe.

1. Introducción

¿Ha tenido algún impacto en el crecimiento económico aquel suceso único que comenzó alrededor del año 1080 en la Universidad de Boloña y que cambió la concepción del Derecho a través de Europa? Algunos historiadores del Derecho contemplan este proceso, que culminó en el establecimiento de un cuerpo de normas jurídicas de naturaleza sistemática, racional y sofisticada, como uno de los más grandes logros en Europa (Berman, 1983) (Stein, 2009: 157–173). Ello dio pie a la resurrección y recepción del Derecho Romano en algunos países y al establecimiento de un sistema de Derecho Canónico igualmente sofisticado en toda la Europa católica; y más tarde al desarrollo de un *jus commune*. Poco se sabe acerca de si, y en qué medida, este logro cultural contribuyó al crecimiento económico a lo largo del mismo periodo en el cual Europa Occidental llegó a ser la región más opulenta del mundo. Esto incluso mucho antes del reconocido crecimiento del Siglo XVIII, que a su vez culminó con la Revolución Industrial.

Figura 1: PIB per cápita 1000-1600 en dólares



Fuente: Maddison, A. Historical Statistics. Paris: OECD, 2003.

En esta oportunidad mostramos cómo la propagación del Derecho Romano y de los juristas escolásticos (*learned lawyers*) entrenados en las universidades influenciaron el crecimiento de las ciudades en Europa. Nuestro estudio de panel abarca desde el año 1200 hasta 1600 y utiliza datos de población de las ciudades, la proliferación de universidades con departamentos de Derecho en Europa y la extensión con la que, tanto el Derecho Romano sustantivo como el procesal, fueron recibidos en las diferentes regiones europeas. De igual forma, nuestro estudio de panel incluye otras variables con un efecto importante sobre la población de las ciudades como por ejemplo: las cifras de población en países y regiones de Europa Occidental; la catastrófica plaga bubónica del Siglo XIV; y el grado de libertad económica y política en las diferentes regiones de Europa.

El presente artículo está organizado de la siguiente manera. Primero presentamos algunos hechos sobre el desarrollo del “Derecho Escolástico” (*learned law*) en las universidades que habían sido recientemente establecidas. Después de esto, procedemos a presentar algunas hipótesis de historiadores del Derecho acerca del impacto de este nuevo suceso en la economía. La siguiente sección describe nuestro modelo, el cual utiliza como variable dependiente propia, las cifras de la población de las ciudades a manera de proxy de ingreso per cápita; como también utiliza las variables sobre la propagación del Derecho Romano y de las facultades de Derecho como variables independientes. De igual forma, corregimos muchos otros factores que podrían tener una influencia en la población de las ciudades en las regiones y periodos relevantes. Después presentamos los resultados de nuestro estudio, en el cual utilizamos, entre otros, un modelo de efectos fijos (*fixed effects model*). El hallazgo más importante corresponde a una significativa correlación positiva entre el número de ciudadanos en una ciudad en particular y el número de universidades dentro de un círculo de 300 kilómetros alrededor de la ciudad misma. En la última sección nos ocupamos del vínculo causal entre esas dos variables. Encontramos cierta evidencia de que la dirección de causalidad va desde el acenso de las universidades y del Derecho Escolástico hasta el crecimiento de las ciudades —esto es,

para un desarrollo de la oferta—. Sin embargo, un vínculo causal en la otra dirección, impulsado por la demanda de las ciudades florecientes no puede ser excluido. El desarrollo combinado de Derecho Escolástico y crecimiento económico es ahora seguramente comparable con un entrelazado efecto de “Silicon Valley” medieval, con una demanda por un nuevo Derecho del lado de las ciudades comerciantes que recién emergían; y una oferta de juristas escolásticos, que suministraron productos jurídicos novedosos y desconocidos en ese tiempo. Esto tuvo un impacto en el acenso económico de Europa Occidental.

2. Algunos hechos de una sigilosa revolución cultural

Un Nuevo Derecho

De la literatura tradicional sobre historia jurídica en Europa medieval extraemos algunos hechos que resultan ser importantes para la formulación de hipótesis. Durante la temprana Edad Media una parte del Derecho Romano sobrevivió en los reinos que estaban evolucionando sobre el territorio del Imperio Romano Occidental y Oriental, pero lo hizo en una forma que era poco propicia para la generación de crecimiento económico. No obstante esto, el Derecho Romano no desapareció completamente. Por el contrario subsistió en Italia, alrededor del Golfo de Lyon, así como en partes de Iberia.¹ Estos estados continuaron usando prácticas jurídicas que habían evolucionado durante la Antigüedad tardía, cuando el Principado introducido por el emperador Augusto se había transformado en un “Dominado.” El Principado estaba aún basado en las raíces republicanas que suponían una limitación de los poderes del Emperador; y que permitió un florecimiento de la economía urbana. El Dominado de la Antigüedad tardía destruyó la columna vertebral de la riqueza del Imperio por medio de un inescrupuloso sistema de impuestos, servicios, regulaciones y requisiciones con el objeto principal de mantener a la burocracia y al ejército (Wieacker, 1981: 273 y Wieacker, 1996).

¹ Agradecemos a un árbitro por esta información.

Después del periodo de las migraciones (invasiones Germánicas) en casi toda Europa, el Derecho consuetudinario pasó a ser el Derecho predominante —por ejemplo, el Derecho de las tribus Germánicas—. Si bien durante la Antigüedad tardía y la temprana Edad Media la herencia jurídica Romana suponía cierta importancia práctica (Repgen, 2007: 160), ese Derecho consuetudinario (por ejemplo, la Ley Sálica del Imperio Franco) concentraba los derechos y deberes a la lealtad que se demandaba al nivel de la comunidad, a la solidaridad y a la comunión con el clan como tal; y no contaba con concepto elaborado alguno acerca de voluntad o responsabilidad individual (Wieacker, 1995: 17; Brants, 2010: 10).²

Desde finales del Siglo XI los juristas académicos en la Universidad de Boloña, y, más tarde, en muchas otras facultades de Derecho fundadas en otras universidades, de acuerdo con el modelo de ésta, dentro y fuera de Italia, desarrollaron la compilación Romana (Justiniana) de la Antigüedad tardía, como un sistema compresivo de escolástica jurídica. Denominado “recepción,” este fue un proceso de educación y desarrollo jurídico que duró un siglo³ y que constituyó una sigilosa infiltración dentro del Derecho preexistente. Académicos jurídicos comenzaron a enseñar el Corpus Juris Civilis junto con glosas y comentarios escritos por un grupo de profesores de Derecho italianos en las universidades recién fundadas. Un desarrollo similar ocurrió con el Derecho Canónico. A finales del Siglo XVI el Derecho Romano había influenciado a las cortes hasta su jerarquía más baja, en virtud de que los abogados entrenados ocuparon casi todas las profesiones jurídicas en casi todos los países Europeos.

² La siguiente cita de Brants se relaciona con los Países Bajos pero pareciera ser una concisa descripción general: “Each sub-community or clan solved any breach itself, its members collectively liable for reconciliation through compensation of goods or life and limb. If no such peaceful solution could be reached, only ‘blood vengeance’ could restore the situation. The right and duty to compensation or vengeance for the consequences of the deed functioned to compensate the clan for the material, and the tribe for the immaterial consequences of the breakdown of social relations. Actions threatening the tribe as such were punished by the death or banishment from the community order. This may resemble individual punishment, but the ethical element derives not from a sense of individual guilt, but from a need to restore the self-evident order of the tribe.” (Brants, 2010: 10).

³ “*Bildungsprozess*” en las palabras de Repgen (2007: 157).

Principalmente los jueces llegaron a ser entrenados académicamente (en Derecho Romano y Canónico).

El nuevo Derecho era abstracto, racional, sistemático y consistía en costumbres generales de tipo regional y tribal ((Zimmermann, 2007: 10). Por lo tanto, esto no sólo podía remover la “maraña de la costumbre” en la que consistía mucho del Derecho tradicional, sino que también podía otorgarle coherencia. Los juristas académicos, al escribir en latín, sistematizaban permanentemente el cuerpo de normas jurídicas y eliminaban las contradicciones que pudieran existir entre ellas. James Gordley provee el siguiente pasaje como resumen del trabajo de estos juristas (Gordley, 2013):

The concern of the medieval jurists was not solely to apply their texts to situations that the texts did not expressly cover. They also wanted to explain each text of the Corpus juris in terms of every other. That effort led them to impose an order on the texts that the Romans had not contemplated. (...) Their goal was to assign to each text a place in the scheme of things by relating it so far as possible to every other text. (...) The end result was a chain of interconnections among texts in which each text was supposed to shed light on the meaning of every other.

Esto llevó a los juristas escolásticos a nuevas conclusiones e ideas que, o bien no se encontraban en los textos jurídicos Romanos, o solo se encontraban de una manera implícita.⁴ La forma escrita de la norma jurídica facilitó su utilización (Zimmermann, 2007: 10). El resucitado Derecho Romano concentraba derecho y obligaciones al nivel del individuo, no al nivel de la familia, un grupo o el clan. La idea Cristiana de hombre a imagen de Dios y la idea de libertad de la persona, heredada del Derecho Romano clásico, dieron forma al Derecho privado basado

⁴ Un excepcional ejemplo es la opinión jurídica, desarrollado por Romanistas y Canonistas, que cualquier contrato basado en declaraciones de voluntad es válido y capaz de hacerse cumplir por medio de la fuerza, independientemente del tipo de contrato (*pacta sunt servanda*), lo cual constituía una innovación sin paralelo en Derecho Romano. Ver Gordley, 2013.

en la autonomía privada. Esto es aplicable tanto para los contratos⁵ como para la propiedad (Zimmermann, 2007: 10). La visión que se tenía de la propiedad era de la de un derecho absoluto, que concentraba todos los usos potenciales que se pudieran hacer de un recurso indiviso a nivel individual; y no como un privilegio o prestación derivada de una “investidura” capaz solo de ser otorgada o tomada por un soberano. Esta visión consideraba el Derecho, por un lado, bien como un acto imperativo proveniente del gobernante, o bien como un contrato fundamentado en la voluntad de los individuos; pero no como un devenir de la costumbre. Esta visión racionalizó el procedimiento jurídico; las demandas debían presentarse por escrito para poder ser estudiadas adecuadamente por parte del juez y el demandado.

Por primera vez en la historia, el Derecho diferenciaba derechos y obligaciones jurídicas de aquellas cuestiones morales y de la costumbre, haciendo así de él una categoría en el ideario de la sociedad y otorgándole una relativa autonomía (Berman, 1983). Junto con la teología cristiana, el Derecho exigía que los conflictos que fueran de naturaleza pública fueran sujetos al orden jurídico, lo cual puede contarse como un suceso único en Occidente que tuvo como resultado el imperio del Derecho (Wieacker, 1981: 277). La recepción no fue un trasplante jurídico, sino una sigilosa infiltración en el Derecho existente; y fue acelerada por el constante incremento en el número de abogados académicamente entrenados dentro de un currículo consistente en Derecho Romano y Canónico. Originalmente las reglas del Derecho Romano tenían únicamente un carácter subsidiario, si el Derecho local no contaba con reglas aplicables al caso concreto en cuestión; o si las reglas jurídicas Romanas eran reglas de interpolación o de jerarquía entre normas jurídicas conflictivas. Los abogados, en comparación con los meros practicantes, contaban con instrumentos superiores para decidir casos difíciles y para utilizar elementos de un sistema jurídico para bosquejar contratos complejos,

⁵ Abogados de Derecho canónico desarrollaron el concepto de la obligación contractual como resultado únicamente de una declaración mutua de voluntad individual en la Edad Media. “Pacta sunt servanda” es una adición canónica al Derecho contractual y no cuenta con raíces en el Derecho Romano clásico de los contratos. Ver Berman, 1996.

sociedades y estatutos de ciudades. Solo mucho después las reglas jurídicas Romanas comenzaron a reemplazar las normas jurídicas locales antiguas. En algunas regiones europeas el Derecho Romano reemplazó al Derecho consuetudinario preexistente; en otras, el nuevo Derecho surgió del antiguo Derecho consuetudinario. Pero en toda Europa el nuevo sistema jurídico y su gramática llegaron a ser parte del entrenamiento jurídico de los abogados y reemplazaron los viejos procedimientos y el estilo mismo del argumento jurídico.

La Legitimidad del Nuevo Derecho

Desde el comienzo de su enseñanza en Boloña, el Derecho Romano gozó del más alto nivel de legitimidad al ser el Derecho aplicable a la totalidad de la Cristiandad Católica. El hecho de que un texto jurídico olvidado hace 550 años⁶ e interpretado por profesores en Boloña pudo servir como punto de partida de un suceso legal de tan gran alcance, no puede ser entendido completamente sin hacer referencia a aquellas creencias medievales generalmente compartidas. La medieval “idea de Roma” acerca de una continuación y renovación del Imperio Romano clásico (*renovatio et translatio imperii*) (Wieacker, 1981: 276), junto con los conceptos curiales de los papas de la reforma después de Cluny, le dieron al Derecho Romano el poder de fuerza jurídica inmediata como el Derecho imperial para todo la Cristiandad. Después de su redescubrimiento, gozó de un estatus casi sagrado, comparable únicamente con las Sagradas Escrituras.⁷

⁶ Los digestos fueron de hecho olvidados, mientras que el *Codex Iustinianus* permaneció como conocido y utilizado. Agradecemos a un árbitro esta información.

⁷ El estatus casi sagrado del Corpus Juris Civilis y su alto grado de legitimidad es especialmente recalcado por Wieacker. “For medieval man the civilization of antiquity provided a timeless standard which he had to follow. The ancient texts were beyond any questions valid and they had to be applied in everyday life (...). The clearest instance of this attitude is in the overwhelming power exercised over theology by Holy Writ, the councils and the Fathers of the Church, (...) the Corpus Juris of Justinian enjoyed this authority in the minds of all legal thinkers by reason of its sacred origin in the empire”. Esta visión del estatus casi sagrado del Corpus Juris Civilis es controvertido por los historiadores del Derecho. No obstante no objeto de controversia el que el Corpus Juris Civilis gozaba de un alto nivel de legitimidad dentro del sistema de creencias en la Edad Media.

Los emperadores medievales apoyaban esta idea, lo que lograba estabilizar su legitimidad y poder. De igual forma esta era la opinión común de los juristas en general. La idea de la continuación del imperio dio al Derecho Romano y a su enseñanza una legitimidad que se extendía más allá de la zona de efectividad del poder del emperador, cuya superioridad no era aceptada en amplias zonas de Europa Occidental; por ejemplo por parte de los reyes de Francia, Inglaterra o Polonia. Sin embargo la idea de un imperio indiviso, el cual abarcaba por completo la Cristiandad Occidental, era tan fuerte que los abogados podían extender el alcance del Derecho Romano, y al menos el correspondiente entrenamiento académico, hasta otros lugares donde el emperador no contaba con poder alguno. Dichos abogados utilizaron la ficción según la cual aquellos reyes, que no reconocían al emperador como su superior jerárquico, eran a su vez emperadores en sus respectivos territorios (*superiorem non recognoscens rex imperator est in terra sua*), legitimando así el Derecho Imperial por fuera del Sacro Imperio Romano.

Esta ficción, junto con la alta superioridad del Derecho académico respecto del Derecho consuetudinario tradicional, ayudó a promover la recepción del Derecho Romano y su posterior desarrollo en un “*jus commune*” en toda Europa. E incluso en aquellos lugares donde los gobernantes consideraban sospechoso el Derecho Romano sustantivo por pensar que promovía los poderes imperiales a costa de los reales, la nueva enseñanza del Derecho Romano y del Canónico llegó a ser dominante en todas las Universidades europeas;⁸ mientras que en ninguna parte el Derecho regional y local eran objeto de enseñanza universitaria. Por consiguiente el nuevo Derecho académico influyó profundamente la cultura jurídica en todas partes; también en Francia, los Países Bajos, Polonia, las ciudades Hanseáticas, en incluso en Inglaterra, que no aceptó el Derecho Romano sino mucho después —por fuera del periodo de tiempo de este estudio— Este desarrollo fue apoyado por el Derecho Canónico, a partir del cual las cortes eclesiásticas tenían jurisdicción en todos los países católicos. El Derecho Canónico era de

⁸ “[T]he same textbooks were used at Pavia or Bologna as much as at Halle, Alcalá or Oxford.” (Zimmermann, 1996: x).

una gran importancia no solo para los asuntos de la Iglesia, en tanto que incluía el Derecho del matrimonio; de sucesión; de difamación; e incluso de incumplimiento de contrato. Los clérigos que contaban con entrenamiento jurídico jugaron un importante papel en la administración de la Iglesia, que incluía la administración de los condados y las ciudades (Zimmermann, 2011). Únicamente Inglaterra —y sólo con la monarquía de los Tudor en el Siglo XVI— tomó un rumbo diferente.⁹ Sin embargo este desarrollo no influenció a Grecia ni a Europa Oriental, incluidas Bulgaria y Rusia, así como tampoco a las partes musulmanas de Europa.

3. Hipótesis acerca del impacto económico del nuevo derecho

¿Cómo pudo este suceso del Derecho impactar las fuerzas que lideraron el crecimiento económico? ¿Qué hipótesis en particular desarrollaron los historiadores del Derecho?

El Ascenso del Derecho Académico no puede explicar patrones de crecimiento en Europa después del año 1600

Hemos decidido excluir el periodo comprendido entre el año 1600 y el 1800 de nuestro estudio empírico por varias razones: en primer lugar, durante el Siglo XVII la ciencia jurídica experimentó cambios sustanciales con el advenimiento de la Escuela Holandesa. Sería difícil incluir este suceso en la variable del Derecho Romano. Para modelarlo de forma apropiada tendríamos que codificar la influencia de esta escuela en las universidades Europeas. En segundo lugar, el Siglo XVII trajo consigo unas devastadoras guerras religiosas que tuvieron como

⁹ El impacto del Derecho Romano y la escuela de Derecho académica sobre el Derecho inglés parece no ser controversial. Wieacker (1981: 259) escribe: “Common law and civil law did not wholly part company until after the Tudor period (1485–1603) that is, not after the Inns of Court had definitively prevailed over academic legal education in the preparation of barristers, sergeants-at-law and judges”. El autor se refiere a escritos anteriores de Donahue (1974) y Vinogradoff (1909). Ver a su vez Zimmermann, 2011: 45.

resultado enormes consecuencias demográficas, económicas y políticas, que a su vez tendrían que ser tomadas en consideración. En tercer lugar, el desarrollo económico llegó a depender del comercio de ultramar, así como del crecimiento del imperialismo y del colonialismo. En cuarto lugar, usualmente ha sido analizado, y parece haber cierto consenso al respecto, que la separación decisiva en Europa durante este periodo se dio entre Gran Bretaña y Holanda por un lado, lo cual resultó en el surgimiento de monarquías constitucionales con gobiernos limitados y sujetos a rendición de cuentas y parlamentos fuertes; y, por otro lado, las monarquías absolutistas en muchas otras partes de Europa, que gozaban de gran poder para establecer y cobrar impuestos y para llevar a cabo intervención (Delong & Shliefer, 1993).¹⁰ Esto también aplica al Imperio de los Habsburgo, Prusia, Francia y España. Esta separación resulta por sí sola suficiente para explicar gran parte de las diferencias en crecimiento en Europa entre 1600 y 1800. A su vez, esta separación ocasionó el retraso de la mayor parte de Europa continental respecto de Inglaterra y Holanda independientemente de todas las características de su sistema legal. No apoyamos la actual tesis popular acerca de la superioridad económica del sistema jurídico del *common law* respecto del derecho civil (Glaeser & Shliefer, 2002; La Porta et al., 1998).¹¹ El desarrollo continental durante este periodo fue comparativamente menos conducente al crecimiento económico porque el sistema absolutista no podía proteger de una manera creíble a los inversionistas privados de la misma forma en la que se hacía en Inglaterra, que rechazó el Derecho Romano civil; y en la que se hacía en los Países Bajos, que recibieron el Derecho Romano Civil en el Siglo XVI bajo los Habsburgo y que después de la independencia conservaron y desarrollaron sin interferencia ninguna externa.¹²

¹⁰ Ver también Brennan & Buchanan, 1980 y North, 1981.

¹¹ Para un revisión de la discusión, ver Zywicki y Stringham, 2010, segunda Edición próxima a ser publicada.

¹² Uno de los más grandes académicos jurídicos de Holanda, Hugo Grotius, dijo en 1633 durante una charla en Hamburgo “So apparent is the equity of (Roman Law) in its several parts, but especially in those which pertain to contract and unlawful damage, that it prevails even among those people whom the Romans could never conquer by arms, and it does so without any force, triumphing merely by virtue of its innate justice.” Citado en Zimmermann, 1996.

¿El Derecho Romano Sustantivo Disminuyó Los Costos de Transacción y Promovió el Crecimiento?

En el Siglo XIX muchos académicos creían que el Derecho Romano sustantivo había tenido un impacto sobre el desarrollo económico. En particular hacían énfasis en la sofisticación del Derecho de los contratos y de la propiedad, así como en la concentración de obligaciones legales al nivel del individuo en vez de al nivel de la comunidad. Esta visión es probablemente válida para el Derecho contractual, que, especialmente bajo la influencia del Derecho Canónico, fue hecho de manera más informal y capaz de disminuir costos de transacción. Sin embargo esto resulta cuestionable con respecto al Derecho Romano, puesto que éste ofrecía poco apoyo en las áreas más importantes para los negocios. Wieacker considera la visión —ampliamente adoptada en el Siglo XIX— según la cual el Derecho Romano reemplazó al viejo Derecho, el que a su vez, no podía apoyar las demandas económicas de aquel entonces por ser anticuado. Este autor lista los siguientes inconvenientes del Derecho Romano sustantivo con respecto a los costos de transacción: falta de publicidad e invisibilidad de hipotecas; insuficientes formas jurídicas para la propiedad conjunta, que impedían el desarrollo de compañías; inexistencias de documentos mercantiles ni posibilidad de pago por medio de cheque; los poderes jurídicos de las mujeres eran limitados, impidiéndoles su participación en los negocios; no existían normas jurídicas sobre navegación y minería dentro del Derecho Romano; solo eran posibles obligaciones sin forma en Derecho Canónico. Se podría añadir a todo esto que la definición fuerte de propiedad individual, protegida por una norma de propiedad (*actio negatoria*) tenía la tendencia de propiciar problemas de los anti comunes.

Wieacker también dirige la atención hacia el hecho de que la influencia específica del Derecho Romano sustantivo era baja en muchas partes de Europa, que hasta el Siglo XVI eran económicamente muy exitosas, como Flandes, el norte de Francia y las ciudades de la Liga Hanseática (Wieacker, 1996: 150). En el Sacro Imperio Romano, que incluía partes de Francia del sur, norte de Italia y el Reino de Bohemia, el Derecho

Romano llegó a ser más fuerte. Suiza, los Países Bajos, las ciudades Hanseáticas e Inglaterra, Castilla y Cataluña no aceptaron el Derecho Romano como su Derecho sustantivo y en otras partes como en Francia y Polonia su influencia directa era limitada, en su mayoría, al Derecho procesal.

Pero incluso en las partes imperiales de Europa, al Derecho Romano sustantivo le tomó siglos para reemplazar gradualmente el Derecho consuetudinario local. En el primer periodo su influencia consistió en llenar los vacíos y conciliar inconsistencias dentro del Derecho tradicional. Sin embargo, también cumplió con esta función en otros países. Solo desde la mitad del Siglo XV el Derecho Romano reemplazó gradualmente al Derecho tradicional dentro del Sacro Imperio Romano y los juristas académicos expulsaron a los jurados tradicionales y a los secretarios de las ciudades. El proceso de crecimiento en Europa, sin embargo, comenzó mucho antes, junto con el ascenso del Derecho como una disciplina académica.

También había otros tipos de Derecho que emergieron al mismo tiempo. Éstos no eran como el Derecho Romano. Incluían el Derecho feudal señorial aplicado (*feudal manorial law*) a la producción agrícola; el Derecho gremial y municipal a la actividad manufacturera; y el Derecho mercante y municipal a la actividad comercial. La ejecución (*enforcement*) del Derecho se llevaba a cabo por medio de cortes señoriales y mercantiles. El Derecho Romano podía ser aplicado a cualquiera de estas actividades. Sin embargo, no es del todo claro que haya hecho un buen trabajo en este cometido.¹³ Sin embargo, es probable que el nuevo entrenamiento de los juristas, tanto en Derecho Romano y Canónico, como en conceptos relacionados, influenciara de igual forma a estos sucesos jurídicos por fuera del Derecho Romano, especialmente los procedimientos. Berman adopta la visión según la cual, la totalidad del desarrollo jurídico medieval fue conducido por una revolución papal jurídica, que según él, tuvo un estatus similar al de la Reforma;

¹³ Agradecemos a James Gordley por su valiosa información en este punto.

o la Revolución Francesa o Rusa. No se debe seguir necesariamente esta hipótesis tan discutida para llegar a pensar que es probable que el incremento continuo de juristas escolásticos, que contaban con un título universitario, afectara al Derecho también en esferas que no tenían en lo más mínimo, relación con el Derecho Romano sustantivo.

El Nuevo Derecho Enfatizaba en los Valores Comerciales y Repelía los Valores Comunitarios

La ambigüedad de ciertas normas jurídicas de Derecho Romano con respecto a las transacciones comerciales, sin embargo, no implica que el cuerpo de Derecho Romano no tuviera un impacto positivo en el ascenso de la cultura comercial a lo largo de Europa. Una característica del Derecho Romano, que es a su vez, su enlace con el crecimiento económico, es su inherente tendencia a acentuar valores comerciales y repeler valores comunitarios. Comenzando con Petrarca en el Siglo XIV, los académicos jurídicos y científicos sociales han considerado al Derecho Romano como conducente al capitalismo y a un orden mundial materialista, toda vez que separó las obligaciones morales de aquellas consuetudinarias. Autores de diversas áreas adoptaron esta visión, como el historiador del Derecho Heinrich Brunner, Max Weber, Marx, Tönnies y Proudhon (Whitman, 1995).¹⁴

Al tomar en cuenta la noción de yuxtaposición de sociedad y comunidad de Tönnies, el Derecho Romano fue conducente al ascenso de una moral comercial “no fraternal” que consistía en honestidad, cooperación a largo plazo y fiabilidad, como conceptos opuestos a solidaridad de grupo, parentesco (*kinship*) y lealtad. El historiador del Derecho Whitman afirma que existe un importante vínculo entre el ascenso del Derecho Romano y el ascenso de la cultura comercial (Whitman, óp. cit., 1841).¹⁵ Este autor

¹⁴ Especialmente notorio es Tönnies (1887), obra en la que el autor subraya el argumento de la yuxtaposición del Derecho Romano como Derecho de la sociedad, basado en obligaciones individuales versus el Derecho de la comunidad con sus obligaciones comunitarias; y destaca “la racionalidad mecánica” del Derecho Romano de las obligaciones.

¹⁵ Ver la encuesta de este asunto en particular de Bender (1979).

sostiene que el Derecho Romano influyó la transición gradual desde una comunidad hacia una sociedad más individualista y más orientada por las relaciones de mercado. Whitman argumenta que el Derecho Romano alivió la aceptación de las actitudes comerciales tales como el ánimo de lucro, comprar barato y vender caro, o la aceptación de la bancarrota como simple mala suerte en vez de ser motivo de vergüenza. De acuerdo con Whitman, esta característica del Derecho Romano como un estimulador de la cultura comercial puede ser ignorada fácilmente si los académicos se enfocan con demasiada atención en el hecho de que las normas jurídicas del Derecho Romano promovían o retardaban la revolución comercial durante la Edad Media.

Los Abogados Académicamente Entrenados Constituyeron un Grupo Élite Europeo y Ayudaron a Proveer de Derecho a las Ciudades y a los Comerciantes

Un efecto indirecto importante del Derecho académico sobre el cual los historiadores del Derecho están de acuerdo es el surgimiento de una élite jurídica altamente calificada a lo largo de Europa Occidental. Tan altas y monumentales eran sus capacidades comparadas con las de los practicantes sin ese entrenamiento, que los abogados académicos ocuparon gradualmente todas las esferas importantes de la vida pública y privada; y reformaron y racionalizaron los negocios de la administración pública (Wieacker, 1996: 70).

Tabla 1: Carreras de Graduados en Derecho

Graduados de Boloña 1070-1619			Graduados de Tubinga 1477-1534		
	N	%		N	%
Iglesia (Clero)	478	39.44%	Iglesia (Clero)	1095	67.30
Administración. Pública	262	21.62	Administración Pública	327	20.10
Academia	91	7.51	Academia	133	8.7
Administración Eclesiástica	381	31.44			
			Otras Carreras	72	4.43

Nota: La tabla muestra las carreras de los graduados en Derecho de Boloña y Tubinga. No intentamos estandarizar estas dos estadísticas. Esto hubiera significado la suma de datos correspondientes a “Administración Eclesiástica” con “Iglesia (Clero)” o con “Administración Pública” porque la Iglesia tenía que llevar a cabo papeles importantes en la administración de ciudades y provincias y no solamente en la organización del clero.

Fuente: Cantoni, D. & Yuchtman, N. “Legal Institutions, Medieval Universities, and the Commercial Revolution”, *NBER Working Paper*, 17979, 2009.

Los abogados escolásticos contaban con las habilidades de escribir estatutos completos de ciudades, contratos de negocios y prototipos de compañías modernas. Los abogados académicamente entrenados jugaron un importante rol en el desarrollo de la *lex mercatoria* de la Edad Media y las constituciones de ciudades medievales;¹⁶ al igual que en otras formas jurídicas innovadoras (Wieacker, 1996: 85).

La cualidad abstracta del Derecho permitió transponer su contenido a nuevos campos que, hasta aquel entonces, se encontraban

¹⁶ Es probable que Jordan von Boizenburg, autor del “Ordeelbook,” el primer capítulo de la Carta de la Ciudad Hanseática de Hamburgo de 1270, estudiara Derecho Romano y Canónico en Boloña. Ver: Bertelsmeier-Kierst, 2013. Hermann Langebeck estudió en Perugia en la mitad del Siglo XV. Después llegó a ser el alcalde de la ciudad de Hamburgo y autor de la versión revisada de la constitución de esta ciudad de 1497. Ver: Speer y Repgen, 2013.

subdesarrollados. Su influencia tuvo un gran alcance en aquellas áreas donde el Derecho Romano sustantivo no había sido adoptado, así como también en aquellos campos en los cuales no habían sido desarrolladas nuevas formas jurídicas, como por ejemplo el comercio.

Varios autores creen que la evolución espontánea (de abajo hacia arriba) del Derecho comercial (*lex mercatoria*), junto con las cortes, reglas y procedimiento comerciales que atendían las necesidades de una sociedad comercial que crecía rápidamente, fue influenciada por el acenso del Derecho académico en la universidades. Los abogados ocupaban posiciones importantes en los estados emergentes y en la administración de la Iglesia, que tenía impacto en el desarrollo de las constituciones de las ciudades modernas y en el acenso del Derecho comercial.¹⁷ Este canal indirecto de influencia fue importante y seguramente mucho más importante que el trasplante directo del Derecho Romano sustantivo y procesal.

Berman argumenta que sin el Derecho como una disciplina académica, el acenso de las ciudades en Europa habría sido imposible. “What made urbanization possible then and not before, were new religious and legal concepts and institutions and practices —and new religious and legal concepts and acts— concerning communes and another kind of fraternal associations with collective oaths, corporate personality, charters of liberties, rational and objective judicial procedures, equality of rights, participation in lawmaking, representative government and statehood itself”. El nuevo derecho mercante (López & Raymond, 1955)¹⁸ permitió un cambio estructural profundo de las transacciones comerciales.

¹⁷ Berman argumenta que, a pesar de haber sobrevivido algo de derecho comercial desde la antigüedad independiente del Código de Justiniano, “es posible que los romanistas escolásticos en las universidades europeas de finales de los Siglos XI, XII y XIII hubieran creado un nuevo cuerpo de derecho mercantil desde los textos Romanos. (...) De igual forma, es posible que los abogados canónicos en las mismas universidades, junto con sus colegas en las cancillerías papales y episcopales, hubieran hecho lo mismo, especialmente en vista de que las corporaciones eclesiásticas participaban activamente en actividades comerciales.” (Berman, 1983: 340). (Traducción propia). Ver también: Benson, 1989.

¹⁸ El libro de López y Raymond (1995) muestra la estructura altamente sofisticada de tales contratos, que no eran solo formas escritas de costumbre entre comerciantes.

Contenía contratos de *joint venture*. La *commenda*¹⁹ era un arreglo en el cual una suma de dinero era invertida a cambio de una participación de las ganancias. Los inversionistas no tenían responsabilidades gerenciales ni ningún tipo de responsabilidad por sumas que superaran su inversión. La *compagnia* era similar al contrato de sociedad (*partnership*) moderno. El contrato de seguro era un nuevo instrumento legal. Algunos nuevos documentos comerciales fueron inventados, como la letra de cambio y el documento de conocimiento de embarque, los cuales permitían el cumplimiento del pago sin dinero en efectivo y el acenso de la actividad bancaria y del dinero fiduciario. Greif argumenta que la educación legal en las universidades fue fundamental en el acenso del comercio en la Edad Media. “We believe that the legal education provided by medieval universities played an important, causal role in promoting the commercial revolution”. (Greif, 2000).

A su vez Stein (2009: 61), se expresa en los siguientes términos: “what the civil law supplied was a conceptual framework, a set of principles of interpretation that constituted a kind of universal grammar of law, to which recourse could be made whenever it was needed”. Por consiguiente, el principal impacto del nuevo Derecho en el desarrollo económico pudo no haber sido el efecto de las reglas jurídicas de Derecho sustantivo o procesal sobre los costos de transacción, sino su calidad de abstracto y su estructura científica, que permitieron a los juristas y a los clérigos desarrollar un razonamiento superior para la resolución de conflictos y construir y desarrollar nuevas formas jurídicas, las cuales a su vez fueron conducentes al florecimiento de los negocios y de las ciudades mercantes. Su influencia fue importante independientemente de si el Derecho sustantivo fuera Romano, señorial, gremial o mercantil. Y fue importante a pesar de que las cortes eran dominadas por laicos, como ancianos, mercaderes superiores y jurados (Schöffén).

¹⁹ La *commenda* antecede al periodo al que nos estamos refiriendo. Era conocida a lo largo del Mediterráneo en el S. V, si no acaso antes, aunque bajo distintos nombres. Esta información se la debemos a uno de nuestros árbitros.

El Nuevo Derecho Resultó en un Proceso de Civilización que Redujo las Contiendas Sangrientas y la Venganza de Clanes

Wieacker escribió acerca del impacto económico del Derecho escolástico en Europa y argumentó que “los juristas prepararon el terreno para la expansión económica” (Wieacker, 1981: 278),²⁰ al referirse a la capacidad del nuevo Derecho de resolver conflictos entre normas jurídicas e incluso entre sistemas jurídicos, lo que contribuyó a su vez, al desvanecimiento de los conflictos feudales y entre clanes. Este autor sostiene que el desarrollo del método jurídico racional y del razonamiento jurídico puede ser difícilmente sobreestimado con respecto a su efecto sobre el funcionamiento pacífico de la sociedad europea, toda vez que contribuyó a la reducción de la epidemia de sangrientas venganzas en la Edad Media. Los abogados académicos podían resolver pacíficamente conflictos para los cuales no existían ni medios ni rutinas en la práctica jurídica tradicional y, por consiguiente, llevaban a la utilización de mecanismos violentos de autoayuda que estaban jurídicamente enraizados en el Derecho consuetudinario. Wieacker considera la disputa medieval como el principal impedimento para el desarrollo comercial desde del Siglo IX hasta el Siglo XIII.²¹ Los *consiliatores*, quienes eran en su mayoría profesores de Derecho en el norte de Italia, usaban su monopolio intelectual y el prestigio del nuevo Derecho para resolver conflictos políticos y económicos de aquel entonces de manera pacífica por medio de sus opiniones (jurídicas) (Wieacker, óp. cit.: 278).

Dentro del imperio, este desarrollo hacia una paz pública culminó en la prohibición general de las pugnas; y en el establecimiento de una Corte Imperial (1495) que recibió jurisdicción para conocer las violaciones de dicha paz pública. Esta pacificación y “proceso de civilización” no fue dependiente del trasplante del Derecho Romano sustantivo. Por

²⁰ Interpretación del traductor. Diferente de los juristas sin entrenamiento, estaban los abogados que habían recibido entrenamiento jurídico en las universidades y habían estudiado Derecho Romano y Canónico.

²¹ “[T]he extremely high transactions costs of 10th century Western Europe were mainly caused by the internecine warfare between knights and princes, characteristic of the system (as the Peace of God movement shows)”. (Van Zanden, 2006: 30).

el contrario, fue el resultado de una nueva gramática jurídica común y convincente y de su uso generalizado por parte de los juristas. Wieacker presenta esta conjetura con los siguientes términos: “[E]ven the very principle of settling social and economic conflicts not only by force, authority or compromise but also by the application of general conceptual rules which is the characteristic feature of Western thought – became possible on the basis, and perhaps only on the basis, of Roman Law, or what was thought to be Roman Law”. (Wieacker, *óp. cit.*: 257). Sin embargo, fue también el creciente poder de los gobiernos reales lo que permitió a éstos y a la Iglesia, hasta cierto punto, reprimir las disputas sangrientas. Sin embargo, esta hipótesis no puede ser probada directamente ya que los datos de series temporales acerca del número de disputas en la Edad Media parecen no existir. No obstante, sí parece ser indiscutible que durante la tardía Edad Media el porcentaje de homicidios decreció dramáticamente en Europa (Eisner, 2001).²²

¿Derecho Romano o Abogados Escolásticos? Las Dos Hipótesis Rivales Evaluadas en Nuestro Estudio

Estos resultados y conjeturas que se encuentran en el trabajo de los historiadores del Derecho conducen a dos hipótesis distintas que ponemos a prueba en este artículo. La primera hipótesis es que las reglas jurídicas del Derecho Romano (Justiniano) fueron conducentes al acenso del comercio y al crecimiento económico.

En ese caso, debería encontrarse más crecimiento (de ciudades) en aquellas áreas de Europa que aceptaron rápidamente el Derecho Romano, que en las que preservaron y desarrollaron el Derecho consuetudinario heredado o utilizaron nuevas formas de Derecho. En particular, este habría sido el caso en Europa del norte, Suiza y en los reinos independientes, como Polonia o Hungría, que opusieron resistencia al Derecho

²² Eisner (2001: 629) muestra que las tasas de homicidios decrecieron sustancialmente desde el S. XIII hasta el S. XVI en un 73% en Inglaterra; en un 70% en Alemania y Suiza; en un 47% en los Países Bajos; y en un 16% en Italia.

Romano y desconfiaron de él como un vehículo de poder imperial.²³ Se encuentra implícito en esta hipótesis la visión de que el viejo Derecho consuetudinario no contaba con el potencial para servir de vehículo para el acenso del comercio en Europa.

La segunda y contrastante hipótesis es que el crecimiento ocurrió como resultado de los rasgos científico y sistemático del nuevo Derecho y al entrenamiento de los juristas en este Derecho dentro de las recientemente establecidas universidades en toda la Europa católica, lo cual incluye a Inglaterra en el Siglo XVI.

Esto les permitió a estos países crear nuevos productos jurídicos para las ciudades y los comerciantes, así como también unas formas más sistemáticas y convincentes para la resolución de los conflictos. De igual forma esto permitió el desarrollo de nuevas formas jurídicas que dieron paso a cooperación económica más intensa, división del trabajo y especialización. De ser cierta esta hipótesis, debería encontrarse más crecimiento económico en aquellas áreas con alta densidad en universidades con departamentos de Derecho (como *proxies* de educación jurídica y el número de académicos del Derecho). Este efecto debería haber sido independiente de la difusión del Derecho Romano sustantivo en lugar de Derecho consuetudinario, de Derecho señorial, y de Derecho mercantil toda vez que los profesores en todas las universidades a lo largo de Europa, incluida Inglaterra, enseñaron Derecho de acuerdo al modelo de Boloña. Siendo así que a los estudiantes era enseñado el

²³ Wieacker (1995: 31) escribe: “(...) the tendency of the Glossators after Irnerius was to support the Salic and Hohenstaufen Emperors in their theoretical and political claims”. Suiza fue parte del Sacro Imperio Romano durante el periodo de nuestro estudio. Pero cuando la corte imperial, la cual utilizaba Derecho Romano, fue establecida en 1495, aquella no reconoció la autoridad de esta por temor al dominio imperial. (*Die eidg. Orte erkannten allerdings aus Sorge um die eigene Gerichtshoheit das Reichskammergericht nicht an*) (STADLE, 2006). Polonia y Hungría no eran parte del imperio y “rechazaron el Derecho Romano, el sistema jurídico de los emperadores alemanes”. (Traducción propia) (Giario, 2011: 5). En Inglaterra y Francia las perspectivas anti imperialistas explican hasta cierto punto la renuencia para acoger el Derecho Romano. “English and French jurists (...) consistently refused, in the English kingdom as in the French, to accept the validity of imperial Roman law, heralded at the same period by the imperial ‘glossators’ in Germany and Italy as the principal source of law”. (Kriegel, 2002: 13).

Derecho Romano y el Derecho Canónico, mientras que la costumbre local era aprendida solamente en el trabajo cotidiano.

Por consiguiente, las nuevas ideas jurídicas podían fluir libremente en la realidad jurídica de todos los países católicos, incluida Inglaterra. Mientras los abogados académicos ocupaban importantes posiciones, los nuevos conceptos jurídicos influenciaron las normas jurídicas locales y regionales, incluso si un país oponía resistencia a la recepción del Derecho Romano. Podría afirmarse que estos cambios fueron los más importantes y a ellos se les atribuye un sigiloso cambio cultural. Ellos influenciaron a todos los países donde los abogados fueron entrenados en universidades, más específicamente en Europa Occidental. Este desarrollo excluyó a Rusia,²⁴ a las partes moras de España y al Imperio Romano Oriental. Este último cultivó una reliquia de normas jurídicas inflexible, petrificada y simplista de la tardía antigüedad con el poder ilimitado del emperador para decretar impuestos, para tomar y regular, que también influenció al Derecho ruso.

4. La Base de Datos

En esta sección describimos las variables de nuestro estudio. Algunas de estas son índices cardinales, los cuales construimos nosotros mismos, sobre la base de literatura histórica. Algunas son variables de recuento (*count variables*) que tomamos de publicaciones de historiadores de economía. Algunas de éstas se encuentran disponibles solo desde tiempo reciente. Sin la investigación sobre series temporales de datos de las últimas décadas, este estudio habría sido imposible. También consideramos otras variables que no presentamos en esta sección, ya que no fueron incluidas en el modelo final. Ejemplos de éstas son: Una variable dummy (*dummy variable*) para controlar las ciudades que no derivaban su prosperidad económica de actividades comerciales, sino de

²⁴ Parece ser que la recepción del Derecho Romano en Rusia llegó a ser un importante suceso solo en el Siglo XIX. Ver: Avenarius, 2004.

la imposición de tributos sobre el país (DeLong & Shliefer, óp. cit.: 15) y una variable dummy de una ciudad Atlántica en el año de 1600 para controlar el efecto que el descubrimiento del Nuevo Mundo tuvo en los patrones cambiantes de comercio y desarrollo económico en las ciudades europeas. Estas variables no fueron incluidas en los modelos presentados aquí.

No contamos con ningún conjunto de datos acerca del progreso técnico sustancial (Gimpel, 1977) en la Edad Media. Los mejoramientos en agricultura a través del arado y el enyugamiento de animales, permitieron la actividad agrícola sobre el suelo duro y las cuencas de los ríos. Un mejor transporte produjo una mayor demanda de productos agrícolas. Como resultado de esto, una enorme cantidad de tierra nueva, previamente “malgastada,” fue utilizada para el cultivo. Nuevos molinos, comúnmente utilizados para moler grano, duplicaron o triplicaron sus caballos de fuerza en comparación con los antiguos. Por ejemplo, los molinos fueron equipados con levas que convirtieron un movimiento rotatorio en uno de martilleo de arriba hacia abajo; podían entonces ser utilizados para procesar minerales y paño. Un fuelle que podía producir una ráfaga de aire continua revolucionó la metalurgia. Todos estos efectos y muchos más no pudieron ser modelados directamente. Solo pudieron ser tomados en consideración indirectamente por la especificación de nuestros modelos, los cuales corrigen sesgos que son el resultado de variables faltantes (modelo de efectos fijos).

La Variable de la Población de Ciudad

Nuestra variable dependiente *Población de Ciudad* (*City Population*) mide la población en las ciudades europeas de la Edad Media en términos de miles. Seguimos el ejemplo de DeLong y Shleifer (1993: 671–702) y utilizamos el tamaño de ciudades europeas medievales como un indicador de prosperidad económica. El tamaño de las ciudades es un indicador adecuado de la prosperidad económica porque el sistema económico de una típica ciudad europea medieval estaba principalmente basado más en el comercio que en la administración, lo militar o en el consumo de la clase

dirigente. Además de esto, otros indicadores cuantitativos agregados de la prosperidad económica en Europa medieval son escasos. Siendo así, no existe un mejor *proxy* para el crecimiento económico además de esta variable (DeLong y Shleifer, óp. cit.: 5).²⁵

Los únicos datos disponibles acerca de PIB per cápita provienen del trabajo de Maddison, los que no están lo suficientemente detallados para nuestro estudio (MADDISON, 2003). Un gran factor que influye en la población de una ciudad, es decir en su prosperidad económica dentro de un periodo de tiempo dado, es su población preexistente. Por lo tanto también hemos incluido una variable de desfase (*lag variable*) para *Población de Ciudad* en nuestro modelo. Es de anotar que nuestros resultados principales (ver abajo) persisten cuando no incluimos esta variable de desfase en nuestro modelo.

La variable de *Población de Ciudad* está construida usando datos obtenidos del trabajo de Bairoch et al. (1998), quien estimó las cifras de la población de 2200 ciudades europeas, en las que el número de habitantes había aumentado a 5000 al menos una vez entre los años 800 y 1800 (Bairoch et al., 1988). Seleccionamos 209 ciudades de Europa Occidental de la base de datos de Bairoch et al. Con pocas excepciones, esta variable solo incluye ciudades que durante el periodo entre los años 1000 y 1600 alcanzaron los 10,000 habitantes al menos una vez. Incluimos otras pocas ciudades que cuentan con una gran importancia histórica, Estocolmo, por ejemplo. No fueron incluidas las ciudades de los países europeos donde el Derecho Romano no tuvo relevancia.²⁶

²⁵ También incluimos una variable de *Ciudad Capital* en nuestro modelo para controlar que el estatus de una ciudad afecte el tamaño de su población. La variable incluía ciudades que fueron en determinado momento, la residencia de un rey, por ejemplo Londres, París, Toledo, Nápoles, Praga, Cracovia, Copenhague, Estocolmo y Edimburgo. Las ciudades capitales pueden no derivar su prosperidad económica de actividades comerciales como el intercambio y las industrias. En vez de esto, estas ciudades pueden generar ingresos principalmente a través del cobro de impuestos al campo y así financiar el consumo evidente de los poderosos, así como a los miembros del sistema militar y burocrático para mantener sus poderes. Ver: DeLong & Shliefer, 1993: 18. Sin embargo, la variable de *Ciudad Capital* no mejoró sustancialmente nuestro modelo y por esto fue excluida.

²⁶ Esto aplica a los países (futuros) de Albania, Bulgaria, Grecia, Rumania, Rusia y Yugoslavia.

También excluimos del periodo de nuestro estudio a aquellas ciudades con un alto número de valores faltantes. Ciudades a las que faltaran más de tres puntos de información fueron excluidas. Esta es una aproximación razonable, ya que asumimos que este dato de población de ciudad se encuentra ausente de forma aleatoria.

Decidimos interpolar los datos de población faltantes de todas las ciudades que fueron incluidas en nuestra muestra final. No obstante debe ser mencionado que los resultados clave de nuestro análisis estadístico (ver abajo) persisten incluso si no hubiéramos realizado dicha interpolación sino simplemente excluido aquellas ciudades con datos faltantes. Sin embargo, es preferible realizar la interpolación debido a que esto nos deja más observaciones para nuestro análisis. Respecto del año 1400, 50 ciudades tuvieron datos faltantes; y respecto del año 1500, 8 ciudades lo hicieron. Interpolamos estos valores faltantes utilizando cálculos de interpolación lineal y de extrapolación. Respecto del año 1400 redujimos los números resultantes en un 30% para tomar en cuenta la influencia de la Peste Negra. Como resultado, el conjunto de datos contiene 1.045 observaciones correspondientes al número de habitantes de 209 ciudades en 5 puntos de tiempo: 1200, 1300, 1400, 1500 y 1600. El conjunto de datos se encuentra bien balanceado con una amplia y continua serie temporal entre las ciudades incluidas y para todos los puntos en el tiempo.

La Variable de País

Es importante anotar que la base de datos de Bairoch clasifica la ciudad de un país de acuerdo a las fronteras políticas en el momento de su publicación. La clasificación de Bairoch fue registrada en la *Variable de País (Country Variable)*. Utilizamos esta variable como una variable independiente sin cambios adicionales para tener en cuenta diferencias regionales. Sin embargo, tuvimos que refinar esta variable en algunos casos con el propósito de tomar en cuenta de mejor manera circunstancias particulares a nivel regional e históricas. Por ejemplo, en Francia, Italia y España existieron marcadas diferencias regionales entre la parte sur y la

parte norte. De acuerdo a nuestra clasificación, el sur de Italia comienza al nivel de la longitud de Roma. Francia y España también fueron divididas en partes sur y norte.

La Variable del Derecho Romano

Esta variable categórica es un valor entero que va desde 0 a 4, e indica la influencia de las reglas jurídicas sustantivas y procesales del Derecho Justiniano como fue desarrollado en las universidades italianas. El número de índice etiqueta varias regiones europeas desde 1200 hasta 1600. El significado de los números es: 0 para una completa falta de influencia del Derecho Romano; 1 para un poco de influencia; 2 para una influencia mediana; 3 para una influencia alta; y 4 para una influencia muy alta.

Tabla 2: Números de Índice de la Influencia del Derecho Romano Sustantivo y Procesal en Diferentes Ciudades Europeas (1200-1600)

Región	Número de índice
España Mora, Imperio Romano del Este, Rusia	0
Inglaterra, Irlanda, Polonia, Dinamarca, Suecia, Ciudades Libres de la Liga Hanseática	1
España Católica, Francia del Norte, Escocia, Suiza, Países Bajos, Flandes, Hungría	2-3
Alemania, Bohemia, Austria, Italia del Norte, Italia del Sur, Francia del Sur	3-4 ²⁷

Nota: En el Imperio Romano Oriental —a pesar de haber sido el *Corpus Juris Civilis* compilado en su capital durante el Siglo VI— algo del Derecho Romano sobrevivió en forma reducida y petrificada. Los nuevos desarrollos jurídicos, inspirados por el *Corpus Juris Civilis* que se esparció en la Europa Latina (Católica), no tuvo efecto en Grecia ni en Rusia sino hasta el Siglo XIX.

²⁷ Para las ciudades dentro de las fronteras del Sacro Imperio Romano asumimos números que se incrementan con el paso del tiempo y llegan a un valor pico de 4 en el año 1500. Esto refleja el hecho sobre el cual los historiadores del Derecho están de acuerdo: que la recepción del Derecho Romano ocurrió en dos fases. En la primera de estas este Derecho no reemplazó el Derecho consuetudinario local, sino que modernizó el procedimiento y era utilizado para llenar vacíos. La segunda fase consistió de una recepción de Derecho sustantivo, que reemplazó de manera considerable al Derecho consuetudinario. Ver Wieacker (1996:127).

El número índice representa la extensión en la cual las reglas jurídicas específicas del *Corpus Juris Civilis* fueron introducidas en las diferentes regiones, o si estas regiones retuvieron y siguieron desarrollando sus leyes consuetudinarias tradicionales. Nosotros nos decidimos por estos números sobre la base de la literatura de historia del Derecho acerca de la difusión del Derecho Romano (Justiniano) en Europa, que aporta la siguiente imagen. Las regiones que pertenecen al Sacro Imperio romano, que incluyen Alemania, Suiza, Austria, Bohemia, Flandes,²⁸ los Países Bajos y el Norte de Italia y partes de Francia consideraban el Derecho Justiniano como el Derecho natural del imperio (Wieacker, 1981: 124)²⁹. A pesar de que la recepción del Derecho Romano sustantivo y procesal tomó siglos, se puede afirmar que para el año 1500 llegó a ser el Derecho dominante en aquellas regiones. Sin embargo Flandes, a pesar de ser parte del imperio, retuvo y desarrolló el Derecho consuetudinario. Suiza se excluyó de este desarrollo alrededor del año 1400, y aunque era nominalmente parte del Sacro Imperio Romano, por ejemplo, no reconoció la autoridad de la Corte Imperial establecida en el año de 1495 (Stadle, 2006). También las ciudades de la Liga Hanseática prefirieron sus normas jurídicas mercantiles a aquellas del Derecho Romano durante el periodo relevante (Wieacker, 1996: 102 y 151). Los Países Bajos adhirieron a sus propias normas jurídicas, no obstante formalmente formar parte del Sacro Imperio Romano. Mucho después, en la segunda mitad del Siglo XVI bajo la dominación de la Casa de los Habsburgo cortes centralizadas y romanizadas fueron introducidas en ellos (Brants, 2010: 15).

Los reinos independientes de España, Francia, Polonia, Dinamarca, Suecia y Hungría resistieron el Derecho Romano sustantivo. Con un retraso de tiempo, en España y Francia llegó a ser más importante. El

²⁸ La categorización de Flandes es particularmente difícil. Esta fue una provincia dependiente de Francia hasta aproximadamente el año 1300 y luego llegó a ser parte del Sacro Imperio Romano con la mayoría de sus ciudades que eran libres; más tarde llegó a ser una provincia de las Casa de los Habsburgo. Sin embargo, el Derecho permaneció basado en la costumbre a través de la tardía Edad Media. Ver: Berman (1983, pág. 370). Para un relato más detallado ver: Heirbaut y Gerkens (2011).

²⁹ Sobre la recepción ver también: Janssen y Schulze (2011) y Graziadei (2011).

reino de Nápoles es una excepción. Los emperadores lo gobernaron gran parte de su historia; primero la dinastía Staufer y luego la dinastía Habsburgo. El reino de Bohemia es otra excepción toda vez que era parte del Sacro Imperio Romano. El Sur de Francia, al sur del río Loira, fue más receptivo del Derecho Romano sustantivo que el Norte (Stein, *óp. cit.*: 554). Sin embargo, en la totalidad de Francia así como también en España, el Derecho Romano sustantivo cambió el procedimiento jurídico y la jurisdicción y por lo tanto, llegó a ser más influyente que en otros reinos independientes.

La influencia del Derecho Romano en Inglaterra es aún objeto de debate entre los historiadores. Las cortes inglesas rara vez citaban textos Romanos para apoyar sus decisiones, pero no es claro si acaso los ignoraban a propósito, o si no los citaban porque era inapropiado hacerlo. Los abogados y clérigos de la época recibieron su entrenamiento en Derecho Canónico y Romano en Oxford y Cambridge. Muchos de ellos tenían posiciones dentro de la administración y en la corte de equidad. Solo en el periodo tardío de los Tudor la educación de los jueces ingleses fue removida de las universidades, lo que aceleró la división que resultó en el sistema del *common law*. Sin embargo, parece ser que, de acuerdo a la perspectiva histórica establecida, el Derecho Romano solo tuvo una reducida influencia en Inglaterra.³⁰ Lo mismo aplica a Irlanda, que estuvo bajo la dominación inglesa en el Siglo XII (Sinder, 2001), pero no al reino independiente de Escocia, donde la influencia del Derecho Romano fue más fuerte (Gordon, 1995).³¹ Sin embargo en Dinamarca (Tamm, 1996 y 2011),³² Suecia, Polonia y Hungría, se encuentra poca

³⁰ “Roman law had little influence [in England] except in so far as it later informed ca[n]on or ecclesiastical law (and later mercantile law), which remained an important source of law, especially in respect of family law, until the Reformation, and the break with the Church of Rome”. Ver: Farran, 2010: 3. Sin embargo el autor también hace relevancia en el hecho de que los jueces dentro de la corte de equidad eran usualmente clérigos y por ende, fuertemente influenciados por el Derecho Canónico y Romano.

³¹ Gordon (1995) escribe que incluso mucho antes de ser fundada la primera universidad (San Andrés en 1415) documentos jurídicos provenientes de cortes y notarios papales e imperiales demuestran una influencia significativa del Derecho Romano en Escocia.

³² Tamm (2011) escribe que “Dinamarca nunca recibió el Derecho Romano.”

influencia del Derecho Romano en el periodo relevante del año 1200 al 1600. En Hungría la influencia parece ser ligeramente mayor (Hamza, 2010).³³ Las ciudades polacas utilizaban el Derecho de Magdeburgo, que mostraba, sin embargo, solo una influencia muy indirecta de Derecho Romano. Después de asignar número de índice por variable de Derecho Romano a ciudades en particular, discutimos los resultados con dos historiadores del Derecho, lo que resultó en valiosos aportes.

La Variable de Universidad

La Variable Universidad (*University Variable*) es un número que intenta cuantificar el impacto de los abogados en la economía de una ciudad, utilizando como proxy el número de universidades alrededor de cada ciudad. La variable mide la extensión en que el Derecho moderno “aprendido” influenciaba a una ciudad en cada punto de información de nuestra base de datos. La variable está basada en una lista de 148 universidades europeas fundadas entre los años 1000 y 1600. La lista está basada en las siguientes fuentes: Para las fechas entre 1000 y 1500, en general, utilizamos el trabajo de Verger (1992). Complementamos los datos faltantes con el trabajo de Frijhoff (1996). El trabajo de Verger no cubre la fundación de universidades entre los años 1500 y 1600 y es por esto que en lo concerniente a este periodo, nos apoyamos enteramente en el trabajo de Frijhoff. No todas las universidades tenían facultades de Derecho. Algunas solo tenían facultades de arte, teología o medicina. Analizamos la literatura y eliminamos algunas universidades que no contaban con facultades de Derecho. Mediante la búsqueda de información histórica en las páginas de universidades europeas, completamos y corregimos la que faltaba o estaba imprecisa. Sin embargo, se debe tener en cuenta que algunas de las universidades en nuestro conjunto de datos, no ofrecían educación jurídica.

³³ Hamza (2010) argumenta que en Hungría el Derecho local permaneció predominante y que el Derecho Romano fue promovido exclusivamente por el entrenamiento académico de los abogados. También argumenta que los estudiantes húngaros iban a estudiar Derecho a otros lugares como el Norte de Italia, París, Oxford y luego también en Cracovia y Viena.

Nosotros aplicamos la siguiente fórmula: Un radio de 300 Km (aproximadamente 186 millas) se dibuja alrededor de cada ciudad de nuestro conjunto de datos. Cada universidad que está dentro de este radio, cuenta como una y el resultado del índice de la ciudad corresponde a la suma de todas estas universidades. Sin embargo, las universidades de Boloña y París/Orleans fueron tratadas de manera diferente. Estas universidades en particular, fueron de gran importancia para la educación jurídica en Europa medieval. Por lo tanto, el índice se incrementa en una unidad si alguna de estas universidades se llega a encontrar dentro de un radio de 1.500 Km (unas 932 millas) de la ciudad en cuestión.

La elección de los radios de 300 y 1.500 km está basada en las siguientes consideraciones: Los estudiantes de Derecho Canónico y Derecho Civil tenían la opción de estudiar por fuera de sus respectivos países en universidades renombradas; principalmente Boloña y París/Orleans o en una universidad regional cercana a sus ciudades natales. En nuestro estudio de los periodos iniciales, es decir en los Siglos XII y XIII, sólo existían unas cuantas universidades y éstas no se encontraban repartidas por toda Europa. En este tiempo los estudiantes tenían que salir de sus países para obtener una educación jurídica. En términos generales, los altos costos que esto suponía resultaban en una educación jurídica limitada para un grupo limitado de estudiantes que contaban con una suma considerable de recursos. (De Ridder-Symoens, 1992: 281 y Rashdall, 1969: 213–214).

En los periodos posteriores, Siglos XIV y XV, se fundaron cada vez más universidades, lo que hizo posible tener una educación jurídica en la mayoría de las regiones de Europa. En vez de viajar al exterior, los estudiantes preferían estudiar en estas universidades regionales, usualmente en la más cercana a su ciudad natal. Hacia el final de la Edad Media, la gran mayoría de estudiantes asistía a universidades regionales y el resto a las universidades de sus ciudades (De Ridder-Symoens, *óp. cit.*: 287). Este desarrollo hacia la fundación de universidades regionales permitió, en general, que un mayor grupo de estudiantes con menores recursos pudieran obtener una educación jurídica, lo que incrementó la

disponibilidad de abogados entrenados (De Ridder-Symoens, óp. cit.: 286 y Rashdall, óp. cit.: 214–215). Rashdall ilustra este hecho al afirmar lo siguiente: “Martin Luther could hardly have enjoyed a university education if he had had to go to Paris for it; and without a university education for Luther, and such as Luther, the German Reformation could not have been (traducción no original)” (Óp. Cit., 214).” Así, sólo unos pocos estudiantes decidían estudiar en el exterior y una de las razones que los motivaban era la de obtener una enseñanza de primera categoría y un título prestigioso de una renombrada universidad (De Ridder-Symoens, óp. cit.: 288–289).

Para aclarar cómo estas ideas se relacionan con nuestro índice, hay que considerar el siguiente ejemplo: En el año 1500 cuatro universidades (Leipzig, Rostock, Greifswald y Copenhagen) existían en un radio de 300 km de Hamburgo. Las universidades de Boloña y París estaban ambas dentro de un radio de 1.500km de Hamburgo. De ahí que el resultado de Hamburgo en el índice de *Universidades* en el año 1500 sea de 6. De la misma manera, calculamos los resultados de índice de las otras ciudades en nuestro conjunto de datos y de los demás puntos en el tiempo. Después transformamos el índice resultante en una variable con 8 categorías de igual frecuencia. Las categorías agrupan ciudades a través del tiempo que tienen aproximadamente el mismo resultado en el índice de universidad. La transformación tiene la ventaja de permitirnos mediar el efecto de unas cuantas ciudades con resultados muy altos en el índice de universidad, hacia las etapas posteriores de nuestro estudio. En los años 1200 y 1300 existían sólo unas pocas universidades y todas las ciudades pertenecían a las categorías de 1 a 3 y de 1 a 6 respectivamente. Después se crearon más universidades y a partir del año 1400 hasta el 1600 las 8 categorías están marcadas con ciudades.

La Variable de la Libertad Política

De Long y Shleifer clasificaron la libertad política (*Political Freedom Variable*) de las regiones de Europa Occidental por medio de una escala de ocho puntos (DeLong & Shliefer, óp. cit.: 23–25). Este índice codifica

gobiernos medievales de la siguiente manera: monarquía constitucional plena o república como 7; “Ständestaat” de príncipe débil como 6; ciudad-república independiente como 5; príncipes controlados por poderosos magnates extra constitucionalmente como 4; anarquía feudal como 3; proto-absolutismo de príncipe fuerte como 2; absolutismo no burocrático como 1; y absolutismo burocrático pleno o gobierno por conquistadores militares como 0 (Ibídem, pp. 24–25). Nosotros adoptamos la escala de De Long y Shleifer para nuestro análisis y perfeccionamos aún más la codificación de las regiones. Su índice no cubría todas las regiones en nuestro conjunto de datos. Siendo así, codificamos las regiones faltantes de acuerdo a nuestra propia investigación a partir de libros de historia y después de consultar con historiadores del Derecho.

También recodificamos algunas ciudades dentro de regiones que ya habían sido cubiertas por el índice. Esto fue hecho cuando consideramos que teníamos que mejorar la codificación de una ciudad cuando fuera comparada con su clasificación dentro del índice general de libertad política de su país. Por ejemplo, esto fue hecho con ciudades con una constitución senatorial, también conocidas como ciudades libres. En nuestro análisis estadístico obtuvimos los resultados más confiables cuando transformamos el índice en una variable binaria que codifica como 1 a aquellas ciudades que era políticamente libres, es decir las categorías del 7 al 4.

La Variable de la Producción de Libros

Buringh y Van Zanden (2009) describen la producción de manuscritos y libros impresos como una medida global del rendimiento económico y de las capacidades sociales en un país medieval. Ellos argumentan que la producción de libros puede servir como un proxy importante para un número de variables, tales como la producción y la acumulación de ideas, el nivel de alfabetización y el consumo de bienes de lujo (Buringh & Van Zander, 2009: 409–410). Para los años 1200, 1300 y 1400, la variable Producción de Libros (*Book Production Variable*) contiene estimaciones

del número de manuscritos individuales que fueron producidos en una ciudad en concreto dentro de un país. En el Siglo XV la invención de la imprenta conllevó a un constante declive en la importancia de la producción de manuscritos (Buringh & Van Zander óp. cit.: 422). Sin embargo, la producción de manuscritos y libros impresos coexistió por algún tiempo. Por consiguiente, para el año 1500 esta variable contiene ambos: el número de manuscritos y el número de nuevos títulos y ediciones de libros impresos multiplicados por estimaciones del tamaño promedio de tiraje (*print runs*). Para el año 1.600 la variable solo contenía estimaciones del número total de libros impresos que fueron producidos en determinada ciudad de un país.

Al utilizar la información de Buringh y Van Zanden creamos un sencillo índice que mide el incremento relativo en la producción de manuscritos y libros en un país. Para calcular el índice dividimos la producción total de libros de un país en cada punto de tiempo por el número de manuscritos producidos en el año 1000, es decir, 200 años antes del punto de partida de nuestra investigación. Esta transformación nos permite comparar de una mejor manera el crecimiento en la producción de libros a través de todos los países europeos a pesar de sus diferentes tamaños de población. Para facilitar al lector la visibilidad del coeficiente de la variable, que de otra manera llega a ser cero, disminuimos la variable en un factor de seis.

La Variable de la Población de País

La urbanización es también una función del total de la población. Siendo así, utilizamos una variable de *Población de País (Country Population Variable)* con el fin de controlar la población dentro de una ciudad de un país. Para el año 1000 utilizamos datos de Maddison (2003). El trabajo de este autor sobre desarrollo de población mundial en el largo plazo cubre parcialmente Europa medieval. Para los años de 1300 a 1600 utilizamos datos de Malanima (2007). Para crear su base de datos Malanima utilizó el trabajo de Bairoch et al. (1988) como punto de partida e incluyó datos revisados y actualizados de múltiples fuentes. Los datos de la población

de países para el año 1200 están ausentes en ambas fuentes. Tuvimos que interpolar estos datos usando la tasa de crecimiento de determinado país desde el año 1000 hasta el año 1300. Para facilitar la visibilidad del coeficiente de la variable disminuimos entonces la variable por un factor de cuatro.

La Variable de la Muerte Negra

La Muerte Negra ha sido la plaga bubónica más devastadora de todos los tiempos, la cual atormentó a Europa entre 1374 y 1351 (Kelly, 2012; Benedictow, 2004; Snell, 2013; Daileader et al., 2007; Helleiner, 1967; Pamuk, 2007: 289–317). La cifra standard presentada respecto de la mortalidad de la Muerte Negra es uno de tres. Investigaciones recientes han mostrado que la cifra es incluso más alta, alrededor de 50%, y de acuerdo a un estimado en particular incluso de 60%.³⁴ Se esparció a lo largo de toda Europa (Bulst, 1979). Investigaciones acerca de las tasas de mortalidad en diferentes países están basadas en documentos de ciudades, monasterios, escuelas, en archivos notariales, testamentos, lista de miembros de concejos de ciudad, comités, panaderos, propietarios de casas y obituarios, así como en reportes contemporáneos (Bulst, *óp. cit.*: 51). Los autores no agregaron estos números con el fin de estimar las tasas de supervivencia en los diferentes países. Sin embargo, es comúnmente aceptado que la Muerte Negra fue más devastadora en aquellas regiones donde la plaga primero apareció y persistió por mayor tiempo, como Italia. Generalmente los países mediterráneos fueron golpeados más que la mayoría de los otros.

En Inglaterra y Alemania la plaga fue menos devastadora que en Italia, Francia o España. Otros países como Escocia, Irlanda y los países escandinavos con bajas densidades de población o retiradas de las grandes rutas de comercio, sufrieron menos. Sorprendentemente puede decirse lo mismo de Holanda (Van Bavel, 2002: 10). Tanto Polonia como

³⁴ Ver Daileader (2007, Capítulo 7). Benedictow (2004) llega a un resultado de 60%. Sin embargo, este descubrimiento es discutible.

Bohemia no fueron afectados considerablemente (Daileader et al. óp. cit.; Snell, óp. cit.; Kelly, óp. cit.). Parece ser que solamente Islandia y Finlandia no fueron afectadas (Benedictow, 2004). Categorizamos los diferentes países en cinco grupos (no afectado = 0, muy poco afectado = 1, poco afectado = 2, moderadamente afectado = 3, muy afectado = 4, y sumamente afectado = 5). Asignamos un número a cada país o región en la muestra, o a cualquier ciudad que se encontrara en la región en particular, si contábamos con los datos de ciudades individuales.

Tabla 3: Variable de la Muerte Negra de Diferentes Países en 1400

Clasificación de países	Severidad de la Muerte Negra
Finlandia, Islandia	0
Polonia, Bohemia	1
Escandinavia, Escocia, Irlanda, Países Bajos, Suiza	2
Inglaterra (Gales), Austria, Hungría, Alemania, Rusia, Portugal	3
Bélgica, Francia, España,	4
Italia	5

La siguiente tabla muestra el resumen de estadísticas de todas las variables claves que fueron introducidas en las secciones más arriba.

Tabla 4: Resumen de estadísticas de Variables Clave Sobre Todos los puntos de tiempo

Variable	Media	Desviación Estándar	Mínimo	Mediana	Máximo
Población de Ciudad (en miles)	19.34	26.50	1.00	12.00	300.00
Derecho Romano	2.52	1.27	0.00	2.00	4.00
Universidad	7.13	6.52	0.00	4.00	31.00
Libertad Política	3.43	2.10	0.00	4.00	7.00
Producción de Libros (en miles)	8599.68	19724.25	1.73	397.81	73820.00
Población de País (en millones)	8.80	4.97	0.50	9.00	18.50
Muerte Negra (en el año 1400)	0.77	1.60	0.00	3.84	5.00

Nota: En los modelos estadísticos presentados más abajo la variable *Producción de Libros* fue suavizada por un factor de 100,000 para facilitar la visibilidad del coeficiente de la variable.

5. Resultados del Estudio

Modelos de Población de Ciudad

Lo primero que hicimos fue ajustar un modelo de regresión ponderado (*pooled regression model*) para verificar que nuestras variables independientes fueran idóneas para predecir la variable dependiente de *Población de Ciudad*. Basándonos en este modelo buscamos evidencia de multicolinealidad entre las variables independientes, al utilizar factores de inflación de variancia (*VIF* por sus siglas en inglés) sin encontrar ningún signo de multicolinealidad (todos los valores de *VIF* dieron por

debajo de 5).³⁵ También buscamos evidencia de la existencia de efectos fijos y variables. Respecto de los efectos aleatorios utilizamos el test multiplicador de Breusch–Pagan Langrange; y de los efectos fijos una prueba F de la significación conjunta de los páneles. Las estadísticas de ambos test fueron altamente significativas (valor $p < 0.01$). Esto nos dice que deberíamos utilizar un modelo de datos de panel en vez de uno de regresión ponderado. Para decidir si emplear un modelo de efectos fijos o uno de efectos aleatorios llevamos a cabo un test de Hausman. La estadística del test fue altamente significativa (valor $p < 0.01$) y por esto empleamos un modelo de efectos fijos, en vez de uno de efectos aleatorios. Decidimos ajustar con errores estándar robustos porque la estadística del test de Wooldridge para correlación serial dentro de páneles fue altamente significativa (valor $p < 0.01$). La tabla que abajo se presenta muestra los resultados de la estimación para la regresión ponderada (OLS), el modelo de efectos fijos, un modelo de ecuación de estimación generalizada (GEE), y, debido a la característica de los datos de recuento de la variable dependiente, un modelo de regresión binomial negativo (NBR).

³⁵ Por razones de estadística el modelo de efectos fijos no puede incluir variable *País* —que es invariable con el tiempo— que utilizamos para controlar los efectos regionales. Esta variable contiene las clasificaciones de país de las ciudades de acuerdo a la base de datos de Bairoch. El modelo de regresión ponderado (*pooled regression model*) y el modelo de efectos aleatorios incluyen la variable *País*. Esto resulta en un problema de multicolinealidad en estos dos modelos (el valor *VIF* para la variable de *Población de País* 6.03). El problema de multicolinealidad es especialmente fuerte cuando controlamos los efectos de era, por ejemplo cuando incluimos una variable de tiempo en el modelo (el valor *VIF* para la variable *Población de País* 14.10).

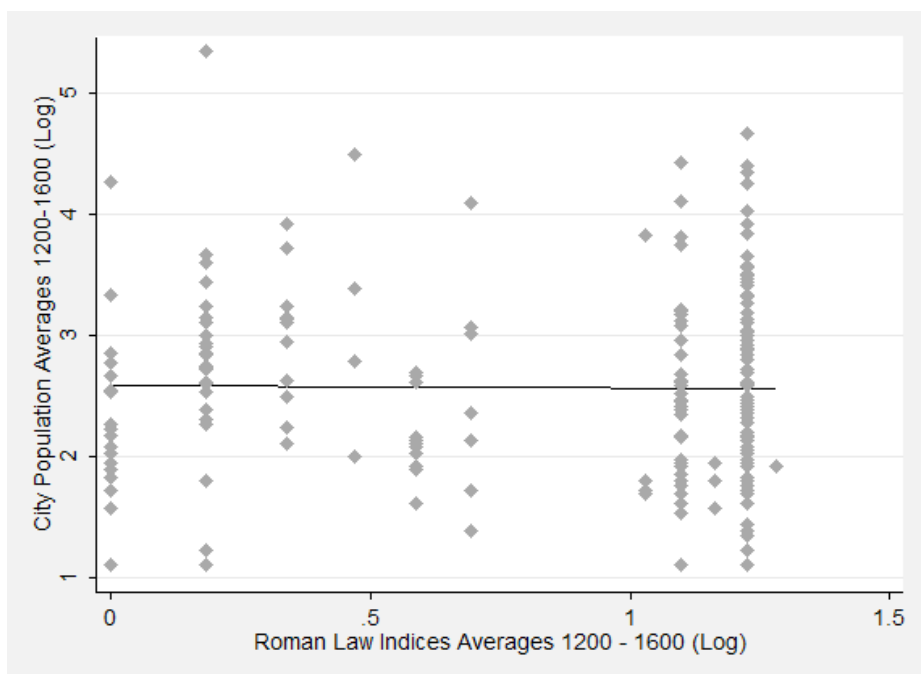
Table 5: The City Population Models

	(1) OLS	(2) Efectos Fijos	(3) GEE	(4) NBR
Derecho Romano	0.22 (0.98)	0.37 (0.93)	-0.16 (0.81)	0.02 (0.04)
Universidades	0.94 (0.56)	1.51*** (0.41)	2.39*** (0.45)	0.05** (0.02)
Libertad Política	3.58** (1.28)	2.12 (1.52)	1.31 (1.18)	0.25*** (0.06)
Producción de Libros	2.63 (1.42)	3.69*** (1.04)	2.98* (1.22)	0.26** (0.09)
Intervalo de Población de Ciudad	0.65*** (0.16)	0.26** (0.09)		0.03*** (0.00)
Población de País	1.12*** (0.25)	1.07*** (0.18)	1.03*** (0.14)	0.06*** (0.01)
Constante	-13.10*** (3.97)	-4.23 (3.11)	-11.99*** 3.16	1.10*** (0.17)
N	1045	1045	1045	1045
R^2	0.51	0.35		

Nota: *Significativo en 5%; **significativo en 1%; ***significativo en 0.1%. La variable dependiente es *Población de Ciudad*. OLS = mínimos cuadrados ordinarios (en inglés, *Ordinary Least Squares*); GEE = ecuación de estimación generalizada (*Generalized Estimating Equation*); NBR = regresión binomial negativa (*Negative Binomial Regression*); Para los modelos de OLS, Efectos Fijos y GEE los errores estándar robustos se encuentran en paréntesis bajo estimados de coeficiente. Para el modelo de NBR los errores estándar son calculados utilizando residuales acumulados en ciudades. Los modelos de OLS, GEE y NBR controlan los efectos regionales. El modelo de GEE trata las diferencias en el tiempo dadas dentro de las ciudades siguiendo un proceso de primer orden auto regresivo (AR(1)).

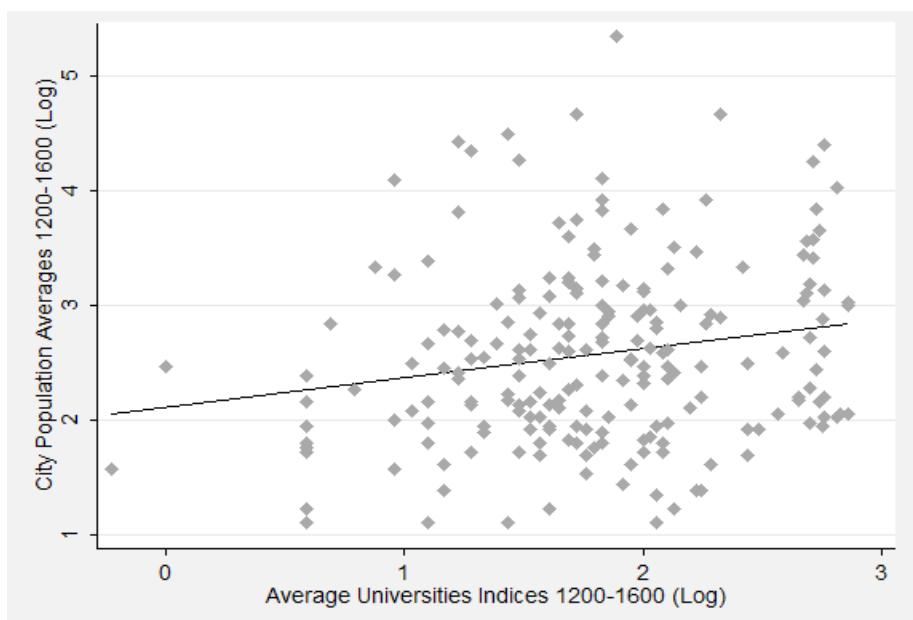
En lo que sigue describimos el modelo referido de efectos fijos con un mayor grado de detalle. El modelo tiene un valor global de R al cuadrado de 0.35. Esto indica un ajuste apropiado del modelo. El coeficiente de la variable *Derecho Romano* no es estadísticamente significativo en ningún nivel (valor p 0.69). Siendo así, ni en este modelo ni en ninguno de los mencionados arriba, existe evidencia estadística de una asociación entre la difusión del Derecho Romano y el ingreso per cápita aproximado por el número de la población de ciudades. La siguiente cifra demuestra este descubrimiento. En esta cifra calculamos el promedio de la población entre los años 1200 a 1600 de todas las ciudades y graficamos estos números frente a sus valores promedio en el índice del Derecho Romano. La línea de tendencia es casi paralela al eje horizontal, y no muestra ninguna relación entre *Población de Ciudad* y *Derecho Romano*.

Figura 2: Población de Ciudad Graficada Frente al Índice de Derecho Romano



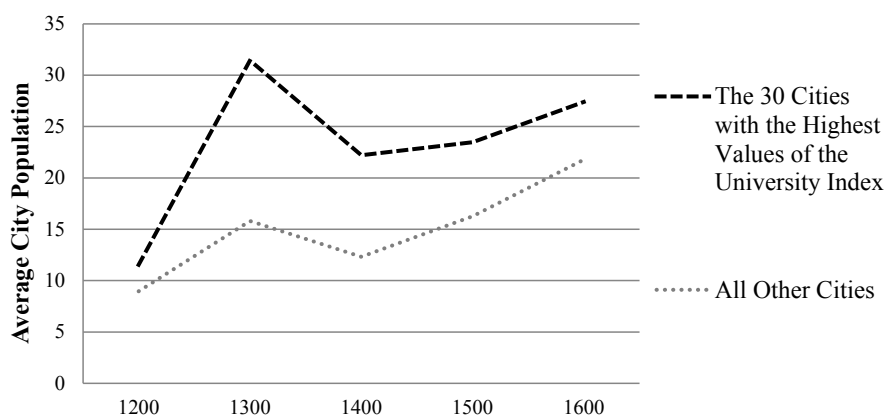
El coeficiente de la variable *Universidades* (en la versión de 8 categorías que van desde “muy bajo” a “muy alto”), es estadísticamente significativo al nivel de 0.1%. La población de una ciudad que puntúa más alto en el índice de universidades, incrementa. Por cada unidad adicional en el índice la población incrementa en promedio los predichos 1,515 habitantes por periodo después de haber sido controladas las demás variables. Este es nuestro principal hallazgo. Esto demuestra que el esparcimiento del Derecho como una disciplina académica, aproximado por el acceso de una ciudad a educación universitaria tuvo un impacto positivo en la población de la ciudad entre los años 1200 a 1600. La siguiente figura demuestra este hallazgo. En esta figura calculamos el promedio de la población entre 1200 y 1600 de todas las ciudades y graficamos estos números frente a sus valores promedio en el índice de Universidades. El diagrama de dispersión resultante muestra una tendencia positiva entre las dos variables. Estas se encuentran también significativamente correlacionadas (coeficiente de correlación 0.19, valor $p < 0.01$).

Figura 3: Población de Ciudad Graficada Frente al Índice de Universidades



Para ilustrar aún más nuestros resultados también separamos todas las 209 ciudades en dos categorías. La primera de estas contiene las 30 ciudades de nuestra muestra que tuvieron el mayor número de universidad dentro de un radio de 300 km alrededor de la ciudad (además de Boloña y París / Orleans dentro de un radio de 1500 km) en los 5 puntos de tiempo diferentes. La segunda categoría contiene todas las demás ciudades. Luego calculamos el número promedio de la población de las ciudades en ambas categorías. Resulta ser que las 30 ciudades con el mayor número de universidades alrededor de ellas, tienen tasas de población más altas que las demás ciudades. La población declina en 1400, resultado debido a la Muerte Negra.

Figura 4: Población Promedio de las 30 Ciudades con el Mayor Número de Universidades en el Área Comparada con las demás Ciudades (en miles)



El coeficiente variable dummy *Libertad Política* no es estadísticamente significativo en ningún nivel convencional de importancia.³⁶ El coeficiente

³⁶ Sin embargo, si ejecutamos el modelo sin el año de 1600, nuestros resultados claves persisten y *Libertad Política* es estadísticamente significativa en el grado de 10%. En este modelo (no mostrado) más libertad constitucional conlleva a un incremento en la población de ciudad. La población de una ciudad que no está situada en un país con el valor 1, incrementa en promedio en un predicho 2,722 habitantes por periodo, comparado con una ciudad que está situada en un país con un valor de 0. Estos resultados se encuentran en línea con investigaciones previas hechas por De Long y Shleifer (1993) (ver arriba). Más adelante, cuando no interpolamos los valores faltantes de la variable dependiente *Libertad Política*, también es estadísticamente significativo en el modelo NBR (resultados no mostrados).

de la variable *Producción de Libros* es estadísticamente significativo al nivel de 0.1%. Un incremento en la producción de los manuscritos y libros impresos en un país tiene un efecto positivo en la población de una ciudad. Por cada 100,000 unidades adicionales en el índice (es decir, cuando la producción de libros incrementa por un factor de 100,000 comparado con el año 1.000) la población de una ciudad incrementa en promedio en un predicho de 3,685 habitantes. El coeficiente de la variable *Población de País* es estadísticamente significativo al nivel de 0.1%. El tamaño total de la población de un país en el que está situada una ciudad, tiene un efecto fuerte y positivo en la población de la ciudad. Cuando una población en un determinado país incrementa en 1'000,000 en un periodo (de 100 años) la población en todas las ciudades de este país se incrementa en un promedio de 1,070 habitantes. El coeficiente de la variable *Intervalo de Población de Ciudad* es estadísticamente significativo al nivel de 1%. El tamaño de la población de una ciudad en los periodos de tiempo previos, tiene un efecto fuerte y positivo en la población de ciudad en un periodo de tiempo determinado.

Nuestros resultados principales relacionados con la variable *Universidades y Derecho Romano* también persisten cuando la variable *Intervalo de Población de Ciudad* es excluida del modelo. La variable *Muerte Negra* no está incluida en los modelos finales presentados en este artículo. La variable está correlacionada con la variable *Población de País* (coeficiente de correlación -0.16m valor $p < 0.01$). De ser incluida la variable *Muerte Negra* en el modelo sin la de *Población de País* su coeficiente sería estadísticamente significativo (valor p 0.02). Sin embargo, cuando ambas variables son incluidas, el coeficiente de la variable *Muerte Negra* llega a ser insignificante: valor p 0.86). Esto indica que *Población de País*, desde ya cubre el efecto de la plaga. La variable *Población de País* refleja suficientemente bien el decrecer en las poblaciones totales de los países, como resultado de la plaga. Siendo así decidimos excluir la variable *Muerte Negra* de nuestros modelos.

Por razones estadísticas, el modelo de efectos fijos no puede incluir la variable que es invariable con el tiempo *País*. No obstante, podemos

incluir esta variable en los otros modelos presentados arriba y así controlar los efectos regionales. Sin embargo, los modelos de regresión ponderada, de efectos fijos, y de NBR no funcionan para controlar los efectos de era. Simplemente, al incluir una *dummy* de tiempo por los cinco puntos en el tiempo analizadas en el estudio, redujo el poder explicativo de nuestros modelos y conllevó a resultados implausible desde un punto de vista teórico.

Con la variable de tiempo incluida en el modelo de efectos fijos, el coeficiente de las variables de *Población de País* y *Universidades* llegan a ser negativas e insignificantes (coeficiente -0.30, valor p 0.49 y coeficiente -0.02, valor p 0.97, respectivamente). Sin embargo resulta plausible que al incrementar la población de un país también lo hace la población de ciudad. Incluimos entonces en nuestro modelo datos de población de diferentes países europeos como un predictor de la población de ciudad del país en cuestión. Sin la variable de tiempo este predictor resulta ser altamente significativo y positivo. Con esta variable incluida, la variable de *Población de País* no tiene un efecto significativo sobre *Población de Ciudad*. Claramente existe una confluencia entre estas dos variables porque hay efectos globales de población, los cuales se reflejan en la variable de tiempo y en la de *Población de País*. Siendo así, decidimos remover la variable de tiempo del modelo.

Sin embargo, nuestros resultados principales aún persisten cuando controlamos la actuación principal del tiempo, es decir, la Muerte Negra en los años 1300 al utilizar una variable *dummy* por el año 1400. Como una alternativa de tomar en cuenta los efectos de era utilizando variables *dummy* por todos los puntos en el tiempo, decidimos imponer un proceso de orden auto regresivo (AR (1)) sobre la estructura de correlación de residuales utilizando un enfoque de ecuaciones estimativas generalizadas (en inglés, GEE).³⁷ Este enfoque confirma los resultados presentados arriba. El modelo GEE trata las diferencias dentro de la ciudad en el tiempo como si siguiera un proceso auto regresivo de primer

³⁷ Por este importante consejo damos gracias a Ted Eisenberg.

orden. Esto hace que sea innecesario el incluir la variable de *Desfase de Población de Ciudad* porque la estructura interna de ciudad ya se encuentra suficientemente bien modelada. Más aun, la no independencia de observaciones en la misma era, es tomada en cuenta. No obstante, si la variable *Desfase de Población de Ciudad* es incluida en el modelo, nuestros resultados clave persisten.

También consideramos una transformación logarítmica de nuestra variable dependiente de *Población de Ciudad*. Cuando hicimos esto, el coeficiente de la variable de *Derecho Romano* llega a ser significativa (coeficiente 0.21, valor p. <0.01). No obstante, desde un punto de vista teórico, modelar el crecimiento de ciudades de esta forma no parece ser plausible. Reflejaría esto una mayor relación, en vez de una relación lineal, entre el número de universidades alrededor de una ciudad y la población de una ciudad, es decir, una ley de rendimientos crecientes. En nuestra visión esto no está justificado. Ello implica que el efecto de una universidad extra (nuestro proxy para la disponibilidad de abogados escolásticos) es grande para grandes ciudades y pequeño para pequeñas ciudades, es decir el tamaño del efecto de universidad dependería del tamaño de la ciudad. Mejor esperamos que esta relación sea lineal o sujeta a rendimientos marginales decrecientes.

En vez de emplear un modelo logarítmico decidimos ejecutar una regresión binomial negativa. Este modelo tiene la ventaja de tomar en cuenta de mejor manera la forma de la distribución de la variable dependiente, que un modelo linear, pero no requiere una transformación logarítmica de nuestra variable dependiente. Más allá, en contraste con un modelo logarítmico, la regresión binomial negativa puede también lidiar con ceros en la variable dependiente. Esto nos permite también utilizar datos originales sin interpolar los valores faltantes de *Población de Ciudad*. El modelo de la regresión binomial negativa, por ende, toma en cuenta de mejor manera la forma la distribución de nuestra variable dependiente y confirma los principales hallazgos empíricos presentados arriba. Otro modelo que es comúnmente utilizado para el conteo de datos es el modelo Poisson. Sin embargo una prueba de la razón de verosimilitud

(*likelihood-ratio test*) encontró que el modelo de la regresión binomial negativa se ajusta mejor a nuestros datos.³⁸

Para concluir, encontramos una relación entre el número de universidades alrededor de una ciudad y el tamaño de su población. Esto se encuentra en línea con la hipótesis de Greif y Berman de que son los abogados escolásticos entrenados en el Derecho sistematizado y racionalizado la causa del crecimiento de las ciudades. También se encuentra en línea con la hipótesis de Tönnies y Whitman, de que el “Derecho escolástico” brindó facilidad a las transacciones comerciales, toda vez que promovió el desarrollo desde una comunidad, fundamentada en costumbres, lealtad, parentesco y solidaridad hacia una sociedad fundamentada en la autonomía individual. Y también se encuentra en línea con la hipótesis de Wieacker acerca de que el Derecho escolástico tuvo un efecto pacífico sobre la sociedad con efectos benevolentes sobre inversionistas y comerciantes. Nuestros resultados estadísticos sugieren que no fue el Derecho Romano sustantivo como tal el que influenció el crecimiento, sino el ascenso del Derecho Romano y del Derecho Canónico como un cuerpo de aprendizaje autónomo, académico y sistemático.

5. El Problema de la Causación entre el Tamaño de la población del País y el Número de Universidades alrededor de las Ciudades

Es posible que el crecimiento de la ciudad y la creciente demanda por servicios jurídicos causaran el florecimiento de la disciplina jurídica y no al revés. Es por esto que no podemos estar seguros acerca del efecto que tuvo la variable *Universidades* sobre *Población de Ciudad*. En lo que sigue, discutimos la causalidad de este efecto con un mayor grado de detalle. Presentamos primero los resultados de un test de causalidad

³⁸ Este test de razón de verosimilitud está basado en el parámetro de dispersión alfa, el cual es únicamente válido cuando los residuales no están acumulados en ciudad. Siendo así realizamos el test sin acumulación.

de Granger. Después discutimos algunos hechos empíricos que parecen soportar la opinión acerca de la dirección de la causalidad desde el desarrollo de las universidades con facultades de Derecho al crecimiento de las ciudades, y no en la dirección contraria.

Un Análisis Estadístico de Causación: Test de Causalidad de Granger

El test de causalidad de Granger nos ayuda a determinar si existe un efecto causal entre las dos variables y, de ser así, en qué dirección se observa esto (Granger, 1969). La idea principal detrás de este test es que eventos pasados causan eventos futuros. Si la población de una ciudad causa el crecimiento de las universidades entonces esperaríamos que los retardos de *Población de Ciudad* fueran significativos en una regresión con *Universidades* como la variable dependiente. También necesitamos incluir desfases de la variable dependiente en sí misma para controlar el valor del índice *Universidades* en el periodo previo. Si acaso la causación resulta ir en la otra dirección, entonces *Población de Ciudad* es una función del valor previo del índice *Universidades* controlando *Población de Ciudad* en el periodo previo.

Tabla 6: Test de Causalidad de Granger

	(1) Población de Ciudad	(2) Índice Universidades
Desfase de Población de Ciudad	0.26** (0.09)	0.00 (0.00)
Desfase de Universidades	1.66*** (0.26)	0.75*** (0.01)
Constante	6.16*** (1.43)	1.06*** (0.05)
N	1045	1045
R^2	0.43	0.76

¿NOTA: *Nivel de significación a 5%; ** nivel de significación a 1%; *** nivel de significación a 0.1%. Errores de estándar robusto se encuentran ente paréntesis debajo de los estimados de los coeficientes.

Los resultados del test de causalidad de Granger proveen soporte estadístico acerca de la visión de que las universidades habrían sido la causa del crecimiento de ciudades y no al revés (que el crecimiento de las ciudades produjo la creación de las universidades). En el primer modelo de efectos fijos *Población de Ciudad* es la variable dependiente y *Desfase de la Población de Ciudad* (*City Population Lag*) y *Desfase de Universidades* (*Universities Lag*) eran las variables independientes. Las variables retrasadas contienen los valores de la variable respectiva del periodo de tiempo anterior. Ambas variables son estadísticamente significativas. *Desfase de Población de Ciudad* lo es en un nivel del 5% y *Desfase de Universidades* en un nivel del 1%. Esto muestra que el número de universidades afecta a la población de una ciudad, incluso después de controlar la población de la ciudad en el periodo de tiempo anterior. En el segundo modelo reversamos la dirección de la causación. En este modelo el coeficiente de *Población de Ciudad* no es estadísticamente significativo. Esto muestra que la población de una ciudad no causa, en un sentido Granger, el número de universidades alrededor de una ciudad.³⁹

Consideraciones Adicionales sobre Causación

Discutimos ahora de una manera informal la causalidad del efecto de *Universidades* sobre *Población de Ciudad* presentando algunos hechos, los cuales, desde nuestra perspectiva, soportan la hipótesis acerca de que la causación va más, desde el nuevo “Derecho escolástico” hacia el crecimiento, que desde el crecimiento, al nuevo Derecho.

1. Los datos tomados de la base de datos de Bairoch muestran que el crecimiento de ciudad ocurrió en algunas ciudades Europeas,

³⁹ Un método adicional para tratar el problema de la causación es la modelación de ecuaciones estructurales. Ajustamos estos modelos para tomar en cuenta que algunas variables pueden influenciarse las unas a las otras de distintas maneras. Los resultados indican que la causación puede darse en ambas direcciones: desde *Universidades* a *Población de Ciudad* y viceversa. Sin embargo, el primer vínculo es significativo a un nivel del 1%; el segundo vínculo lo es solo a un nivel del 10%.

especialmente en Venecia y en Génova desde el año 900 hasta el año 1000 cuando el nuevo Derecho todavía no existían aun. Sin embargo, la mayoría de las otras ciudades disminuyeron en población durante ese periodo. Sólo la revolución comercial del Siglo XII conllevó a un crecimiento generalizado en las ciudades. Este crecimiento ocurrió durante un tiempo en el cual la influencia del nuevo Derecho se estaba esparciendo rápidamente, especialmente en Italia. Nosotros creemos que es improbable que el ascenso de algunas ciudades en el Siglo X, pudiera haber causado un tirón en la demanda de comerciantes, el cual dio inicio al ascenso del Derecho moderno.

2. Tratamos de mostrar por medio de un “Gedankenspiel” qué tan improbable es la idea de un modelo de demanda de servicios jurídicos sofisticados por parte de las ciudades comerciales que estaban iniciando en el Siglo XII. El Derecho Sállico (Franco) es el típico ejemplo de una inextricable mezcla de Derecho formal, costumbre, moral, obligaciones de clan y significado simbólico previo al ascenso del Derecho moderno en el Siglo XII.

If any one have killed a man, and, having given up all his property, has not enough to comply with the full terms of the law, he shall present 12 sworn witnesses to the effect that, neither above the earth nor under it, has he any more property than he has already given, And he shall afterwards go into his house, and shall collect in his hand dust from the four corners of it, and shall afterwards stand upon the threshold, looking inwards into the house. And then, with his left hand, he shall throw over his shoulder some of that dust on the nearest relative that he has. But if his father and (his father's) brothers have already paid, he shall then throw that dust on their (the brothers') children-that is, over three (relatives) who are nearest on the father's and three on the mother's side. And after that, in his shirt, without girdle and without shoes, a staff in his hand, he shall spring over the hedge. And then those three shall pay half of what is lacking of the compounding money or the legal fine; that is, those others who are descended in the paternal line shall do this (Halsall).

Es ridículo imaginar a un comerciante de Venecia, Génova o Sevilla que se tomara la molestia de preguntar al jurado que esté presidiendo esta ceremonia, o una similar, o una ordalía, por un dictamen acerca de un contrato complejo; o acerca de cómo establecer estatutos modernos de una ciudad, o de una sociedad anónima, o acerca de un método de pago sin utilizar dinero en efectivo. Los conceptos y los productos jurídicos para llevar a cabo este servicio no se encontraban disponibles y ni siquiera estaban a la vista. Es como si el Emperador Carlos V (1500-1558), en cuyo reino el sol jamás se puso y quien desesperadamente necesitaba acelerar las comunicaciones en su imperio, hubiera solicitado a los mejores ingenieros en el mundo cristiano la instalación de un teléfono. Un modelo de demanda, el cual explicaría el ascenso de las universidades, departamentos de Derecho y del Derecho escolástico como una consecuencia del crecimiento de las ciudades, no es concebible en el comienzo de esta revolución de la cultura jurídica.

3. Este argumento no aplica para periodos posteriores cuando el nuevo sistema de Derecho estaba más desarrollado. No obstante, un modelo de demanda de Derecho predeciría un declive del número de universidades y del número de manuscritos en tiempos de una reducción en la población. Al menos predeciría un declive en la tasa de crecimiento del número de universidades y manuscritos jurídicos. De acuerdo a recientes investigaciones, la “Muerte Negra” de 1347–1351 mató cerca de la mitad de la población de Europa.⁴⁰ Parece ser que las ciudades fueron golpeadas más fuerte aun que las aldeas. Las ciudades importaron y albergaron la bacteria con más facilidad que las aldeas porque no estaban ubicadas en rutas de comercio y la sanidad era particularmente deficiente (Voigtländer & Voth, 2013). No obstante, a pesar de la escasa población en las ciudades, el número de universidades incrementó sustancialmente entre 1348 y 1400. Tampoco están los periodos durante y después de la Muerte Negra caracterizados por un incremento en números, ni tampoco por

⁴⁰ Ver arriba “H. La Variable de la Muerte Negra” y la literatura relacionada.

un decrecimiento en la dinámica de la expansión de las universidades en Europa. Este hecho no apoya un modelo de demanda en el cual el ascenso del Derecho sea una función del ascenso de las ciudades mercantiles.

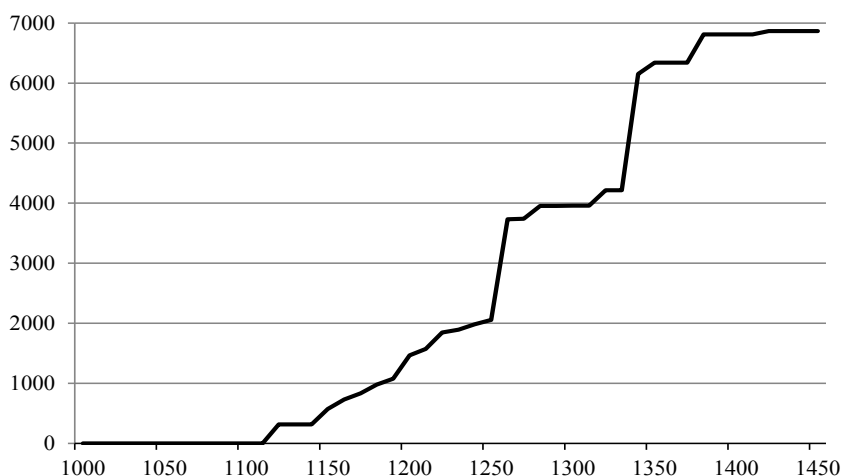
Tabla 7: Fundación de Facultades de Derecho en Europa Católica
50 Años Antes y Después de la Muerte Negra

	Total de Facultades Existentes 1297	Incremento antes de la Muerte Negra 1298-1347	Incremento durante y después de la Muerte Negra 1348-1398	Incremento después de la Muerte Negra 1398-1447
N	37	14	15	15
Incremento (%)		38	29	23

4. Es también de anotar que en Alemania, país que no tenía universidades en ese entonces, muchas de ellas fueron fundadas en el tardío Siglo XIV y temprano Siglo XV. Su establecimiento claramente no se debió a la demanda por parte de ciudades que se encontraban creciendo. Cantoni y Yuchtman muestran que estas fundaciones estaban relacionadas con el gran sisma Papal, durante el cual un Papa residía en Avignon y otro en Roma (desde 1379 en adelante). El emperador era leal al Papa en Roma. Esto excluyó a los estudiantes alemanes de las universidades en Francia y especialmente de la Sorbona e incluso conllevó a su éxodo de las universidades francesas, las cuales apresuraron la rápida fundación de las universidades poco después de 1379 (Cantoni & Yuchtman, 2012), es decir Erfurt (1379), Heildelberg (1386), Colonia (1388), Wurzburg (1403) y Leipzig (1409). Estas fundaciones deben su existencia al gran sisma Papal, pero provocaron el establecimiento de mercados regulados en muchas ciudades alemanas (Ibídem, óp. cit.), y, por lo tanto, contribuyeron al crecimiento de las ciudades.

5. Tenemos una impresión similar cuando miramos los números de los manuscritos del Derecho Romano y el Canónico. Fue durante y después de la Muerte Negra que con los escritos de Bartolus de Saxoferrato (1313–1357) y Baldus de Ubaldis (1327–1400) la escolástica jurídica alcanzó niveles olímpicos y llegó a ser prácticamente tan importante, que por siglos los abogados no podían trabajar sin referirse a estos académicos. De nuevo, esto no tuvo nada que ver con una demanda por parte de las ciudades, pero ciertamente mejoró la práctica jurídica a lo largo de Europa.

Figura 5: Número Acumulado de Manuscritos de Derecho Romano y Canónico



NOTA: El Instituto Max Planck de Historia del Derecho provee una base de datos en Internet sobre el Derecho Romano con información acerca de todos los manuscritos jurídicos conocidos de la Edad Media, el “Manuscripta Jurídica.” En su página principal se alcanza a leer que el instituto provee descripciones de 7.133 manuscritos (<http://manuscripts.rg.mpg.de/> 16.06.2013). La base de datos informa acerca de autores y textos pero no sobre el año de publicación. Siendo así, compilamos una lista de 60 académicos del Derecho Romano y Canónico, los cuales son considerados por los historiadores del Derecho como sobresalientes, muy importantes o importantes para el desarrollo y esparcimiento de este Derecho. Para los autores de Derecho Canónico también utilizamos un banco de datos de Ken Pennington de la Universidad Católica de América. (<http://faculty.cua.edu/pennington/> 16.06.2013). Contamos el

número de escritos de cada autor en nuestra lista. Siendo que tenemos fácil acceso al año de la muerte de cada autor, ajustamos las fechas de publicación 20 años antes de la muerte de éste. A medida que la serie de tiempo abarca 500 años, esto lleva a errores relativamente pequeños con respecto al año de publicación. Esto se ve en la gráfica 5.

Nótese que el crecimiento del número de nuevos manuscritos jurídicos es especialmente alto después del final de la Muerte Negra (1351), lo cual contradice una posible explicación de acuerdo a la cual, tal alza fue ocasionada por necesidades económicas (crecimiento de las ciudades).

6. Un contraargumento obvio en contra de la hipótesis de Berman acerca de haber sido el nuevo Derecho el que causó la expansión económica, es el rápido desarrollo comercial en Flandes y más tarde en las ciudades de la Liga Hanseática del norte de Europa. Ellas desarrollaron sofisticadas instituciones jurídicas sin una influencia del Derecho Romano y con una *lex mercatoria* en auge, la cual desarrollaron los comerciantes mismos y servía a las necesidades de la comunidad de los negocios. Pero, de nuevo, es cuestionable si esto pudo haber sucedido sin la ayuda de abogados escolásticos. En Flandes y en las ciudades Hanseáticas vivieron muchos abogados con un entrenamiento jurídico formal, bien en universidades francesas o italianas antes de poder ser entrenados en las cercanías.
7. Estas impresiones son además apoyadas por investigaciones acerca del desarrollo económico de países de Oriente Medio (árabes), los cuales enfrentaron un estancamiento económico a partir de la mitad del Siglo XIII. Kuran descubrió que esto sucedió a pesar de ser el Islam inherentemente amigable con los negocios; y de que tampoco existía obstáculo cultural o religioso alguno que fuera mayor en Europa, que permitiera el surgimiento de un sofisticado Derecho mercantil y, especialmente, un Derecho de sociedades. Pero el Derecho islámico era tan inflexible y rígido que las formas jurídicas modernas —especialmente la sociedad de responsabilidad limitada

(*corporation*)— no pudieron desarrollarse (Kuran, 2012). En el Medio Oriente los factores de demanda existieron, pero el sistema jurídico no era suficientemente abstracto, flexible o innovador como para desarrollar y entregar aquellos productos jurídicos, lo que pudo haber reducido dramáticamente costos de transacción.

Concluimos que el ascenso del Derecho como una disciplina académica fue en gran medida independiente del crecimiento y declive de las ciudades mercantiles. El paradigma más plausible para el desarrollo del Derecho moderno en la Edad Media no es una oferta de servicios jurídicos impulsada por la demanda, la cual sube y baja con la actividad económica global, sino de un desarrollo cultural que no solamente reacciona a factores de demanda, sino que además sigue sus propias normas.⁴¹ Esto no excluye la posibilidad e incluso la alta probabilidad de que la causación en un proceso así de complejo funcione en ambas direcciones. Sin embargo, la información disponible sugiere que efectivamente funcionó en una sola dirección.

7. Resumen y Conclusiones

El Derecho Occidental emergió durante la alta Edad Media con la resurrección del Derecho Romano (*Corpus Juris Civilis*), el ascenso del Derecho Canónico y el desarrollo —relacionado con los dos eventos anteriores— del Derecho escolástico de naturaleza académica, racional y sistematizada que era enseñado en las recién establecidas universidades. Probamos si es que este suceso en la Europa Católica medieval tuvo una influencia en el crecimiento económico entre los años 1200 y 1600. Puesto que datos del ingreso per cápita en diferentes países, regiones y puntos de tiempo no se encuentran disponibles para el periodo de tiempo relevante, utilizamos datos de población de ciudades del conjunto s de

⁴¹ Watson (1985: 264) expresó de manera más explícita la visión de que el desarrollo jurídico sigue sus propias estructuras intrínsecas. “My conclusion is simple: Legal change comes about through the culture of the legal elite, the lawmakers, and it is above all determined by the legal culture”.

dato de Bairoch como proxies del PIB per cápita. Trabajamos con datos de la población de 209 ciudades en Europa Occidental. Esto nos permite comprobar dos hipótesis que compiten entre ellas.

De acuerdo a una de estas hipótesis la resurrección medieval del Derecho Romano fue conducente para poder llevar a cabo negocios y la difusión del Derecho Romano sustantivo y procesal, explica el crecimiento de las ciudades. Se esperaría entonces más crecimiento en aquellas regiones que recibieron mucho del Derecho Romano, y poco crecimiento en aquellas que o bien rechazaron el Derecho Romano, o implementaron solo partes del él y que desarrollaron su Derecho consuetudinario heredado. Para comprobar esto, construimos un índice que contiene información acerca de qué tan extendida fue la recepción del Derecho Romano en diferentes regiones de Europa en distintos puntos de tiempo.

La hipótesis alternativa es que no fue el Derecho Romano sustantivo el que tuvo un impacto en el crecimiento, sino el ascenso del Derecho como una disciplina académica (*Verwissenschaftlichung*), lo cual ciertamente está entrelazado con la recepción del Derecho Romano y el desarrollo del Derecho Canónico, pero no es lo mismo. Con el ascenso del “Derecho escolástico” en las universidades a lo largo de Europa una gramática común y un sistema de Derecho dieron juntos a la academia jurídica y al Derecho como tal una flexibilidad y una apertura innovadora, que permitieron a los abogados crear nuevas formas jurídicas, conducentes al quehacer de los negocios, tales como los estatutos de ciudades, de compañías, contratos de seguros y métodos de pago sin dinero en efectivo. También creó esto un nuevo espíritu del Derecho, el cual separó las obligaciones legales de las morales, consuetudinarias y aquellas orientadas por la comunidad.

De nuevo, esto conllevó a un desarrollo económico y del quehacer de los negocios, sin importar si el impacto de esto fuera observado en las normas del Derecho Romano, o del Derecho feudal, consuetudinario o del Derecho mercante. Utilizamos el número de universidades cerca de las ciudades (dentro de un radio de 300 Km) como un proxy del

número de abogados académicamente entrenados y de su influencia en la jurisdicción, la administración y el comercio y, por lo tanto, como un factor determinante de la población de las ciudades. Este número de índice incrementa aún más cuando las influyentes universidades de Boloña o de París/Orleans se encuentran dentro de un círculo de 1500 Km alrededor de la ciudad.

Nuestro estudio de panel da soporte a la segunda hipótesis pero no a la primera. De esto concluimos que no fue el Derecho Romano como tal, sino el aproximamiento científico, racional, sistemático y más individualista de la academia jurídica en toda Europa Occidental lo que conllevó al crecimiento en la población de las ciudades. La enseñanza de los “Derechos escolásticos” Romano y Canónico fue la misma en todas las universidades Europeas sin importar la extensión en la que el Derecho Romano sustantivo hubiera llegado a ser el Derecho en la región alrededor de una universidad.

Los resultados de nuestro estudio soportan la visión de los historiadores del Derecho, especialmente Berman y en cierta medida Wieacker y Whitman, de que el ascenso económico de Europa durante el Medioevo se debe en gran medida al ascenso del Derecho como una disciplina académica, racional y sistemática, la cual fortaleció valores individuales sobre los deberes consuetudinarios y generó reglas con una capacidad superior para la resolución de los conflictos. Esta influencia se dio de manera independiente de la extensión con la que una región en particular adoptara las reglas del Derecho Romano. De igual forma, nuestro estudio soporta la visión según la cual la causación se dio desde el ascenso y esparcimiento de la academia jurídica moderna hasta al crecimiento de ciudad. En tales procesos complejos, la causalidad usualmente se da en ambas direcciones. Nuestros hallazgos indican que más que el ascenso del Derecho escolástico, fue el logro cultural relativamente autónomo con un impacto sobre la economía, en vez de lo contrario, es decir, un incremento impulsado por la demanda de Derecho, abogados y universidades, causado a su vez por las necesidades que las ciudades que se encontraban creciendo rápidamente.

Nuestro estudio complementa investigaciones recientes de Kuran acerca del Medio Oriente durante el mismo periodo de tiempo. Allí el sistema jurídico llegó a ser inflexible y “pegajoso”, en contraste con el Derecho escolástico de Europa Occidental. Aquel sistematizó un Derecho estancado, no uno que estuviera evolucionando. Las escuelas de Derecho en el Medio Oriente (*madrasas*) eran organizaciones estancadas, mientras que las universidades eran dinámicas. Mientras que las universidades lidiaban con un Derecho progresivamente avanzado, las *madrasas* trabajaban en homogenizar un Derecho que no cambió a lo largo del tiempo. Esta característica del Derecho contribuyó al estancamiento de la economía del Medio Oriente después de 1250 (Kuran, 2012).

Nuestros hallazgos contrastan en cierta medida con aquellos escritos de Max Weber, en los cuales este autor sostuvo que el ascenso económico de Europa fue impulsado por la ética protestante, la cual entrenó a los humanos para suprimir sus “placeres animales” de corto plazo a favor de sus “motivos constantes” (Weber, 1930: 117). Nuestros hallazgos no contradicen la tesis de Weber, sino que indican que los desarrollos decisivos, los cuales hicieron de Europa Occidental la fuente de energía del mundo, tomaron lugar antes de la Reforma; que las razones subyacentes de esto fueron desarrollos culturales, los cuales influenciaron la economía indirectamente a través de mejores instituciones; y que estas instituciones fueron promovidas por autoridades católicas y esparcidas en todas partes de Europa Occidental. Nuestros hallazgos también apoyan la visión de Douglas North y otros, quienes sostienen que la capacidad del Derecho informal —del cual se induce su cumplimiento por medio de sanciones sociales— para generar crecimiento es limitada. Para grandes organizaciones y transacciones, expandiéndose a lo largo de grandes periodos de tiempo y grandes distancias, un Derecho formal y nuevas formas de Derecho son necesarios para impulsar más allá el desarrollo económico (North, 1981 y 1986; Olson, 1982). Este estudio no apoya la visión de ser el *common law* inherentemente más adecuado que el Derecho civil para promover el desarrollo económico (Glaeser & Shleifer, óp. cit.; La Porta et al., 1998).

El ascenso del Derecho moderno en Europa desde el Siglo XI, tarde resultó más en la tradición del Derecho civil. Parece ser que un sistema jurídico soporta el crecimiento si es suficientemente flexible para adaptarse a nuevos desarrollos; y suficientemente innovador para proveer nuevas formas jurídicas; y que afecta de manera negativa el crecimiento cuando se vuelve “pegajoso”. Ambas características son compatibles con el *common law* así como con el Derecho Civil. La noción en este estudio de que el haber más abogado implique más crecimiento no es auto evidente. Mancur Olson (1982) demostró que la contribución neta de los abogados puede ser negativa si sus actividades se enfocan en la búsqueda de renta (*rent seeking*) en vez de en la organización jurídica de constelaciones que sean favorables para todos. Olson dio por hecho que el Derecho estaba ya bien desarrollado. En la Europa Medieval, este desarrollo fue una tarea que permaneció en estado de ser realizada.

Bibliografía referenciada

- Avenarius, M. (2004). *Rezeption des römischen Rechts in Russland: Dmitrij Mejer, Nikolaj Djuvernua und Iosif Pokrovskij (Vol. 11)*. Göttingen: Wallstein Verlag.
- Bairoch, P., Batou, J., & Pierre, C. (1988). *Population des villes européennes de 800 à 1850: banque de données et analyse sommaire des résultats (la)*. Ginebra: Librairie Droz.
- Bender, P. (1979). *Die Rezeption des römischen Rechts im Urteil der deutschen Rechtswissenschaft*. Frankfurt am Main: Lang.
- Benedictow, O. J. (2004). *The Black Death. 1346–1353- The complete history*. New York: Boydell & Brewer.
- Bennan, G., & Buchanan, J. M. (1980). *The power to tax: Analytic foundations of a fiscal constitution*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Benson, B. L. (1989). “The spontaneous evolution of commercial law”. *Southern Economic Journal* , 55, 644–661.
- Berman, H. J. (1983). *Law and Revolution. The Reformation of the Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.
- (1996). “The religious sources of general contract law: An historical perspective”. *Journal of Law and Religion* , 4 (1), 103–124.

- Bertelsmeier-Kierst, C. (2013). *Jordan von Boizenburg (um 120–1270)*. Berlin: Erich Schmidt Verlag.
- Brants, C. (2010). “Legal Culture and Legal Transplants. Netherlands National Report”. *ISAIDAT Law Review* , 1 (2), 1–117.
- Bulst, N. (1979). “Der Schwarze Tod. Demographische, wirtschafts-und kulturgeschichtliche Aspekte der Pestkatastrophe von 1347–1352. Bilanz der neueren Forschung”. *Saeculum Jahrbuch für Universalgeschichte*, 30, 45–67.
- Buringh, E., & Van Zander, J. L. (2009). “Charting the rise of the West. Manuscripts and printed books in Europe. A long-term perspective from the sixth through the eighteenth centuries”. *The Journal of Economic History* , 69 (2), 409–445.
- Cantoni, D., & Yuchtman, N. (2012). “Medieval universities, legal institutions, and the commercial revolution” (Nº w17979. *National Bureau of Economic Research*.
- Daileader, P., Stonebarger, T., Walz, L., Leven, J., & Martin, T. (2007). *The Late Middle Ages*. Chantilly: Teaching Company.
- De Ridder-Symoens, H. (1992). “Mobility”. En: H. de Ridder-Symoens (Ed.), *A history of the University in Europe I* (págs. 280–304). Cambridge: Cambridge University Press.
- DeLong, J. B., & Shliefer, A. (1993). “Princes and Merchants: European City Growth before the Industrial Revolution”. *Journal of Law & Economics*, 36 (2), 671–702.
- Donahue, C. (1974). “The Civil Law in England”. *The Yale Law Journal* , 84 (1), 167–181.
- Eisner, M. (2001). “Modernization, Self-Control and Lethal Violence. The Long-term Dynamics of European Homicide Rates in Theoretical Perspective”. *British journal of criminology* , 41 (4), 618–638.
- Encyclopedia Britannica. (2015). *Encyclopedia Britannica Online*. Recuperado en: julio–21–2013, de: <http://www.britannica.com/place/Flanders-region-Belgium>.
- Farran, S. (2010). “Legal culture and legal transplants. England and Wales”. *ISAIDAT Law Review* , 1 (2), 1–35.
- Frijhoff, W. (1996). “Patterns”. En: H. Ridder-Symoens (Ed.), *A history of the university in Europe II* (págs. 43–106). Cambridge: Cambridge University Press.
- Giaro, T. (2011). “Legal tradition of Eastern Europe. Its rise and demise”. *Comparative law review* , 2 (1), 1–23.

- Gimpel, J. (1977). *The Medieval Machine. The Industrial Revolution of the Middle Ages*. Londres: Penguin Books.
- Glaeser, E. L., & Shleifer, A. (2002). "Legal origins". *Quarterly Journal of Economics*, 117 (4), 1193–1229.
- Gordley, J. (2013). *The Jurists. A Critical History*. Oxford: Oxford University Press.
- Gordon, W. M. (1995). "Roman Law in Scotland". En: R. Evans-Jones (Ed.), *The Civil Law tradition in Scotland* (pp. 13–19). Edinburgo: Stair Society.
- Granger, C. J. (1969). "Investigating causal relations by econometric models and cross-spectral methods". *Econometrica*, 37 (3), 424–438.
- Graziadei, M. (2011). "Legal culture and legal transplants. Italian National Report". *ISAIDAT Law Review*, 2, 1–47.
- Greif, A. (2000). "The fundamental problem of exchange: a research agenda in historical institutional analysis". *European Review of Economic History*, 4 (3), 251–284.
- Halsall, P. Recuperado en: julio–21–2013, de: *Medieval Sourcebook. Salic Law*: <http://legacy.fordham.edu/halsall/source/salic-law.html>.
- Hamza, G. (2010). "Die römischrechtliche Tradition und die Privatrechtsentwicklung in Ungarn". *Revista Chilena de Historia del Derecho*, 22 (1), 211–245.
- Heirbaut, D., & Gerkens, J. F. (2011). "In the shadow of Frande legal acculturation and legal transplants in the Southern Netherlands and Belgium". *ISAIDAT Law Review*, 1 (3), 1–35.
- Helleiner, K. F. (1967). "The population of Europe from the Black Death to the eve of the Vital Revolution". En E. E. Rich, & C. H. Wilson (Edits.), *The Cambridge Economic History of Europe* (Cuarta Edición ed., págs. 1–95). Cambridge: Cambridge University Press.
- Janssen, A., & Schulze, R. (2011). "Legal cultures and legal transplants in Germany". *European Review of Private Law*, 19 (2), 225–256.
- Kelly, J. (2012). *The great mortality. An intimate history of the Black Death, the most devastating plague of all time*. New York: Harper Collins.
- Kriegel, B. (2002). *Natural law and Civil Sovereignty. Moral right and state authority in early modern political Thought*. (I. Hunter, & D. Saunders, Edits.) Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- Kuran, T. (2012). *The long divergence. How Islamic Law held back the Middle East*. Princeton: Princeton University Press.
- La Porta, R., López–De–Silanes, F., Shleifer, A., & Vishny, R. W. (1998). "Law and finance". *The Journal of Political Economy*, 106 (6), 1113–1155.

- López, R. S., & Raymond, I. W. (1955). *Medieval Trade in the Mediterranean World*. New York: Columbia University Press.
- Maddison, A. (2003). *Historical Statistics*. OECD, París.
- Malamina, P. (2007). *Decline or Growth? European Towns and Rural Economies 1300-1600*. Naples: Institute of Studies on Mediterranean Societies.
- North, D. C. (1981). *Structure and change in economic history*. New York: Norton.
- (1986). "The new institutional economics". *Journal of institutional and theoretical economics*, 142 (1), 230-237.
- Olson, M. (1982). *The rise and decline of nations. Economic growth, stagflation, and economic rigidities*. New Haven: Yale University Press.
- Pamuk, S. (2007). *The Black Death and the Origins of the 'Great Divergence' across Europe, 130-1600* (Undécima Edición ed.). Oxford: Oxford University Press.
- Rashdall, H. (1969). *The universities of Europe in the Middle Ages* (Vol. II). Oxford: Oxford University Press.
- Repgen, T. (2007). "Ius Commune". En: H. P. Haferkamp, & T. Repgen (Edits.), *Usus Modernus Pandectarum. Römisches Recht, Deutsches Recht und Naturrecht in der Frühen Neuzeit*. Klaus Luid zum 70. Geburtstag (págs. 157-179). Colonia: Böhlau.
- Sinder, J. (2001). "Irish legal theory. An overview and guide to the sources". *Law Library Journal*, 93 (2), 231-260.
- Snell, M. (2013). *Medieval History Guide*. Recuperado en: julio-21-2013 de *The Black Death*: <http://historymedren.about.com/library/bldeath.htm>.
- Speer, H., & Repgen, H. (2013). *Herman Langebeck*. Recuperado en: julio-21-2013, de Heidelberg Hypertext: <http://www.rzuser.uni-heidelberg.de/~cd2/hdhs/objekte/2272.htm>.
- Stadle, H. (2006). *Historisches Lexikon der Schweiz*. (Octubre-2-2006). Recuperado en: julio-21-2013, de: <http://www.hls-dhs-dss.ch/textes/d/D8606.php?topdf=1>.
- Stein, P. (2009). *Roman Law in European History*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Tamm, D. (1996). "The Danes and their legal heritage. The nordic countries and their law". En: B. Dahl, T. Melchior, & D. Tamm (Edits.), *Danish Law in a European Perspective* (págs. 33-52). Copenhagen: Gadjura.
- (2011). "Legal culture and legal transplants. Danish national report". *ISAIDAT Law Review*, 1 (2), 1-7.

- Tönnies, F. (1887). *Gesellschaft und Gemeinschaft*. Leipzig: Fues's Verlag.
- Van Bavel, B. J. (2002). "People and Land. Rural Population Developments and Property Structures in the Low Countries, c. 1300 - c. 1600". *Continuity and Change*, 17 (1), 9–37.
- Van Zanden, J. L. (2006). "Economic Growth in a Period of Political Fragmentation, Western Europe 900–1300". *Research Groups on Social and Economic History of Utrecht University*.
- Verger, J. (1992). "Patterns". En: H. Ridder-Symoens (Ed.), *A history of the University in Europe II* (págs. 35–74). Cambridge: Cambridge University Press.
- Vinogradoff, P. (1909). *Roman Law in Mediaeval Europe*. Londres: Harper.
- Voigtländer, N., & Voth, H. J. (2013). "The three horsemen of riches. Plague, war and urbanization in early modern Europe". *The Review of Economic Studies*, 80 (2), 774–811.
- Watson, A. (1985). *The evolution of Western private Law*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Weber, M. (1930). *The Protestant Ethic and the spirit of capitalism*. Londong: Allen and Unwin.
- Whitman, J. Q. (1995). Moral Menace of Roman Law and the Making of Commerce: Some Dutch Evidence. *The Yale Law Journal*, 105 (7), 1841–1889.
- Wieacker, F. (1981). "The Importance of Roman Law for the Western Civilization and Western Legal Thought". *Boston College International & Comparative Law Review*, 4 (2), 257–281.
- (1995). *History of Private Law in Europe. With Particular Reference to Germany*. Oxford: Clarendon Press.
- (1996). *Privatrechtsgeschicht der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*. (Segunda Edición ed.). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press.
- (2007). "Römisches Recht und Europäische Kultur". *JuristenZeitung*, 62 (1), 1–12.
- (2011). "Roman Law and the Harmonization of Private Law in Europe". En: A. S. Hartkamp, C. Mark, M. W. Hesselink, E. Du Perron, & E. Hondius (Edits.), *Towards a European Civil Code* (Cuarta Edición, pp. 27–53). Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- Zimmermann, R. Zywicki, T. J., & Stringham, E. P. (2010). "Common law and economic efficiency". (F. Parisi, & R. Posner, Edits.) *Encyclopedia of law and economics*, 10–43.

Nigger Manifesto Institutional, Intellectual and Ideological Racism inside the American Academy

*“Nigger Manifesto” Racismo
Institucional, Intelectual e Ideológico
al interior de la Academia Americana*

*Ellis Washington, J. D.**

* Ellis Washington, DePauw University; B. M. 1983, University of Michigan; M.M., 1986, John Marshall Law School; J.D. 1994; Post-graduate studies in history and law at Harvard GSAS, Harvard Law School and Michigan State University. He achieved three prestigious clerkships before the time he finished his first semester of law school: In May, 1989 he was a staff editor for the University of Michigan Law Review, in Sept. 1991 he was a law clerk for The Sixty-Plus Elder Law Clinic and in Dec. 1991 a law clerk for The Rutherford Institute. Since 2012 Washington was a founding member of the Board of Directors for Salt Light Global, LLC, an organization dedicated to re-instituting a Judeo-Christian worldview in history, law, politics, and culture. He is a co-host on the conservative Christian radio show, Joshua's Trial, heard Saturdays on www.WDTKam.com. Since 2013 he has been a history, law and political commentator for RenewAmerica.com (WND). His most recent works include an original legal analysis on a Nuremberg Trials document, Social Darwinism in Nazi Family and Inheritance Law, 13 Rutgers Jour. Law and Religion 173 (2011) and a collection of 230 articles, essays, and Socratic dialogues, The Progressive Revolution, Liberal Fascism through the Ages, 2 volumes (University Press of America, 2013); The Progressive Revolution, History of Liberal Fascism through the Ages, vol. 3 (2010–11 writings), Vol. 4 (2012–13 writings) (University Press of America, 2015).
Correo electrónico: elliswash1@aol.com

Abstract

For over 30 years I have worked indefatigably, I have labored assiduously to build a relevant resume; as an iconoclastic law scholar zealous for natural law, natural rights, and the original intent of the constitutional Framers—a Black conservative intellectual born in the ghettos of Detroit. Yet as a Black intellectual what is my reward for 30 years of meticulous research? My reward is that in a *de jure* (legal) and *de facto* (unofficial) sense I am effectively blacklisted by White and Black Progressive academics who over the past 50 years have increasingly come to dominate the Academy. Instead of being welcomed as an equal, my prolific scholarly output has been mocked, marginalized, slandered, and scrupulously ignored by the academic community. We, conservative scholars, academics, and intellectuals have no home to go to in our futile, Sisyphus-like search for good faith faculty interviews. We are discriminated against, ignored, mocked, summarily rebuffed, and quickly learn that we are faced with the ubiquitous, chilling, yet invisible sign above every faculty inquiry —NO CONSERVATIVES NEED APPLY!

Keywords: Justice, Civil Rights, Natural Law, Constitutional Law, Jurisprudence.

Resumen

Durante más de 30 años he trabajado infatigable, asiduamente para construir un currículum pertinente; como un estudioso de la ley iconoclasta entusiasta por la ley natural, los derechos naturales, y la intención original de los redactores de la Constitución —un intelectual conservador Negro nacido en los guetos de Detroit. Sin embargo, como un Negro intelectual ¿cuál es mi recompensa por 30 años de meticulosa investigación? Mi recompensa es que *de jure* (legal) y *de facto* (hecho), me encuentro efectivamente enlistado por el Blanco y Negro de los académicos progresivos que en los últimos 50 años se han acercado cada vez más a dominar la Academia. En lugar de ser acogido como a un igual, mi producción académica prolífica ha sido escarnecida, marginada, calumniada, y escrupulosamente ignorada por la comunidad académica. Nosotros, conservadores de la académica e intelectuales no tenemos lugar para buscar en nuestra búsqueda fútil, digna de Sísifo para nuestras entrevistas de buena fe en la Facultad. Somos discriminados, burlados, provocados y rápidamente entendimos que encaramos señales invisibles y ubicuas sobre todas las investigaciones en la facultad.

Palabras clave: Justicia, Derechos Civiles, Derecho Natural, Derecho Constitucional, Jurisprudencia

1. Breaking the Slave Chains of Affirmative Action

Law Faculty Letter of Inquiry

January 1, 2012

Dear Law School or University Dean X:

This unsolicited letter expresses my strong and enduring desire to apply for any open faculty positions at your law school, college, or university within my areas of expertise, scholarly pursuits, and teaching experience which include — Natural Law, Constitutional Law, Jurisprudence, Legal History, First Amendment, International Law, Legal Ethics, Law & Education Policy, Critical Legal Studies, Family Law, Juvenile Law, Critical Race Theory, Criminal Law, Criminal Procedure, Contracts, Business Law, Administrative Law, Law and Politics, Law and Humanities, and Law and Literature.

Due to my numerous and unsuccessful efforts for 20 years in obtaining neither a real, fair, or good faith interview for a law faculty, university or college position, this year I have elected to pursue a new, novel, and proactive strategy which I am convinced will cause a paradigm shift inside the Academy...and beyond. I will write an original *Manifesto*-a confessional auto-biography if you will,¹ which outlines *some* of my scholarly accomplishments while exposing what I consider to be the endemic, racist, discriminatory, and frankly irrelevant criteria most American law schools and universities use to pick essentially the same vanilla, ideological-minded leftists for virtually all of their faculty appointments while others like myself of an “other” ideology;² a different but equally relevant experience and scholarly achievement has for over

¹ This genesis of this *Manifesto* began shortly after I created my law blog: www.EllisWashingtonReport.com with the help of my web administrator and friend, Hans Gruen in Feb. 2011.

² See generally *The Spook Who Sat by the Door*, Wikipedia.org (last visited April 20, 2013). [http://en.wikipedia.org/wiki/The_Spook_Who_Sat_By_The_Door_\(novel\)](http://en.wikipedia.org/wiki/The_Spook_Who_Sat_By_The_Door_(novel)).

20 years been ignored and shamefully treated as, to coin a phrase from that 1970s literary/movie classic, *The Spook Who Sat by the Door*.

*And I said to him, Michael [Parks], how many—he was Chairman—they made him Chairman of the Journalism Department at USC. I said, how many conservatives do you have on your faculty? He said, I can't think of one. And I said, well, do you think that's a good thing from the point of view of educating journalists? And he said, no. I said, well, what can you do about it? And he said, nothing, because the faculty chooses—they hire themselves. And so, once the left gets in, it's over.*³

Prologue

Well...it ain't over! My name is Ellis Washington. I was born six weeks after President Barack Hussein Obama on 22 September 1961. I even went to Harvard Law School with him in 1989. I was educated in the ghettos of Detroit, Michigan and raised predominately by a single mother who in rearing three children, worked three jobs while going to school for 20 years to complete her college degree. I grew up several blocks from the home of Dr. Ossian Sweet, that iconic battleground domicile which achieved national attention in a famous legal case that desegregated my neighborhood called, "Jefferson–Chalmers Historic Business District" in 1925.⁴ This milestone event of American legal history was achieved despite the original, outrageous verdict of murder against Dr. Sweet by the presiding judge, Frank Murphy (a future Justice of the Supreme Court)⁵ and against all of the adults inside his home due to the unbridled

³ David Horowitz, Bernie Goldberg, *David Horowitz and Bernie Goldberg in Conversation*, FrontPageMag.com. (Dec. 9, 2011). <http://frontpagemag.com/2011/frontpagemag-com/bernie-goldberg-and-david-horowitz-in-conversation/>.

⁴ My neighborhood I was born in is called the Jefferson–Chalmers Historic Business District, *Wikipedia.org* (Jan. 2, 2013) http://en.wikipedia.org/wiki/Jefferson–Chalmers_Historic_Business_District. A picture of the home of Dr. Ossian Sweet which still stands can be found at this address and link: Dr. Ossian H. Sweet House at 2905 Garland St., Detroit, Michigan, *Wikipedia.org*, http://en.wikipedia.org/wiki/Ossian_H._Sweet_House.

⁵ Frank Murphy served 7 years as a judge on Recorder's Court in the Detroit from 1923 to 1930, and during his tenure there made many administrative reforms in the procedural operations of the court. While on Recorder's Court, he possessed a well-known reputation

bloodlust of a member of a White violent, racist lynch mob (perhaps a bystander) who hated the fact that Black people had moved into their neighborhood with racist animus repeatedly shot into Dr. Sweet's home, was himself ironically killed by a stray bullet.⁶

The court later deduced that the fatal bullet (presumably through an early form of ballistic evidence) was discharged by Dr. Sweet's brother, Henry Sweet. Detroit in the 1920s was so racially Balkanized that it took the combined forces of the NAACP with Clarence Darrow, then America's preeminent trial attorney⁷ who through an epic legal battle eventually secured the acquittal of Dr. Ossian Sweet, his brother Henry⁸ and all the

as a trial judge where he was as a presiding judge in the famous murder trials of Dr. Ossian Sweet and his brother, Henry Sweet during the years 1925 and 1926. Clarence Darrow, then one of the foremost trial lawyers in America, was lead counsel for the defense, *Kevin Boyle, Arc of Justice: A Saga of Race, Civil Rights, and Murder in the Jazz Age* (Henry Holt & CO. 2004).

⁶ *Id.*

⁷ Here is a passage from a recent book loaned to me by my dearest intellectual mentor, Professor Arthur R. LaBrew which he graciously loaned to me after hearing a summary of this opus while he was recovering from surgery at a rehabilitation hospital during the summer of 2012. The writer gives the reader a rare and unique window into Murphy's political and psychological considerations that affected his rather iconoclastic judgment toward Dr. Ossian Sweet and his brother. Murphy, it was said, developed a need to decide cases based on his more holistic notions of justice, eschewing technical legal arguments. As one commentator wrote of his later Supreme Court service, he "tempered justice with Murphy." See Linda Rapp, *Frank Murphy, 1890–1949, A short biography of Frank Murphy*, http://www.glbtq.com/social-sciences/murphy_frank.html (last visited August 1, 2012).

By the time Toms stumbled to a finish, Walter White [head of the NAACP Legal Defense Fund] must have believed that victory was a hair's breadth away. It wasn't. [Judge] Murphy never explained his decision to rule against the defense. Some thought it was a political move; Father Frank was planning to run for mayor himself one day soon, they said, and he didn't want to be known in white neighborhoods as the judge who freed the Sweets. Others claimed he'd been thinking of the Negroes: a verdict of not guilty would be much stronger coming from a jury rather than from the bench, that's what they said. Still others thought he'd made a principled stand...

Kevin Boyle, *Arc of Justice: A Saga of Race, Civil Rights, and Murder in the Jazz Age* 286 (Henry Holt & Co. 2004).

⁸ Was presiding Judge Frank Murphy friend or foe to the virulently racist, segregation and hatred that almost took the life of Dr. Ossian Sweet and the lives of his family and friends inside that besieged bungalow on the lower eastside of Detroit that fateful day in October 1925? Could there have been some type of *quid pro quo* which later led to the unprecedented rise from a Records Court judge to being tapped by Franklin Delano Roosevelt to become a justice on the U.S. Supreme Court?

other family members inside that besieged bungalow at 2905 Garland St. in Detroit, Michigan.⁹

I came of age during one of America's bloodiest race riots in July 1967.¹⁰ I saw my beloved Detroit (once called "The Paris of America," "The city of trees," "Motown," "The Motor City," and during the dark days of World War II, "The arsenal of democracy") began her collective descent into racist madness and one-party Democratic Party hegemony which she would never recover from to this day.¹¹ I saw the soldiers fighting against looters, vandals, and existential chaos as they valiantly struggled to preserve order, peace and to keep Detroit from becoming like Watts in Los Angeles (1964) or Newark New Jersey (July 1967) who had horrific race riots contemporary with Detroit.¹² I witnessed their fearsome AK-47-type assault rifles. My mother even took pictures of me with some of those soldiers guarding our neighborhood high school (Southeastern).¹³

⁹ The horrific, racist events leading up to the Sweet case took place between June 7, 1925, when the Sweets bought the house for US\$18,500, about US\$6,000 more than the house's fair market value. See, *Manning Marable, Malcolm X: A Life of Reinvention* 27 (Penguin Books 2011) <http://books.google.com/books?id=X9iFvpxrd0kC&pg=PT49> (last visited August 4, 2012). The Sweets moved into the house on September 8, 1925. The trial of Henry Sweet started on April 19, 1926 and he was acquitted of murder charges by July 1927. See *Suzanne Barchers, Judge for yourself: Famous American Trials for Readers Theatre* 115 (Teacher Ideas Press, 2004).

¹⁰ The Detroit Race Riots of 1967, also known as the 12th Street Riot, was a civil upheaval in Detroit, Michigan that began in the early morning hours of Sunday, July 23, 1967. The catalyst event was a police raid of an unlicensed, after-hours bar colloquially known as a 'blind pig' on the corner of 12th St.

¹¹ Currently the City of Detroit is at the brink of economic collapse having recently filed chapter nine bankruptcy despite the stopgap measure Governor Rick Snyder (R-MI) appointed Emergency Manager Kevyn Orr to bring the city's debt into the black. See Josh Barro, *11 Charts to Show Why Detroit is Falling Apart and Headed for bankruptcy*, *BusinessInsider.com*, <http://www.businessinsider.com/11-charts-that-show-why-detroit-is-falling-apart-and-heading-for-bankruptcy-2013-6?op=1> (June 14, 2013). Michigan Governor George W. Romney (1963-69), father of 2012 GOP presidential candidate Mitt Romney, ordered the Michigan National Guard into Detroit in an effort to help end the Detroit riots of July 1967, and Army troops were sent into Detroit by President Lyndon B. Johnson.

¹² For a comprehensive listing of race riots in America, see article on *Mass Racial Violence in the U.S.*, (last visited April 20, 2013), *Wikipedia.org*, http://en.wikipedia.org/wiki/Mass_racial_violence_in_the_United_States.

¹³ My mother recently showed me that picture, perhaps my earliest memory as a child. My mother is standing near me and I'm holding nervously to the fence near two very young black soldiers in full military fatigues holding their military assault rifles.

Nevertheless, would a little Black ghetto boy like me be permitted to transcend the shackles of federally mandated racial quotas? Or is achieving real vs. token racial equality a dream deferred in America?¹⁴

‘They hire themselves’

In many respects, being a Black man in America is the most exceedingly difficult thing I have ever done in my life. However, being a Black conservative intellectual in America is tantamount to a self-imposed exile of masochistic dimensions.¹⁵ First, you’re rejected by Black America, your closest family, friends, and associates who voted for President Obama in the 95 percentile, your home city of Detroit voted for Obama at a 98 percentile secondly, you’re taken for granted, ignored or tokenized by White conservatives who view you from a cold distance as marginalized because they have fulfilled their token conservative.

2. History must Triumph over Unconstitutional Balancing Tests

Invidious Viewpoint Discrimination and Unconstitutional Balancing Tests

According to Black’s Law Dictionary *invidious discrimination* is based on prejudice. Invidious discrimination is arbitrary, irrational and not

¹⁴ Editorial, *Damage Suits: Who pays for riots?* *Time Magazine*, Aug. 4, 1967, Vol. 90, No. 5, <http://www.time.com/time/magazine/0,9263,7601670804,00.html>; Sidney Fine, *Rioters and Judges: The Response of the Criminal Justice System to the Detroit Riot of 1967*, (Retrieved 29 July 2012) *Wayne Law Review* 33 (5): 1723–1764. (1987).

¹⁵ See, Yoel Inbar and Joris Lammers, *Political Diversity in Social and Personality Psychology*, last visited April 6, 2013) http://yoelinbar.net/papers/political_diversity.pdf. Association for Psychological Science, XX(X) 1–8 (2012) (*hereinafter* Tilburg Study on *Political Diversity*); Bob Unruh, *Psychologist Blacklist Conservative Colleagues*, WND.com (Aug. 19, 2012, 2:03 PM) <http://www.wnd.com/2012/08/psychologists-blacklist-conservative-colleagues/?catorig=politics> (citing the Tilburg Study and applying its anti-conservative findings to current surreptitious attacks by liberal/progressives against their marginal, powerless conservative colleagues).

reasonably related to a legitimate purpose.¹⁶ I cannot think of a more fitting description of the ubiquitous, arbitrary and irrational hatred White academics have demonstrated for decades by excluding Black conservative intellectuals from their ranks at the university and are to date allowed to get away with it because they have a monopoly over education at all levels especially higher education and because this invidious viewpoint discrimination isn't *de jure* (written, official), but *de facto* (unwritten, unofficial) this surreptitious form of ideological discrimination is entrenched and institutional.¹⁷ The requirement that for a classification to be suspect, it must be invidious, is the main reason that only race and national origin have been categorized as suspect. The rationale is that the political process is the primary means by which different groups may protect themselves from disadvantage.¹⁸ But, as Justice Harlan F. Stone first wrote in the *Carolene Products* case "Footnote 4" the judicial legislation from the bench provided three levels of scrutiny, "prejudice against "discrete and insular minorities" may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect *minorities*, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry."¹⁹ In other words, not all forms of discrimination create this "special condition" of political impotence and thus, not all forms of discrimination warrant application of the strict scrutiny standard.²⁰

¹⁶ See definition of *invidious discrimination* from Black's Law Dictionary 826 (West Publishing Co., 1990).

¹⁷ Joseph Blocher, *Viewpoint Neutrality and Government Speech*, 52 *Boston College Law Rev.* N° 3, 696–767 (2011) (author address a paradoxical contradiction inherent in viewpoint discrimination: Why is viewpoint discrimination flatly forbidden in one area of First Amendment law and entirely exempt from scrutiny in another?).

¹⁸ Richard A. Posner, *The Federal Courts: Crisis and Reform* 365 (Harvard University Press 1986); Richard Delgado, *The Imperial Scholar: Reflections on a Review of Civil Rights Literature*, 132 *University of Pennsylvania L. Rev.* N° 3, pp. 561–578 (Mar., 1984).

¹⁹ *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 (1938); David Horowitz, Bernie Goldberg, *David Horowitz and Bernie Goldberg in Conversation*, *FrontPageMag.com* (Dec. 11, 2013), <http://frontpagemag.com/2011/frontpagemag-com/bernie-goldberg-and-david-horowitz-in-conversation/>.

²⁰ What criteria do courts use to determine whether a classification that differentiates between groups is a "suspect" classification or not? Courts will examine things like whether the class being "discriminated" against is a "discrete and insular minority." That is, is it a group of people who inherently belong to that group and cannot switch back and forth between groups.

Carolene Products case in my opinion was a patently unconstitutional judicial activist opinion whose legal analysis essentially created out of whole cloth the structures of modern constitutional analysis or the Incorporation Doctrine whereby certain amendments in the Bill of Rights were applied to the states under the Fourteenth Amendment due process and equal protection clauses. Laws or policies that discriminate against any person or group must meet some degree of scrutiny or review: 1) Rational Basis Review; 2) Intermediate Scrutiny; 3) Strict Scrutiny.²¹ This is an outrageous contention by the majority opinion of *Carolene Products* because neither that case, nor what I consider the infamous Footnote 4 which made that case famous had anything to do with helping Blacks ascend from de facto slavery in 1930s America but was used as a shameless pretext by the majority to justify this pseudo-constitutional analysis in a latter case. The pretext the Court would use to fully implement their legislation from the bench using levels of scrutiny came just six years later in the *Korematsu* case strict scrutiny whereby FDR used a strict scrutiny analysis and wartime expediency to force into internment camps hundreds of thousands of Japanese, Italian, and German Americans and the Court agreed.

Also, is it a group that is likely to be unable to defend itself against maltreatment at the hands of another, larger, group? See Ellis Washington, *Birth of a conservative intellectual*, WND.com (February 1, 2013, 8:00 PM), <http://www.wnd.com/2013/02/birth-of-a-conservative-intellectual/>.

²¹ In a WorldNet Daily essay on the *Carolene Products* case I did a historical analysis how for over 75 years Justices and judges alike have robotically used this inconspicuous words with no basis in legitimate constitutional jurisprudence to essentially give cover to judges to betray the U.S. Constitution of the United States they all swore on a Bible “to defend against all enemies: foreign and domestic. Here is the relevant excerpt: Footnote Four of *Carolene Products* would push FDR’s Progressive revolution beyond his initial results-oriented liberalism to an end-justifies-the-means political hegemony. Therefore, Footnote Four recognized this rational basis test for economic legislation, a very low standard of judicial review. The “rational basis test” mandates that legislation enacted by Congress or state legislatures that deals with economic regulation must be rationally related to a legitimate state interest. Note that under this new FDR-created judicial review, the goal is not fidelity to constitutional principle or, as in *Lochner*, et al., protection of property rights, but the wielding of unshackled progressive power, control and the obliteration of individual liberty and the Separation of Powers doctrine the framers held sacred. Ellis Washington, *The shadow power behind the Supreme Court*, WND.COM (March 9, 2012). <http://www.wnd.com/2012/03/the-shadow-power-behind-the-supreme-court/#3MYRgO6p70IUf6jf.99> (emphasis mine).

The Spook who sat by the Door

Since graduating from law school in 1992 and despite my prolific scholarly record out of literally hundreds of applications for full-time faculty positions I've made inquiry to, all I've gotten in return was form rejection letter after form rejection letter²² telling me how impressive my education background and scholarly record were, how competitive the process was, that my CV would be given full consideration by the 'Faculty Appointments Committee,' and most galling to me was this hypocritical statement printed at the bottom of every law school and university faculty application—"MINORITIES AND WOMEN ARE URGED TO APPLY."²³

In a recent essay, *Birth of a conservative intellectual, Part 2*, I wrote of this rampant apostasy among modern conservatives in this manner:

...The social and professional blacklisting real conservatives suffer in America is just too high a price to pay, so for the acceptance and praise of the left so-called 'conservatives' become modern-day Neville Chamberlains ... they choose appeasement! George H.W. Bush, George W. Bush, Mitt Romney, Bob Dole, John McCain, John Boehner, Joe Scarborough, Condoleezza Rice, General Colin Powell, David Brooks, Ambassador Jon Huntsman, Justice Sandra Day O'Connor, Justice David Souter and Obama's current [appointee] for Secretary of Defense, Chuck Hagel, may be Republicans, but aren't real conservatives (emphasis mine).²⁴

For several years I even naively, but in good faith, attended the so-called Law Faculty Recruitment Conferences sponsored by The Association of

²² I would estimate that I've received over 1,000 rejection letters over the 25 years I've tried to become a tenured college professor. Many of them I still have in my files so that when I finally break the barriers of ideological racism I can help other blacklisted conservatives to obtain faculty positions also.

²³ See David Strauss, *Is Carolene Products Obsolete?* 2010 University of Illinois Law Rev. No. 4, 1251–70, <http://illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2010/4/Strauss.pdf>.

²⁴ See Ellis Washington, *Our leftist propaganda factories*, supra note 56. *The Spook Who Sat by the Door*, supra note 2.

American Law Schools (AALS) where for three or four years I had about two dozen interviews at law schools all over America. However, as soon as they deduced that this Black man sitting before them was a doctrinaire conservative (in most cases they actually had many of my books and law review articles in their possession at the interview which quickly became obvious to me that they didn't read too deeply). The sham interview was always the same: 3–10 law faculty and administrators would on cue nervously smile at each other, shuffle some papers, and after their phony, perfunctory interview with the ubiquitous questions—"What do you view as the central purpose of law education today"? "How will your legal research and scholarship help today's students better understand their future roles as legal practitioners"?²⁵

3. The Justice Clarence Thomas Effect

Blacklisting Black Conservative Scholars

On the one hand my case is paradoxical: I, as a Black conservative intellectual, like virtually every Black conservative in America, am ignored and despised by the legions of White Marxists, humanists, socialists, atheists, Darwinists, progressives, self-described "liberals" who pride themselves the guardians of equality, egalitarianism, justice and fairness, yet these same people dominate the Academy blacklisting conservative academics by exercising what Gramsci called "cultural hegemony with Nazi-like efficiency."²⁶ This ubiquitous phenomenon I've

²⁵ This incident ironically happened not at a leftist, progressive Ivy League school like Columbia or Yale but at Regent University Law School whom I had interviewed with two years in a row and rejected both times. If I as a Black academic can't get a fair shot at an overtly Christian school founded by Pat Robertson, then where can I go?

²⁶ Kevin A. Hassett, *Commencement speakers: Conservatives need not apply*, Los Angeles Times (May 20, 2013) <http://www.aei.org/article/society-and-culture/commencement-speakers-conservatives-need-not-apply/> (CNN published an article by John Blake entitled, "Three questions for Clarence Thomas," that allows them to not only distort the black conservative judge's opinions, but also to tip-toe on the edge of racism, referring to Justice Thomas as a "sellout" and "Uncle Thomas" while hiding behind the cowardly journalistic trick of "Hey, we're just reporting what other people say!"). See John Blake, *Three questions for Clarence Thomas*, Cnn.com (June 9, 2013) <http://www.cnn.com/2013/06/09/us/clarence-thomas-three-questions/index.html>.

recently coined the “Justice Clarence Thomas Effect.” In other words, progressives so hate the fact that they were unsuccessful in personally destroying Clarence Thomas, a conspicuous Black conservative that White liberals/progressives utterly despise and hate especially his natural law jurisprudence. This invidious hatred united the Left on one accord for the singular purpose of derailing his Supreme Court nomination during the fateful summer of 1991.²⁷ Having narrowly failed at their Machiavellian efforts against Justice Thomas, nevertheless the Left has made a Faustian bargain that all subsequent doctrinaire conservatives such as myself must be stopped from following his lead and succeeding in mainstream America and thus their vocation aborted in the cradle... stopped at costs.²⁸ In a paradoxical sense every Black conservative in America will pay double for the “sin” of Justice Thomas’s ascendancy to the Olympus of the Supreme Court.²⁹ Notice how few Blacks have been allowed to follow in his footsteps since Oct. 1991.

Here is a case where the Justice Clarence Thomas Effect demonstrative. In an April 9, 2013 CSPAN interview of Justice Thomas by the Dean Gormley of the Duquesne School of Law, when asked about how he felt about the nation’s first Black President, Barack Obama, Thomas said he always knew it would have to be a person who was “approved by the elites and the media because if it was someone who they didn’t agree

²⁷ See generally: R. George Wright, *Is Natural Law Theory of Any Use in Constitutional Interpretation?* 4 S. Cal. Interdisciplinary L.J. 463 (1995) (arguing that natural law is indeterminate such that it can be used to justify a variety of moral and judicial outcomes).

²⁸ Lee Stranahan, *Commencement speakers: Conservatives need not apply*, Breitbart.com (June 10, 2013) <http://www.breitbart.com/Big-Journalism/2013/06/09/CNN-Launches-Dishonest-Attack-On-Clarence-Thomas-To-Protect-Voter-Fraud> (Kevin Hassett is director of economic policy studies at the American Enterprise Institute in his essay on discrimination against conservatives as commencement speakers had this revealing data: There were only three identifiably conservative speakers at the top 50 colleges and 12 at the top 100 universities, compared with a total of 69 identifiably liberal speakers).

²⁹ Ellis Washington, *Clarence Thomas’s ‘My Grandfather’s Son,’* from *The Progressive Revolution*, Vol. 1, 367 (Univ. Press of Amer. 2013); Ellis Washington, *Clarence Thomas; No Black Self-respect*, from *The Progressive Revolution*, Vol. 1, 394 (Univ. Press of Amer. 2013).

with, that person would be picked apart.³⁰ Any black person who says something that is not the prescribed things that they expect from a black person will be picked apart... So, I always assumed it would be someone the media had to agree with," Thomas said.³¹

Thomas also claimed that he had only met Obama in passing, shaking his hand at the inauguration, but never engaging an in-depth conversation. Here's the dialogue between Dean Ken Gormley and Justice Clarence Thomas:

Q: Did you ever expect to see an African American president during your lifetime?

THOMAS: Oh yeah, I guess I've always thought there would be black coaches, heads of universities -- maybe again as I said I'm naïve but the thing I always knew is that it would have to be a black president who was approved by the elites and the media because anybody that they didn't agree with, they would take apart. And that will happen with virtually - you pick your person, any black person who says something that is not the prescribed things that they expect from a black person will be picked apart. You can pick anybody, don't pick me, pick anyone who has decided not to go along with it [Ellis Washington, Allen West, Herman Cain, Pastor Levon Yuille]; there's a price to pay. So, I always assumed it would be somebody the media had to agree with.

Q: Have you ever met President Obama, have you had a chance to speak with him?

THOMAS: No. Well, in passing more he had the chance to visit the court, it's not like...I don't do a lot of Washington and I'm not into politics, so I mean there's not that many occasion. I shook hands with him at the inauguration to be polite but I've had no in depth conversation (emphasis mine).³²

³⁰ See Op-ed, Clarence Thomas: Obama 'Approved by the Elites' Because He Says What They 'Expect From A Black Person', FoxNews.com (May 2, 2013), <http://nation.foxnews.com/justice-clarence-thomas/2013/05/02/clarence-thomas-obama-approved-elites> (last visited May 3, 2013).

³¹ Id.

³² See Thomas, *supra* note 81.

For all others who have expressly rejected the progressive *Weltanschauung* and embraced a conservative worldview, our status in America is quite the opposite as other favored minorities—LGBT, women, Hispanics, Asians, presently enjoy a measure of equality inside America’s Academy, and thus conservative intellectuals and academics are treated as second and third-class citizens by White Progressives and subjected to an existential, onerous burdens of the Justice Clarence Thomas Effect.³³

In a 2012 essay I wrote about this infamous history of American jurisprudence titled, *The Shadow Power behind the Supreme Court*, this telling passage exposes the conventional wisdom and universal acceptance of the Courts use of unconstitutional balancing tests verses the Natural Law/historical model of constitutional analysis prior to the *Carolene Products* case:

Footnote Four of *Carolene Products* would push FDR’s Progressive revolution beyond his initial results-oriented liberalism to an end—justifies—the—means political hegemony. Therefore, Footnote Four recognized this rational basis test for economic legislation, a very low standard of judicial review. The “rational basis test” mandates that legislation enacted by Congress or state legislatures that deals with economic regulation must be rationally related to a legitimate state interest. Note that under this new FDR-created judicial review, the goal is not fidelity to constitutional principle or, as in *Lochner*, et al., protection of property rights, but the wielding of unshackled progressive power, control and the obliteration of individual liberty and the Separation of Powers doctrine the framers held sacred.³⁴

³³ Hearings On the Nomination of Clarence Thomas to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States, Senate Comm. on the Judiciary, 102nd Cong., 1st Sess. 271 (1991) [hereinafter Hearings]. Also quoted in Washington, *Progressive Revolution*, *supra* note 30, at 15. Before the Clarence Thomas Effect, the expression “to bork” (used as a verb) became part of the political lexicon after the nomination of Judge Robert Bork to the U.S. Supreme Court was destroyed.

³⁴ Ellis Washington, *The Shadow Power behind the Supreme Court*, <http://www.wnd.com/2012/03/the-shadow-power-behind-the-supreme-court/> (March 9, 2012), WND.com, (writer gives the judicial legislative history behind the ubiquitous footnote 4 from the *Carolene v. U.S.* case and the unlikely person who from the grave still dictates constitutional analysis [3 levels of scrutiny] all judges must use to this day).

‘The more liberal respondents are, the more willing they are to discriminate’.

The Rothman, Lichter, Nevitte Study

The opening sentence of the Nevitte study exposes the rampant, invidious ideological discrimination against conservative scholars by the Leftist Academy contains this revelatory aphorism—*The more liberal respondents are, the more willing they are to discriminate*.³⁵ For example, in a rare but significant study by Stanley Rothman, S. Robert Lichter and Neil Nevitte, the researchers found that fully 80 percent of professors teaching at American universities are liberal and 15 percent are conservative.³⁶ At elite universities, the ratio was 87 percent liberal to 13 percent conservative.³⁷ As depressing for conservative scholars as this entrenched liberal fascism is in controlling faculty membership inside the Academy, it gets worse.³⁸

³⁵ I'm certain by their own admission and assuming they were honest that 80% numbers is certainly higher. I would surmise that the actual number of liberal/progressive academics approaching 95-100 percentiles. Here is an excerpt from the Lichter study titled, "Liberal College Professors":

In a recent survey of the ideological persuasion of 1,643 full-time professors at 183 colleges and universities, three eminent scholars, Professors Robert Lichter of George Mason University and Stanley Rothman and Neil Nevitte of the University of Toronto, found that nearly three-quarters of college faculty call themselves liberal. In the study of classical languages and literature, the humanities, they counted 81 percent and in the social sciences 75 percent. Even among engineering faculty they found 51 percent and in business faculty 49 percent. But the greatest number of liberal professors taught in the departments of English literature, philosophy, political science, and religious studies where some 80 percent of professors called themselves liberal. At elite universities the ratios were even higher; according to the survey, 87 percent of faculty were liberal.

The schools of a country are pointing to the future. The survey of 1,643 full-time professors is hinting at more "leftward shifts" to come. We must brace for similar moves in public policy.

See *supra* note 16, study by Stanley Rothman, S. Robert Lichter and Neil Nevitte, <http://www.sennholz.com/article.php?a=032606> and <http://www.cwu.edu/~manwellerm/academic%20bias.pdf>.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

Let us now return to a familiar theme of this Nigger Manifesto, to revisit a central question of this apologetic: Does strict scrutiny apply to my allegations of ideological racism?³⁹ Or is invidious viewpoint discrimination against Black conservative scholars by the White Academy the only racism still allowable in America today?⁴⁰ Admittedly, the Supreme Court says absent a legislative intent to discriminate on the basis of race or national origin, the classification will not be suspect and therefore not subject to strict scrutiny, none of which apply to my case because progressives would not be so obvious as to put federal or state laws on the books that specifically discriminate against black conservatives (in a de jure [official] sense), yet in a de facto (unofficial) sense invidious viewpoint discrimination against conservative intellectuals and academics flourishes in America for several reasons.

First, the numbers of Black conservative academics in America's colleges and universities is very small, far below their population proportion in society (12%) thus this "discrete and insular minority" group is easy to marginalize and discriminate against yet exceedingly difficult to organize special interest groups to lobby on behalf of their cause to Congress. There is no federal lobbying group like the Congressional Black Caucus or the Progressive Caucus to champion racist acts against Black conservatives;⁴¹ Second, the *Justice Clarence Thomas Effect* intimidates the few Black (and White) conservatives inside the Academy pressuring them to keep their head down, their mouths shut and their "conservative" publication record not too conservative lest they be made a target like Clarence Thomas and be denied or lose their coveted tenure positions;⁴² Third, because as I've said many times—"Show me a monopoly and I'll show you a tyranny."⁴³ In other words, liberals/progressives have such

³⁹ See: Washington, *supra* note 89.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ *Id.*

⁴² *Id.* Realizing that Thomas' affinity toward natural law would not derail his nomination, especially in view of Thomas' natural law disclaimer, his opponents then leveled charges of sexual harassment. For an account of the political motivation behind such charges and the lack of factual support, see David Brock, *The Real Anita Hill* (1994).

⁴³ Ellis Washington, *Darwin is freezing over*, *supra* note 68.

a controlling, existential hegemony over every conceivable facet of the college Academy—from President to Janitor—that they can continue to propagate the Big Lie that there are no Black conservatives qualified to teach at our university/law schools when in reality since the 1860s they have systematically used the technique of the *Darwin-Marx-Gramsci march through the institutions* to effect total control of the Academy and every major institution in society.⁴⁴

In some cases, a law will be facially discriminatory, meaning that it explicitly discriminates based on racial classifications. In these cases, it is not necessary to make a separate showing that there was a racially discriminatory intent.⁴⁵ More subtly, a law which is facially neutral may be shown to have discriminatory intent based on legislative history, the law's effect, or other facts from which intent may be inferred.⁴⁶ Finally, some facially neutral laws which lack any racially discriminatory intent are carried out in a racially discriminatory manner.⁴⁷ These too meet the “purpose” requirement, and will be subjected to strict scrutiny.⁴⁸ Therefore, any Black American who claims to have “made it” in America without being a card-carrying member of the Democratic Socialist Party combined with constant, groveling gratitude lauding the absolute

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ See Washington, *supra* note 89.

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ Example: (1) State X passes a law which mandates that “no person who was born in Detroit shall be eligible for jury service.” This law explicitly discriminates on the basis of national origin and no independent showing of discriminatory intent is required. The law will be subject to strict scrutiny, which most likely means that it will be struck down.

Example: (2) A law requires all city students be tested at the beginning of each school year to determine which classes they will take. Although the school district has approximately equal numbers of white and black students, a disproportionate number of black students are placed in “Special Education” classes. Absent a showing of discriminatory intent, the law will not be subjected to strict scrutiny. However, the disparate impact can be used as evidence in an attempt to show a discriminatory intent. If the discriminatory intent is found by the court, then the law will be subjected to strict scrutiny.

Example: (3) A city ordinance requires that all residents making alterations to their homes first obtain permission from the city council. In the past three years, approximately 98% of the requests made by white home owners have been approved while less than 5% of the requests by non-whites have been approved. This racially discriminatory administration of the facially neutral law could almost certainly be used to show that the law is purposefully discriminatory.

necessity of federal racial programs (i. e., FDR’s “New Deal”; LBJ’s “Great Society”; Barack Obama’s “Obamacare,” etc.)⁴⁹ as *the* only way for them to succeed in America, then that Black person is targeted as an “uppity Negro” an enemy of the Progressive State (e. g., Nigger), who must be destroyed by any means necessary as a vicious warning to all others secretly harboring conservative ideas. This is what I mean by the *Justice Clarence Thomas Effect*.⁵⁰ An open, naked retrenchment of invidious discrimination against Black academics and intellectuals by Leftist Black and White liberals and progressives for no other reason than their venal hatred of any Black person who exercised intellectual independence apart from doctrinaire socialist dogma of the Democrat Party.⁵¹

Tilburg University Study (Netherlands)

Tilburg University (Netherlands), in a 2012 study on ideological discrimination has shaken the mainstream leftist academy to its foundations for its shocking conclusions that among psychologists, conservatives for decades indeed have great reason to fear negative consequences including harassment, tenure denial, collegial ostracism

⁴⁹ See: Martha Minnow, *Affordable Convergence: “Reasonable Interpretation” and the Affordable Care Act*, 126 Harv. L. Rev. 117 (2013) (writer delineates a “reasonable interpretation” of the major tenants of the Affordable Care Act [ACT] e. g., “Obamacare”, using the reasonable person standard).

⁵⁰ Ellis Washington, *Can Dole, Scarborough and Christie fix the GOP?* (June 7, 2013, 8:02 PM). <http://www.wnd.com/2013/06/can-dole-scarborough-christie-fix-gop/#U3dfTeQOQiR5PIDc.99>, WND.com.

⁵¹ This is what I think Justice Clarence Thomas meant by his “high-tech lynching” metaphor perpetrated against him by good, White, non-racist liberal Democrats on the Senate Judiciary Committee during that fateful summer and autumn of 1991. See Ellis Washington, *Darwin is freezing over*, *supra* note 68. Invidious Discrimination—The requirement that for a classification to be suspect, it must be invidious, is the main reason that only race and national origin have been categorized as suspect. The rationale is that the political process is the primary means by which different groups may protect themselves from disadvantage. But, as Justice Harlan Stone once wrote in his infamous footnote 4 which created three judicial levels of scrutiny out of whole cloth, “prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition, which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry.”

and outright firings should their conservative political beliefs be revealed to their colleagues. “In decisions ranging from paper reviews to hiring, many social and personality psychologists admit that they would discriminate against openly conservative colleagues,” the authors, Yoel Inbar and Joris Lammers, wrote in their landmark study.⁵²

“The more liberal respondents are, the more willing they are to discriminate,” was the *idée fixe* (fixed idea), an eternal and invidious *leitmotiv* of this revelatory study by a European university whose assumptions and findings I would theorize are even more of a reactionary discriminatory nature here in the United States where I was born, live and currently teach.⁵³ An invidious racial hatred against Black conservative intellectuals and academics every bit as reactionary as Hitler’s favorite film director Leni Riefenstahl whose vile but effective World War II propaganda films included the two gargantuan epics—*Triumph of the Will* (1935) and *Olympia, Part 1– Festival of Nations* (1938), *Olympia, Part 2 – Festival of Beauty* (1938) an epic 2 part film based on the Munich Olympics which Hitler hosted for the world in 1936.⁵⁴

⁵² See: Tilburg Study on Political Diversity, *supra* note 16; Bob Unruh, *Psychologist Blacklist Conservative Colleagues*, WND.com (Aug. 19, 2012, 2:03 PM) http://www.wnd.com/2012/08/psychologists-blacklist-conservative-colleagues/?cat_orig=politics (last visited June 15, 2013); Association for Psychological Science, XX(X) 1–8 (2012) (hereinafter Tilburg Study, *Political Diversity*).

⁵³ Unruh, *Psychologist Blacklist*, *supra* note 16, at 1-5.

⁵⁴ Ellis Washington, *Art, Music and the Wagnerian Dilemma*, WND.com (Nov. 27, 2010), <http://www.wnd.com/2010/11/233105/> (last visited May 3, 2013). On Hitler’s favorite movie director the Nazi woman propagandist, Leni Riefenstahl, I wrote the following Socratic dialectical essay:

Leni Riefenstahl: The question of the intentional fallacy has tended to focus on controversial figures like Caravaggio, Van Gogh, Gauguin, Picasso, Andreas Serrano (“Pi– Christ” [1989]) or artists such as myself, for I was the German filmmaker for the Third Reich, the Nazi Party and for supreme chancellor of Germany, Adolf Hitler, whom I immortalized in such documentaries as “Triumph of the Will,” which chronicled the Nuremberg rallies, and “Olympia,” a documentary on the 1936 Berlin Olympics. I am profoundly ashamed of these movies now in light of Nazi atrocities and the human-rights genocide of the Holocaust, for my so-called art was exploited as Nazi propaganda. Nevertheless, many critics to this day consider my movies to be technically and artistically brilliant.

Triumph des Willens – (Triumph of the Will) (1935) http://en.wikipedia.org/wiki/Triumph_of_the_Will (last visited May 18, 2013) and *Olympia 1. Teil – Fest der Völker*

The study was done by the two members of the Department of Social Psychology at Tilburg University in the Netherlands. They particularly warned that faculty members who held conservative views who feared reprisals if their socialist/progressive colleagues discovered their ideas “are right to do so.” Contrary to the ubiquitous, egalitarian promises of the so-called “liberal–Arts Academy” and the “marketplace of ideas” rhetoric of Justice Oliver Wendell Holmes, the Tilburg study exposed the extensive and invidious ideological discrimination in Netherlands universities (and presumably throughout socialist Europe) got the attention of the U.S. –based Alliance Defending Freedom, which runs a Center for Academic Freedom. Travis C. Barham, their litigation staff counsel, noted the results “should come as a disappointment to those who think that we should—in the words of Thomas Jefferson who famously said— ‘follow the truth wherever it may lead.’”⁵⁵ Barham further said regarding the Tilburg study that, “these results should also disturb the millions of Americans who think that universities should serve as a ‘marketplace of ideas,’ where all perspectives are welcome and addressed on their merits.”⁵⁶

– (Festival of Nations) (1938), *Olympia 2. Teil – Fest der Schönheit* – (Festival of Beauty) (1938) an epic 2 part film based on the Munich Olympics which Hitler hosted for the world in 1936, http://en.wikipedia.org/wiki/Olympia,_Parts_1_and_2 (last visited May 18, 2013). Noted American film critic Richard Corliss observed in *Time* that “The matter of Riefenstahl ‘the Nazi director’ is worth raising so it can be dismissed. [I]n the hallucinatory documentary *Triumph of the Will*... [she] painted Adolf Hitler as a Wagnerian deity... But that was in 1934–35. In [*Olympia*] Riefenstahl gave the same heroic treatment to Jesse Owens...” *Time Magazine, All –Time 100 Best Movies*, <http://entertainment.time.com/2005/02/12/all-time-100-movies/> (last visited May 18, 2013).

⁵⁵ Unruh, Psychologist Blacklist, *supra* note 16, at 1-5.

⁵⁶ *Id.* See also: Nathan Harden, *Man, Sex, God, and Yale*, vol. 42, No. 1 (Jan. 2013), pp. 1–2. Harden writes: “In 1951, William F. Buckley, Jr., a graduate of Yale the year before, published his first book, *God, Man at Yale*. In the preface, he described two ideas that he had brought with him to Yale and that governed his view of the world. Buckley writes:

I had always been taught, and experience had fortified the teachings, that an active faith in God and a rigid adherence to Christian principles are the most powerful influences toward the good life. I also believed, with only a scanty knowledge of economics, that free enterprise and limited government had served this country well and would probably continue to do so in the future.

The body of the book provided evidence that the academic agenda at Yale was openly antagonistic to those two ideas—that Buckley had encountered a teaching and a culture that were hostile to religious faith and that promoted collectivism over free market

Psychiatrist, Dr. Lyle Rossiter, in an interview with WND.com about his revelatory book, “The Liberal Mind: The Psychological Causes of Political Madness,” argues that leftists “see liberal principles as revealed truth, admitting of no debate.”⁵⁷ This is self-evident, because since the 1960s liberals and progressives have followed Lenin’s admonition to “take over the institutions.”⁵⁸ They did. Liberal/Progressives got their PhDs and systematically, overtime have established what Gramsci called “social hegemony” in K-12 public education, the Academy, foundations, Congress, the courts and in every major social and cultural institution in America.⁵⁹

The Tilburg study concluded with this ominous observation: conservatives know of the discrimination, so they hide their views.⁶⁰ The fear is palpable and has the inimical effect of self-isolation by conservative academics, even those with the relative security of tenure because above all they covet the collegiality and social camaraderie of their colleagues despite the existential hostility against their conservative views by their socialist colleagues, invidious ideological discrimination remains the daily status quo. “If I keep my mouth shut and conceal or minimize my conservative views in my research and writings perhaps my colleagues will accept

individualism. Rather than functioning as an open forum for ideas his book argued, Yale was waging open war upon the faith ad principles of its alumni and parents. Liberal bias at American colleges and universities is something we hear a lot about today. However, in 1950 Buckley’s expose was something new, and it stirred national controversy. The university counterattacked, and Yale trustee Frank Ashburn lambasted Buckley and his book in the pages of Saturday Review magazine.

⁵⁷ Unruh, *Psychologist Blacklist*, *supra* note 16, at 1-5. See generally: Dr. Lyle Rossiter, *The Liberal Mind: The Psychological Causes of Political Madness*, (Free World 2006), http://superstore.wnd.com/books/The-Liberal-Mind-The-Psychological-Causes-of-Political-Madness-Paperback_3. Robert Clark, *Darwin: Before and After* 115 (Paternoster Press 1958).

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ See: Bill O’Reilly transcript FoxNews.com, *supra* (April 11, 2013). http://livedash.ark.com/transcript/the_o'reilly_factor/51/Fox_News/Thursday_April_11_2013/634712/. See also: Todd Starnes, *Professor calls Republicans stupid & racist*, Townhall.com. <http://townhall.com/columnists/toddstarnes/2013/04/11/professor-calls-republicans-stupid--racist-n1564681/page/full>. (April 11, 2013) *Id.* Ellis Washington, *Democratic Socialists’ ‘Long March,’* WND.com (May 17, 2013, 7:50 PM). <http://www.wnd.com/2013/05/democratic-socialists-long-march/#iG31iqpw5HX141I1.99> (lasted visited May 18, 2013).

⁶⁰ *Id.*

me.”⁶¹ Barham wrote, “The results of this study will not come as news to students who have experienced professors that inject their political views into class or to students who feel pressured [to] agree with those views to get a good grade.⁶² Nor will they surprise conservative professors like Dr. Mike Adams (who was denied a promotion because his colleagues vociferously disliked his conservative beliefs), Kenneth Howell (who was fired for teaching Catholic theology in a class about Catholic theology), June Sheldon (who was terminated for answering questions about homosexuality in a genetics class) and Theresa Wagner (who was not hired because of her pro-life views).”⁶³

Weltanschauung und Gleichschaltung (Worldview and Bringing, forcing into line).

This opus will revolutionize how America, Europe, and the world will understand, interpret, and characterize the Progressive movement and the destructive effects of the Progressive *Weltanschauung* (worldview) which I describe as omnipresent, systematic, Machiavellian manipulation of every aspect of culture and society.⁶⁴ For example, when Hitler came to power to become *Die Fürher* (the Leader)—the Supreme Chancellor of Germany on January 31, 1933, (and later combining the Chancellorship with the Presidency at the death of the moribund von Hindenburg in August 2, 1933) the Nazis effectively exercised *de jure* absolute control over the German people in part because they used certain policy ideas

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ See: Tilburg Study on *Political Diversity*, *supra* note 16.

⁶⁴ A comprehensive worldview is the underlying cognitive reference of a person or society encompassing the whole of the individual or society’s understanding and judgment, including natural philosophy; fundamental, existential, and normative positions; or themes, values, emotions, and ethics. The term is derivative of the German word *Weltanschauung* composed of *Welt* (‘world’) and *Anschaung* (‘view’, ‘perception’ or ‘outlook’). It is an idea fundamental to German philosophy and epistemology and refers to a *wide world perception*. Moreover, it applies to the structure of ideas and beliefs by which an individual, group or culture interprets the world and interrelates with it. See Online Etymology Dictionary, <http://www.etymonline.com/index.php?term=worldview>. (Etymonline.com. Retrieved 2012-08-13).

and proven tactics rooted in tyrannical rule⁶⁵—one was a radical promotion of a Nazi worldview or *Weltanschauung*, the other they called *Gleichschaltung* (coordination, synchronization, or bringing into line).⁶⁶ These two primary philosophical tactics and strategies dominated and controlled every German citizen, placing every man, woman, boy and girl efficiently under the iron boot of the Gestapo and Nazi control from birth to death.⁶⁷

⁶⁵ The “lawful” rise to power of Adolph Hitler in 1933 with the collapse of the Weimar Republic and the legal sanction given to the slaughter of the unborn by the Supreme Court in *Roe v. Wade* are two notable examples where majoritarian rule becomes the only justification for state action.

⁶⁶ The original title of this game-changing 1859 book was: Charles Darwin, *On the Origins of Species by Means of Natural Selection, or the Preservation of Favoured Races in the Struggle for Life* (1859) (hereinafter, *Darwin Origins of Species*). To hide the obvious reactionary racism evident in Darwin’s work, in the sixth edition of *Origins* (1872), the title was shortened to what has become customary in modern times, *The Origin of Species*. Darwin’s book introduced the scientific theory that populations evolve over the course of generations through a process of natural selection. It presented a body of evidence that the diversity of life arose by common descent through a branching pattern of evolution. For a comprehensive analysis on how Social Darwinism has deconstructed a Christian worldview and Western civilization. Regarding the Nazi philosophy *Gleichschaltung* which means bringing together, coordination, bring into line, or forcing into line, is reminiscent of Obama former Regulation Czar and current Professor of Law at Harvard, Cass Sunstein coined the controversial title “nudge” as a strategy bureaucrats can use to force socialism on a population used to liberty. Sunstein wrote:

People often make poor choices – and look back at them with bafflement! We do this because as human beings, we all are susceptible to a wide array of routine biases that can lead to an equally wide array of embarrassing blunders in education, personal finance, health care, mortgages and credit cards, happiness, and even the planet itself.

Cass Sunstein, Richard Thaler, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness* (2008). See generally: Ellis Washington, *Cass Sunstein: Regulating America to death, from The Progressive Revolution*, 74–76 (Univ. Press of Amer. 2013).

⁶⁷ See generally: Ellis Washington, *Social Darwinism in Nazi Family and Inheritance Law*, 13 Rutgers Journal of Law and Religion 173 (2011); Ellis Washington, *Darwin is freezing over*, WND.com (Feb. 20, 2010, 1:00 AM), <http://www.wnd.com/2010/02/125611/> (author likens Darwin’s evolution atheism of the 19th century to Orwellian Groupthink prevalent in the existential global warming/climate change pseudo-science of modern times) (last visited May 4, 2013).

Conservatives Academics Marked with the Nazi Yellow Star of David

I believe that one result of this tragic state of affairs in modern times is the systematic eradication of conservative Christians like myself from achieving or holding any positions of power in the Academy or have legitimacy in any part of society for that matter.⁶⁸ Like the Jews of Hitler's Holocaust who collectively was forced to wear the identifying yellow Star of David, conservatives such as me and thousands of others have been marked; perpetually blacklisted if you will with the yellow star of "conservative."⁶⁹ Why? This allows progressives and liberals as society's gatekeepers and the ones holding decision making positions of power in these and every realm of society to exercise *de facto*, invidious discrimination against those holding viewpoints representing "the other" with impunity⁷⁰ all under the guise of the hypocritical yet ineffective federal anti-discrimination statutes which patently prohibit discrimination based on creed violates the First, Fifth, and Fourteenth Amendments of the U.S. Constitution and also violates the 1964 Civil Rights Act, 42 U.S.C. § 21 which has the repeated refrain: "...prevents discrimination because of race, color, religion, *creed*, sex, disability, familial status or national origin."⁷¹

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ Ellis Washington, *A new age of socialist hell* (originally titled, *Arbeit macht frei?* [Work makes you free?]) WND.com (Nov. 19, 2012, 7:42 PM) <http://www.wnd.com/2012/11/a-new-age-of-socialist-hell/> (writer analogizes Obama's socialist progressive policies to the propaganda, cynical Nazi philosophy emblazoned over the gates at Auschwitz and other Nazi death camps—*Arbeit macht frei*).

⁷⁰ When I was a Staff Editor at the Michigan Law Review, an article I was the principle editor of and which had a profound influence helping me to understand the profound and unjustified loneliness and disrespect of having a philosophy not respected by the majority of the Academy, but looked down upon as "other" or in Professor Delgado's words, "oppositionist." See Richard Delgado, *Storytelling for Oppositionists and Others: A Plea for Narrative*, 87 Mich. Law Rev. No. 8 (1989).

⁷¹ This miscarriage of justice is amplified by the fact that virtually every public and private college, university, graduate school and law school receives some significant levels of federal funding. See 1964 Civil Rights Act, 42 U.S.C. § 21, <http://uscode.house.gov/download/pls/42C21.txt>.

Epilogue

Searching for LeBron James and Dr. Thomas Sowell

If I could run fast, jump high, or dribble a basketball wearing the buffoonish costumes of professional sports teams, this *Nigger Manifesto* doubtlessly would never have been written, nor would I conceivably have ever thought to write such an extended diatribe as this because I would be part of the vast civil rights hypocrisy.⁷² I, Ellis Washington, would be a direct beneficiary happily suckling on the teat of the Big Brother Progressive System.⁷³ There would be no need to become a revolutionary against the existential Progressive Revolution because I, and others reliant on the stability of my vocation, would have too much to lose if I spoke out against the Progressive Revolution.⁷⁴ Yet, speak I must. Therefore, a central premise of my apologetic contained in this *Nigger Manifesto* is this singular statement:

If sports organizations like university sports departments all over America, the NFL and NBA can literally spend hundreds of millions and collectively billions of dollars to go into the most dangerous and uninviting Black ghettos of America and even into the deep jungles of Africa, Hawaii, the Caribbean, South America, and other far flung places in search of gifted Black athletes as early as middle school, and give multi-million dollar contracts to fundamentally illiterate young Black men, many who can't think independently, rationally, logically, speak proper English, or even compose a coherent sentence without a paid tutor,

⁷² Ellis Washington, *A Voice Crying Out in the Wilderness: A Word About Brown v. Board of Education*, 39 Valparaiso Law Rev. 1, 93–4 (2004) (writer in an Addendum at the end of this law review article commemorating the 50th anniversary of *Brown v. Board of Education* is an iconoclastic treatment of NBA basketball star, LeBron James and how he unwittingly used the racial segregated, depressed environment of Akron, Ohio to transcend his lower estate to become a champion despite the failed promises of *Brown* being relevant to his social situation).

⁷³ See: Tilburg Study, *supra* note 16. Ellis Washington, *Orwell's '1984' in 2013*, WND.com (June 14, 2013) <http://www.wnd.com/2013/06/orwells-1984-in-2013/>. (writer warns of today's State power in light of Orwell's dystopian novels *Animal Farm* and *1984*).

⁷⁴ *Id.*

then why can't America's good white, self-enlightened, progressive, egalitarian, liberal Academy over the past 20 years not find "the Thomas Sowell of his generation" and give this man a job as a professor?... Haven't I earned it yet!?"⁷⁵

In 2004, on the 50th anniversary of the landmark case, *Brown v. Board of Education*, I explored that very question in a way that no other academic or legal scholar that I am aware of has done.⁷⁶ In the *Addendum* section, at the end of that law review article I wrote an iconoclastic critique of NBA star LeBron James using Socratic dialectical techniques and poetical verse reminiscent of Poet Laureate Maya Angelou, to expose the deficiency of *stare decisis*, pseudo-constitutionalism, legal emotivism and progressive philosophy, contained in that iconic, landmark racial desegregation case of 1954.⁷⁷

The primary purpose of writing this Nigger Manifesto is to alert the public that everything you've been told about Affirmative Action, Diversity and the good intentions of Progressives has been fundamentally wrong. Therefore, I don't honestly expect anyone to invite me to join your university or law faculty. Why?⁷⁸ Because on the one hand I've spent

⁷⁵ This idea was restated with certain rhetorical variations in Ellis Washington, *Blacks' obsession with sports, Hollywood & acceptance*, WND.com (April 26, 2013, 7:36 PM) <http://www.wnd.com/2013/04/blacks-obsession-with-sports-hollywood-acceptance/> (writer wants parents to demand kids put down 'the damn basketball', turn off the TV, iPod and X-Box, read the Classics and write detailed analytical essays on them to improve cognitive ability, critical thinking, historical awareness). Dr. Ben Carson's often tells the story of how his illiterate single-mom from a family of 23 kids and a third grade education made young Ben and his brother read two books a week and write a book report on each book in addition to his normal homework obligation. He did this mired in the despair and chaos of 1950s Detroit, Michigan; Newsday Sports, New York, *Recruiting Risky Kids is Risky Business for All*, (last visited March 12, 2012) <http://www.ncsasports.org/who-is-ncsa/in-the-news/Recruiting-Kids-is-Risky-Business-for-All>.

⁷⁶ See: Ellis Washington, *A Voice Crying Out in the Wilderness: A Word About Brown v. Board of Education*, 39 Valparaiso University Law Review 1, 87-94 (2004), also posted on my law blog, www.EllisWashingtonReport.com under the link titled, "Selected Scholarly Works."

⁷⁷ See: Washington, *A Word About Brown v. Board of Education*, *supra* note 73, at 92-4, also posted on my law blog under "Selected Scholarly Works": <http://www.elliswashingtonreport.com/blog/category/selected-works/>.

⁷⁸ See: Ellis Washington, "Confessions to 9 Strangers and a Preacher," in *Beyond the Veil: Essays in the Dialectical Style of Socrates* (Hamilton Books, 2004), pp. 17-20.

nearly 30 good years of my life literally begging for the crumbs that fall from the master's table; 30 good years of begging liberal White folks at all the colleges, universities, and law schools all over America for a faculty position even at my own alma maters, but to no avail.⁷⁹ Nevertheless, what continues to give me the strength to fight against the ideological racism of the liberal Academy is contained in these transcendent words of Dr. Martin Luther King (another conservative Republican who like me wrote eloquently on Natural Law).⁸⁰ Dr. King said: "All we say to America is to be true to what you said on paper."⁸¹ Discrimination based on creed violates the First, Fifth, and Fourteenth Amendments of the U.S. Constitution and also violates the 1964 Civil Rights Act, 42 U.S.C. § 21 which has the repeated refrain: "...prevents discrimination because of race, color, religion, *creed*, sex, disability, familial status or national origin."⁸²

⁷⁹ See: Sophie Hoffman, *Ellis Washington: From Musician to Political Journalist*, The DePauw (Feb. 28, 2013) <http://www.thedepauw.com/features/ellis-washington-from-musician-to-political-journalist-1.3002214>. (Writer asked his alma mater to do a feature celebrating his ideological journey to conservatism as a young Black intellectual at DePauw and the publication of his first essays as a Reagan conservative 30 years ago).

⁸⁰ Like MLK, Justice Thomas reveres natural law philosophy of St. Thomas Aquinas integrating it into his jurisprudence and has on several occasions in his speeches and writings made positive references to St. Thomas Aquinas. See e.g. Justice Clarence Thomas, Address at The Federalist Society in Washington, D.C. (May. 16, 1994), reprinted in *Legal Times*, May 23, 1994, at 25; Clarence Thomas, *No Room at the Inn-The Loneliness of the Black Conservative*, *Pol'y Rev.* Fall 1991, at 72, 78 [hereinafter *The Loneliness of the Black Conservative*]; Clarence Thomas, *Toward a "Plain Reading" of the Constitution—The Declaration of Independence in Constitutional Interpretation*, 30 *Howard Law Journal* 983, 989 (1987). See Washington, *Confessions to 9 Strangers and a Preacher*, *supra* note 79. See generally: A. P. D'Entreves, *Natural Law: An Historical Survey* 38-40 (1965); Aquinas, *Summa Theological*, 11, Q. 91, Art. 2; Etienne Gilson, *The Philosophy of St. Thomas Aquinas* 328-29 (1993).

⁸¹ Dr. Martin Luther King, Jr., *I've Been to the Mountaintop*, Mason Temple Memphis, TN (April 3, 1968). <http://www.afscme.org/union/history/mlk/live-been-to-the-mountaintop-by-dr-martin-luther-king-jr>. Thomistic natural law philosophy is grounded in the work of St. Thomas Aquinas which greatly influenced MLK's natural law worldview which is especially evident in his famous. See discussion *infra*, pp. 42-43. Thomism is characteristically definite and free from the moral ambiguities present in secular natural law systems constructed and defended by Fuller and other secular natural lawyers. See generally, Martin Luther King, Jr., *Letter from Birmingham Jail*, <http://www.uscrossier.org/pullias/wp-content/uploads/2012/06/king.pdf>. [Aug. 1963] (Last visited October 25, 2015).

⁸² Id.: King, *Letter from a Birmingham Jail*; 42 USC CHAPTER 21 – CIVIL RIGHTS, <http://uscode.house.gov/download/pls/42C21.txt>. (Last visited July 4, 2014).

I Am an Intellectual—I Am a Scholar—I Am a Man!⁸³

Although I despise the levels of scrutiny the Court frequently resorts to in constitutional analysis as diametrical to the historical approach to constitutional interpretation the constitutional Framers used, to make me point here I will resort to it: Let's take for example State X wants to enact an affirmative action policy that requires that state programs always seek to ensure that minorities are adequately represented in the workforce on various state projects.⁸⁴ If this policy is challenged in court, State X has to show strict scrutiny to allow the policy to be upheld.⁸⁵ Since this is a classification based on race, the state needs to show that the policy is necessary to achieve a compelling state interest.⁸⁶ The interest may be a diversified workforce or to remedy past discrimination in State X.⁸⁷ It will also have to show that there is no other narrower rule that could accomplish the same objective, for the rule to pass a strict scrutiny analysis.⁸⁸

Darwin-Marx-Gramsci's 'Long march through the Institutions'

In many respects Reagan's vaunted Reagan Revolution (1982-2006) the longest post-war period of economic growth in American history, an economic revolution that generated more wealth than his 39 predecessor

⁸³ I realize that law reviews don't typically publish pictures, therefore the iconic picture which prompted this subtitle of Black sanitation workers protesting in Memphis during their 1968 strike for better working conditions just days before the martyrdom of civil rights icon, Rev. Dr. Martin Luther King (Jan. 15, 1929-April 4, 1968).

⁸⁴ See: Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (1978); Cass Sunstein, *The Partial Construtor*. (1993) (advocating an approach to constitutional interpretation that would subject all government action to heightened judicial scrutiny); Catharine MacKinnon, *Rape, Genocide, and Women's Human Rights*, 17 Harv. Women's L. J. 5 (1994).

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ See Strauss, *Is Carolene Products Obsolete?* *supra* note 20; Washington, *The Shadow Power behind the Supreme Court*, *supra* note 35 (writer gives the judicial legislative history behind the ubiquitous footnote 4 from the *Carolene v. U.S.* case and the unlikely person who from the grave still dictates constitutional analysis [3 levels of scrutiny] all judges must use to this day).

administrations combined. This revolution was to supposed to become not only the death knell to Soviet communism abroad, but to Democrat socialism at home in the two major explosions of socialism in America—FDR’s “New Deal,” social security and the apotheosis of the welfare state and LBJ’s expansion of the welfare state he called, the “Great Society” programs of the 1960s.⁸⁹ Although Article 1, Sec. 8 of the U.S. Constitution only allows for 18 enumerated powers of the federal power by Congress, FDR and LBJ’s expansion of federal power in a *de facto* sense made the federalism or state’s rights a deadletter while more significantly further paved the way for socialists, progressives, and liberals to seize the vast machinery of federal power (socialism) to effect fundamental change upon society.⁹⁰ And through an existential, Machiavellian tactic of cultural hegemony infiltrated its thousands of American institutions—This is what I mean when I write of the Darwin-Marx-Gramsci “Long March through the Institutions”.⁹¹

Milton Friedman, the legendary libertarian economist and writer once said that “Universities exist to transmit knowledge and understanding of

⁸⁹ These two largest expansions of federal government power not only plunged America, the greatest exponent of free market capitalism in the world, but had an anti-historical component in that as de Tocqueville noted 100 years before FDR that America, her institutions particularly her laws and lawyers were decidedly conservative. See: Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* 243 (Phillips Bradley ed. 1945). De Tocqueville persuasively argued that America lawyers and American law generally were by nature conservative in their orientation and resistant to sweeping radical social phenomena – exemplified in the French Revolution—that sought to undermine societies committed to the rule of law. *Id.*

⁹⁰ Alasdair C. McIntyre, *Three Rival Versions of Moral Enquiry: Encyclopedia, Genealogy, and Tradition* 17 (1990) (author address the central issue in Justice Oliver Wendell Holmes ‘marketplace of ideas’ paradigm: “who is performing these tasks and what his or her theological and moral standpoint and perspective is”).

⁹¹ See: (writer puts President Obama’s scandals in the historical perspective of a systematic takeover of America’s societal institutions he called the “Lenin–Gramsci” long march through the institutions as a tried and test method to exert cultural hegemony and control over society). See: *Works on Gramsci’s political theories*, *supra* note 94. To cover the comprehensive historical sweep of the left’s long march through the institutions which I date to circa 1860, I’ve now added the name “Darwin–Marx–Gramsci” as the intellectual trilogy of the Socialist-Progressive “Long March through the institutions” strategy.

ideas and values to students not to provide entertainment for spectators or employment for athletes.”⁹²

Historically speaking, *the Long March through the Institutions* is a cultural hegemony of Eurocommunism that has philosophically deconstructed Western Civilization and society transforming the education paradigm including all of the social sciences by infusing activist polices of socialist, liberal and progressive politics throughout America, Europe and the world. The methodical discourse of cultural hegemony is vital to research and synthesis in sociology, political science, anthropology and cultural studies; in education, cultural hegemony devised crucial paradigms, by which the foundation of social and political discontent can be recognized, deconstructed and transformed. Rudi Dutschke, the German student-movement leader, in 1967 reformulated Antonio Gramsci (1891-1937), a Leninist professor who brought communism to Italy along with his philosophy of cultural hegemony contained in the idea —*Der lange Marsch durch die Institutionen* (The Long March through the Institutions)— an overt war metaphor harkening back to Mao’s Long March (1934–35) of the Communist Chinese People’s Liberation Army.⁹³ Democrat Socialists throughout Europe, Russia, South America and here in America used “The Long March through the Institutions,” where the working class, through persistence and force, would fabricate their own organic intellectuals and culture (dominant ideology) to replace those imposed by the bourgeoisie culture Marx despised and since Nietzsche in 1886 infamously proclaimed “god is dead,” therefore Christian “slave

⁹² See: Milton Friedman quotes, <http://www.inspirationalstories.com/quotes/milton-friedman-universities-exist-to-transmit-knowledge-and-understanding/> (last visited June 29, 2013) also quoted in Ellis Washington, *Blacks’ obsession with sports, Hollywood and acceptance*, WND.com, (April 26, 2013, 7:36 PM) <http://www.wnd.com/2013/04/blacks-obsession-with-sports-hollywood-acceptance/>.

⁹³ Rudi Dutschke, *Mein langer Marsch: Reden, Schriften und Tagebucher aus zwanzig Jahren* (Rowohlt 1980) (in German); Rudi Dutschke, Gretchen, ed., *Jeder hat sein Leben ganz zu leben* (1963-1979) (Kiepenheuer & Witsch, 2003) (diaries) (in German), DE., ISBN 3-462-03224-0; Rudi Dutschke, *It Is Not Easy to Walk Upright* 52 (Telos Press 1982); Joseph A. Buttigieg, *The Contemporary Discourse on Civil Society: A Gramscian Critique*, *Boundary*, 2 32 (1): 33–52 (2005) (retrieved June 30, 2010); Carl Davidson, *Strategy, Hegemony & ‘The Long March’: Gramsci’s Lessons for the Antiwar Movement*, (6 April 2006) <http://carldavidson.blogspot.com/2006/04/strategy-hegemony-long-march.html>.

morality” as he called religion and all moral views, would likewise be rendered irrelevant to philosophy and deconstructed.⁹⁴

Republican Congress must act to Defund their own Self-Immolation by Deconstructing the Progressive Revolution

The question of ultimate concern is this: With my *Nigger Manifesto* now published for the world to see, will the White Progressive Academy who exercise cultural hegemony over all America’s institutions, who controls public education, most private education through regulation at virtually all colleges, universities and law schools now stop sowing divisiveness, hate, revulsion, and scorn among the masses against those who disagree with whom you disagree—people of an “other” ideology⁹⁵ including conservative scholars, academics and intellectuals like me, or will you continue to perpetrate invidious viewpoint discrimination and ideological racism against all who disagree with you?⁹⁶ Time will tell.

Therefore I will not trust the Academy to do the right thing. Thomas Jefferson said it best— In questions of power let no more be heard of confidence in man, but bind him down from mischief by the chains of

⁹⁴ *Id.*

⁹⁵ *Id.* One particularly cruel tactic of the progressive Left is to ignore, disregard or marginalize conservatives and isolate us so that the few token numbers inside the Academy walk around with the Sword of Damocles hanging over their heads, too afraid to reach out to other conservatives lest they get harassed or fired. Justice Clarence Thomas writes of this existential isolation. Being Black conservative means treachery against Democratic Socialist Party gentrification, against the sham equality policies of affirmative action. Collectively we have been punished with the curse of Cassandra—having the gift of prophecy, intellectualism, philosophy and legal historicism combined with the curse of having no one (or very few) listen to or read our ideas. See Clarence Thomas, *No Room at the Inn-The Loneliness of the Black Conservative*, *supra* note 81.

⁹⁶ Mounting evidence of President Obama’s progressive government surreptitious abuse of power using the IRS to blacklist conservative, tea party, Christian, Jewish, conservative, and patriotic organizations, denying them their deserved 501(C) (4) non-profit status had direct implications to suppressing the Republican vote in the 2012 election—Barack Obama vs. Mitt Romney. See Wynton Hall, *Progressive Group: IRS gave us conservative groups confidential docs*, Breitbart.com (May 14, 2013, 7:59 AM), <http://www.breitbart.com/Big-Government/2013/05/14/Progressive-Group-Says-IRS-Gave-Them-Confidential-Docs-On-Conservative-Groups>Breitbart, *supra* note 139.

the Constitution.⁹⁷ Congress, it is to your charge, particularly the 435 members of the House of Representatives that holds the purse strings that fund the thousands of colleges and universities including graduate schools like law schools and business schools.⁹⁸ It is in Congress where the gauntlet must be thrown down and courageous men who still venerate natural law and the original intent of the Framers will rise up and finally say ENOUGH!—No longer will we allow the progressives and leftists to take over all of our sacred institutions with their Darwin–Marx–Gramsci long march through the institutions tactics.⁹⁹ Why do I use the trilogy—Darwin, Marx and Gramsci to identify the socialist tactic?—Because all three philosophers contributed to the propagation of their diabolical ideas to deconstruct Judeo–Christian traditions through Hegelian dialectical materialism.

It is only in natural law jurisprudence and natural rights philosophy that the constitution is truly a living constitution... Wilson–Tribe “living constitution” false theory which allows for survival of the fittest, natural selection, triumph of the will, and Nietzsche’s Will to Power where slaves, pre-born babies and conservative scholars have little power in the arena of ideas. All of the philosophies are rooted in collectivist thinking and evolution atheism which have been debunked time and time again except inside the Academy, especially inside the elite Ivy–League institutions like Harvard, Yale, Princeton and Columbia.¹⁰⁰ Yea, it is only in natural law that the fundamental principle of the doctrine of subsidiarity (e.g., federalism, states’ rights) to true equality and justice under the law. Subsidiarity presupposes that society should not put off a

⁹⁷ See: Thomas Jefferson, *Federal v. Consolidated Government*, from Resolutions Relative to the Alien and Sedition Acts 10 Nov. 1798, Writings 17:379–80, 385–91, Chapter 8, Document 41, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch8s41.html>.

⁹⁸ See: Abstract, *supra* note 1. Perhaps just as John Hooker writings on natural law synthesized Aristotelian natural law with medieval natural law, may Justice Clarence Thomas natural law jurisprudence can do the same for American jurisprudence in modern times. Robert P. George, *From Jefferson’s “Letter to Henry Lee” to Martin Luther King’s “Letter From Birmingham Jail,”* 43 Cath. U. L. Rev. 143, 153 (1993).

⁹⁹ See: note on the works of writer Rudi Dutschke and his theory of the Socialism’s “Long March through the institutions,” *supra* note 94.

¹⁰⁰ *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973).

social responsibility to a state or federal level of civil government that could be effectively carried out at a local level.¹⁰¹

America must reclaim a righteous jurisprudence that hearken back to the original intent of the constitutional Framers, to restore the natural law principle of liberty of contract enshrined in *Lochner v. New York*. So that conservative academics, scholars and intellectuals can come out of the closet, stop the Darwin–Marx–Gramsci *long march through the institutions*, and fully embrace their positions in society as transmitters of values and knowledge to our next generations inside the Academy as opposed to their liberal/progressive corollaries who consider themselves to be activist socialist agents of progressive change.¹⁰² *Quis custodiet ipsos custodies?*¹⁰³ Who guards the guardians?

¹⁰¹ Pope Pius XI defined the doctrine of subsidiarity by stating that “it is an injustice, a grave evil and a disturbance of rights order for a larger and higher organization to arrogate to itself functions which can be performed efficiently by smaller and lower [governmental] bodies.” Pope Pius XI, *Quadragesimo Anno* (1939). See also Douglas W. Kmiec, *Liberty Misconceived: Hayek’s Incomplete Relationship Between Natural and Customary Law* 40 AM. J. JURIS 209, 215 (1995) (explaining that the Tenth Amendment to the U.S. Constitution incorporates the doctrine of subsidiarity).

¹⁰² 198 U.S. 45 (1905) (recognizing the liberty to contract as a fundamental economic right emanating from the due process clause of the Fourteenth Amendment). See also Clarence Thomas, *The Higher Law Background of the Privileges and Immunities Clause of the Fourteenth Amendment*, 12 HARV. J.L. & PUB. POL’Y 63, 68 (1989). For a discussion and explanation of how the Privileges and Immunities Clause provides for the protection of property rights, see *infra* pp. 63–64.

¹⁰³ Juvenal, *Satires* (Satire), *supra* note 1—Who guards the guardians? This Socratic dialectical question was written as a dedication page insert by my dear son, Stone Allen Washington for my two-volume book, see *supra* note 1, *The Progressive Revolution*, vols. 1 & 2 (dedication page inserted opposite title page).

Consideraciones en torno al estatuto jurídico del embrión

Considerations concerning the juridical statute of the embryo

*Ronald Cárdenas Krenz**

* Post Decano de la Facultad de Derecho de la UNIFE. Miembro del Instituto de Investigación Científica y Profesor de la Universidad de Lima. Profesor de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón, ESAN, de la Maestría en Derecho de la Universidad San Martín de Porres, y de la Maestría en Bioética y Biojurídica de la Universidad Santo Toribio de Mogrovejo. Miembro de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Argentina). Ha sido Superintendente Nacional de la SUNARP, Presidente del Consejo del Notariado y Miembro del Comité de Bioética de la Facultad de Biología de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Co-fundador en el Perú de la Cátedra UNESCO de Bioética y Biojurídica. Considerado por UNESCO en su relación de expertos en ética a nivel mundial Global Ethics Observatory: Who's Who in Ethics.
Correo electrónico: rckrenz@gmail.com.

Resumen

El artículo analiza el tema del estatuto del embrión desde una perspectiva científica, para derivar en su consideración jurídica frente a diversas cuestiones que se discuten en torno al mismo; en tal sentido, parte de la pregunta acerca de si tiene sustento científico la consideración del concebido como sujeto de derecho conforme a la Constitución peruana de 1993, revisando diversa doctrina y algunas jurisprudencias vinculadas con el tema, a efectos de determinar desde cuando merece protección el embrión teniendo en cuenta su condición humana.

Palabras clave: Concebido, Embrión, “Pre-embrión”, Dignidad humana.

Abstract

The article analyses the topic of the statute of the embryo, dividing from a scientific perspective, to derive in his juridical consideration in opposition to different questions that appear concerning the same one; in that sense, it begins with the question about the scientific sustenance of the definition in the Peruvian Constitution of 1993 that recognize the unborn as subject of right since the conception; the text studies different authors and judicial judgments, with the intention of determine at what point the embryo demands protection, considering its human condition.

Keywords: Unborn, Embryo, “Pre-embryo”, Human Dignity.

1. Introducción

En los últimos años, en diversas oportunidades ha vuelto a ponerse sobre el tapete en el Perú, la ampliación de las causales del aborto previstas en la legislación¹, a raíz de la presentación de algunas propuestas legislativas en ese sentido. También en otros países, como por ejemplo, Chile, se ha discutido intensamente durante el año 2015 el tema, a raíz de la presentación en enero, por parte de la Presidencia de la República, de un proyecto para la despenalización del aborto. Por otro lado, en Estados Unidos, se sabe que a inicios del próximo año la Corte Suprema deberá pronunciarse nuevamente sobre el aborto, después de diez años, a raíz de un caso en curso.

Otro tema en discusión en diversos países es el concerniente a la regulación de la reproducción asistida, existiendo en el Perú un reciente proyecto de ley, elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia, pendiente todavía de publicación para su debate público al momento de escribir el presente artículo.

Todo ello, aparte de la emisión de diversas sentencias y el avance propio de la investigación científica, lleva a la necesidad de revisar cuál es la naturaleza jurídica del embrión a fin de determinar desde cuándo merece protección jurídica, para tener en cuenta ello en cualquier desarrollo legislativo.

Con el propósito de hallar una respuesta que tenga la mayor universalidad, pareciera prudente dejar de lado cualquier consideración religiosa (o anti-religiosa), que finalmente, sea ajena al análisis científico y jurídico que la interrogante demanda.

¹ El Código Penal peruano sanciona el aborto, permitiendo solo el llamado aborto “terapéutico”.

Tampoco, por cierto, se trata de buscar una respuesta positivista, pues si bien puede ser útil desde un visto pragmático responder a la pregunta diciendo “Sí, porque la ley lo dice” o “No, porque la ley lo dice”, es necesario, desde un punto de vista conceptual, ahondar más en la pregunta para poder dar una mejor respuesta.

En virtud de lo expuesto, el presente artículo es el resultado de una investigación acerca del estatuto jurídico del embrión, desde una perspectiva científica, partiendo de la pregunta sobre si tiene sustento científico la definición del concebido como sujeto de derecho desde la concepción, tal como lo plantea la Constitución peruana.

La metodología se basa fundamentalmente en la revisión de diversas doctrinas y jurisprudencias relativa al tema. Luego de estudiar la naturaleza del embrión, se analizan algunas cuestiones específicas que se derivan de ella, a fin de evaluar la validez de diversos argumentos bajo cuyo amparo se pretende a veces negar o restringir la condición jurídica del embrión.

En cuanto al marco temporal y espacial en el que se centra la discusión, el artículo busca ofrecer un análisis actual de la consideración que debe merecer el embrión, a la luz de estudios y trabajos realizados tanto en el Perú como en otros países, incluyendo algunos importantes pronunciamientos de carácter jurisdiccional.

2. La consideración del embrión desde una perspectiva científica

La determinación del *status* jurídico del embrión requiere, previamente, remitirnos a la ciencia. Así, recurriendo a la biología, ella nos señala que el dato más importante para considerar al embrión como un individuo de la especie humana es que éste muestra las características de un todo organizado, un sistema biológico integrado, con una existencia corporal

y que cuenta con un programa bien definido (Luria, 1975: 115).² O se trata, por tanto, de un mero postulado filosófico, una simple referencia legal, una cuestión de fe o algo meramente moral. El inicio de la vida del ser humano se da con la fecundación,³ que es un proceso de interacción mutua entre dos gametos —el femenino y el masculino—, momento en el que empieza el ciclo vital del mismo que, como ser vivo, tiene la capacidad de movimiento desde sí, en una unidad biológica que tiene su propia finalidad, sobre la base de su autogobierno.⁴

Así, el ser humano es el resultado de un proceso de autoorganización del material biológico resultante de la fusión de dos gametos, orientado al desarrollo de un organismo completo, siguiendo la trayectoria vital que se generó; se trata de una existencia continuada en el espacio y en el tiempo. (López et al, 2011: 286–288).⁵

Señalan Aznar y Pastor (2014: 3–4), con meridiana claridad, que la biología evidencia cada vez más que el embrión no es un simple conglomerado de células,⁶ es un ser vivo, que tiene una unidad intrínseca en que las partes están en función del todo en orden a vivir y con la posibilidad de transmitir vida. Su heterogeneidad hace del embrión —desde su inicio—

² Como indica el citado autor, Premio Nobel de Medicina: «La vida difiere de todos los demás fenómenos naturales en un rasgo fundamental: “tiene un programa”».

³ “El cigoto es el punto exacto en el espacio y en el tiempo en que un ‘individuo humano’ inicia su propio ciclo vital” (Serra, 2004).

⁴ “Como todo ser vivo, posee una unidad intrínseca en donde las partes están en función del todo en orden a vivir y con la posibilidad de transmitir vida. La heterogeneidad de las partes hace del embrión desde su inicio un pequeño organismo con la cualidad de moverse a sí mismo”, sostiene Pastor García (2008).

⁵ Por su parte, señala Jouve: “El desarrollo genético del embrión es un programa de actividades en el espacio y en el tiempo” Entrevista en diario *El Comercio*. Lima, edición del 15.06.2013, p. A–26.

⁶ Tal como acertadamente agregan Aznar y Pastor (2014:4), “la capacidad de interacción muestra un todo orgánico que posee una unidad y responde al ambiente desde él mismo, cuando un conglomerado solo mostraría respuestas independientes y sin orden entre sí”. En el mismo sentido, sostiene Fernández Sessarego (2007: 5), “el concebido constituye vida humana genéticamente individualizada, desde el instante mismo de la concepción, o sea, a partir de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide”. Así pues, dice García (García Caverro, 2013), “si vamos con la ciencia por delante, tendríamos que partir de la base de que desde el momento de la concepción estamos frente a un ser humano”.

un pequeño organismo con la cualidad de moverse por sí mismo, con un desarrollo que es un fenómeno continuo, y gozando de una capacidad de autorregular su desarrollo en una dirección determinada por él mismo, en el que no se agrega nada nuevo una vez formado el cigoto.

Como explican López y Abellán (2009: 13), considerar que en sus estados tempranos el embrión es sólo “un conjunto de células indiferenciadas”, es absolutamente incompatible con los datos de la ciencia actual.⁷

Señala, en la misma línea, el distinguido genetista español Nicolás Jouve:

“Los avances de la Genética y de la Biología Celular, permiten hoy afirmar que el cigoto es una realidad claramente distintiva y que posee la esencia del nuevo ser. Por lo tanto, el embrión desde una célula, es sustantivamente el nuevo ser y ha de ser considerada como una realidad dotada de suficiencia constitucional”. (2013: 29)

Así, la fecundación marca el inicio de un proceso, el cual es un continuo hasta el momento del nacimiento (o del fallecimiento, si fuere el triste caso), del embrión.⁸

A mayor abundamiento, expresa Roberto Germán Zurriarán que:

“... desde la perspectiva científica, el término embrión se refiere a una etapa concreta de la vida de esa unidad dinámica que es el ser humano. El embrión no es una simple masa celular indiferenciada, sino la estructura precoz del desarrollo anatómico, fisiológico y

⁷ Siguiendo a George y Gómez-Lobo (2015: 105): “Si el embrión no fuera un organismo completo, entonces, ¿qué podría ser? En forma diferente a los espermatozoos y los ovocitos, no es parte del padre ni de la madre. Ni siquiera es un crecimiento desordenado como una mola hidatiforme o teratoma (Dichos entes carecen de los recursos internos para desarrollarse activamente hacia la próxima etapa más madura de la vida de un ser humano) (...) después de que el embrión se origina, ningún evento o serie de eventos puede ocurrir que se pueda interpretar como la producción de un organismo nuevo”.

⁸ “El desarrollo del embrión es un proceso continuado que empieza con la fecundación y termina con la extinción de su vida. Tal como se ve reflejado en los descubrimientos y en nuestros conocimientos sobre el embrión humano” (Zárate Cuello, 2014: 77).

bioquímico del ser humano. No es el primer paso hacia el ser humano, es un ser humano dando su primer paso”. (2015: 121)

En consecuencia, citando a Aznar y Pastor (2014: 2), puede afirmarse que el embrión humano es un sistema integrado, capaz de autorregular su propio desarrollo; es decir, un ente viviente completamente organizado, un organismo vivo, un cuerpo humano, con todas las propiedades del mismo: crecimiento, diferenciación, capacidad de reproducción, desarrollo y muerte; se trata de una nueva individualidad biológica en la que el todo es más que la suma de sus partes.

Ahora bien, el código genético es parte del organismo, pero quien posee el genoma es el organismo. No basta, por tanto, que una célula tenga el código genético humano para decir que allí hay un embrión. La esencia del ser humano no está en el código genético, pues estaríamos definiendo al ser humano en función de sus capacidades. El ser humano es un ente complejo y heterogéneo. Un embrión es un sistema viviente y organizado, cuyo genoma no es independiente del ambiente en el que se desarrolla.

Como se ha dicho, el embrión humano cuenta con una identidad genética, un programa, cuyo desarrollo es un proceso regular sin solución de continuidad; constituyendo un sujeto irrepetible, único, diferente. Señalan bien Luján y Starópoli (2013: 119–120): no estamos ante una célula mutante que puede disponer el tipo de naturaleza que va a tener, “El embrión es un ser humano, no se transformará en otra cosa y su naturaleza humana está en su código genético, por lo cual es una persona con identidad y no una célula de libre disposición”.-

Queda claro, entonces, que el cuerpo de un ser humano, desde los inicios de su existencia, no se puede reducir al conjunto de sus células. El cuerpo embrionario “se desarrolla progresivamente según un “programa” bien definido y con un fin propio, que se manifiesta con el nacimiento de cada niño.”⁹

⁹ Tomado de: “Dignitas personae”. Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre algunas cuestiones de Bioética. En: http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/file.php/6698/Material_Dignitas/1.pdf, p. 3. Consultada el 20.02.2015.

Vale anotar también aquí lo señalado por Roberto Colombo (1999) en cuanto a que “el deber de respetar la vida e integridad del embrión y la necesidad de su tutela jurídica se basan en dos supuestos previos: la total inocencia del embrión y su pertenencia a la categoría de los seres dotados de vida humana personal”¹⁰ el problema es que, mientras la inocencia del embrión ya es reconocida con unanimidad, hay quienes discuten su subjetividad humana.

Como sostienen López Moratalla et al. (2011: 284): “Es obvio, desde el punto de vista biológico, que la vida de cada ser humano comienza al completarse el proceso de fecundación, precisamente con la aparición de la nueva realidad, que se denomina cigoto. La ciencia biológica tiene en ello la última palabra y la ha pronunciado con claridad y contundencia.”

3. La anidación: una etapa importante pero no constitutiva

Si bien existen quienes plantean que el inicio de la vida humana se daría recién con la anidación, desde un punto de vista lógico no podría considerarse la misma como punto de partida; como ha quedado visto, la implantación es parte de un proceso ya iniciado anteriormente y no recién con ella; afirmación que, asimismo, ha sido corroborada en el Perú a través de la sentencia del Tribunal Constitucional al analizar la cuestión de la píldora del día siguiente, mediante resolución expedida el 16 de octubre del año 2009.¹¹

¹⁰ Agrega el mismo Colombo (1999) que “Hacer coincidir a la persona con la gama de sus facultades u operaciones actualmente funcionales, además de comprometer irreparablemente la unidad y la identidad ontológica de la persona humana, legitima incluso una inicua forma de discriminación entre los seres humanos, que se basa, arbitrariamente, en sus atributos o sus capacidades”.

¹¹ Señala dicho colegio en la referida sentencia: “Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollado *supra* respecto a la constitución del concebido; este Colegio se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único

Cabe agregar que, más recientemente, el Tribunal de Justicia Europeo, con sede en Luxemburgo, en una sentencia del 18 de octubre de 2011, ante una demanda presentada por Greenpeace contra Oliver Brustle a raíz de una patente registrada a partir de células troncales embrionarias humanas, que fuera elevada a dicho Tribunal por la justicia alemana, resolvió que no han de concederse patentes por el uso de embriones humanos para fines industriales o comerciales, definiendo el embrión como «el óvulo fecundado y capaz de desarrollarse, desde la fusión de los núcleos, así como toda célula extraída de un embrión denominada “totipotencial”».¹²

Sobre la anidación, expresa el profesor Nicolás Jouve, ex Presidente de la Sociedad Española de Genética:

“Que la concepción se entienda como implantación es un absurdo ontológico, antropológico y biológico, es decir, no tiene sentido. La concepción es lo que es: exactamente la fusión de unos núcleos gaméticos materno y paterno, que dan lugar a un nuevo ser (...) La implantación ocurre después de una serie de etapas iniciales cuando el embrión, que ya ha empezado a dividirse, llega al endometrio, al útero y se implanta. Lo que hay antes y lo que hay después es el mismo ente, no hay uno anterior ni uno posterior. Si esto es así desde el punto de vista biológico, pues lo debe ser también desde el antropológico y desde cualquier otra consideración. La implantación

e irrepitable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación e implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido”. (el subrayado es nuestro). Véase el texto completo de la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>.

¹² Agrega la sentencia que: “todo óvulo humano, a partir de la fecundación, deberá considerarse un “embrión humano”... habida cuenta de que “la fecundación puede iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano”, añadiendo que “también debe atribuirse esta calificación al óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y al óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis”. (Jouve, 2013: 34).

es un elemento más, pero no es el elemento determinante entre lo que debe considerarse persona o no persona”. (El Comercio, 2013: A26).

Empero, en el caso *Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, por la que dispuso que el Estado debe adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV en dicho país, declaró que la vida empieza con la anidación.¹³ Agregó adicionalmente, en su apartado N° 263, que “...la “concepción” en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención”.

A raíz de dicha debatida sentencia, en Guanajuato, México, el 20 de abril de 2013, diversos expertos en bioética —incluyendo médicos, filósofos, biólogos, juristas, académicos y científicos en general—, elaboraron la llamada “Declaración de Guanajuato”, en la que formulan crítica a la Corte y lamentan las imprecisiones científicas y jurídicas de la sentencia de la CIDH —de las que dan cuenta con ejemplos muy puntuales— por lo que interpretan que los efectos de la misma deben ser únicamente para el caso planteado, y no como un antecedente legítimo para la regulación legal de la FIV.

“III. La vida del embrión humano es, desde el principio humana, pues su naturaleza no se modifica o perfecciona en razón de su crecimiento, desarrollo o suficiencia; en consecuencia, merece desde el principio, la protección que ofrecen los derechos humanos (...) Hoy en día los avances científicos en el área de la embriología, nos obligan a plantear

¹³ Luego de distinguir el momento de la fecundación y el momento de la implantación, la CIDH expresó que: “El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...)”.

y defender los derechos del embrión, colocándose en primer lugar el derecho a la vida dada su condición de vulnerabilidad”.¹⁴

Finalmente, cabe tener presente que, al margen de la forzada interpretación hecha por la Corte en el citado caso, puede decirse desde una interpretación no solo literal, sino sobre todo finalista y sistemática del ordenamiento jurídico, que el primer apartado del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos es claro y puntual:

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente. (Subrayado nuestro)

4. La dignidad del embrión

El embrión tiene una plena cualificación antropológica y ética, por lo que se deduce que, filosóficamente, tiene desde el principio la dignidad propia de la persona¹⁵, siendo el fundamento antropológico de la dignidad, el que todo ser humano sea tratado como un fin en sí, sin que quepa admitirse que, si bien todos los seres humanos tienen dignidad, unos la tengan más que otros.¹⁶

¹⁴ Consecuentemente, considera la referida Declaración que el término “concepción” utilizado por el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser entendido de la misma manera en que fue considerado al suscribirla en 1969, es decir, como la unión del óvulo con el espermatozoide.

¹⁵ “La dignidad de la persona es también un valor evidente, pues desde el principio de su vida el ser humano existe como persona”, afirma dice Reyes López (2009: 68).

¹⁶ En tal virtud nos parece cuestionable la idea planteada por Atienza (2014: 91), cuando dice que “El embrión (o el pre embrión) humano es un bien que merece protección desde el momento de la fecundación, pero no tiene el mismo valor en las distintas fases de desarrollo, sino que ese valor se va incrementando a medida que se producen ciertos cambios biológicos como la implantación estable en el útero, la aparición de la cresta primitiva, la formación de los órganos...”. Se trata de una posición orientada al consenso, mas en temas de esta naturaleza, estimamos que la naturaleza de las cosas no puede definirse buscando una definición que pueda acomodarse a todos, sino que debe sujetarse a criterios objetivos y científicos.

Tal dignidad la tiene el ser humano desde la concepción, por tanto, no excluye al embrión en sus primeras dos semanas de vida, aun cuando se hable en esa etapa de “pre embrión” —que, en todo caso, es solo un recurso lingüístico, como se verá más adelante—; de allí que devengue en cuestionable la idea de que el “pre embrión” sea ante todo objeto de dignidad mas no sujeto de la misma (Fuentes, 2013: 56), toda vez que, aparte de su implantación, no hay diferencia sustantiva entre lo que el embrión es antes de los 14 días y lo que es después, lo contrario sería violar el principio lógico de identidad; la diferencia es de nivel de desarrollo, mas no de existencia o esencia vital; en todo caso, tratándose de embriones congelados, una cosa es lo que *es* el embrión y otra dónde *está*.

Ahora bien, ¿cómo entender un concepto tan complejo como la dignidad? Siguiendo a Porter, se debe tener en cuenta que “La dignidad es algo que se conoce en nosotros mismos y en los demás. Es un valor intrínseco de la vida y lo que le da sentido y relevancia”, agregando luego que:

“La persona humana es siempre un sujeto individual, único e irrepetible. Afirmar la dignidad de la vida humana significa reconocer el valor único del hombre en cuanto a su singular y concreta persona viviente”. (Porter et al, 2009: 113).

Así, la “Dignitas Personae”, siguiendo lo dicho en la “Instrucción Donum Vitae”, señala que “A cada ser humano, desde la concepción hasta la muerte natural” se le debe reconocer la dignidad de persona” (p. 1), afirmación que tiene un hondo contenido¹⁷ y refuerza la pregunta de Donum Vitae: ¿cómo un individuo humano podría no ser persona humana?, siendo de interés mencionar que si esta última Instrucción no definió expresamente que el embrión es persona, “lo hizo para no pronunciarse explícitamente sobre una cuestión de índole filosófica”.¹⁸

¹⁷ La frase, como señala Pastor García (S/a.: 31), es toda una declaración de principios, no solo por ser categórica sino también porque en el texto de la Instrucción se recurre a ella (o frases similares), para apoyar algunas conclusiones éticas respecto a diversos problemas bioéticos.

¹⁸ “Dignitas personae” (p. 3) Comentando esta parte de DP, dedicada al *estatuto del embrión*, observa Pastor que “existe un razonamiento, que sin llegar a definir que el embrión humano pre

Si bien existen posiciones discrepantes respecto a las ideas expuestas en el propio ámbito religioso¹⁹, puede sostenerse, con respaldo científico, que el cigoto constituye un nuevo individuo de la especie humana, como lo evidencia la biología, demostrando que el embrión es persona (Pastor, S/a.: 45).²⁰ A ello se agrega, como dice Sgreccia (s/a.: 10), que “se es hombre y por ello se es persona y se posee una dignidad ontológica”.

5. Aclarando algunos conceptos

Hoy en día, resultan absolutamente insostenibles ideas como la de considerar al embrión una parte del cuerpo de la madre, o aludir a la dependencia del niño respecto a su madre durante el embarazo para negarle su subjetividad. Empero, subsisten otras que requieren un mayor análisis para rebatirlos, como cuando se alude al hecho que el contacto con la madre no tiene solo un fin alimenticio respecto a un sujeto ya plenamente formado, sino que también tendría un carácter constitutivo.

Señala Lacadena (2003: 114) que “la información genética contenida en el cigoto es necesaria, pero no suficiente, para llevar a cabo el proceso normal de desarrollo en el sentido de que hay que tener en cuenta los fenómenos genéticos de dicha información en el entorno del útero materno”. Por su parte, Carlos Alonso Bedate (2003: 39) sostiene sobre el particular que:

“Un ejemplo paradigmático (dados los conocimientos actuales) de información epigenética procedente de la madre (simbiótica) esencial

implantatorio es persona, dificulta enormemente la defensa de la postura de los que consideran a éste como un precursor y, como tal, no un individuo de la especie humana” (Óp. cit., p. 34).

¹⁹ Señala, por ejemplo, Masiá: “Pero la expresión “desde la concepción hasta la muerte natural” tendrá que ser matizada después de preguntar qué se entiende por “concepción” y por “muerte natural”. (Hay un debate difícil y delicado con posturas diversas según se piense con una biología y una filosofía en términos de “proceso” o en términos de “momentos puntuales”).” Masiá, Juan (2009).

²⁰ Sostiene Pastor (S/a.: 35) que, “En conclusión, DP para apoyar el respeto incondicionado del embrión pre implantatorio, parece apelar a los argumentos biológicos y ontológicos. Estos permiten reconocer en él un pleno carácter antropológico y ético en los cuales se apoya la afirmación de que, desde el principio, el embrión tiene la dignidad de persona”.

para el desarrollo cualitativo y eficaz del sistema nervioso en humanos y que por lo mismo debe entenderse como integrante del programa de desarrollo del embrión es la función de la hormona T4 materna. Esta hormona se trasvasa, en un determinado momento del desarrollo embrionario, de la madre al embrión por la placenta y se detecta en el embrión antes de que éste pueda expresar su propio T4. Puesto que esta hormona regula la expresión de genes del embrión esenciales para su correcto desarrollo, que anteriormente estaban silenciados, entra a formar parte de la dinámica del embrión”. (Bedate, 2003: 39)

Siendo particularmente relevante el aporte de dicha hormona, ella no tiene sin embargo un carácter constitutivo. El embrión es lo que es y punto. La hormona T4 materna ayudará a su desarrollo, ciertamente, mas no aporta nada a la entidad con que ya viene —ya es— desde la concepción.

Resulta curioso, a todo, esto que el Tribunal Constitucional español, en sentencia de 1985, a la vez que negara la titularidad del derecho a la vida reconocido en el artículo 15 CE al *nasciturus*, reconozca también que la vida es un proceso que se inicia con la gestación y termina con la muerte, siendo así merecedor de una protección positiva de los poderes públicos.

En todo caso, reconociendo que se trata de un tema en el que las opiniones no son unánimes, deviene necesario tener presente el argumento probabilístico de acuerdo al cual el solo hecho de que exista la posibilidad de estar ante un ser humano basta para justificar la protección del embrión.²¹

²¹ Como dijera Juan Pablo II, en su Carta Encíclica “*Evangelium Vitae*” (25 de marzo de 1995, n. 60), “bastaría la sola probabilidad de encontrarse ante una persona, para justificar la más rotunda prohibición de cualquier intervención destinada a eliminar un embrión humano. Vale mencionar que, como dice Colombo, la Iglesia católica, conociendo el debate sobre el inicio de la vida humana, la individualidad del ser humano y la identidad de la persona humana, “no se ha comprometido expresamente en una afirmación de índole filosófica” (Congregación para la Doctrina de la Fe, *Instrucción sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación “Donum vitae”* (22 de febrero de 1987), n.1,1.) de carácter definitivo sobre el embrión humano, pero declara que “el ser humano ha de ser respetado y tratado como una persona desde su concepción” (Ibíd., citada en Juan Pablo II, *Evangelium vitae*, n.60).

Respecto a la posibilidad de apelar al término de “pre-embrión” para referirse al embrión temprano,²² es de notar que, más que tener un sustento científico, tuvo su origen en el propósito de pretender justificar la manipulación de aquéllos,²³ constituyendo una falacia semántica, como anota Zurriarán²⁴.

Vale decir también que la embrióloga Ann McLaren, que formó parte del Comité Warnock en Inglaterra, y que fue quien acuñó la expresión para referirse a los embriones de menos de 14 días, manifestó en un congreso en 1986 que el término fue acuñado por cierta presión ajena a la comunidad científica, conforme dan cuenta López y Abellán. (2009: 15)

La vida es una secuencia que tiene un inicio en la fecundación y, en la que, la anidación, es un hito importante sin duda, mas no el punto de partida del proceso, como ya se ha explicado. Por lo demás, la propia ley española vigente se ha encargado de dejar en evidencia la falsedad del término pre-embrión, cuando al final del artículo 1 dice expresamente que el “preembrión” es el embrión fecundado hasta los 14 días.²⁵

²² Algunos autores —como, por ejemplo, Bedate— hablan de “para-embryones”.

²³ “Pensamos pues que se ha impuesto el término “pre-embrión” no porque sea en sí mismo significativo de alguna realidad biológica, sino porque sirve para convalidar o neutralizar éticamente la pérdida o destrucción deliberada de embriones que va inevitablemente unida a los procedimientos de reproducción asistida y a la investigación sobre embriones. La noción de “pre-embrión” esta despojada de dignidad y de derechos humanos” (Criollo, 2014).

²⁴ “A pesar del uso minoritario del término “preembrión”, la introducción de una supuesta etapa biológica en el debate bioético y biojurídico ha cumplido su cometido: ser un útil instrumento persuasivo para desorientar a la opinión pública sobre la inocuidad jurídica de la manipulación del ser humano en su fase inicial. Este objetivo se consigue con la incorporación al lenguaje común de una falacia semántica sin fundamento antropológico ni biológico. En otras palabras, con la inserción del término preembrión se oculta que el embrión sea un ser humano desde la concepción, y se institucionaliza un artificio biológico con el que se le asigna desde su comienzo un nuevo estatuto biológico y jurídico” (Zurriarán, 2015: 126). Para un estudio más completo sobre el origen del término, véase: Ferrer Colomer, M. y Pastor García, L. M. (Eds.) (2001). “Antecedentes e historia del término “pre-embrión”: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios”. *La bioética en el milenio biotecnológico*. Murcia: Sociedad Murciana de Bioética, p. 105–138.

²⁵ Artículo 1 in fine de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida: “...2. A los efectos de esta Ley se entiende por preembrión el embrión in vitro constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde”.

Siguiendo a Fuentes Contreras, es de anotar que:

“Con el paso de los años, el término “pre-embrión” ha dejado de emplearse y de reconocérsele su valor, al considerarse, nuevamente, que no tiene ningún valor científico, y las publicaciones sobre el tema hablan simplemente de “embrión” (antes o después de los catorce días).” (Fuentes Contreras, 2012: 31)

Por último, el propio Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, no acepta el término “preembrión” y, más bien, como las dos primeras acepciones de la palabra, dice lo siguiente:

- “1. m. Ser vivo en las primeras etapas de su desarrollo, desde la fecundación hasta que el organismo adquiere las características morfológicas de la especie.
2. m. En la especie humana, producto de la concepción hasta fines del tercer mes del embarazo”.

6. Vida humana, razón y potencia

Se plantea también —tanto en algunos ámbitos populares como también académicos— que, no teniendo uso de razón, mal podría considerarse vida humana al embrión.

En relación a ello, consideramos que la posición de definir al ser humano de acuerdo a la posibilidad funcional de ejercer determinadas facultades, puede llevar a confundir causa con efecto, y podría generar peligrosas arbitrariedades²⁶; a la vez, es discriminatoria, ya que nos llevaría incluso a una injusta categorización de nuestra calidad de sujetos de derecho dependiente de unos atributos o una cuestión cronológica, con lo que

²⁶ Dice Pucheta (2012: 196), refiriéndose la posibilidad de realizar investigaciones usando embriones no implantados: “Si no les cabe la protección mínima establecida para el resto de los sujetos de investigación estos seres humanos no protegidos podrán eliminarse, congelarse, venderse, donarse, etc. En definitiva, ciertos seres humanos no recibirían el mismo trato que otros en atención al lugar en que hubieran sido concebidos”.

unos seríamos más o menos humanos de acuerdo a nuestro grado de desarrollo- o según las capacidades que con el devenir de la vida hubiéramos ido perdiendo.

En realidad, “El embrión humano es el mismo individuo humano que existe en la vida embrionaria, en la juventud o en la ancianidad”. (López Moratalla et al., 2011: 308) Nadie es más o menos humano por tener más o menos años; la vida de una persona de cuarenta años no vale el doble de una de veinte.

Tenemos razón, tenemos conciencia, porque somos seres humanos, mas no se debe confundir causa con efecto. Es decir, tenemos razón porque somos seres humanos, mas no es que seamos humanos porque tengamos uso de razón.²⁷

Adicionalmente, si vinculamos la idea de razón como requisito para reconocer al ser humano, habría que negarle entonces tal condición no solo al concebido, sino incluso a los bebés ya nacidos, a los niños pequeños, a los pacientes con Alzheimer, a las personas con problemas mentales en general, al enfermo anestesiado, a las personas en estado de coma o inconscientes, a un borracho o a una persona en estado hipnótico.²⁸

En tal virtud, debe considerarse que: “un individuo no es persona porque se manifiesten sus capacidades, sino al contrario, éstas se manifiestan porque es persona: el obrar sigue al ser” (Vila-Coro, 2010: 23).-

La racionalidad sigue a la condición de persona y no a la inversa. Por tanto, siguiendo a Vila-Coro, no obstante definirse al hombre como un

²⁷ “La consciencia de sí es un acto que la persona puede o no realizar, pero ese acto no se confunde con la persona misma. Los actos de la consciencia son los actos de *alguien*. Para *ser consciente*, primero es necesario *ser*. Debe evitarse por tanto la confusión entre un acto del sujeto y el sujeto mismo. El acto de autoconsciencia no es *constitutivo* del sujeto, sino que es sólo una de las *expresiones* de su personalidad” (Andorno, 1997: 3).

²⁸ Recordemos que, para autores como Peter Singer, los fetos, los recién nacidos, los retardados mentales profundos y los comatosos sin posibilidades de recuperación, sería “vida biológica humana”, pero no “personas en sentido estricto”, valiendo entonces más como persona un chimpancé que un bebé humano recién nacido por tener el primate mayor grado de conciencia.

ser racional, puede llamarse persona, con absoluta certeza, al ser humano que no razona ni decide; lo contrario podría dar lugar a nuevas formas de eutanasia, eugenesia y otras aberraciones, que desconocen la dignidad intrínseca del ser humano y que lo cosifican.

Tal como manifiesta Zárte (2014: 76): “La naturaleza racional no es la determinante en última instancia del ser persona, (...) es solo un reflejo de la personalidad en sí”.

Por otro lado, ¿puede negarse la condición de vida humana al embrión temprano? La respuesta es no, y es que el embrión no es una vida humana en potencia, pues ya es vida; se trata de un ser biológico humano lleno de potencialidades, una vida plena de ocasiones (Santos Ruiz, 2000: 188), las cuales se van expresando progresivamente. En este sentido, al hablarse de la potencia(lidad) del embrión, lo que puede decirse válidamente es que no cabe duda de que un embrión no está completo, pues está en desarrollo, está en potencia en ese sentido; mas se trata de una potencia activa, no pasiva, pues su desarrollo depende de sí mismo, de su automovimiento.

Es cierto que —como plantea Juliana González (1999: 38–39)— “el problema de la naturaleza humana es, en última instancia, el problema de la condición libre del hombre, de su ser irreductible a mera biología. Lo cual conlleva a la necesidad de reconocer la indiscutible pertenencia del ser humano a la materia y a la vida biológica y, a la vez, su misterioso poder de trascenderlas”. Ciertamente, somos más que materia, somos cuerpo y espíritu, instinto y libertad, siendo vigente “la eterna paradoja de que somos y no somos naturaleza, de que somos y no somos materia”.

7. Consideraciones finales

Las consideraciones expuestas sirven para sustentar la protección jurídica del ser humano desde su concepción, tal y como lo señala el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución peruana in fine (“El concebido es sujeto de

derecho en todo lo que le favorece”) o el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”), o la propia jurisprudencia argentina al sostener que “En el ordenamiento legal y constitucional argentino la existencia de la persona comienza desde la concepción, sea en el seno materno o fuera de él, a partir del cual la persona es titular de derechos y obligaciones entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”.²⁹

Puede identificarse, siguiendo a De la Luz Casas et al. (2010: 67–70), las siguientes características fundamentales en el cigoto:

- *Novedad biológica*: Se trata de un nuevo ser vivo que tiene una información genética que no se ha dado ni se dará más.
- *Unidad*: El embrión es un ser vivo con individualidad biológica; es todo un compuesto de partes organizadas, y como en todo ser vivo posee un centro coordinador.
- *Continuidad*: No existe ningún salto cualitativo desde la fecundación hasta la muerte.
- *Autonomía*: Biológicamente, se sabe que todo el desarrollo sucede desde el principio hasta el final de manera autónoma.
- *Especificidad*: Desde el primer momento de su desarrollo pertenece a la especie homo sapiens.
- *Historicidad o biografía*: Desde la fecundación existe un individuo de la especie humana que se va desarrollando en forma continua en lo biológico y biográfico.

Es cierto que, en los gametos —el óvulo y el espermatozoide—, hay vida humana, pero es diferente, no tiene que ver con la naturaleza del embrión, pues ya es vida humana en acto. Ya están “en acto” incluso

²⁹ CNCiv., sala I, 03/12/1999, La Ley, 2001–C, 825. Citada en: Luján y Starópoli (2013: 121), quienes justamente concluyen en el citado estudio que “Estamos ante la evidencia científica y ratificación constitucional–internacional de que en el momento de la fecundación existe un nuevo ser humano vivo, original e irrepetible, esencialmente distinto a la madre” (Ibid. 125).

—como afirman López y Abellán— aunque sea en forma incipiente y limitada, ciertos aspectos definitorios de su personalidad, como su individualidad, autonomía, relacionabilidad, estando más bien en potencia algunas manifestaciones de la personalidad. Estas expresiones, como la racionalidad o la autoconciencia, no son las que definen o constituyen al ser humano, pues, de ser así, de estar ausentes las mismas, ya sea en forma temporal o permanente, no serían entonces seres humanos los niños anencefálicos, los autistas, los que están en estado de coma, ni siquiera nosotros cuando dormimos. (López Barahona y Abellán, 2009: 10–11).

Como señala Durán Acuña (2002: 241), para abordar la naturaleza jurídica del concebido, basta tener presente la unión biológica de los gametos femenino y masculino humanos, “y nos resulta indiferente hacer alguna distinción a propósito de las circunstancias de la concepción del naciuro —ordinaria o asistida— y de la condición en que se encuentre el concebido —dentro o fuera del útero. Cualesquiera que sean las circunstancias y las condiciones en que ocurrió la unión biológica de los gametos y en que se encuentre el concebido, nos resulta claro que es un ser viviente, una entidad autónoma, un individuo destinado, en principio, a formarse como persona, de manera que nos merece la misma valoración ética que frente a esta última se tiene”. Resulta evidente entonces la naturaleza jurídica del embrión más allá de que sea *in vitro* o no, más allá de estar o no alojado en el vientre materno,³⁰ con todo lo que ello implica, como por ejemplo la consideración del diagnóstico preimplantatorio como un atentado contra la vida humana y a nueva forma de perversa violencia social.³¹

³⁰ “La biología muestra que la vida humana comienza tras la fecundación con la aparición de una realidad celular con fenotipo cigoto, con una identidad genética propia, sea como fuere la forma y el modo como ha llegado a la vida, engendrado *in vivo* o *in vitro*, cada cigoto vivo, de nuestra especie, es un ser humano con el carácter propio y específico de todos los individuos de la especie humana” (Casas, 2011: 122). “...el embrión humano injustamente congelado en nitrógeno líquido es persona y merece todo el respeto y dignidad desde la perspectiva de los derechos humanos” (Zárate, 2014: 78).

³¹ Para un análisis detallado del tema, véase López Guzmán, 2007.

Queda claro de lo expuesto a lo largo del presente trabajo que la defensa de la vida, desde la concepción, en el ámbito del Derecho no parte de seguir un dogma religioso, sino el reconocimiento de una verdad científica, lo cual es importante dejar en claro, toda vez que no es infrecuente que al defender la vida desde ese momento, se pretenda cuestionar dicha posición recurriendo a la estrategia de plantear que nuestra capacidad de raciocinio estaría cegada por convicciones religiosas, como bien apunta García Caveró (2013: A–25)

Verificado el sustento científico de la naturaleza jurídica del embrión como sujeto de derecho desde la concepción, debe considerarse, en todo caso, ante cualquier duda, el valor de la prudencia, al estar de por medio la protección de la vida misma y la defensa de los seres humanos más indefensos.³²

Bibliografía referenciada

- Andorno, Roberto. (1997). “¿Todos los seres humanos son personas?”, ponencia presentada en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Buenos Aires (Argentina), en septiembre de 1997.
- Atienza, Manuel. (2014). *Bioética, Derecho y Argumentación Jurídica*. Lima-Bogotá: Palestra–Temis. Aznar, Justo y Luis Miguel Pastor. (2014). “*Estatuto biológico del embrión humano*”. Consultada en: noviembre-30-2014. http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/file.php/6698/Material_Estatuto_embrión/3.pdf.
- Bedate, Carlos Alonso. (2003). “El Estatuto Ético del Embrión Humano: Una reflexión ante propuestas alternativas”. En: *Gen-Ética*. Coordinadores: Mayor, Federico y Carlos Alonso Bedate. Madrid: Editorial Ariel.

³² “No existen evidencias racionales ni científicas suficientes como para negar que el embrión humano sea un ser humano desde su etapa de cigoto. Todos los intentos por demostrar que con la implantación en el útero se produce un aporte genético de la madre al feto han sido muy insuficientes. Ante la duda sobre si es o no un ser humano, se impone desde la ética de la prudencia, por el valor de la misma vida humana que puede estar siendo pasada a llevar”. De la Luz Casas et al., 2010: 66–67).

- Casas Martínez, María de la Luz. (2011). “El inicio de la vida humana”. En: *Ensayos Selectos en Bioética*. Editor: Domínguez, Octavio Humberto. México: Academia Nacional Mexicana de Bioética.
- Colombo, Roberto. (1999). “La naturaleza y el estatuto del embrión humano”. En: *Humanitas No. 16*. Consultada el 14 setiembre 2015. <http://www.humanitas.cl/html/biblioteca/articulos/d0094.html>.
- Criollo Mayorga, Giovanni. (2014). “El embrión humano”. En: *Revista Judicial derechoecuador.com*. (21 marzo 2014). Consultada en: abril-14-2015. <http://www.derechoecuador.com/utility/Printer.aspx?e=37017>.
- De la Luz Casas, María, Francisco Javier León Correa y Eduardo Rodríguez Yunta. (2010). “Inicio de la Vida Humana”. En: *Bioética general y clínica*. Coordinador: León, Francisco. Santiago de Chile, Fundación Interamericana Ciencia y Vida.
- Diario El Comercio. Entrevista a Nicolás Jouve. Lima, edición del 15.06.2013, p. A-26.
- “Dignitas personae”. Instrucción de la Congregación para la Doctrina de la Fe sobre algunas cuestiones de Bioética. Consultada en: febrero-20-2015. http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/file.php/6698/Material_Dignitas/1.pdf.
- Durán Acuña, Luis David. (2002). “El naciuro concebido, un sujeto de derecho”. En: *Familia, Tecnología y Derecho*. Universidad Externado de Colombia.
- Fernández Sessarego, Carlos. (2007). *Derecho de las Personas*. 10a. edición. Lima: Grijley.
- Ferrer Colomer, M. y Pastor García, L. M. (Eds.). (2001). “Antecedentes e historia del término “pre-embrión”: análisis desde el debate bioético norteamericano de los hechos biológicos en los que se basan sus partidarios”. En: *La bioética en el milenio biotecnológico*. Murcia: Sociedad Murciana de Bioética.
- Fuentes Contreras, Edgar Hernán. (2012). “Perspectivas sobre investigación genética y perfeccionamiento humano”. En: *Expedito, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. V.1*, fasc.10; pp. 25-37. Consultada el 18.11.2015. En: <http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/EXP/article/view/764/772>.
- (2013). “Introducción a los límites conceptuales y jurídicos de la investigación en pre embriones”. En: *Expedito, Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano. V.14*; pp. 45-61: Consultada el 17.11.2015. En: <http://revistas.utadeo.edu.co/index.php/EXP/article/view/857/867>.

- García Caverro, Percy. (2013). “No a la despenalización del aborto. Respuesta al Comité de Derechos Humanos de la ONU”. *Diario El Comercio*. Lima: edición del 21.06.2013, p. A-25.
- George, Robert P. y Alfonso Gómez-Lobo. (2015). “La condición moral del embrión humano”. En: *Bioética desde los bienes humanos básicos*. Editor: León Correa, Francisco. Santiago, Fundación Interamericana Ciencia y Vida – Universidad Central.
- González, Juliana. (1999). “Valores éticos de la ciencia”. En: *Bioética y derecho*. Compilador: Vásquez, Rodolfo. Fundamentos y problemas actuales. México D. F., Instituto Tecnológico de México – Fondo de Cultura Económica.
- Jouve, Nicolás. (2013). *Materiales de Lectura del curso “Cuestiones científicas, filosóficas y jurídicas sobre el Embrión Humano”*. Lima: Maestría en Bioética y Biojurídica de la USAT.
- Jouve, Nicolás. (2012). *El manantial de la vida: Genes y Bioética*. Madrid: Encuentro.
- Juan Pablo II. (1995). *Carta Encíclica “Evangelium vitae”*.
- Lacadena, Ramón. (2003). “Individualización y mismidad genética en el desarrollo humano”. En: *Gen-Ética*. Coordinadores: Mayor, Federico y Carlos Alonso Bedate .Madrid: Editorial Ariel.
- López Barahona, Mónica y Abellán, José Carlos. (2009). *Los Códigos de la Vida*. Madrid: Homolegens.
- López Guzmán, José. (2007). “El diagnóstico pre implantatorio: Una nueva forma de violencia social”. En: *Cuadernos de Bioética*. XVIII, 2007/3. Consultada el 20 2015. <http://www.aebioetica.org/rtf/03-BIOETICA-64.pdf>.
- López Moratalla, Natalia; Esteban Santiago y Gonzalo Herranz Rodríguez. (2011). “Inicio de la vida de cada ser humano. ¿Qué hace humano el cuerpo del hombre?”. En: *Cuadernos de Bioética* XXII, 2011/2.
- Luján Millán, Liliana y Starópoli, María del Carmen. (2013). “Vida versus vida. El debate por la disposición final de la persona”, En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año V. No. 1, enero/febrero 2013. Buenos Aires: La Ley Sociedad Anónima.
- Luria, Salvador. (1975). *La vida, experimento inacabado*. Madrid: Alianza Editorial.
- Masiá, Juan. (2009). “Dignitas personae: ¿Asentir con reservas?” (24 enero 2009). Consultada en: julio-20-2014: http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/file.php/6698/Material_Dignitas/Texto%20comentar.pdf.

- Pastor García, Luis Miguel. (2008). “La ciencia y la bioética en el debate embrionario” (noviembre-15-2008). En: *Verdad.es*. Murcia. Consultada en: setiembre-30-2014. <http://www.laverdad.es/murcia/prensa/20081115/opinion/ciencia-bioetica-debate-embrionario-20081115.html>.
- S/a. “Análisis y comentario ético del documento Dignitas Persone: desde la continuidad a la novedad”. Consultada en: julio-05-2014. En: http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/file.php/6698/Material_Dignitas/2.pdf.
- Porter, Kuthy y otros. (2009). *Introducción a la Bioética*. 3ª. Edición. México D. F: Méndez Editores.
- Pucheta, Leonardo L. (2012). “Autonomía de la voluntad y orden público en tensión en el Proyecto de nuevo Código Civil”. En: *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*. Año IV. No. 11. Buenos Aires, La Ley.
- Reyes López, Pedro A. (2009). “El acto médico personal y moral” En: Porter, Kuthy y otro. *Introducción a la Bioética*. 3ª Edición. México D. F.: Méndez Editores.
- Santos Ruiz, A. (2000). “Manipulación genética e intervención en embriones.” En: Polaino-Lorente, Aquilino (Dirección editorial). *Manual de Bioética General*. 4ª Ed. Madrid: Ediciones Rialp, S. A.
- Serra, A. (2004). “Dignidad del embrión humano”, en: Consejo Pontificio Para La Familia, *Lexicón. Términos ambiguos y discutidos sobre familia, vida y cuestiones éticas*, Madrid.
- Sgreccia, Elio. (S/a.). “La Instrucción “Dignitas Personae” de la Congregación para la Doctrina de la fe. Significado y valor del concepto de dignidad”. Consultada en: abril-04-2015. En: http://intranet.usat.edu.pe/aulavirtual/file.php/6698/Material_Dignitas/3.pdf.
- Vila-Coro, María Dolores. (2007). *La bioética en la encrucijada*. 2ª Edición. Madrid, Dykinson.
- Zárate Cuello, Amparo de Jesús. (2014). *Biomedicina y biotecnología ante la violencia prenatal*. Bogotá: Ediciones de la U. Lid. Editorial.
- Zurriarán Roberto Germán. (2015). “La cuestión de fondo sobre el tema del aborto”. En: *Revista Persona y Bioética*. 2015; Consultada en: setiembre-10-2015. 19(1): 117–128. DOI: 10.5294/pebi.2015.19.1.9.

Criterio *Jurídico* 2015

Propósito general

La revista *Criterio Jurídico* publica trabajos inéditos de las investigaciones realizadas en el ámbito jurídico, con el objetivo de visibilizar los avances científicos acaecidos en las diferentes áreas del derecho, y con ello coadyuvar en la difusión de dichos conocimientos a la comunidad universitaria en general y a todos los académicos interesados en conocer los avances de la disciplina y su aplicación en los distintos campos del saber. La revista ha sido publicada continuamente desde el año 2001, Y siempre ha procurado reunir artículos jurídicos de la más alta calidad.

Público al que se dirige

Criterio Jurídico es una publicación del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, dirigida a un público interesado en conocer los avances de la investigación científica dentro del campo específico del derecho, sin circunscribirse exclusivamente al derecho colombiano y sin hacer énfasis en uno de los campos específicos del derecho. De esta forma, el público objetivo está conformado por profesionales del derecho y especialistas en todas sus ramas, así como profesionales de disciplinas afines, estudiantes de posgrado, académicos(as), docentes, investigadores(as), y gestores(as) del campo en general.

Periodicidad: semestral.

La Revista *Criterio Jurídico* nacida en el 2001, es una publicación semestral del Departamento de Ciencias Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana Cali, que pretende lograr su indexación internacional en el año 2014.

Por tanto, estamos invitando a todos a los profesionales del Derecho que se encuentren interesados en contribuir con sus aportes a los debates contemporáneos de esta disciplina, para que participen enviando artículos que se recibirán hasta el día 17 de Noviembre de 2014, siempre y cuando cumplan las estipulaciones expresas a continuación.

ORIENTACIONES PARA LOS AUTORES

La revista CRITERIO JURÍDICO publica artículos que se ajusten a las normas establecidas por el Comité Editorial en cuanto a los aspectos de contenido y forma; los cuales a su vez, tienen en cuenta los estándares establecidos por el Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia- Colciencias para las publicaciones científicas.

Acorde con ello, se publican únicamente artículos puestos a consideración de manera independiente que constituyan una obra ORIGINAL. Por original se entiende los autores contribuyen directamente al contenido intelectual del documento, por tanto se encuentran en condiciones de hacerse públicamente responsables él, aceptando así que su nombre figure en la lista de autores.

Sumado a ello, debe ser también INÉDITO, es decir no ha sido previamente publicado bajo ninguna modalidad en ninguna otra revista científica, nacional o extranjera, ni en ningún sitio o portal electrónico. Lo artículos enviados deberán enmarcarse en las siguientes tipologías:

- 1) *Artículo de investigación científica y tecnológica.* Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones.
- 2) *Artículo de reflexión.* Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales.

- 3) *Artículo de revisión*. Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias.

Proceso de recepción y evaluación de artículos

La Revista CRITERIO JURÍDICO recibe artículos científicos. A todos los autores se les dará oportuna cuenta de la recepción como de la aceptación o no de sus trabajos.

PRIMERA ETAPA: Recepción de los artículos.

Los artículos serán recibidos por correo electrónico hasta la fecha inicialmente señalada. Solo a razón de eventos Extraordinarios se recibirán artículos fuera del término establecido.

Con el acuse de recibo por parte del Coordinador Editorial, se enviará un documento titulado *Carta de Originalidad y Cesión de Derechos de Autor*, en el cual el autor asevera que:

1. El artículo enviado es ORIGINAL.
2. El artículo enviado es INÉDITO.
3. Desde el momento de recepción se firma CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD. Dicho trabajo no puede ser enviado a otras revistas mientras no se decida por parte del comité editorial y editor su publicación, y termina en el momento en que dichas autoridades convengan en su NO aprobación.
4. No existen conflictos de intereses en relación al contenido, resultados o conclusiones del artículo.
5. Que en caso de ser publicado el artículo, el autor trasfiere todos los derechos a la Revista *CRITERIO JURÍDICO*, para que de forma exclusiva reproduzca, publique, edite, fije, comunique y

transmita públicamente en cualquier forma o medio el artículo del que trata esta carta, así como su distribución física, electrónica para fines científicos, culturales, de difusión y sin fines de lucro. Sin el permiso expreso de la Revista no podrá reproducirse ninguno de los materiales publicados en la misma.

SEGUNDA ETAPA: Revisión del Comité Editorial y Asignación de Pares Evaluadores

Una vez que el Editor(a) ha recibido los artículos se pondrán a consideración del Comité Editorial, que evaluará la pertinencia del tema según las políticas editoriales de la Revista. Los artículos aceptados por el Comité Editorial, se remitirán a la evaluación externa por MÍNIMO DOS PARES EXPERTOS, asignados por la especialidad de su hoja de vida en las temáticas abordadas en el documento enviado a la Revista.

Es un proceso CIEGO o CERRADO, es decir, tanto el árbitro como el autor se desconocen bidireccionalmente con el fin de otorgar imparcialidad y conflicto de intereses en la evaluación.

Dichos pares evaluados designados por el Comité Editorial de la Revista, aportarán conceptos de forma y de fondo, que certifiquen la calidad científica de los manuscritos evaluados, recibiendo un certificado institucional de participación que reconoce dicha función.

Obtenidas las evaluaciones, el comité editorial se reúne nuevamente con el fin de aprobar o desaprobado la publicación de cada artículo.

Las apreciaciones concertadas en esta etapa del proceso se enviarán a los autores mediante correo electrónico, especificando si de acuerdo a ellas se APROBO o REPROBO el artículo.

Para aquellos que se configure el primer caso, deben remitir en el término solicitado la versión final del manuscrito que incluya las adecuaciones propuestas. Se envía un certificado institucional de Aprobación, para

que el autor en caso de necesitar demostrar su publicación previo a la impresión pueda hacerlo.

En el evento segundo, se explica al autor las razones por las cuales su texto no será publicado, además de las descripciones de los pares para que este lo tenga en cuenta para futuras ocasiones.

TERCERA ETAPA: Edición

Definido lo anterior, el editor se encarga de realizar una corrección de estilo previa a la impresión.

CUARTA ETAPA: Impresión del Tiraje

La versión definitiva de la Revista es enviada a la Empresa de diagramación e impresión electa por la Pontificia Universidad Javeriana para dicho fin, quienes entregarán la edición impresa, así como la versión digital.

QUINTA ETAPA: Publicidad de la Revista

De la revista impresa se enviarán dos ejemplares a cada autor, las indicadas por la Ley Colombiana para Reserva Legal, los ejemplares de canje vigente acordado con las Bibliotecas Nacionales e Internacionales, y los números que deban ser remitidos a las Instituciones encargadas de indización.

La versión electrónica se subirá en Open Journal System, cuyo link corresponde a:

<http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico>

CONSIDERACIONES DE FORMA DE LOS ARTÍCULOS

Los artículos dirigidos a la Revista *Criterio Jurídico* serán enviados como un archivo adjunto, en formato Word para Windows y PDF, al correo electrónico **criteriojuridico(a),javerianacali.edu.co**.

Los documentos deberán ser originales, y su extensión estará entre las 12 y las 25 páginas tamaño carta, en fuente Arial 12, espacio 1,5. Los márgenes superior, inferior e izquierdo laterales deberán tener tres centímetros, y el de la derecha dos centímetros. La foliación se hace en cifras arábigas y en orden consecutivo desde la primera hasta la última página del original, y debe ir centrada en el inferior de la hoja.

Los textos deben estar exentos de atributos tales como tabulado, uso de diferentes fuentes, íconos de adorno, textos destacados en tonalidades de grises y cualquier otro aditamento que no hará parte del diseño y diagramación final.

El autor deberá anexar en una hoja aparte los siguientes datos:

1. Datos académicos y profesionales y su dirección electrónica.
2. Afiliación institucional actual.
3. Clasificación del trabajo según la tipología para los artículos publicados, mencionada anteriormente.
 - El autor deberá anexar su hoja de vida y las referencias de sus publicaciones más recientes.
 - Se debe incluir resumen del trabajo en español y en inglés (abstract) de máximo 10 líneas.
 - Se debe incluir, en la parte inferior de los resúmenes, entre 3 y 6 palabras clave en los dos idiomas correspondientes.
 - Las citas bibliográficas deberán incluirse como notas de pie de página.
 - Se debe incluir al final del texto un listado, en orden alfabético, de las referencias incluidas en el trabajo.
 - Las páginas del texto deberán incluir la numeración

EL SISTEMA DE CITACIÓN OBLIGATORIO para este período es APA.

Índice

Caso Republica de Sarapoa Vs. Juana Elizabeth Guzmán y otros	7
<i>Sarapoa Republic Vs. Juana Elizabeth Guzman and others</i>	
<i>Iván Darío Zapata y Laura Guillén Ruiz</i>	
Derechos humanos, poder económico y empresas multinacionales	49
<i>Human rights, economic power and multinational companies</i>	
<i>Carlos R. Asúnsolo-Morales</i>	
Las voluntades anticipadas en la Ley de cuidados paliativos. Fortalecimiento de la relación médico-paciente	79
<i>The anticipated will in the law of palliative care, strength of the relation patient-Doctor</i>	
<i>Diana Vanessa Sánchez Salazar</i>	
Juristas, clérigos y mercaderes. El ascenso del derecho escolástico en la Europa medieval y su impacto en el crecimiento económico	105
<i>Jurists, Clerics, and Merchants: The Rise of Learned Law in Medieval Europe and its Impact on Economic Growth</i>	
<i>Hans-Bernd Schäfer y Alexander J. Wulf</i>	
Nigger Manifesto Institutional, Intellectual and Ideological Racism inside the American Academy	169
<i>“Nigger Manifesto” Racismo Institucional, Intelectual e Ideológico al interior de la Academia Americana</i>	
<i>Ellis Washington, J. D.</i>	
Consideraciones en torno al estatuto jurídico del embrión	203
<i>Considerations concerning the juridical statute of the embryo</i>	
<i>Ronald Cárdenas Krenz</i>	