

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Mailand)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a.M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Artikel/Rezension vom 14. Juni 2011

© 2011 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/1106pampillo.htm>

ISSN 1860-5605

Juan Pablo Pampillo Baliño:*

LA INTEGRACIÓN JURÍDICA AMERICANA. UN MODELO PARA LA CIENCIA JURÍDICA OCCIDENTAL

A Paolo Grossi, en testimonio de gratitud por su magisterio latinoamericano.

- I. Introducción
- II. El agotamiento de la dogmática positivista
- III. Del derecho comunitario al *mos europaeus*
- IV. La Ciencia Nueva como paradigma metodológico
- V. El estado actual de la integración americana
- VI. Hacia un nuevo *ius commune americanum*

I. Introducción

Este artículo pretende identificar y proponer uno de los temas más importantes y 1
sugerentes de la jurisprudencia del siglo XXI: la ‘integración jurídica americana’ a partir
de la conformación de un nuevo ‘derecho común’¹.

* Profesor, investigador y Director del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho, el centro privado de enseñanza superior jurídica más antiguo de México y uno de los más prestigiados de México y de América Latina. Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho *cum laude* y Premio Extraordinario del Doctorado por la Universidad Complutense de Madrid. Autor de 23 libros, 6 como autor individual y 17 como coautor. Ha publicado más de 40 artículos en diversas revistas científicas de distintos países. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores desde 2007, académico de número, sitial 45 de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación correspondiente de la Real Academia de Madrid, miembro de número sitial 22 y ex Vicepresidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Su investigación y docencia tienen por objeto los ámbitos de la historia y la filosofía jurídica, así como la globalización y el derecho de la integración regional americano. Correo electrónico: pampillo@eld.edu.mx Página Web Académica: http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/

1 En los últimos años he venido exponiendo mis sucesivas aproximaciones a este tema en los siguientes artículos: “Del *mos europaeus* al *mos americanus iura legendi*”, en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*,. Número 32. México. ELD. 2008 y también en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Nueva época. Número 8. Madrid. 2008, “Bases Jurídicas para la Integración Americana” en *Temas de Derecho III*. México. Escuela Libre de Derecho. 2010, “Hacia una Integración Jurídica Americana” en *Ambiente Jurídico. Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Manizales*. Número 12. Colombia. 2010 y “La Integración Jurídica Americana: pensar en grande, actuar en pequeño” en *Jurídica. Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*. Año 7, número 316. Lima. 2010. Ha tenido la bondad de dar cuenta de estas y otras aproximaciones afines, dentro de la historiografía jurídica latinoamericana Massimo Meccarelli. “La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico” en

La ubicación de dicho tema, fue el resultado de un intento de comprensión de nuestra tradición jurídica desde la triple perspectiva de la filosofía, la historia y la ciencia del derecho². 2

Mi interés en la riqueza histórica de la tradición jurídica occidental parte de una profunda insatisfacción con las limitaciones del positivismo legalista, formalista y estatalista aún vigente en América Latina, que a pesar de las múltiples críticas que ha recibido, aún no ha podido ser substituido por una dogmática jurídica alternativa. De igual manera, mi atención a las sugerentes lecciones que nos ofrece el proceso jurídico de la integración europea, parte de las extraordinarias posibilidades de renovación que le ofrece a nuestra tradición jurídica en una época en la que globalización y la integración regional están reconfigurando a la sociedad, a la cultura y, también, por ende, al derecho. 3

A lo largo del presente ensayo, se intentará una reflexión, que a partir: a) de la crisis de la dogmática positivista a la luz de la evolución de la tradición jurídica occidental y b) de la consideración del derecho europeo actual –*mos europaeus*–, nos permita anticipar y proponer: 1) los perfiles de una nueva dogmática continental americana, 2) las posibilidades que ofrece la estructuración de un nuevo ámbito científico jurídico para su estudio y construcción y 3) los mismos temas que deberá abordar en el futuro próximo. 4

II. El agotamiento de la dogmática positivista

Nuestra tradición jurídica se ha desenvuelto históricamente a través de la interacción entre las dogmáticas y las metodologías jurídicas. 5

Por ‘dogmática jurídica’ puede entenderse un conjunto de ideas, métodos, conceptos y técnicas, que cumplen fundamentalmente con tres funciones: a) una teórica o filosófica 6

Forum Historiae Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte, www.forhisiur.de, 24. August 2009

2 Algunas de mis principales conclusiones se encuentran vertidas en mis libros *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 2005 e *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008. Desde la perspectiva estrictamente filosófica pueden verse mis trabajos: “La Filosofía de la Historia del Derecho y El Futuro de la Tradición Jurídica Occidental” en *Problemas Actuales de la Historia del Derecho en México*. México. Editan Porrúa y el Tecnológico de Monterrey. 2007 y “La Edad Global y la Teoría Global del Derecho” en *Filosofía Jurídica y Política de la Nueva Ilustración*. México. Editorial Porrúa en colaboración con la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad Tucumán de Argentina, la Universidad de Manizales de Colombia y la Universidad de Sao Caetano do Sul de Brasil. 2009. Desde la perspectiva histórico-jurídica, me remito a: “Del *ius mercatorum* bajomedieval al moderno Derecho Comercial Internacional” en *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2005. Finalmente, por lo que toca a los estudios científico-jurídicos, pueden verse “Retos y Proyecciones del Derecho Mercantil frente a la Globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática” en *Panorama Internacional del Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. 2 tomos. México. UNAM. 2006, “Los principios generales comunes en la jurisprudencia europea” en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. Número 21. México. AMEDIP. 2007, “Del derecho comunitario al *mos europaeus*” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 31. México. ELD. 2007 y los artículos citados en la nota anterior.

que consiste en ofrecer una comprensión general del derecho; b) otra científica, por virtud de la cual, se fundamenta epistemológicamente y se estructura metodológicamente la jurisprudencia como estudio del derecho; y, por último, c) una praxeológica a través de la que se desarrollan las técnicas que emplean los operadores prácticos (abogados, jueces, notarios, legisladores etcétera) para la instrumentación de los ordenamientos jurídicos. Las ‘metodologías jurídicas’ son, por su parte, conjuntos más o menos homogéneos de ideas, métodos, conceptos y técnicas, que critican las deficiencias y limitaciones de las dogmáticas jurídicas, buscando eventualmente sustituirlas como dogmáticas alternativas.

Como algunas de las principales dogmáticas jurídicas dentro de nuestra tradición, pueden 7 destacarse el *mos italicus* –vigente entre el S. XII y el XVIII- y la dogmática contemporánea -vigente aún en el subcontinente latinoamericano- producto de la codificación y del formalismo jurídico, misma que se ha denominado dogmática positivista legalista formalista³.

Fueron metodologías críticas del *mos italicus*, el *mos gallicus* y la escuela moderna del 8 derecho natural racionalista. Han sido metodologías críticas de la dogmática contemporánea el naturalismo jurídico, el estimativismo, el integralismo, las teorías de la argumentación jurídica y el neoconstitucionalismo, entre muchas otras⁴.

Hay que destacar desde ahora que las dogmáticas son vigentes y las metodologías son 9 críticas, propositivas y alternativas, llegando eventualmente a sustituir a las dogmáticas y convirtiéndose, ellas mismas, en nuevas dogmáticas jurídicas. El propósito de subrayar lo anterior desde un principio, obedece a la conveniencia de apreciar como varias de las metodologías jurídicas de nuestro tiempo, han confluído en la conformación de un ‘nuevo derecho europeo’ que ha superado las estrecheces de la codificación decimonónica y del positivismo estatalista aún prevaleciente en el mundo latinoamericano⁵.

3 Sobre la dogmática del *ius commune* europeo pueden verse las obras clásicas de Paul Koschaker. *Europa y el Derecho Romano*. Traducción de José Santa Cruz Teijeiro. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955 y de Franz Wieacker. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Traducción de Francisco Fernández Jardón. Granada. Editorial Comares. 2000. Sobre la dogmática del positivismo legalista formalista, puede consultarse en general a Karl Larenz. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona. Editorial Ariel. 1966 y a José María Rodríguez Paniagua. *Historia del Pensamiento Jurídico*. 2 tomos, octava y séptima edición, respectivamente. Madrid. Edita la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1993.

4 Sobre estas últimas corrientes puede consultarse, además del libro de Rodríguez Paniagua anteriormente citado, el completo esbozo de Luis Recaséns Siches. *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. México. Editorial Porrúa. 1963. Remito también a mi *Historia...*, op. cit., pp. 297 y ss. Específicamente sobre el neoconstitucionalismo, cfr. Miguel Carbonell (editor). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid. Editan Trotta y la UNAM. 2003, y sobre el garantismo puede verse el opúsculo de Luigi Ferrajoli. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. Trad. Andrea Greppi. Madrid. Editorial Trotta. 2006.

5 Cfr. Pampillo. “Del derecho comunitario...”, op. cit. En general sobre el derecho comunitario, como un primer acercamiento, puede acudir a la obra de mi maestro Ricardo Alonso García *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid. Thomson Civitas. 2007

Dicho lo anterior y para entender mejor la encrucijada de la que parte el presente artículo, recordar, brevemente, los perfiles de nuestra tradición jurídica. 10

La Tradición Jurídica de Occidente puede definirse esquemáticamente como “aquella cuyo sustrato es la jurisprudencia romana, cuyo origen y conformación se encuentra en el *ius commune* europeo, y cuyo desenvolvimiento actual se debe, primordialmente, a la difusión de la obra codificadora”⁶. 11

Nuestra tradición surge en la Baja Edad Media, a partir del aprovechamiento heterogéneo de diversos elementos contradictorios entre sí: la tradición formal romanista, los derechos materiales germánicos de la alta edad media, la ciencia del *ius canonicum* y las mismas reelaboraciones metodológicas de los juristas del *mos italicus*, que a través de complejas glosas y aparatos, recogieron una amplia variedad de herramientas hermenéuticas (filológicas, lógicas y retóricas), conformando un discurso teórico-práctico que se convirtió –a través de la recepción- en un ordenamiento jurídico común, vigente hasta el siglo XVIII. 12

Lo notable es que dicha tradición se nutre de un sustrato clásico –filosofía griega y jurisprudencia romana- extraordinariamente polivalente⁷. Más aún, es notable también que dicha tradición se haya conformado –como se dijo- de manera precisamente heterogénea desde sus orígenes: romanos-germánicos-canónicos-medievales⁸. Todavía más, es igualmente notable su palingenesis a través de la Codificación, que paradójicamente, es el resultado del triunfo de la metodología racionalista y iusnaturalista, que habría de desembocar en un positivismo voluntarista⁹. 13

En síntesis: nuestra tradición jurídica es ‘polivalente’ en cuanto a su ‘sustrato’, ‘heterogénea’ en cuanto a su ‘conformación’ y ‘paradójica’ en cuanto a su ‘desenvolvimiento’ hasta nuestros días. De hecho, polivalencia, heterogeneidad y paradoja, son quizás las tres palabras que mejor expresan la ambigüedad, diversidad, complejidad y riqueza de nuestra tradición jurídica, cuyas síntesis más acabadas, han sido capaces de integrar sus diferencias y armonizarlas entre sí. 14

6 Cfr. Pampillo, *Historia...*, op. cit., pp. 32 y ss. Se siguen los derroteros de la moderna historiografía jurídica -que ha seguido como su obra fundacional el libro de F. Wieacker de 1953, tomando del mismo su denominación de escuela: ‘*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*’. Cfr. Wieacker. *Historia...*, op. cit., y Aguilera. *Introducción...*, op. cit.

7 Así lo evidencian las mismas nociones –todas clásicas y todas aparentemente irreconciliables entre sí- de *logos* (razón), *nomos* (norma puesta), *dike* (justicia), *tò dikaión* (derecho, lo justo), *physis* (naturaleza dada), *ius* (derecho, lo justo), *lex* (ley), *directum* (derecho, lo dirigido) y *cháritas* (caridad), cuya riqueza estriba en su misma diversidad. Sobre el sustrato clásico de la ciencia jurídica occidental y su ambivalencia, cfr. Pampillo. *Historia...*, op. cit., pp. 67 y ss.

8 Sobre la heterogénea conformación de la tradición jurídica en la Edad Media, cfr. mi libro *Historia...*, op. cit., pp. 137 y ss.

9 Sobre este paradójico desarrollo del derecho occidental durante la Modernidad, cfr. *ibidem*, pp. 209 y ss.

En efecto, los momentos estelares dentro del decurso histórico de nuestra tradición jurídica, se han caracterizado por una excepcional capacidad para conjugar e integrar, para abarcar armónicamente, todos sus elementos polivalentes, heterogéneos y paradójicos, atemperándolos entre sí. Y de dicha difícil atemperación se ha seguido, precisamente, la producción de ordenamientos jurídicos equilibrados: a) entre la equidad material concreta y la justicia formal abstracta, b) entre la estructuración tópico-casuística y la sistemática-abstracta, c) entre la obligatoriedad fundada en la razonabilidad (*auctoritas*) y la sostenida por la voluntad coactiva (*potestas*), d) entre la riqueza –pero también la complejidad- de un pluralismo relativamente anárquico y los simplicidad –pero también pobreza- de un monismo asfixiante, y e) entre la espontaneidad jurídica del derecho consuetudinario y natural y la artificiosidad de un derecho absolutamente positivado a través de la legislación¹⁰. 15

No obstante, a partir de la palingenesia de nuestra tradición mediante la codificación, la ‘estatalización del derecho’ y la nacionalización de la ciencia jurídica operada desde comienzos del siglo XIX, el derecho occidental convirtió la parte (potestad – ley estatal – norma –forma) en el todo (derecho), a través de un proceso de ‘identificación reductiva del derecho’ con la ley y de ‘eulogización’ de esta última¹¹. 16

La expropiación del derecho por el Estado, promovida tanto por la ciencia jurídica francesa (*Code Napoléon*), cuanto por la alemana (*B.G.B.*) y la posterior recepción de sendas codificaciones paradigmáticas, propició el surgimiento de una cultura jurídica legolátrica que desembocó una eulogización del concepto de la ley, es decir, en la mitificación de la ley, que desembocó en la formación de la ‘dogmática, positivista, legalista, formalista’. 17

Dicha mitificación de la ley supuso la ‘presuposición’ en ella: a) de los contenidos justos naturales (fundamento jurídico) y b) de ser expresión fidedigna de la voluntad general (fundamento político). La sola forma legal, la apariencia formal y externa de la ley, que en sus orígenes había sido diseñada como garantía preservadora de dichos contenidos y de dicha voluntad, pasó a convertirse –paradójicamente- en lo esencial y definitivo del derecho. 18

Ahora bien, como ha observado Grossi, la dogmática jurídica del positivismo legalista 19

10 Cfr. *Ibidem*, *passim*.

11 Cfr. *Idem*. Véase también Paolo Grossi “Absolutismo Jurídico y Derecho Privado en el Siglo XIX.” en *Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi*. Barcelona. Edita Universitat Autònoma de Barcelona. 1991, *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid. Editorial Trotta. 2003, Wieacker. *Historia...*, op. cit., pp. 417 y ss y Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas*. México. Editan la Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa. 1992.

formalista, es constitutivamente, una dogmática autoritaria, es una dogmática eminentemente absolutista¹².

Pero además, la reducción del derecho a la ley supuso para el derecho y para la jurisprudencia una pérdida de autonomía y estabilidad, que afectaron a su vez la propia ‘viabilidad epistemológica’ de la ciencia del derecho, como observara en su momento, von Kirchmann¹³. 20

Finalmente -y por si lo anterior fuera poco- el absolutismo jurídico del positivismo legalista formalista, como ha observado F. Wieacker en su ya clásica exposición sobre el tema, dejaba al derecho “especialmente indefenso frente a su vinculación formal a las voluntades de poder de un legislativo éticamente irresponsable”¹⁴. Y aunque, como observa el propio Wieacker, “la ulterior degeneración del positivismo tras la destrucción de la democracia del Estado de Derecho no era previsible en el siglo XIX”, hacia el siglo XX, el “positivismo degenerado”, posibilitó la aparición de las “leyes de contenido arbitrario” que sumieron al positivismo en una honda y definitiva crisis, que arrastra hasta nuestros días¹⁵. 21

Hacia finales del siglo XIX, la mentalidad protodogmática del positivismo se tradujo, como es sabido, en: a) una reducción de todo el derecho al querer político del estado, mediante las formas legales, b) la cancelación de la creatividad jurídica de toda fuente extralegal, c) el planteamiento epistemológico sobre la viabilidad científica de la jurisprudencia, como ciencia del derecho positivo legislado, y d) la desprotección de los contenidos jurídicos del derecho que quedaron a merced de la voluntad arbitraria del legislador. 22

12 Cfr. Grossi. “Absolutismo Jurídico...”, op. cit., pp. 11 y ss.

13 No resisto transcribir, en su parte conducente, la célebre exposición Kirchmann: “La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquella se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizada sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y por tanto suave, del derecho natural./La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales.../En su determinación última, la ley positiva es mero arbitrio. Que la mayoría de edad deba comenzar a los veinticuatro o a los veinticinco años; que el plazo de la prescripción deba ser de treinta o de treinta y un años.../Finalmente, la ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota.../De ser sacerdotisa de la verdad, la ley positiva se convierte en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón.../¿Cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿Cuál el de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colecciones de casos prácticos?... Su objeto es la ignorancia, la desidia y la pasión del legislador. Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura.” Julius Hermann von Kirchmann. *La Jurisprudencia no es ciencia*. Traducción de Antonio Truyol Serra. Tercera edición. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1983, pp. 26-29.

14 Wieacker. *Historia...*, op. cit., p. 419.

15 *Idem*, pp. 419 y 507 y ss.

Por otro lado, el naciente positivismo legalista formalista provocó la reacción crítica de las denominadas corrientes del ‘naturalismo jurídico’ o ‘antiformalistas’¹⁶. Dicho movimiento pretendió destacar la factualidad del derecho, según la diversidad de sus distintas escuelas (sociologismo, jurisprudencia de intereses, escuela del derecho libre, marxismo) y pensadores (Ehrlich, Jhering, Kantorowicz), pero convirtiendo –en contrapartida- al ordenamiento jurídico en un medio para la consecución de ciertas finalidades más bien sociales, económicas y políticas. Sin embargo el antiformalismo jurídico supuso una mayor ‘desorientación científica’ respecto de los contenidos del derecho y su propio método. 23

Como resultado de la anterior desorientación material y metodológica, el naturalismo propició una ‘re-contra-reacción’ del formalismo jurídico, que mediante la impugnación de sus teorías, buscaría devolverle a la ciencia del derecho un estatuto epistemológico propio, depurando su método de sus contaminantes extrajurídicos. Dicha dirección científica, encabezada por las Escuelas de Marburgo y de Viena, encontró su más destacado exponente, en uno de los teóricos del derecho más influyentes de la Modernidad: Hans Kelsen¹⁷. 24

El pensamiento de Kelsen, que llevó a su esplendor la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista, se estructuró así a partir de las siguientes líneas generales: a) la ubicación de la ciencia del derecho en el ámbito del deber ser universal y formalizado desde el pensamiento lógico trascendental kantiano, b) la definición de la norma jurídica, como juicio lógico formal (“juicio hipotético de atribución”), como objeto propio y específico de la ciencia jurídica, c) la depuración objetiva y metódica de la ciencia del derecho, deslindándola de cualquier contenido ético, político o social, considerado como “metajurídico”, d) la identificación del derecho con el estado y la asignación a éste de la misión de crear mediante sus mandatos los nexos de atribución, y e) la estructuración sistemática del ordenamiento jurídico como una pirámide normativa y formal, cuya validez descansa sobre la “norma hipotética fundamental” como norma presupuesta. 25

Sin embargo, la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista, al menos desde mediados del siglo XX, ha entrado en una fase de crisis y agotamiento, por virtud de la cual, ya no puede, sino de manera muy deficiente y limitada, cumplir con sus funciones teoréticas, epistemológica y praxeológicas. 26

16 Sobre las distintas escuelas y pensadores que se integraron a esta amplia corriente de pensamiento jurídico véase a Guido Fassò. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción por José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid. Ediciones Pirámide. 1966. tomo III, pp. 161 y ss.

17 Sobre el pensamiento de Kelsen pueden verse las obras de Fassò. *Historia...*, op. cit, tomo III, pp. 227 y ss., Larenz. *Metodología...*, op..cit., pp. 90 y ss., Recaséns. *Panorama...*, op. cit., tomo I, pp. 137 y ss., Rodríguez Paniagua. *Historia...*, op. cit., tomo II, pp. 585 y ss., Hans Kelsen. *La Teoría Pura del Derecho*. Segunda edición. México. Editora Nacional. 1981, y Hans Kelsen. *Teoría General del Estado*. Traducción de Luis Legaz Lacambra. México. Editora Nacional. 1979.

Primeramente y como resultado de los ‘horrores legalizados’ sufridos por la humanidad durante la primera mitad del siglo XX, desde la segunda posguerra aparecieron una serie de nuevas corrientes y direcciones iusfilosóficas tendientes a descubrir las limitaciones de la idea del derecho ofrecida por la dogmática jurídica contemporánea¹⁸. 27

Muchos positivistas matizaron sus puntos de vista originales, y así, al lado del formalismo y del naturalismo, fue reclamando su lugar una nueva actitud, estimativista y ‘axiológica’, que postuló el irrenunciable ‘contenido moral’, ético o valorativo. Esta amplísima corriente de pensamiento ha comprendido, a su vez, como sus más características direcciones durante la segunda mitad del siglo XX: a) el estimativismo de corte neokantiano (E. Lask, M. Scheler, N. Hartmann, G. Radbruch), b) el iusnaturalismo protestante de corte racionalista (J. Elull), c) el neotomismo católico (V. Cathrein, F. Utz, J. Maritain, J. Hervada, M. Villey), d) un grupo relativamente heterogéneo de quienes compartieron, en definitiva, la inquietud de devolverle al derecho, ciertos contenidos éticos indisponibles (G. Del Vecchio, H. Welzel, H. Coing, K. Engisch, A. Kaufmann, A. Verdross) y e) la corriente renovadora de los derechos humanos, como ciertos derechos mínimos, sustantivos y contenutísticos, a ser garantizados formal y materialmente mediante la legislación internacional primero y nacional después, con la preocupación fundamental de su protección, sobre todo a través de figuras como el *Ombudsman* o mediante instrumentos ampliamente perfeccionados a lo largo de la segunda mitad del siglo XX propios de la Justicia Constitucional y la Justicia Supranacional (N. Bobbio, L. Ferrajoli)¹⁹. 28

Paralelamente a las anteriores corrientes –formalismo, antiformalismo y estimativismo, desde el primer tercio del siglo XX, irrumpe en el ámbito de la filosofía del derecho, un renovado interés por la lógica y la ‘argumentación jurídicas’. De esta manera, nuevos y estimulantes estudios sobre la lógica formal (U. Klug), la lógica deóntica (G. H. von Wright y G. Kalinowsky), la tópica (Th. Viehweg) y la nueva retórica (Ch. Perelman), además de enriquecer los instrumentos y las técnicas de la argumentación actuales, han contribuido al reconocimiento de la ‘contextura dialogal’ del propio derecho²⁰. 29

Finalmente, dentro del debate iusfilosófico de los últimos años, cabe destacar que ya desde 30

18 En general sigo sobre este tema las obras ya citadas de Fassò, Larenz, Recaséns-Siches y Rodríguez Paniagua.

19 Sobre la protección de los derechos humanos y la justicia constitucional contemporánea, pueden consultarse con provecho las obras generales de Thomas Buergenthal et. al. *La Protección de los Derechos Humanos en las Américas*. Madrid. Editorial Civitas. 1990, Mauro Cappelletti. *La Justicia Constitucional*. Trad. Luis Dorantes Tamayo, México. UNAM. 1987, Enrique Linde, et. al. *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*. Madrid. Editorial Civitas. 1979, y Arturo F. Zaldívar “El Juicio de Amparo a la luz de la moderna Justicia Constitucional” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 15. México. Escuela Libre de Derecho. 1991.

20 Un panorama general puede encontrarse en Manuel Atienza. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. Madrid. Edita el Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

la década de los 1940's, algunas de las mentes más penetrantes de su época supieron captar que tanto el formalismo, cuanto el naturalismo y el estimativismo tenían su profundo 'momento de verdad'. Más aún, que su momento de verdad se esfumaba, precisamente, tan pronto como pretendían reducir el todo a una de sus partes pues, si el derecho tenía un momento de positividad, de efectividad y de validez, no podía agotarse tampoco en su sola validez formal, ni en su sola factualidad, ni en su sola validez material o intrínseca. De esta manera, durante la segunda mitad del siglo XX, se abrió paso junto con la corriente reivindicadora de la justicia material, una 'corriente tridimensional', triádica o triatómica del derecho. Dicha 'corriente tridimensional', que buscó definir al derecho a partir de la correlación dialéctica entre sus hechos, sus valores y sus formas, encontró en realidad su más acabada expresión, en mi concepto, en la pluma del brasileño Miguel Reale, quien definió expresivamente al derecho como "una integración normativa de hechos según valores"²¹. El tridimensionalismo, también llamado por algunos 'integracionismo', o integralismo, ha venido evolucionando en los últimos años a través de nuevas teorías, tetratómicas -como la de Pérez Luño, que agrega el elemento historia-²² y pentatómicas²³.

Sin embargo, más allá de la crítica iusfilosófica y científica a la dogmática jurídica contemporánea, desde la segunda mitad del siglo XX se han puesto en evidencia también sus limitaciones e insuficiencias desde un punto de vista más bien práctico. 31

Sin que podamos detenernos aquí en sus diferentes aspectos, es posible subrayar en primer lugar que la crisis de la *praxis* positivista es, en buena medida, una de las principales proyecciones de la 'crisis de la Ley del Estado'. 32

La soberanía nacional, como fundamento del Estado Moderno, jalonada actualmente entre la integración regional y los localismos redivivos, está propiciando el surgimiento de una nueva 'poliarquía política' que ha supuesto a su vez, entre otras muchas cosas, un nuevo 'policentrismo jurídico' que ha venido a multiplicar las fuentes extraestatales de creación jurídica²⁴. La descomposición del concepto moderno de soberanía, sujeto a las tensiones centrífugas de la globalización y a las fuerzas centrípetas de los localismos, ha supuesto la disgregación del monopolio creativo del derecho por medio de la ley, característico de la 33

21 Miguel Reale. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Traducción de Ángeles Mateos. Madrid. Editorial Tecnos. 1997, p. 98.

22 Enrique Perez Luño. *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*. Sevilla. Editorial Mergablum. 1998.

23 Es el caso de la "teoría global del derecho", ésta añade una perspectiva antropológica, buscando desde la filosofía de la historia y la filosofía hermenéutica, enriquecer también una aproximación realista-moderada sobre el derecho, en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas de nuestro tiempo. Cfr. Pampillo. *Filosofía...*, op. cit.

24 Cfr. Xavier Díez de Urduñivia Fernández. *El Estado en el Contexto Global*. México. Editan Porrúa y la U. Anáhuac. 2008

dogmática jurídica contemporánea.

Dentro del ámbito de las ‘fuerzas globalizantes’, nos encontramos, desde la costumbre comercial internacional –nueva *lex mercatoria*- y el derecho unificado de las ‘leyes modelo’, hasta la más reciente legislación penal internacional, pasando por las inéditas técnicas de supranacionalidad armonística europea a que me referiré más adelante. Así las cosas, no solamente ya en el ámbito del derecho privado dispositivo, sino inclusive en el del derecho público, sancionador y hasta constitucional, se observa que el estado ha venido perdiendo significativamente el monopolio legiferante que hace apenas cincuenta años ejercía de forma ilimitada²⁵. En el ámbito de las ‘fuerzas localistas’ nos topamos con la recuperación de los usos y costumbres ancestrales pertenecientes a las comunidades étnicas, así como con un pujante resurgimiento de los regionalismos autonómicos.

Este paradójico desarrollo constituye lo que algunos autores han denominado ‘glocalización’ (globalización + localismos)²⁶, fenómeno que ha dado lugar al desdibujamiento de la ‘imagen piramidal’ de un ordenamiento jurídico estatal jerarquizado, perfilándose en su lugar una imagen sustitutiva como de ‘redes horizontales’ colaborativas,²⁷ si bien, personalmente, yo prefiero servirme de una figura intermedia que es la del ‘rombo invertido discontinuo’.

Adicionalmente, por lo menos desde comienzos del siglo XX, ha empezado a progresar una ‘tendencia descodificadora’ (Natalino Irti) particularmente acusada en los ámbitos del derecho mercantil y administrativo. Igualmente, a lo largo de las últimas décadas, la creciente desconfianza en la ley del estado, ha generalizado la ‘práctica de la autorregulación’²⁸. Por añadidura, debe tenerse en cuenta la progresiva desconfianza en

25 Sobre la evolución del derecho internacional privado en este ámbito, en general pueden verse Berta Kaller de Orchansky. *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Industria Gráfica. 1994 y Leonel Pereznieta Castro. “El futuro del Derecho Internacional Privado en México” en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*. Número 17. México. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. 2005, pp. 59-68. Sobre el nuevo derecho penal internacional. Moisés Moreno Hernández (Coordinador). *El Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el derecho nacional de los países latinoamericanos*. México. Cepolcrim. Ius Poenale. 2004.

26 Por todos, observa Miguel Carbonell: “Paradójicamente, la globalización genera no solamente prácticas supranacionalizadoras, sino también efectos disgregadores...Algunos autores señalan este doble efecto de la globalización (hacia arriba, pero también hacia abajo) y sostiene que sería mejor hablar de ‘glocalización’, para dar cuenta de la combinación de energías...” Miguel Carbonell. “Globalización y derecho: siete tesis” en *Globalización y Derechos Humanos*. Coordinador Luis T. Díaz Müller. México. UNAM. 2003, p. 3.

27 Cfr. Sergio López Ayllón. *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2004, pp. 95 y ss. Sobre el particular, véase también la interesante reflexión iusfilosófica que hace Gregorio Robles Morchón. *Pluralismo Jurídico y Relaciones Intersistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*. Navarra. Thomson-Civitas. 2007.

28 En efecto, desde los estatutos industriales y comerciales privados, hasta los cada vez más frecuentes contratos autorregulados de la tradición anglosajona, el número de relaciones jurídicas de derecho dispositivo, sustraídas del ámbito de aplicación de la ley estatal, ha venido creciendo notablemente. Además, las partes intervinientes dentro de una determinada relación jurídica contractual, sobre todo en

los mecanismos estatales de administración de justicia, que ha propiciado el surgimiento y la proliferación de ‘instancias privadas e informales de resolución de conflictos’ tales como la mediación y el arbitraje²⁹.

Así, la crisis política del Estado Moderno ha supuesto también la crisis jurídica de la legislación, siendo muestras de la misma: a) el nuevo policentrismo jurídico, b) la creciente actividad creativa de derecho a nivel internacional y supranacional, c) la proliferación de las normas y principios jurídicos extraestatales, d) la revitalización de la costumbre en todos los ordenes, universal, regional, estatal y local, e) la descodificación y la desregulación, f) la alternatividad respecto de la ley del estado como derecho aplicable al fondo de los contratos y g) la informalidad en la solución de las controversias al margen de los órganos jurisdiccionales institucionales del estado.

37

En resumen: la crisis de la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista ha reducido enormemente su capacidad para: a) comprender al derecho, b) fundamentar y vertebrar científicamente a la jurisprudencia, y c) reconducir los conflictos sociales del nuevo milenio.

38

Sin embargo, es necesario reconocer que en el medio Latinoamericano todavía hay muchos juristas que siguen aferrados a la epistemología –y hasta a la ideología– iuspositivista, que la dogmática positivista sigue estructurando una buena parte de nuestros ordenamientos jurídicos y que los operadores jurídicos prácticos siguen usando –y abusando– del silogismo normativo para aplicar las leyes al caso concreto.

39

Por eso mismo resulta tan importante insistir en la riqueza de nuestra tradición jurídica y en las peculiaridades de su desenvolvimiento hacia el positivismo jurídico, para poder después entender las razones de su desmoronamiento, ponderar las nuevas propuestas filosóficas de nuestro tiempo y advertir mejor el alcance de las novedosas prácticas jurídicas de las últimas décadas, que junto con el surgimiento y desarrollo del nuevo ‘derecho común europeo’, no solo evidencian el fin de la dogmática contemporánea, sino que claramente nos proporcionan sugerentes indicios y claves respecto de la propia fisonomía de la dogmática jurídica del presente y del porvenir.

40

el ámbito del comercio transfronterizo, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, cada vez de manera más recurrente prefieren que sus estipulaciones sean interpretadas conforme a principios distintos de los establecidos por la ley del estado, remitiendo en cuanto a derecho aplicable al fondo del mismo, a una enorme diversidad de normas extraestatales, por lo menos dentro del ámbito del derecho dispositivo.

29 Sobre los fenómenos de la ‘descodificación, alternatividad e informalidad’ puede consultarse la sintética y atinada exposición de Pedro Alberto de Miguel Asensio. “El Derecho Internacional Privado ante la Globalización” en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Madrid. 2001. Tomo I. pp. 37-87. Específicamente sobre los medios alternativos de solución de conflictos, véase a Francisco González de Cossío. “Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área” en *Ars Iuris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*. Número 30. México. Universidad Panamericana. 2003), pp. 39-68.

III. Del derecho comunitario al mos europaeus

El derecho comunitario es frecuentemente definido como el ‘ordenamiento jurídico’ de la ‘integración europea’. Ésta última, por su parte, ha sido el resultado de un desarrollo pragmático y funcionalista -más que de un proyecto teórico estructurado- que se ha ido conformando según las mismas posibilidades políticas de sus diversos hitos, desde el Tratado de París de 1951 y los de Roma de 1957, hasta el Tratado de Lisboa firmado en 2007 y en vigor desde 2009, pasando por el Acta Única Europea de 1986, el Tratado de Maastricht de 1992, el Tratado de Amsterdam de 1997, el Tratado de Niza de 2001 y el malhadado Tratado de Roma de 2004, traducándose en la estructuración de una comunidad jurídica supranacional *sui generis*, con un entramado institucional complejo³⁰.

Dentro del proceso de integración europea, ampliamente conocido, quizás merezca la pena subrayar tan sólo los siguientes aspectos: a) en primer lugar, su punto de partida, la declaración Schumann, cuyo mérito fundamental fue su premisa pragmática de crear una solidaridad de hecho, para promover la convergencia de intereses comunes, renunciando definitivamente a los ambiciosos pero impracticables proyectos de federación política, aunque sin perder de vista el fin último de la federación: el mantenimiento de la paz y el mejoramiento de la calidad de vida de los europeos; b) en segundo lugar la creación de un ‘mercado común’ con las mismas características de un mercado nacional, esto es, con el establecimiento de una ‘unión aduanera’, con ‘libre circulación interna’ de mercancías y protección externa mediante un ‘arancel común’, pero también garantizando la ‘libre

30 En general remito al lector interesado a mi artículo “Del derecho comunitario...”, op. cit., y a mi libro *Historia...*, op. cit., capítulos 12 a 15. Con el objeto de aligerar el aparato crítico, dentro de la presente nota incluyo las principales referencias bibliohemerográficas en las que está basada mi exposición. Sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, Ricardo Alonso García. *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*. Madrid. Editan Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense y Editorial Civitas. 1989, Alonso García. *Sistema...*, op. cit., Klaus-Dieter Borchardt. *El ABC del Derecho Comunitario*. Luxemburgo. Quinta edición. Edita la Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas. 2000, Guy Isaac. *Manual de Derecho comunitario general*. 5ª ed. Barcelona. Editorial Ariel. 2000, Mar Jimeno Bulnes. *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*. Barcelona. Bosch. 1996, Enrique Linde Paniagua y Pilar Mellado Prado. *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Colex. 2003, Diego López Garrido *La Constitución Europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*. Albacete. Editorial Bomarzo. 2005, Araceli Mangas Martín. *La Constitución Europea*. Madrid. Editorial Iustel. 2005, José Manuel Peláez Marón. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Tecnos. 2000, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. *El Juez Nacional como Juez Comunitario*. Madrid. Editan Fundación Universidad Empresa y Editorial Civitas. 1993 y Antonio Truyol. *La Integración Europea. Idea y realidad*. Madrid. Editorial Tecnos. 1992. Sobre la jurisprudencia del Tribunal puede consultarse con gran provecho a Ricardo Alonso García. *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y Jurisprudencia*. Tercera edición. Madrid. Thomson Civitas. 2006. Sobre el derecho privado europeo objeto de desarrollo científico-doctrinal Reiner Schulze y Reinhard Zimmermann. *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo*. Presentación, estudio preliminar y anotaciones por Esther Arroyo I. Amayuelas. Madrid. Editorial Marcial Pons. 2002, Cámara *Derecho Privado Europeo...*, op. cit., Helmut Coing. *Derecho Privado Europeo*. Traducción de Antonio Pérez Martín. Madrid. Edita la Fundación Cultural del Notariado. 1996 y María Dolores Díaz-Ambrona Bajadí (Directora). *Derecho Civil Comunitario*. Madrid. Editorial Colex. 2001.

circulación' de los demás 'factores de la producción', o sea, de las personas, servicios y capitales; y c) en tercer lugar, la conformación de una estructura institucional única, que ha venido evolucionando con el paso del tiempo, donde no existe propiamente una 'división de poderes', pues aunque la función jurisdiccional si está depositada en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo (TJUE), lo cierto es que el poder ejecutivo lo comparten la Comisión y el Consejo, y así también el legislativo se encuentra fragmentado entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento.

Dentro del anterior contexto, puede decirse en primer lugar que el derecho comunitario es un 'derecho supranacional' que ha desbordado los cauces del derecho internacional clásico, por virtud de la 'cesión de soberanía' por parte de los Estados miembros en favor de una organización supranacional. En segundo lugar y como un reflejo de su misma supranacionalidad, el derecho comunitario se estructura, según la jurisprudencia del TJUE, como "un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros", que ha estructurado a la Unión Europea como una "comunidad de derecho", envuelta por "nuevo ordenamiento jurídico", cuyos sujetos de aplicación "no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales".

43

El derecho comunitario se encuentra orientado por diversos 'principios fundamentales', de entre los cuales pueden destacarse: a) los que gobiernan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales (competencia, subsidiariedad, proporcionalidad y colaboración), y b) los propiamente intrínsecos del derecho comunitario (aplicación inmediata, efecto directo, supremacía e interpretación concurrente).

44

Respecto de los principios que rigen las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, me parece especialmente relevante destacar el de cooperación, que supone la acción conjunta entre la Comunidad y los distintos Estados miembros. Es pertinente mencionar, que así como las instituciones comunitarias se han reservado el 'monopolio de la creación' del derecho comunitario, sin embargo, por cuanto hace a su aplicación, ésta se encuentra confiada frecuentemente, mediante una dispersión de la función ejecutiva, en las autoridades nacionales, que fungen así como una especie de 'autoridad comunitaria por delegación'.

45

Sobre los principios propios del derecho comunitario, baste decir que el de aplicabilidad inmediata, supone ante todo la aptitud de la norma jurídica comunitaria para desplegar sus efectos por sí misma, esto es, sin necesidad de un acto posterior de desarrollo. Por lo que respecta al principio del efecto directo, su adopción se debe a la célebre sentencia del TJUE dentro del caso *Van Gend en Loos c. Países Bajos*³¹, y supone que el derecho

46

31 Las sentencias del Tribunal de Justicia y las conclusiones de los Abogados Generales que serán objeto de cita dentro del presente trabajo, pueden consultarse en la página oficial del TJUE: www.curia.eu.int/jursip. Sobre la jurisprudencia del Tribunal puede consultarse con gran provecho a Alonso García. *Las sentencias básicas...*, op. cit.

comunitario crea derechos y obligaciones directamente, a favor y a cargo de los ciudadanos europeos, cuyo cumplimiento pueden exigir ante los órganos jurisdiccionales nacionales. Pero, dada la aplicabilidad inmediata y el efecto directo del derecho comunitario, la hipótesis de contradicción entre las normas comunitarias y las nacionales, exigía a su vez el establecimiento de un principio capaz de proveer a la prelación en caso de conflicto. Dicho principio fue definido por el TJUE en la sentencia *Flamino Costa c. Enel* de julio de 1964, donde se estableció que “la transferencia operada por los Estados desde su orden jurídico interno en beneficio del orden jurídico comunitario” “implica, por tanto, una limitación definitiva a sus derechos soberanos contra la cual no podría prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de Comunidad”. Finalmente, el principio de interpretación concurrente, establecido por el TJUE apenas hasta la década de los 1990’s, exige que el juez nacional, para interpretar su derecho estatal, haga todo lo posible para encontrar una interpretación del mismo conforme con el derecho comunitario. Más aún, con el propósito de que el diálogo entre el derecho comunitario y los derechos nacionales sea fluido y exento de contradicciones, dicho principio supone a su vez que el derecho comunitario deber ser aplicado *pro constitutione*, flexibilizándolo así para adaptarlo al ordenamiento jurídico estatal y estirándolo hasta donde su ductilidad se lo permita.

Resumiendo, el derecho comunitario europeo es: a) un ‘derecho supranacional’, b) que ha desbordado los cauces del derecho internacional público clásico, c) siendo el resultado de una auténtica ‘cesión de soberanía’ por parte de los Estados en favor de una organización supranacional, d) que se ha convertido en ‘un ordenamiento jurídico propio integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados socios’, e) de ‘naturaleza autónoma y colaborativa’, f) y recorrido por los principios de competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, colaboración, primacía, aplicabilidad inmediata, efecto directo e interpretación concurrente, g) configurándose así como un auténtico ‘derecho común’ incorporado dentro de la dinámica jurídica de los ‘derechos propios’ de los Estados Parte, conformado a partir de los mismos, pero de manera autónoma a ellos, influido por ellos, e influyente dentro de ellos. 47

Bosquejado así –en términos generalísimos- el derecho comunitario, conviene referirnos ahora sus ‘principios generales comunes’, creados vía pretoriana por el Tribunal de Luxemburgo. 48

El TJUE tiene atribuidas diversas competencias, entre las cuales destaca su jurisdicción prejudicial, que le permite tanto la interpretación del derecho comunitario, cuanto el examen de validez de los actos de las instituciones comunitarias. Conviene recordar que una de las principales características del derecho comunitario es su naturaleza colaborativa. Precisamente, como parte del principio de colaboración, los órganos 49

jurisdiccionales de los Estados miembros, son también ‘tribunales comunitarios’, pues la función de garantía del respeto en su interpretación, también les está atribuida a ellos como administradores de una justicia comunitaria descentralizada en su ámbito de competencia. Dentro del anterior contexto, se produce un interesante juego en materia de administración de justicia comunitaria, entre la ‘descentralización mediante la colaboración’ de los jueces nacionales, de un lado, y el ‘monopolio de la interpretación auténtica’ del derecho comunitario, reservado al TJUE mediante la cuestión prejudicial por el otro. Esta dinámica ha propiciado un riquísimo diálogo jurídico, cuyo mismo desenvolvimiento ha sido fundamental en la construcción de la jurisprudencia comunitaria.

Conviene detenernos ahora en los métodos hermenéuticos seguidos por el TJUE para la conformación de su jurisprudencia. A este respecto, el TJUE ha seguido en cierta medida - aunque superándolos-, los métodos establecidos por el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, preferentemente el teleológico y el sistemático, que ha venido empleando de manera simultánea, dando por resultado una especie como de interpretación “constructiva”, que es contemporáneamente estructural y funcional. Más aún, dicha *hermeneutica* constructiva, estructural y funcional, en tanto que tendiente a la integración del ordenamiento jurídico comunitario dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, es también una interpretación concurrente, que supone la incorporación del derecho comunitario dentro los derechos estatales, no como una yuxtaposición forzada o como una intrusión violenta, sino más bien como un acoplamiento armónico, que tiende a la flexibilización del mismo mediante una *hermeneutica pro constitutione* de los Estados parte, flexibilización a su vez maleada con los mismos derechos nacionales, que deben aplicarse siempre siguiendo el principio inverso, es decir el *pro communitate*. Ahora bien, lo fundamental es que con dicho ‘constructivismo concurrente’, el TJUE ha superado los métodos tradicionales de interpretación internacional, estableciendo a su vez principios contrastantes con los mismos, entre los que pueden destacarse: el principio liberal, el supranacional, el orgánico, el autónomo, el progresivo y el evolutivo.

Considerando lo anterior, ya se entiende la importancia y alcance que reviste la reelaboración jurisprudencial que realiza a través de los principios generales comunes del derecho comunitario. Máxime si tenemos en cuenta que dichos principios constituyen una fuente formal del derecho europeo, cuyo rango, según la opinión de un importante sector de la doctrina, es fundamental, esto es, originaria o constitucional. Más aún, gracias a la circunstancia de que dichos principios sean comunes, se ha buscado garantizar el aprovechamiento de la ‘tradición jurídica común’ a los Estados parte, convirtiéndose así

50

51

estos principios generales comunes, en una especie de bisagra que dinamiza al derecho comunitario, permitiéndole a su vez una evolución progresiva. Este desarrollo dialéctico de los principios generales comunes del derecho comunitario, a partir de la contrastación entre los diversos principios jurídicos de los Estados parte, que no obstante, comparten una misma tradición jurídica, ha dado lugar, a un importante auge del método de la comparación jurídica, que como ha observado con razón Ricardo Alonso, ha propiciado: “un efecto que podemos llamar *boomerang*, concretado en una diversidad de Derechos nacionales que estaría aportando una serie de elementos a la construcción de un principio, categoría técnica a nivel europeo, produciéndose ulteriormente una nueva vuelta de esa síntesis europea a los propios ordenamientos nacionales, que de alguna forma está llamada a incidir en los elementos internos que sirvieron de base para su construcción”³². Es importante destacar que para el análisis del derecho comparado que realiza el TJUE, éste órgano debe acudir a la integridad del orden jurídico interno de los Estados miembros, incluyéndose por ende, no solamente sus legislaciones, sino su jurisprudencia y su propia doctrina.

Los principios generales comunes del derecho comunitario, suponen así, en el fondo, una **52** ‘reelaboración jurisprudencial’ sobre ideas, métodos y conceptos jurídicos, que en muchos casos se encuentran ya presentes de manera previa y como latente dentro de la ‘tradición jurídica occidental’, conformando un sustrato cultural común, que es como la levadura de dichos principios jurídicos. De esta suerte, como ha afirmado con toda lucidez Ricardo Alonso: “la cultura jurídica común al Occidente europeo es un hecho y el TJUE actúa como factor de síntesis”³³.

Intentando esquematizar los pasos seguidos por el Tribunal de Luxemburgo en la **53** reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, auténtico nuevo derecho común de los Estados miembros, pueden citarse las conclusiones del abogado general Philippe Léger, quien ha hecho una exposición del itinerario seguido por el TJUE en sus conclusiones presentadas el 17 de septiembre de 2002 dentro del caso *Comisión vs. CCRE*, afirmando: “el método empleado para deducir la existencia de un principio general de Derecho comunitario es constante. El Tribunal de Justicia efectúa un análisis de Derecho comparado. Compara el Derecho de los diferentes Estados miembros y comprueba si existe un grado razonable de convergencia”; más aún el Tribunal de Justicia “puede hacer referencia a la evolución histórica del principio para subrayar que ‘[sus] orígenes se remontan al Derecho romano’” si bien igualmente, “por regla general, adopta una solución progresista y se inspira en la evolución que se esboza en los Estados miembros”.

32 Alonso. *Derecho Comunitario...*, op. cit., p. 261.

33 Alonso. *Derecho Comunitario...*, op. cit., p. 238.

De la anterior manera, el Tribunal de Luxemburgo ha desarrollado una importante actividad de reelaboración jurisprudencial de principios jurídicos, a partir de la tradición jurídica europea, como patrimonio común, sin demérito de las peculiaridades propias de los derechos y sistemas jurídicos que integra (*civil law* y *common law*), a través de un análisis dogmático, comparativo, histórico y progresivo. 54

Ahora bien, habiéndonos referido al derecho comunitario –*ius communitatis*– y a su peculiar diálogo con los derechos nacionales europeos –*iura propria*–, falta todavía, para terminar de perfilar el nuevo derecho europeo –*mos europaeus*– el referirnos al ‘nuevo derecho privado común europeo’ –nuevo *ius commune*– que actualmente se encuentra en proceso de gestación y desarrollo. 55

Este último ámbito de la actual dogmática jurídica europea, supone una de lo más interesantes desenvolvimiento del derecho en nuestro tiempo, como han observado con razón los profesores Schulze y Zimmermann³⁴. 56

La creación de dicho derecho común europeo se ha venido dando especialmente mediante los principios generales comunes desarrollados por el TJUE y, más recientemente, gracias a los propios esfuerzos realizados por la doctrina jurídica, a partir de estudios histórico-jurídicos y de derecho comparado, actividad que ha venido perfilando, especialmente durante los últimos veinte años, un nuevo derecho privado europeo. 57

Este nuevo derecho de extracción científica, se ha venido reflejando en los mismos planes de estudio universitarios, que hoy por hoy ya destacan un cierto ‘perfil europeo’, que se ha traducido en la creación de institutos, cátedras y centros de investigación del Derecho privado europeo y su historia, creciendo el interés, incluso a nivel mundial, por la armonización jurídica. 58

Por lo que hace a la ciencia jurídica europea, debe resaltarse también el creciente interés de la doctrina europea por la historia de la tradición común –incluyendo el derecho romano– y los estudios de derecho comparado, buscándose también la formación jurídica de los estudiantes de derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos, en el aprendizaje de los diferentes idiomas y en la investigación de los principios comunes. 59

Este derecho europeo se encuentra aún en una fase de elaboración académica-jurisprudencial, en la medida en la que la ciencia jurídica se encuentra actualmente apuntalando el entramado dogmático que ya permite anunciar, en el horizonte cercano, un auténtico derecho común. 60

Sin embargo, dentro de este ámbito científico, se han ya elaborado distintos proyectos, que con diversa finalidad y metodología, han buscado el conocimiento y la formulación de los principios del derecho privado europeo, como acervos doctrinales para el estudio 61

34 Schulze y Zimmermann. *Textos Básicos...*, op. cit.

-
- 35 Por lo que hace a *Los Principles of European Contract Law* (PECL) de la ‘Comisión Lando’, que comenzó a trabajar desde 1980 y que ha venido publicando entre 1995-2000 y posteriormente en 2002 las tres primeras partes de su proyecto, se ha dedicado ante todo al derecho de las obligaciones. Sobre este proyecto a cargo del Profesor Ole Lando y en el que también participó Reinhard Zimmermann, cabe destacar que esta comisión buscó servir de puente entre la tradición jurídica continental y la anglosajona, buscando soluciones aceptables para ambas. El método seguido por la comisión fue el de la discusión por temas, sobre la base de una ponencia elaborada por sus miembros con base en el derecho comparado, para después elaborar un primer borrador que sería discutido en una sesión plenaria, bajo la premisa de que junto con la versión definitiva de los artículos, se publicaran la ponencia y la contraponencia originales. Sobre su historia, objetivos y método de trabajo, así como resultados, véase Fernando Martínez Sanz. “Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)” en *Derecho Privado Europeo...*, op. cit., pp. 193-198.
- 36 En parte como sucesor del anterior esfuerzo se encuentra, desde 1998 y con un ámbito material mayor que comprende el derecho de propiedad, el *Study Group on a European Civil Code* a cargo de Christian von Bar, que está trabajando en diversas materias privatísticas incluido el *trust*. Su método, al igual que el de la Comisión Lando, ha estado fuertemente influido por el recurso al derecho comparado, agregando así a su texto articulado, comentarios sobre la pretensión normativa, ilustraciones mediante casos breves tendientes a aclarar el significado de las disposiciones, y notas sobre las disposiciones de derecho comparado a favor o en contra de la propuesta de la Comisión. Sobre este proyecto, la estructura del *study group*, su metodología y sus resultados, véase Encarna Roca Trías. “El ‘Study Group on a European Civil Code’ (Proyecto Von Bar)” en *Derecho Privado Europeo...*, op. cit., pp. 199-204.
- 37 Un tercer esfuerzo es el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*, elaborado bajo la dirección de Giuseppe Gandolfi por la Academia de Privatistas Europeos que ya ha publicado una parte general sobre el derecho de las obligaciones. Este Anteproyecto ha sido el fruto del Congreso de Pavía de 1990 sobre la unificación del derecho europeo de los contratos, y sin duda fue auspiciado por la personalidad de Gandolfi en su capacidad de romanista, civilista y abogado en ejercicio de la profesión, que le permitieron conjuntar características especialmente positivas para impulsar un proyecto de esta naturaleza. Con el propósito de institucionalizar los trabajos, en 1992 se creó la Academia de Privatistas Europeos, en la que han participado personalidades del relieve del propio Gandolfi, de José Luis de los Mozos, de Alberto Trabucchi y de Franz Wieacker. Sus objetivos han sido preparar la unificación del derecho contractual, mediante la formulación de reglas, que estén redactadas de modo tal que sean aceptables en todos los países de la UE, habiendo terminado sus trabajos hacia 1999. Sobre este anteproyecto, sobre la personalidad intelectual de Gandolfi, sobre la Academia de Privatistas Europeos y los Métodos y dilemas planteados dentro de sus discusiones, véase Gabriel García Cantero. “El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavia).” en *Derecho Privado Europeo...*, op. cit., pp. 205-215.
- 38 Sobre este grupo, sus antecedentes, y sus trabajos, véase a Miquel Martín Casals. “El ‘European Group on Tort Law’ y la elaboración de unos ‘Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil’. (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol)” en *Derecho Privado Europeo...*, op. cit., pp. 217-226.
- 39 El Proyecto de Trento o del *Common Core of European Private Law*, es un proyecto relativamente distinto a los anteriores, muy amplio en cuanto a sus ocupaciones temáticas (propiedad, contratos, responsabilidad civil) y en cuanto a la red de juristas comprende, si bien su intención y método son enteramente distintos de los anteriores. Efectivamente, este proyecto, más que buscar la formulación de un conjunto de reglas o principios comunes, ha querido señalar las líneas de convergencia y divergencia existentes entre los diversos ordenamientos europeos, conformando una especie de “cartografía jurídica” que muestre a su vez el “núcleo común” existente, a partir de cuestionarios sobre supuestos prácticos. Este grupo busca pues confeccionar un “mapa geográfico fidedigno del Derecho privado europeo” para “desenterrar el núcleo común”; quieren pues poner de relieve las analogías profundas, ocultas más allá de las diferencias formales. Consecuentemente, su propósito no es ofrecer un conjunto de principios generales o reglas particulares, como en el caso de los otros proyectos, sino más bien dar una “cartografía jurídica” sobre la cuestión, para saber hasta qué punto se acercan y se distancian los ordenamientos jurídicos nacionales europeos en materia de derecho privado, con el propósito de servir como punto de partida para el desarrollo de ulteriores trabajos de armonización. En cuanto a su método, su aproximación al tema ha sido a partir de casos prácticos, para comparar las soluciones dados a los mismos. Su aproximación es pues fáctica y no conceptual, y toman en cuenta fuentes no legales del derecho como la jurisprudencia y la doctrina y no solo las reglas dispositivas, sino también las reglas operativas, ofreciendo una comparación de los distintos ordenamientos. Este grupo ya ha publicado diversas obras y tiene pendientes aún la edición de otras tantas. Sobre los objetivos, método,

universitario, así como para orientar la *praxis* académica y jurídica de profesores, abogados, jueces y legisladores, que han buscado destacar las convergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Entre las iniciativas más importantes que se inscriben dentro del anterior esfuerzo académico pueden citarse: los *Principles of European Contract Law* (Comisión Lando)³⁵, el *Study Group on a European Civil Code* (Proyecto von Bar)³⁶, el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)³⁷, los Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol)³⁸ y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*³⁹, entre muchos otros⁴⁰.

En pocas palabras: nos encontramos realmente ante una especie como de ‘segunda vida del *ius commune* europeo’, tercera o cuarta vida –según se quiera ver- del derecho romano, a partir de una revitalización de su perfil formal tradicional, donde el nuevo derecho europeo de nuestro tiempo, supone una especie de polifonía –retomando la metáfora de Grossi- que implica el acompasamiento de tres instrumentos fundamentales: a) los derechos nacionales –y más ampliamente los derechos regionales y particulares en general- o *iura propria*, b) el derecho comunitario, incluyendo a los principios generales comunes, o *ius communitatis*, y c) el nuevo derecho común privado –o en general derecho común- europeo, o *ius commune*, producto de las reelaboraciones que actualmente comprometen los mejores trabajos de una renaciente ciencia jurídica europea. 62

Así las cosas, el nuevo ordenamiento jurídico común europeo, que constituye un auténtico *mos europaeus*, parece estar conformando un sistema de derecho europeo abierto, producto de la doctrina y la jurisprudencia, cuyas principales características son, a mi entender: a) la primacía de lo jurídico, b) la superación de la teoría clásica de la división de poderes y su sustitución por la separación de funciones con base en la colaboración, la representatividad y el equilibrio institucional, c) la poliarquía política, el policentrismo jurídico y la pluralidad de fuentes, d) la coexistencia armónica con base en la influencia recíproca entre ordenamientos jurídicos regionales, nacionales y supranacionales, e) la mayor complejidad material y procesal en la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos prácticos, f) el empleo de la legislación como una fuente del derecho más entre muchas otras, con el consecuente auge de la costumbre, pero sobre todo, de la doctrina y de la jurisprudencia, g) el recurso a una argumentación jurídica prudencial hermenéutico-interpretativa, con un fuerte matiz tópico, que viene atemperar los excesos de sistematicidad de la dogmática contemporánea, h) el desarrollo de métodos de 63

organización y resultados de este proyecto, véase Sergio Cámara Lapuente. “El ‘Núcleo Común del Derecho Privado Europeo’ (Proyecto de Trento)” en *Derecho Privado Europeo...*, op. cit., pp. 227-234.

40 En extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse la obra colectiva de Cámara (coordinador). *Derecho Privado Europeo...*, op. cit.,

interpretación jurídica más depurados y sofisticados, i) el aprovechamiento multidisciplinario de la ciencia del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, j) la creciente importancia de los principios jurídicos y k) la actualización-proyectiva de la tradición jurídica occidental, con sus diversos nutrientes germánicos, romanos, canónicos, medievales y modernos.

IV. La Ciencia Nueva como paradigma metodológico

Dentro del anterior contexto –agotamiento del positivismo y surgimiento de un nuevo *mos europaeus* policéntrico, armonístico, principialista, jurisprudencial y científico-, el presente artículo pretende proponer algunos caminos que podrían seguirse por la ‘ciencia jurídica americana’, para la elaboración de una nueva ‘dogmática continental’.

La elaboración de una dogmática jurídica continental americana no es ninguna utopía. Los actuales procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la globalización han venido promoviendo un mayor acercamiento regional a través bloques continentales, mismo que puede apreciarse también, claramente, dentro del ámbito americano⁴¹.

El desarrollo de un ‘derecho continental comunitario’ o ‘cooperativo’ semejante aunque distinto al derecho europeo, es necesario para facilitar y garantizar el flujo de personas, capitales, mercancías, servicios y conocimiento, asegurando a su vez el respeto a los

41 La bibliografía sobre la globalización y sus diversos aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos es prácticamente inabarcable. En un intento de orientar al lector interesado, cabe referirlo a las siguientes obras generales y de fácil acceso: Zygmunt Bauman. *La Globalización. Consecuencias humanas*. Trad. Daniel Zadunaisky. México. Fondo de Cultura Económica. 2006, Juan Ramón Capella. *Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid Editorial Trotta. 1999, Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (compiladores). *Estado Constitucional y Globalización*. México. Editan Porrúa y la UNAM. 2001, Juan Ignacio Catalina Ayora y Juan Miguel Ortega Perol (coordinadores). *Globalización y derecho*. Cuenca. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2003, José Eduardo Faria. *El derecho en la economía globalizada*. Trad. Anthony Giddens. *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*. Trad. Pedro Cifuentes. México. Editorial Taurus. 1999. Marcos Kaplan. *Estado y globalización*. México. UNAM. 2002, López Ayllón. *Globalización...*, op. cit., Moisés Moreno Hernández (coordinador). *Globalización e internacionalización del derecho penal*. México. Edita el CEPOLCRIM. 2003, Danilo Zolo. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Trad. Roger Campione. Madrid. Dykinson. 2005. Igualmente la literatura que se ha producido sobre la integración jurídica y particularmente sobre la integración americana es sumamente extensa. Algunas obras generales que pueden consultarse son: Francisco R. Dávila Aldás. *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*. México. Editorial Fontamara. 2002, Germán A. de la Reza. *Integración Económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*. México. Editan la UAM y Plaza y Valdés. 2006, Héctor Fix Fierro et. al (editores) *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*. México. UNAM. 2003, Peter Häberle y Markus Kotzur. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Traducción Héctor Fix Fierro. México. UNAM. 2003, Peter Häberle, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale. *La constitucionalización de Europa*. Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores) México. UNAM. 2004, Filiberto Pacheco Martínez. *Derecho de la Integración Económica*. México. Editorial Porrúa. 2002, Jorge Witker (coordinador). *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*. México. UNAM. 2004, Jorge Witker y Arturo Oropeza (coordinadores) *México-Mercosur. Los retos de su integración*. México Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2004.

derechos humanos, con el objeto de contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de todos los hombres⁴².

Ahora bien, la ‘integración jurídica americana’, la elaboración de un ‘derecho comunitario’ y la conformación de una ‘jurisprudencia común’ para la armonización jurídica, pueden encontrar un fundamento epistemológico particularmente apropiado en la *Ciencia Nueva* de G. Vico. 67

En efecto, la propuesta de Giambattista Vico (1668-1744) abogado, filósofo e historiador napolitano, resulta de una gran actualidad, más allá de que haya sido, desafortunadamente, pasada por alto hasta ahora. La obra de Vico intitulada *Principios de una Ciencia Nueva en torno a la Naturaleza Común de las Naciones*, nos propone un ‘nuevo paradigma científico’: la configuración epistemológica de una disciplina que “lleve en un solo aliento la filosofía y la historia de las costumbres humanas, que son las dos partes que integran esa especie de jurisprudencia de que aquí se trata, que es la jurisprudencia del género humano; de suerte que la primera parte de ella explique una concatenada serie de razones, y la segunda narre una serie perpetua, o sea no interrumpida, de los hechos de la humanidad, de acuerdo con dichas razones”⁴³. 68

Vico impugna –a contracorriente- el excesivo abstraccionismo, dogmático y racionalista, del iusnaturalismo moderno (Grocio, Pufendorf) adelantándose más de medio siglo a los planteamientos alternativos de F.K. von Savigny, intentando a su vez conciliar lo mejor de ambas posiciones. Se proponía convertir en objeto de su estudio la identificación y elaboración de ‘principios jurídicos comunes’ para ‘todas las naciones’ –siendo en esto pionero de la ciencia del derecho comparado, que se configura apenas durante el siglo XX-, precisamente en la época del mayor ascenso de los nacionalismos. Todavía más: prefiguraba ya la cuestión de hacer compatibles los ordenamientos jurídicos locales, con un ordenamiento jurídico común a toda la humanidad, que es precisamente el tema suscitado por la globalización y el pluralismo jurídico de nuestro tiempo. 69

La misma ambición de su proyecto -que pretendía en realidad federar tres disciplinas tremendamente amplias, complejas y distintas como lo son la historia, la filosofía y el derecho- más allá de la notable anticipación de sus ideas, quizás explique el que hasta ahora la propuesta de Vico no haya sido retomada. 70

42 Una aproximación general a este tipo de nuevo derecho comunitario o cooperativo, revulsor del derecho internacional clásico, supranacional, tendiente a promover la integración regional, tanto en sus aspectos económicos de flujo de factores de la producción, cuando también garante de los derechos fundamentales y, en definitiva, comprometido con el mejoramiento de la calidad de vida, puede verse en Peter Häberle. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid. Editorial Tecnos. 2002.

43 Giambattista Vico. *Principios de una Ciencia Nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*. Trad. José Carner. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. 1978, p. 73.

No obstante, hoy por hoy parece que la conformación de un ámbito científico dentro del que colaboren filósofos, historiadores y juristas -más aún, junto a ellos, prácticos, romanistas y comparatistas, como lo ha mostrado la experiencia de las academias europeas fundadas hacia finales del siglo XX-⁴⁴ no es ya una ensoñación quimérica, sino una realidad cuyos primeros frutos –por cierto, extraordinarios- están a la vista de todos⁴⁵. 71

La propuesta de la *Ciencia Nueva* de Vico resulta pues apropiada para diseñar una ‘nueva dogmática jurídica americana’ que bien pudiera denominarse –recogiendo una expresión similar acuñada por Guzmán Brito-,⁴⁶ como *mos americanus iura legendi*, es decir, como un ‘modo americano de comprender, crear, aplicar y enseñar el derecho’. 72

Ahora bien, para la construcción de un ‘derecho comunitario americano’ y para la consecuente ‘armonización normativa’ dentro de nuestra región, no basta tan sólo con retomar los planteamientos de Vico. La historiografía jurídica, la filosofía del derecho y la ciencia jurídica no son suficientes. Es necesario agregar los resultados de una nueva disciplina que ha venido desarrollándose notablemente y que hoy es cada vez más utilizada en el contexto de la dirección de empresas y de la elaboración de las políticas públicas. Me refiero a la ‘planeación prospectiva o estratégica’, también denominada ciencia del futuro, ciencia de la esperanza, prospectiva, o ciencia de los futuros posibles⁴⁷. 73

44 Sobre dichas academias europeas, su conformación, métodos y trabajos, véase la obra Sergio Cámara Lapuente (coordinador). *Derecho Privado Europeo*. Madrid. Editorial Colex. 2003.

45 En efecto, son el resultado de esfuerzos interdisciplinarios –como se expuso anteriormente- por ejemplo, los *Principios del UNIDROIT*, los *Principles of European Contract Law*, el *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil* y el *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros. Cfr. Jorge Adame Goddard. *El Contrato de Compraventa Internacional*. México. Editorial Mc Graw-Hill. 1994, Cámara. *Derecho Privado...*, op. cit., pp. 193 y ss, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho. *Principios UNIDROIT. Sobre los Contratos Comerciales Internacionales*. México. Editan IJ-UNAM y Centro Mexicano de Derecho Uniforme. 2004.

46 Cfr. Alejandro Guzmán Brito. “*Mos Latinoamericanus Iura Legendi*” en David Fabio Esborraz (coordinador). *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*. México. Editorial Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergata’-CNR. 2006. Previamente publicado en la Revista *Roma e America* en 1996. En cierto sentido, una interesante premonición de este gran tema se encuentra en la tercera edición de *Una introducción al estudio del derecho*, de Álvaro D’Ors. Madrid. Editorial Rialp. 1977, cuando observaba el insigne romanista: “Un intento de conjugar la tradición romanística continental (franco-alemana) con la anglosajona no se ha hecho todavía, y podría parecer una meta reservada a la jurisprudencia de los pueblos hispanoamericanos...” p. 61. Véase también del mismo autor: “Hacia un nuevo derecho común” en *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid. Editorial Rialp. 1980.

47 Nuevamente la bibliografía sobre el tema es abundantísima, encontrándose frecuentemente revueltas las obras serias y científicas con otras menos recomendables. Para orientación del lector interesado, me remito tan sólo a unas pocas obras que son igualmente útiles y de fácil acceso: Yehezkel Dror. *Enfrentando el futuro*. Traducción de Juan José Utrilla. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. 1990, Michel Godet. *De la anticipación a la acción. Manual de prospectiva y estrategia*. Barcelona. Editorial Marcombo. 1993, Tomás Miklos y Ma Elena Tello. *Planeación prospectiva. Una estrategia para el diseño del futuro*. México. Editan El Centro de Estudios Prospectivos de la Fundación Javier Barrios Sierra y Limusa. 1992. Del propio Miklos puede consultarse el artículo Tomás Miklos. “Planeación prospectiva y estratégica”; véase también Francisco José Mújica. “Pronóstico y prospectiva en los estudios de futuro” y Xavier Gorostiaga, S.J. “Hacia una prospectiva participativa. Esquema

La ‘prospectiva’, a diferencia de la escuela del *forecasting*⁴⁸, se refiere más que tendencias lineales a los ‘futuros posibles’, que son el resultado de la ‘acción humana’ que se proyecta sobre una ‘realidad compleja’, en la que son consideradas -además de las tendencias- otras variables de más difícil ponderación, como la incidencia de diversos ‘actores sociales’, con base en su comportamiento e intereses. Lo interesante de los planteamientos de esta escuela es la afirmación de que el hombre puede, a través de los actores sociales -estado, medios de producción, academia, sociedad civil-, organizar una acción estratégica, haciendo realidad los ‘futuros posibles deseados’, tratando de alejarse de los futuros catastróficos y acercándose lo más posible a los utópicos o deseados. 74

Así las cosas, el ‘planeamiento metodológico’ aquí propuesto para el desarrollo de una dogmática jurídica americana, consiste en el diseño de un ‘ámbito científico’ que integre la filosofía jurídica, la historia del derecho, la ciencia jurídica y la prospectiva. 75

V. El estado actual de la integración americana

El derecho comunitario y común americano será el resultado de la conclusión del proceso de integración regional que ha venido gestándose a partir de la segunda mitad del siglo XX como una de las principales proyecciones del fenómeno de la globalización y que – con sus intermitencias y fracasos- ha cobrado una nueva importancia durante los últimos veinte años, como consecuencia del ‘nuevo orden mundial’ derivado de la caída del muro de Berlín⁴⁹. La ‘glocalización’ –a la que anteriormente nos referíamos- se ha traducido así 76

metodológico”, éstos artículos se encuentran en *América Latina y el Caribe en el Siglo XXI*. México. Editan. UNAM, Miguel Ángel Porrúa, la Cámara de Diputados y la Universidad Autónoma de Zacatecas. 2004. Finalmente, puede también verse con provecho el libro de Francisco Mojica Sastoque. *La prospectiva. Técnicas para visualizar el futuro*. Bogotá. Editorial Legis. 1991.

48 La prospectiva o planeación estratégica fue preconizada por Gastón Berger y Bertrand de Jouvenel, y posteriormente desarrollada por Michel Godet y Eleonora Barbieri Massini. Previamente, se había desarrollado la escuela anglosajona del *forecasting* por los matemáticos Helmer y Dalk. Esta primera corriente asumía que los fenómenos económicos, sociales, culturales y tecnológicos, eran previsibles a partir del estudio de su comportamiento anterior, mismo que permitiría predecir sus ‘tendencias’. Sin embargo, este planteamiento era un tanto ‘lineal’ en razón del empleo de las tendencias; además, postulaba un relativo ‘determinismo’ que no consideraba suficientemente el factor de la libertad humana; peor aún, su mismo propósito limitado, circunscrito a la elaboración de ‘pronósticos’, resultaba hasta cierto punto insatisfactorio y hasta frustrante, cuando se constataba una prognosis decepcionante. Fue así como se abrió camino la escuela de la prospectiva, que parte de la consideración de una amplia serie de posibilidades –futuribles- sin dejar de lado tampoco a las tendencias, pero reconociéndole un papel fundamental a la libertad humana, mediante la consideración del comportamiento de los colectivos. Así las cosas, lo fundamental de la prospectiva consiste en no quedarse con un mero pronóstico, sino en pretender configurarse a sí misma como una especie de ‘ciencia de la acción’. En otras palabras, la prospectiva pretende, a partir del reconocimiento de la importancia de la libertad y de la acción humana -individual y colectiva- ofrecer un análisis del presente, desde el pasado y hacia el futuro, que sirva para la definición de ‘metas’, el planteamiento de ‘objetivos’ y la definición de ‘acciones’.

49 Sobre el nuevo orden mundial, que ha sido denominado expresivamente por Joseph Nye como “uni-multipolar-complejo”, sus implicaciones jurídicas en el ámbito del derecho internacional y sus repercusiones en el ámbito continental, puede verse la monografía de Enrique Lagos “Algunas tendencias del Derecho Internacional a principios del siglo XXI” cuya versión electrónica puede

en el fenómeno de las ‘integraciones regionales’. Como observara Marcos Kaplan: “El Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria”⁵⁰. Dicha dialéctica -que viene jalonando al estado y a la dogmática legalista- obedece en buena medida a aquella realidad destacada por Daniel Bell hace casi treinta años: “El estado nacional es demasiado pequeño para resolver los grandes problemas de la vida y demasiado grande para los pequeños problemas de la vida”⁵¹.

La integración regional, como articulación económica, política y jurídica de diversos estados, ha dado lugar al surgimiento de diferentes bloques, estructurados a partir de una base geográfica y cultural, con el propósito de lograr objetivos comunes⁵². Efectivamente, además de la integración europea -a la que nos hemos referido- y de la americana -que es la que aquí nos interesa- conviene retener también la existencia del Acuerdo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) en Asia del Este, Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional, y la Unión Aduanera Sudafricana en el Sur de África y la Asociación Sudasiática de Cooperación Regional (SAARC)⁵³.

Entre los americanos, la idea y los proyectos de la integración regional –tanto continental panamericana como subcontinental latinoamericana y hasta transatlántica o iberoamericana- han estado presentes y se remontan todas ellas a los comienzos del siglo XIX... al sueño bolivariano, a la doctrina Monroe, al Congreso de Panamá de 1826 y a la Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1899, entre otras muchas utopías, iniciativas, conferencias, proyectos y organizaciones, que desafortunadamente, aún no han podido concretarse⁵⁴.

encontrarse en el Sitio Oficial de la OEA, www.oas.org/legal

50 Kaplan: *Estado y Globalización...*, op. cit., p. 411. En el mismo sentido observa Peter Häberle: “La creación de comunidades en regiones y continentes como en Europa, América, Asia, en sus comienzos también en África, debe entenderse como un intento de oponer a la globalización un pedazo de autoafirmación proveniente de las culturas jurídicas de las regiones grandes y pequeñas. Globalización y autoafirmación cultural a partir del ‘espíritu de las regiones’ se corresponden de manera dialéctica.” “México...”, op. cit., p. 80.

51 Vale la pena, a diez años de distancia, volver igualmente a las reflexiones de Bell sobre el siglo XX, publicadas en México en Daniel Bell. “Las muchas facetas del siglo XX” en *Letras Libres*. México. Octubre. 1999.

52 Manfred Mols define a la ‘integración regional’ como “un segmento mundial unido por un conjunto común de objetivos, basados en nexos de tipo geográfico, social, cultural, económico y político, que presentan una estructura formal constituida por convenios intergubernamentales”. “La integración regional y el sistema internacional” en Shoji Nishijima y Peter H. Smith (coordinadores). *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*. México. Editan CIDAC y Miguel Ángel Porrúa. 1997, p. 37.

53 Cfr. Manfred Mols. “La integración regional y el sistema internacional” en Nishijima y Smith. *¿Cooperación o rivalidad..?*, op. cit., Véase también José María Serna de la Garza (coordinador). *Derecho comparado Asia-México. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México. UNAM. 2007.

54 Sobre la integración americana, sus orígenes, desarrollos, estructuras y tratados, además de la bibliografía anteriormente citada y la que se citará específicamente, más adelante, pueden consultarse en

Nuestro proceso de integración ha sido largo y en buena medida decepcionante. Todavía **79**
en nuestros días, el mapa geopolítico y económico de la región sigue siendo desalentador.
Actualmente el continente americano está marcado por las divisiones internas, la
existencia de más de 80 acuerdos sectoriales, la proliferación de más de 40 protocolos,
tratados y declaraciones, el fracaso de importantes proyectos como el *Área de Libre
Comercio de las Américas* (ALCA) y el *Plan Puebla Panamá* (PPP), la superposición de
diversos esquemas de integración, muchas veces contrapuestos, a nivel Caribe,
Centroamérica, Sudamérica, América del Norte y Panamericanos.

Para ofrecer una somera idea del intrincado, complejo y entrecruzado sistema americano, **80**
basta con citar, en orden alfabético, algunos de los más conocidos esquemas de
integración vigente: ALADI, CAN, CARICOM, Cumbre Iberoamericana, G3, Grupo de
Río, MERCOSUR, OEA, SICA y TLCAN⁵⁵.

El Sistema Interamericano constituye así una yuxtaposición de los más diversos esquemas **81**
de cooperación internacional, que van desde meras uniones aduaneras como el Grupo
Andino y el Mercado Común del Caribe, hasta verdaderos mercados comunes como el
MERCOSUR, pasando por Tratados de Libre Comercio y organismos internacionales
como la OEA, sin contar las múltiples cumbres y grupos de concertación política⁵⁶.

general las siguientes obras: Pacheco. *Derecho de la Integración...*, op. cit. Enríquez Rubio. *Un Marco Jurídico...*, op. cit., Ignacio Gómez-Palacio. *Derecho de los Negocios Internacionales*. México. Editorial Porrúa. 2006, Kaplan *Estado y Globalización...*, op. cit., pp. 417 y ss., Wiker y Oropeza. *México-Mercosur...*, op. cit., Witker. *El Área de Libre Comercio...*, op. cit., Jorge Witker (editor). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*. México. UNAM. 1993, Marcos Kaplan. "Ascenso y crisis del Estado Latinoamericano" en Luis León (coordinador). *El Nuevo Sistema Internacional. Una visión desde México*. México. Editan Secretaría de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica. 1999, Loretta Ortiz Ahlf, Fernando A. Vázquez Pando y Luis Miguel Díaz. *Aspectos Jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus Acuerdos Paralelos*. 2ª edición. México. Editorial Themis. 1998. Gregorio Vidal (coordinador). *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*. México. Editan la Cámara de Diputados, UAM, INTAM y Miguel Ángel Porrúa. 2006. Francisco R. Dávila Aldás. *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*. México. Editorial Fontamara. 2002.

55 ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración, es un conjunto de acuerdos sectoriales que sustituyeron a la ALALC en 1980), CAN (Comunidad Andina, es una Unión Aduanera), CARICOM (Comunidad y Mercado Común del Caribe, es una Unión Aduanera), Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (Reunión anual temática de Jefes de Estado y Gobierno), G3 (Grupo de los 3, México, Venezuela y Colombia, Tratado de Libre Comercio bajo la ALADI), Grupo de Río (Reuniones de Jefes de Estado y de Gobierno de América Latina y del Caribe), MERCOSUR (Mercado Común del Sur), OEA (Organización de Estados Americanos, organismo internacional multilateral regional), SICA (Sistema de Integración Centroamericano es una Unión Aduanera), TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte entre EUA, Canadá y México). Cfr. Pampillo. "Bases...", op. cit.

56 Sobre la integración americana en general pueden verse –entre muchas obras– las siguientes: Francisco R. Dávila Aldás. *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*. México. Editorial Fontamara. 2002, Germán A. de la Reza. *Integración Económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*. México. Editan la UAM y Plaza y Valdés. 2006, Ernesto Enríquez Rubio. *Un Marco Jurídico para la Integración Económica de América Latina*. Tesis profesional. México. Escuela Libre de Derecho. 1969, Héctor Fix Fierro et. al (editores) *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*. México. UNAM. 2003, Peter Häberle y Markus Kotzur. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Traducción Héctor Fix Fierro. México. UNAM. 2003, Luis León

Pero además de dicha yuxtaposición de esquemas contrapuestos, nos encontramos también con proyectos de integración geográfica, económica y culturalmente heterogéneos, es decir, que abarcan distintos países, tanto a nivel Panamericano, Norteamericano, Sudamericano, Iberoamericano, Latinoamericano, Centroamericano y del Caribe. 82

Todavía el año pasado, en febrero de 2010, se reunió en Cancún una Cumbre de la Unidad de América Latina y del Caribe, que estableció el principio de creación de una “Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe”, mismo que estará encargado de impulsar la integración regional con miras a la promoción de un desarrollo sostenible. Sin embargo, no se definió ni el estatuto, ni el funcionamiento, ni la personalidad jurídica de la nueva Comunidad, sino que se ha diferido hasta la próxima reunión -programada para julio de 2011- la determinación de éstos y otros aspectos no menos importantes⁵⁷. En cualquier caso, el problema de dicha Comunidad sigue siendo el mismo: su aparente vocación latinoamericana y caribeña, que parece hacer de lado los proyectos de integración panamericanos e iberoamericanos. A primera vista –por lo menos considerando la experiencia europea- dicha vocación exclusivista podría constituir un grave error. Desde un punto de vista cultural, los vínculos existentes entre los países iberoamericanos son mucho más sólidos que los que se perciben entre los miembros de la Comunidad Latinoamericana y del Caribe, por encontrarse basados en una tradición lingüística e histórica común. En ese sentido, sería deseable que la nueva Comunidad se articulase no solamente con las instituciones subregionales, sino también con la Cumbre Iberoamericana, cuyos organismos de cooperación en materia cultural, han venido concretando en los últimos años importantes proyectos que han fortalecido la identidad común de los países que integran este foro transatlántico. Por otro lado, desde un punto de vista económico, no puede desatenderse tampoco la importancia de América del Norte, ni en especial de los Estados Unidos de Norteamérica, descartándolos sin mayores consideraciones de la nueva Comunidad⁵⁸. 83

(coordinador). *El Nuevo Sistema Internacional. Una visión desde México*. México. Editan Secretaría de Relaciones Exteriores y Fondo de Cultura Económica. 1999, Filiberto Pacheco Martínez. *Derecho de la Integración Económica*. México. Editorial Porrúa. 2002, José Isidro Saucedo González. *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*. México. IJ-UNAM. 1999, José Gregorio Vidal (coordinador). *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*. México. Editan la Cámara de Diputados, UAM, INTAM y Miguel Ángel Porrúa. 2006, José Vidal Beneyto, Ricardo Alonso García y otros. *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*. Valencia. Fundación AMELA. 2009, Jorge Witker (coordinador). *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*. México. UNAM. 2004, Jorge Witker y Arturo Oropeza (coordinadores) *México-Mercosur. Los retos de su integración*. México Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2004.

57 Sobre los alcances y limitaciones de la Comunidad Latinoamericana y del Caribe, véase mi ensayo “Bases Jurídicas para la Integración Americana”..., op. cit.

58 Sobre las relaciones de los Estados Unidos con los diferentes países de la región latinoamericana, véase el número 4, volumen 8 de la *Revista Foreign Affairs Latinoamérica*. México. ITAM. 2008.

Lo cierto es que además de todos los anteriores esquemas, heterogéneos y yuxtapuestos, ha prevalecido una lamentable brecha entre el discurso y los hechos, entre los proyectos y su concreción, dando lugar a una serie de duplicidades y contraposiciones entre los organismos, que desperdician recursos y esfuerzos comunes⁵⁹. 84

Bastaría contrastar el porcentaje del comercio intra-regional europeo del 75%, o del asiático, que supera el 50%, con el 20% que representa el total del comercio interno dentro de nuestra región latinoamericana para dimensionar la medida del desperdicio... y de la oportunidad. 85

Y todo lo anterior sin contar la terrible persistencia -en el ámbito Latinoamericano y del Caribe- de la pobreza, la desigualdad, el narcotráfico, la corrupción y algunos gobiernos aún pendientes de transitar a la democracia, asegurar el respeto a los derechos humanos y liberalizar su economía⁶⁰. 86

Así las cosas, tratando de hacer una valoración objetiva y desapasionada, puede decirse que el estado actual de la integración americana, nos permite sacar en limpio las siguientes conclusiones preliminares: a) la ‘glocalización’ es un fenómeno presente en el continente americano, b) en los últimos sesenta años, se ha verificado un importante avance en materia de integración regional, tanto a nivel continental como subcontinental y c) actualmente, los distintos esquemas de integración americana se encuentran traslapados entre sí y atrofiados por su misma complejidad estructural y operativa, no habiendo podido contribuir aún al mejoramiento de la calidad de vida en la región. 87

Adicionalmente podría añadirse que no se perciben en el horizonte inmediato las condiciones políticas ni económicas para profundizar en la integración regional. Bastaría decir que todavía está pendiente la consolidación dentro de América Latina de tres 88

59 Desde 1986 observaba el Instituto para la Integración de América Latina: “Para que la potencialidad del mercado ampliado pueda ser aprovechada, existe la necesidad de superar la distancia actual entre los resultados obtenidos en la cooperación, consulta y coordinación y sus potencialidades. En otros términos, entre las declaraciones y decisiones adoptadas a nivel político y su traducción en medidas y acciones concretas.” INTAL. *El proceso de integración en América Latina en 1986*. Buenos Aires. Editan INTAL y BID. 1987, p. 253.

60 Con toda razón observa Oropeza García: “Después de más de dos siglos de pensar en una sola América (1805-2007), y de cerca de cincuenta años de hablar de su integración formal en América Latina (1960-2007), muchos de los estudiosos sobre el tema, y de manera especial, los nuevos estudiantes de las áreas económico-sociales que se acercan a él, se preguntan con un gran dejo de escepticismo si vale la pena invertir su tiempo en un largo periodo sembrado de buenos deseos y de múltiples instituciones, pero que al final nos dan como saldo una región dividida, conformada a través de cinco esquemas formales de integración (Sistema de Integración Centroamericana SICA, Asociación Latinoamericana de Integración ALADI, Comunidad del Caribe CARICOM, Mercado Común del Sur MERCOSUR, Comunidad Andina CAN), pulverizada en su comercio zonal con más de cincuenta tratados de libre comercio, que de manera conjunta, arrojan un comercio intraregional de tan solo quince por ciento promedio.” Arturo Oropeza García en “Latinoamérica en su Laberinto o los Retos de su Integración” en Jorge Wiker y Arturo Oropeza (coordinadores) *México-Mercosur. Los retos de su integración*. México Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. 2004, pp. 213 y 214.

elementos que han sido cruciales en la integración europea y que incluso se exigen como prerequisite para el ingreso o adhesión de nuevos estados dentro de la Unión: a) la consolidación de la democracia, b) el respeto de los derechos humanos fundamentales y del estado de derecho y c) las condiciones y garantías de una libertad económica que permita el flujo de los factores de la producción (personas, bienes, servicios y capitales)⁶¹.

Si bien es verdad que durante los últimos años, el subcontinente latinoamericano ha avanzado significativamente en su camino hacia la democracia, ha liberalizado su economía abandonando viejas políticas proteccionistas, alcanzando también un mayor equilibrio macroeconómico –incluso en medio de difíciles crisis- y poco a poco ha fortalecido las instituciones de su estado de derecho⁶², no es menos cierto –además de algunas tristemente notables excepciones- que en los mismos países donde se detectan los anteriores avances, está pendiente todavía la consolidación cultural y definitiva de los mismos. 89

VI. Hacia un nuevo *ius commune americanus*

No obstante lo anteriormente expuesto, es decir, a pesar de la actual contraposición de esquemas de integración en muchos casos deficientes e incompatibles y de la ausencia, en el horizonte inmediato, de circunstancias y contextos políticos para la una eventual integración de nuestro continente, todo parece indicar, sin embargo, que en el futuro mediato será factible e incluso probable una integración más completa y eficiente. 90

De hecho, la falta de condiciones que en lo inmediato permitan continuar y concluir la integración americana, debe conducir a los juristas americanos a escuchar de modo especialmente atento el consejo que nos ha ofrecido recientemente el profesor P. Häberle: “es preciso llevar a cabo todo lo necesario para que un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica y multicultural, se reafirme también en la era de la globalización”⁶³. 91

61 Cfr. por todos a Enrique Linde Paniagua et. al. *Principios de Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Colex. 2005, pp. 85 y ss.

62 Como observa con razón López Ayllón: “Se configuró así una transición hacia un Estado latinoamericano bajo los paradigmas globales de democracia y mercado... Actualmente, todos los países del continente son miembros de la OMC. Simultáneamente, la integración regional anunciada desde los sesenta dejó de ser retórica para dar lugar a diferentes acuerdos de integración regional que han nacido en los últimos años o encontrado nueva vida”. *Globalización...*, op. cit., p. 66. Igualmente, destacan Carbonell y Salazar: “En la última década del siglo XX, se desató en varios países latinoamericanos una epidemia de congresos constituyentes que produjeron cartas constitucionales ‘liberales, sociales y democráticas’: Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (1994), Panamá (1994), Argentina (1994), Uruguay (1997), Ecuador (1998), Venezuela (1999)... en los inicios del siglo XXI casi todos los países de la región cuentan con Constituciones que, en términos formales, responden a la ‘democracia constitucional’ de tradición europea...” Prólogo a la obra de Peter Häberle, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale. *La constitucionalización de Europa*. Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores) México. UNAM. 2004.

63 Häberle. “México...”, op. cit., p. 3.

Y aquí es, precisamente, donde entra la propuesta epistemológica planteada, pues aunque en el presente no parezcan concurrir los factores que permitan la consumación de la integración regional americana en el corto plazo, en el horizonte mediato dicha integración se percibe como un ‘futurible’ probable; más aún como un ‘futurible’ deseable si promueve –como se anticipó que debiera hacerlo- el ‘mejoramiento de la calidad de vida’ y la ‘promoción de los derechos humanos’.

Ahora bien, los enormes retos que dicha integración supone desde un punto de vista jurídico, recomiendan la ‘investigación científica’ y la ‘colaboración académica’ por parte de los estudiosos de la región; es decir, la acción coordinada y colaborativa a la que pretende también llamar el presente ensayo.

En dicho sentido, vale la pena identificar algunos de los aspectos –perspectivas y temas- de una investigación que pudiera favorecer la integración regional y la consecuente armonización jurídica.

Respecto de las perspectivas, hay que lo antes expuesto: dada la magnitud de la empresa – construcción de un derecho comunitario o cooperativo para la integración económica, política, social y cultural del continente, así como armonización jurídica del derecho de la región para facilitar los flujos e intercambios dentro de un marco de seguridad- se requiere igualmente de una aproximación amplia, ambiciosa y compleja.

Refiriéndose en general a la integración regional, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de una “aproximación analítica interdisciplinaria”, que debe comprender, por lo menos, los distintos aspectos -económicos, políticos, sociales y culturales- de la misma⁶⁴.

Por lo que hace al acercamiento propiamente jurídico, la propuesta epistemológica parte – como se recordará- del ‘paradigma de Vico’, es decir: historia jurídica + filosofía del derecho + ciencias jurídicas, con especial consideración de la comparación jurídica, sumando adicionalmente un cuarto ámbito científico, el de la prospectiva como apertura y voluntad de colaboración para la consecución de una obra necesariamente colectiva. Así, la arquitectura del derecho comunitario y de la armonización jurídica de los derechos de la región, debiera partir de la ‘acción concertada’ –planeada estratégicamente a través de la colaboración entre ‘instituciones de enseñanza e investigación jurídica’-, tendiente a la construcción de un ‘futuro deseable’ -integración como unión en la diversidad para el mejoramiento de la calidad de vida.

Por lo demás, la aproximación multidisciplinaria para la conformación del derecho americano permitiría: a) a través de la ‘historia jurídica’, conocer mejor los orígenes, antecedentes, evolución, desarrollo, afinidades y divergencias, de los derechos que conforman nuestra tradición jurídica, b) mediante la ‘filosofía del derecho’ y a partir de la

64 Mols. “La integración regional...”, op. cit., p. 37.

ubicación histórica de los principios e instituciones tradicionales, reflexionar sobre su vigencia e idoneidad para convertirse en reglas comunitarias y/o comunes, en la medida en la que se a-*jus*-ten a la realidad contemporánea y la rea-*jus*-ten conforme a los valores culturales vigentes y deseados y c) con base en las ‘ciencias jurídicas especiales’, o ramas de la jurisprudencia técnica –derecho civil, constitucional, mercantil, medioambiental, etcétera- y, especialmente, a través de un estudio de ‘derecho comparado’, identificar las similitudes, las diferencias y los aspectos comunes, respecto de cada una de las figuras jurídicas, así como en relación con las diversas reglas que las conforman⁶⁵.

El esfuerzo que supone la anterior aproximación parece a primera vista inabarcable, máxime si consideramos el número de 35 países que actualmente pertenecen a la OEA, respecto de los cuales habría que estudiar su tradición jurídica histórica y sus elementos comunes actuales, vertiendo los resultados en ‘esquemas’ que pudieran darnos cuenta de los ‘principios comunes’ por institución jurídica. Esta cuestión se presenta tanto más compleja si se consideran las distancias existentes entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, así como algunos prejuicios que proceden de sus diferencias⁶⁶. Sin embargo, la experiencia europea –sobre todo la judicial y la científica- ha probado ya que esto es posible con 27 países miembros y que los resultados son de una utilidad extraordinaria⁶⁷. En realidad se trata de esfuerzos propios de nuestro tiempo, que además de ser –gracias a las nuevas tecnologías de la información- practicables y utilísimos están devolviéndole a

99

65 La importancia del derecho comparado y del método comparativo es fundamental para la integración y la armonización jurídica. Véase el excelente artículo de Konrad Zweigert. “El derecho comparado al servicio de la unificación jurídica” en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Año 9. Número 25. México. UNAM. 1956. Entre nosotros cfr. a Héctor Fix-Zamudio. “Setenta y cinco años de evolución del derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana” en *LXXV años de evolución jurídica en el Mundo*. Historia del Derecho y Derecho Comparado. Volumen II. México. UNAM. 1979. En el mismo volumen vale la pena también el capítulo escrito por René David. “El derecho comparado en el siglo XX, balance y perspectivas”. Más recientemente es la comunicación de Héctor Fix-Zamudio. “Tendencias actuales del derecho comparado” en *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México. UNAM. 2005. También con actualidad y en relación con el tema de la integración americana, P. Häberle nos ha recordado que “la fuerza creadora de la comparación jurídica actúa en dos planos y en dos formas: la comparación jurídica en manos del juez (constitucional, y del constitucionalista), y como comparación jurídica al servicio de la política jurídica”. Häberle. “Mexico...”, op. cit., p. 15.

66 Véase Jorge Sánchez Cordero. *Los Informes Doing Business del Banco Mundial. Reflexiones Mexicanas*. México. IJ-UNAM. 2006 y Jorge Sánchez Cordero (traductor y editor) *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*. Trabajos de la Asociación Henri Capitant. México. IJ-UNAM. 2006.

67 Recuérdense, como antes se expuso, los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando, el *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, elaborado por la Academia de Privatistas Europeos bajo la batuta de Giuseppe Gandolfi o bien el proyecto del Grupo de Trento o del *Common Core of European Law*, que a partir de diversos métodos y planteando diferentes resultados, fueron capaces de estructurar proyectos de armonización jurídica en el ámbito del derecho privado, a partir de la comparación jurídica de las tradiciones de diversos países, pertenecientes igualmente a las familias del *civil law* y del *common law*.

la academia y a los juristas privados el *ius faciendi iuris*, es decir, la ‘jurisferancia’ o capacidad de proponer y crear el derecho⁶⁸.

Pero además de las anteriores propuestas metodológicas, conviene también indicar algunas propuestas para ‘orientar temáticamente’ las investigaciones tendientes a promover la integración y la armonización jurídicas de la región. **100**

Y así –como se dijo- se nos impone en primer lugar, como ‘prerrequisito’ de la integración y de la armonización normativa, la necesidad de extender y consolidar la ‘democracia’, de fortalecer el ‘estado de derecho’ garantizando el respeto de los ‘derechos humanos’ y de promover una ‘economía abierta y equilibrada’, que además, reduzca la intolerable desigualdad y la pobreza en la región. Democracia, derechos humanos, estado de derecho, economía abierta e incluyente, son temas que deben seguir siendo objeto de estudios, especialmente de investigaciones comparadas y de esfuerzos de difusión que sirvan para consolidar una cultura democrática, jurídica y solidaria dentro de la región⁶⁹. **101**

En segundo lugar y desde un punto de vista temático, me parece que sería deseable continuar y profundizar la investigación relativa a los ‘elementos jurídicos comunes’ a los ordenamientos jurídicos de los diversos países del continente. **102**

Dentro de este ámbito la investigación se encuentra también adelantada. En materia de ‘derecho público’, Peter Häberle nos ha ofrecido un interesante panorama de los principales rasgos del *ius publicum commune* europeo, que en buena medida son aplicables al derecho público americano⁷⁰. Pero además, ha señalado también, como elementos característicos de la “comunidad Latinoamericana”, que constituyen como ciertos “rasgos de familia” “con fuerza distintiva”: a) el reconocimiento de la **103**

68 En este sentido y en relación precisamente con la unificación jurídica americana, a partir del derecho romano, el profesor Guzmán Brito observa que “El absolutismo legislativo de los modernos estados, ha impedido a los juristas desarrollar aquella misma labor que sus antepasados de gremio realizaron en tiempos anteriores”, realidad frente a la cual, la armonización jurídica puede “lograr que los juristas asuman el papel de ser los verdaderos depositarios del *ius faciendi iuris* a través de su actividad privada de estudiosos cuyas conclusiones sean recibidas selectivamente por quien tiene el poder de establecer formalmente lo jurídico”. Alejandro Guzmán Brito. “La función del Derecho Romano en la Unificación Jurídica de Latinoamérica” en *Unificación...*, op. cit., pp. 180 y 181.

69 En materia jurídica, pienso en la conveniencia de proseguir y difundir estudios monográficos sobre la justicia constitucional, como los desarrollados por Héctor Fix-Zamudio (Héctor Fix-Zamudio. *Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*. México. Editan M.A. Porrúa. 1988) y Eduardo Ferrer Mc-Gregor (Eduardo Ferrer Mc-Gregor. *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*. México. Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte, 2002, Eduardo Ferrer Mc-Gregor (coordinador). *Derecho Procesal Constitucional*. México. Edita el Colegio de Secretarios de la Suprema Corte), así como continuar esfuerzos panorámicos como el intentado recientemente por Jorge Carpizo. (“Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado” en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Número 114. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2005)

70 Häberle señala: el reconocimiento de la libertad personal, la búsqueda de la justicia, la independencia de la jurisdicción, la neutralidad confesional e ideológica del estado y la estructura de un estado constitucional democrático, con una jurisdicción constitucional que garantice el estado de derecho. Cfr. Häberle. “México...”, op. cit., pp. 17 y ss.

multietnicidad y de la multiculturalidad, b) el mandato de superación del analfabetismo, c) las cláusulas sobre protección del patrimonio cultural, d) los detallados apartados relativos al sistema educativo, e) en materia de justicia constitucional el juicio de amparo, y f) una detallada regulación de las relaciones entre la Iglesia y el Estado⁷¹.

En la misma línea de pensamiento, Jorge Carpizo ha propuesto añadir a los anteriores **104** elementos comunes, los siguientes, que son en buena medida el resultado de las reformas experimentadas por el derecho público de la región en los últimos veinte años: a) fortalecimiento de las instituciones democráticas, b) sistemas de justicia constitucional mixtos (europeo-centralizado + americano-difuso), c) generalización del *habeas data*, d) acogimiento de la figura del *ombudsman*, e) autonomía del ministerio público, f) mayor equilibrio entre poderes legislativo y ejecutivo, g) mayor independencia y profesionalización del poder judicial, h) reconocimiento de la supremacía del derecho internacional, destacando la aceptación por parte de más de 20 países de la región de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, i) la judicialización de los actos y conflictos y electorales, y j) las funciones de fiscalización realizadas a través de un órgano específico con autonomía técnica⁷².

Por lo que respecta al ámbito del ‘derecho privado’, también se aprecia una interesante **105** ‘línea de investigación’ que ha venido destacando especialmente la ‘transfusión’ del ‘derecho romano en América’⁷³.

Dicha transfusión se produjo durante la época de la hegemonía ibérica, a través de las **106** *Siete Partidas* en los países dependientes de España y de las *Leis Imperiais* en el caso de Brasil, pero además ha perdurado a lo largo de buena parte siglo XIX hasta la codificación⁷⁴, permaneciendo incluso a través de los códigos –muchos de ellos

71 Cfr. Häberle. “México...”, op. cit., pp. 57-66.

72 Cfr. Carpizo. “Derecho Constitucional Latinoamericano...”, op. cit., pp. 972-985.

73 Junto a los conceptos tradicionales de difusión y recepción –ampliamente usados por la historia del derecho y por la ciencia jurídica compadrada- la transfusión supone “la comunicación sucesiva entre varias fuentes, y la transfusión del Derecho romano, es el paso de fórmulas jurídicas procedentes de las fuentes del Derecho romano a través de las fuentes del Derecho, especialmente la doctrina, la ley y las decisiones judiciales”. Agustín Díaz Biale. “La ‘transfusión’ del Derecho Romano en América Latina” en David Fabio Esborraz (coordinador) *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*. México. Editorial Porrúa y por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergata. 2006, p. 76. Una visión panorámica sobre el derecho privado en América Latina la ofrece el excelente libro Matthew C. Mirrow. *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*. Austin. University of Texas Press. 2004.

74 Sobre el derecho intermediario de transición entre la independencia y la codificación, dentro del cual subsiste la importancia del derecho romano, véase Alejandro Guzmán Brito. *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*. Navarra. Thomson-Aranzadi. 2006. Para México el estudio clásico de María del Refugio González. *El derecho civil en México, 1821-1871, apuntes para su estudio*. México. IJ-UNAM. 1998. Sobre la codificación en México véase el libro de Oscar Cruz Barney. *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*. México. IJ-UNAM. 2004.

elaborados por juristas con una sólida formación romanista-⁷⁵ mediante el recurso subsidiario para la ‘integración legal’ a la ‘equidad’ y a los ‘principios generales del derecho’⁷⁶. Esta línea de investigación, que busca según el profesor Schipani en el *ius Romanorum commune* un elemento “sistemático-histórico de unificación en devenir expansivo”⁷⁷. se basa en la profunda influencia de la ‘cultura romanista’, que ha dado lugar, según Catalano a un “bloque romano-ibérico-precolombino” que sería “el núcleo de un derecho común americano” caracterizado ante todo por “el mestizaje”⁷⁸.

Adicionalmente, la reflexión y los trabajos científicos en torno a la integración jurídica americana pueden ofrecer un espacio privilegiado para la consideración de los derechos indígenas, cuya pervivencia y reconocimiento constitucional en diversas comunidades, no puede ser desconocida. De hecho, uno de los particularismos característicos, típicos y diferenciales del *ius commune* americano, se encuentra precisamente en el mestizaje jurídico, que ha supuesto la superposición, convivencia y fusión de diversas tradiciones jurídicas⁷⁹. 107

Otro ámbito de estudio debiera serlo el del mismo derecho internacional y supranacional de la globalización y de la integración regional. Sobre este tema, valdría la pena profundizar sobre la “perspectiva crítica” pergeñada por el iusglobalista Danilo Zolo, quien ha observado que dicho derecho debiera estar en un contacto muy directo con las realidades –económicas, políticas, sociales y culturales- que regula; es decir, que debiera concebirse desde una especie de “teoría impura del derecho” que no hiciera de lado, sino que antes bien pusiera en el centro, sus contenidos metajurídicos. Igualmente, como observa el profesor Zolo, dicho derecho debiera “rechazar la idea monista y normativista” de un “único, omnicompreensivo ordenamiento jurídico”, debiendo dar cabida a una serie de “fuentes descentralizadas de producción y aplicación del derecho”. Por último, destaca 108

75 Es el caso, por ejemplo, de Andrés Bello en Chile, de Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, de Augusto Teixeira de Freitas y Clóvis Beviláqua en Brasil y de Miguel S. Macedo en México.

76 Cfr. José Luis de los Mozos. “Codificaciones Latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del derecho” en *Revista Roma e América. Diritto Romano Comune. Revista di Diritto dell’Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e In America Latina*. Mucchi Editore. 1996.

77 Sandro Schipani. “El Derecho Romano en el Nuevo Mundo” en David Fabio Esborraz (coordinador) *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*. México. Editorial Porrúa y por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergata. 2006.

78 Pierangelo Catalano. “Identidad Jurídica de América Latina: Derecho Romano y Sistema Latinoamericano” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 15. México. Edita la ELD. 1991, pp. 111 y ss.

79 Dentro de la amplia literatura sobre el tema, pueden verse en general Óscar Correas (coordinador). *Derecho Indígena Mexicano*. México, UNAM, CONACYT, Editorial Coyoacán. 2007 y Carlos Humberto Durand. *Derecho Indígena*. México. Editorial Porrúa. 2005. También véase Bartolomé Clavero. *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México. Siglo XXI. 2008.

el connotado iusglobalista italiano que dicho derecho de la integración debiera ser “un derecho supranacional mínimo”, que “según una lógica de subsidiariedad” permita “una especie de regionalización policéntrica”⁸⁰.

Habría también que destacar –y esto está pendiente aún por hacerse– que este nuevo ‘derecho extra-estatal’, global, transnacional y deslocalizado (*lex mercatoria*, jurisdicción internacional, derechos humanos, *soft-law*, estándares, códigos de ética, contratos autorregulados, derecho de la integración, doctrina y un muy largo etcétera) es un derecho que, sin embargo, deberá aplicarse y ejecutarse, en algún momento, localmente⁸¹. **109**

Por último, respecto del derecho supranacional de la integración, valdría la pena retomar algunas de las propuestas hechas por el profesor Häberle, en el sentido de promover la discusión e impulsar la inclusión en los derechos nacionales de los estados de la región, de diversas cláusulas que pudieran ir preparándola y haciendo viable para el futuro. Entre los impulsos que recomienda Häberle se encuentran: a) la inclusión del objetivo de la integración americana recogida en el preámbulo de las constituciones, por su alto contenido axiológico, b) la inclusión de una orientación específica sobre el particular respecto de la política exterior, d) el recogimiento de algunos valores esenciales del estado y entre ellos la unificación, e) la matización del principio de soberanía, f) vías de incorporación más expeditas para un derecho comunitario de la integración y g) especialmente: el reconocimiento de los ‘principios generales del derecho’, derivados de la comparación de las constituciones de la región, como fuente subsidiaria del derecho constitucional estatal⁸². **110**

Resumiendo lo anterior expuesto, puede decirse: a) que tomando en cuenta la crisis y agotamiento de la dogmática jurídica contemporánea, b) la evolución de la tradición jurídica en los últimos años, particularmente dentro del ámbito europeo y c) el fenómeno del la glocalización, que se ha traducido dentro del ámbito americano en diferentes estructuras y organismos para la integración, que: 1) en el futuro mediano se aprecia la configuración de un bloque regional americano, bien sea continental o subcontinental, que 2) exigirá a su vez del diseño de un derecho comunitario o cooperativo y de una armonización jurídica sobre la base de diversos elementos comunes. **111**

En la creación, desarrollo, enseñanza y aplicación, tanto de dicho derecho cooperativo como de los principios que permitan la armonización jurídica regional –el *ius commune americanum*–, los juristas pueden y están llamados a jugar un papel fundamental, que les **112**

80 Zolo. *Los señores...*, op. cit., pp. 121-133.

81 En dicho sentido, como ha observado López Ayllón, los “tribunales constituyen una de las anclas de la globalización”, pues “todos los fenómenos globales acaban por tener una expresión localizada, que en ocasiones se traduce en una acción judicial. Los jueces tienen así un papel central en el reconocimiento, creación y aplicación del derecho ‘global’”. López Ayllón. *Globalización...*, op. cit., p. 158.

82 Cfr. Häberle. “México...”, op. cit., pp. 66-70.

permitirá también conformar un auténtico *mos americanus* que podría aportar interesantes desarrollos para nuestra tradición jurídica.