



# NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA LATINOAMERICANA

---

Juan Pablo Pampillo Balino





## JUAN PABLO PAMPILLO BALIÓ

Juan Pablo Pampillo Balió es un jurista, abogado e investigador mexicano, dedicado al estudio y a la enseñanza del Derecho Supranacional, de la Integración y Comparado Latinoamericano, así como a la Filosofía e Historia del Derecho. Es autor individual de nueve libros y coautor de otros 48, todos en editoriales de reconocido prestigio, habiendo publicado e impartido cátedra en diversos países como Alemania, Estados Unidos de Norteamérica, Francia, Italia, España, Argentina, Brasil, Colombia y Perú, entre otros. Ha coordinado más de 70 libros en diversas colecciones, destacando la Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho (43 volúmenes) y la Biblioteca Jurídica Americana (21 volúmenes). Abogado por la Escuela Libre de Derecho y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, actualmente ejerce la profesión como abogado-directivo de empresa, preside la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana y dirige el Programa de Doctorado en Derecho en el contexto de la Globalización de la Universidad Autónoma del Noreste. Es miembro de número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, correspondiente de la Real Academia de Madrid, miembro correspondiente extranjero de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, Investigador Nacional reconocido en el más alto nivel por el Gobierno de México y forma parte de diversas asociaciones profesionales y académicas mexicanas y de otros países.

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO  
*Profesor e investigador de la Escuela Libre de Derecho*

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA  
INTEGRACIÓN JURÍDICA  
LATINOAMERICANA



*Lima – 2019*

## **NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA LATINOAMERICANA**

---

*Primera edición, abril del 2019*

**© Copyright:**

JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

**© Copyright:**

Editado por: RIMAY EDITORES DISTRIBUIDORES SAC

Moyobamba 233 Lima 13 – Perú

Telf. 942657169 | gerencia@rimayeditores.com

*Abril del 2019*

**Impresión y encuadernación:**

Multigrafik SAC

Cal. s/n Mza. 54 Lote 25 AAHH. Huascar (Grupo 06 Sector A)

*Abril del 2019*

**Diagramación:**

Víctor Jiménez

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

N.º 2019-04322

ISBN: 978-612-47979-0-3

Tiraje: 1000 ejemplares

*Impreso en el Perú – Printed in Peru*

***Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso del titular del Copyright.***

**WWW.RIMAYEDITORES.COM**

A Dios, “autor de las buenas leyes e inspirador de las buenas obras”, a quien dedico todas mis obras buenas.

A mi familia, aunque muy en especial a mi esposa Laura, a mis hijas: Camila, Fernanda y Luisa, a mi madre, María Luisa, a mi suegra, Betty y a mis cuñados: Fernando y Jesús.

A mis lectores, esperando infundir en ellos la pasión por el derecho, por la justicia, por la historia, por la cultura occidental y por América Latina.



# CONTENIDO

Introducción .....	11
--------------------	----

## Capítulo I

### UNA TEORÍA JURÍDICA PARA UNA NUEVA ÉPOCA

A. Tiempos de crisis y cambio de época.....	15
1) El Fin de Modernidad. ....	16
2) El despertar de una nueva era .....	21
B. La Teoría Global del Derecho: presupuestos.....	25
1) Estatuto y encrucijada .....	25
2) Perspectiva y método .....	33
C. La Teoría Global del Derecho: fundamentos.....	36
1) Fundamentos antropológicos. ....	36
2) Fundamentos sociológicos, económicos y políticos.....	39
3) Fundamentos ontológico-teleológicos.....	43
4) Fundamentos simbólicos e históricos .....	48
D. El ‘teorema global del derecho’.....	52

## Capítulo II

### PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO OCCIDENTAL

A. El estudio de un nuevo derecho requiere de una nueva ciencia jurídica .....	55
1) Desde la filosofía hasta la realidad pasando por la historia .....	55
2) Hacia un nuevo método jurídico: de la <i>Scienza Nuova</i> a la Prospectiva .....	57

B. La tradición jurídica occidental en la actualidad .....	60
1) Historia, identidad y vocación del derecho occidental.....	60
2) La dogmática jurídica del positivismo legalista formalista .....	63
3) El fin de positivismo y el surgimiento de una nueva dogmática global .....	69
4) Las ‘doce claves’ de nuestra tradición jurídica.....	77

### Capítulo III

#### LA INTEGRACIÓN EUROPEA

A. La arquitectura jurídica de la Unión Europea .....	89
1) Acercamiento histórico a la construcción europea .....	89
2) El derecho comunitario europeo y sus características .....	97
B. La importancia de la jurisprudencia europea .....	102
1) El Tribunal de Luxemburgo .....	102
2) Los ‘principios generales comunes’ del derecho europeo.....	106
C. Hacia un nuevo Derecho Común Europeo .....	110
1) La unificación del derecho privado .....	110
2) El nuevo ordenamiento jurídico europeo. ....	118

### Capítulo IV

#### LA INTEGRACIÓN JURÍDICA LATINOAMERICANA

A. Trascendencia del derecho comunitario y del derecho común .....	125
B. La integración económica y su ordenamiento jurídico.....	128
C. Historia, actualidad y perspectivas de la integración jurídica americana .....	137
1) Proyectos pasados y esquemas actuales .....	137
2) Balance y perspectivas de la integración latinoamericana .....	146
D. Hacia un <i>ius commune</i> latinoamericano .....	154

### APÉNDICES

#### Apéndice primero

##### GLOBALIZACIÓN, PLURALISMO Y DIÁLOGO JUDICIAL

A. Globalización y pluralismo .....	163
B. Diálogo judicial transnacional .....	172
C. Implicaciones para la judicatura y la enseñanza del derecho .....	180

**Apéndice segundo**

**TALAMANTES: UN ILUSTRE PERUANO, PRECURSOR DE LA  
INDEPENDENCIA DE MÉXICO Y DE LA UNIDAD HISPANOAMERICANA**

A. Melchor de Talamantes y su circunstancia histórica .....	183
B. Su pensamiento independentista criollo .....	188
C. Su proyecto político para México y la América Hispana .....	195



## INTRODUCCIÓN

EL presente libro es el resultado —y recoge lo mejor— de quince años de investigación personal y diez de investigación colectiva sobre la Integración Jurídica Latinoamericana, analizada desde la triple perspectiva de la filosofía jurídica, de la historia del derecho y de los ordenamientos que han buscado reconducir los fenómenos e implicaciones de la globalización, los localismos y la formación de bloques regionales.

En dicha virtud, será de utilidad no solo para los estudiosos del Derecho de la Integración y, en general, para los interesados —desde la economía, la política o las relaciones internacionales— en la Integración Regional, sino también, y de manera destacada, para los cultores y estudiantes de las asignaturas de Filosofía e Historia del Derecho, así como del Derecho Internacional y Comparado, en razón de su temática, enfoque y método, que resultan de la mayor actualidad también para dichas disciplinas.

De hecho, por su propia estructura y a pesar de la estrecha interrelación que presentan sus cuatro capítulos y de la función complementaria de sus dos apéndices, cada uno de dichos apartados guarda cierta relativa autonomía, por lo que puede leerse en desorden, o selectivamente, dependiendo de las necesidades del lector.

Ahora bien, por lo que hace a la antes mencionada investigación personal, la presente obra recoge los planteamientos realizados a lo largo de tres lustros y formulados originalmente en cuatro libros ya entrados en años, cuyas propuestas han venido siendo continuamente actualizadas a través de múltiples artículos científicos, cuyos principales resultados se presentan dentro de la

presente obra.<sup>1</sup> Por su parte y en lo que toca a la investigación colectiva, se retoman muchas de las aproximaciones que se han venido realizando a través de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana, tanto por medio de sus diversas publicaciones como a través de sus programas académicos y destacadamente del Doctorado en Derecho que coordina en la Universidad Autónoma del Noreste.<sup>2</sup>

Así, desde la visión filosófica que se incluye en el primer capítulo, se ofrece una comprensión amplia del derecho desde una diversidad de perspectivas y métodos (filosóficos, antropológicos, sociológicos, económicos, políticos, teleológicos, simbólicos e históricos), buscando superar una visión normativista y estrecha, que resulta incapaz de dar cuenta de la complejidad de los asuntos jurídicos. Solo desde la interdisciplinariedad, o si se prefiere, desde el restablecimiento de unitariedad de los fenómenos sociales, pueden abordarse los temas jurídicos, particularmente los que como el derecho de la integración, presentan múltiples relaciones con otros sectores de lo social.

Desde el punto de vista de la historia del derecho, se presenta en el segundo capítulo un panorama general sobre la tradición jurídica occidental, específicamente sobre la familia del *civil law*, identificando las limitaciones actuales de su dogmática jurídica, legalista y estatalista, así como su paulatina superación desde la segunda mitad del siglo XX, identificando asimismo sus virtualidades y tendencias para la configuración de una nueva dogmática global, dentro de la cual el derecho de la integración está llamado a jugar un importante papel.

Por lo que hace a la perspectiva del derecho de la integración, el capítulo tercero ofrece un bosquejo de la historia, estructura, funcionamiento y ordenamiento jurídico de la Unión Europea, destacando de manera especial el

---

<sup>1</sup> Me refiero a los siguientes libros: Juan Pablo Pampillo Baliño. *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho*. México. Editorial Porrúa. 2005, Juan Pablo Pampillo Baliño. *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008, Juan Pablo Pampillo Baliño. *La Integración Americana Expresión de un Nuevo Derecho Global*. México. Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho. 2012 y Juan Pablo Pampillo Baliño. *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez. 2012, cuyos planteamientos se han venido actualizando continuamente a través de diversas publicaciones monográficas, varias de ellas disponibles digitalmente en mi página web académica ([http://works.bepress.com/juan\\_pablo\\_pampillo/](http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/)). Los libros y artículos de referencia se encuentran citados a lo largo del capitulado de la presente obra, que recoge en muchos casos las últimas versiones, revisadas y puestas al día, incluyendo avances hasta el primer trimestre de 2019.

<sup>2</sup> Para mayor información sobre dichas aportaciones, puede visitarse su página web oficial: [www.rijia.org](http://www.rijia.org)

papel que ha jugado dentro de la misma su Tribunal de Justicia, así como los múltiples esfuerzos y realizaciones que han sido desarrollados por la doctrina científica para la configuración, junto al derecho comunitario, de un nuevo derecho común.

Sin embargo, cabe mencionar desde ahora que el conocimiento de la experiencia de integración europea, aunque resulta significativo para los estudiosos de nuestro hemisferio, incluso a pesar de sus particularidades únicas y de sus propias limitaciones, constituye únicamente un referente o ejemplo, más de ninguna forma puede considerarse como un modelo o arquetipo paradigmático, susceptible sin más de réplica, trasplante o injerto.

Por último, en relación con la integración jurídica americana propiamente dicha, el capítulo cuarto proporciona una visión de conjunto sobre su desenvolvimiento a lo largo del tiempo, a través de sus múltiples proyecciones (panamericanas, latinoamericanas, iberoamericanas, sudamericanas, caribeñas, andinas, centroamericanas y pacíficas) y esquemas (preferencias arancelarias, libre comercio, uniones aduaneras, organismos internacionales, etcétera), identificando sus logros y límites, así como las oportunidades para su desarrollo futuro y las mismas condiciones de viabilidad del mismo.

Dentro de dicho capítulo se destaca a su vez la importancia económica, jurídica y política de la integración regional para Latinoamérica, presentándose algunas reflexiones encaminadas hacia la eventual convergencia de los órganos, mecanismos y foros actualmente en vigor.

Finalmente y a modo de corolario de las anteriores exposiciones, se incluyen a manera de apéndice, dos apartados adicionales y complementarios.

El primero sobre la globalización y el pluralismo jurídico, que aunque centrado en el gran tema diálogo jurisdiccional —hoy especialmente fecundo en el medio latinoamericano a través del sistema interamericano de derechos humanos—, se traduce específicamente en la necesidad de replantear la enseñanza y nuestra misma comprensión de las ciencias jurídicas.

Por su parte, el segundo apéndice trata sobre la vida y obra de Melchor de Talamantes, un destacado limeño que con motivo de su traslado a Nueva España, se convirtió en precursor del constitucionalismo mexicano y promotor de la creación de una especie de comunidad hispánica de naciones.

La razón de incluir el anterior estudio como apéndice del presente libro, más allá de mi interés personal sobre Talamantes, su contexto y su obra, es rendir un doble homenaje de reconocimiento y gratitud. Por un lado, dirigido a la República del Perú, que a través de Rimay Editores y de D. Víctor Jiménez Olascoaga, me permite llegar en esta oportunidad hasta nuevos lectores. Y

por el otro, a la cultura peruana, por la que siento especial admiración en todas sus manifestaciones, y que particularmente en sus vertientes histórica y jurídica, me ha sido tan provechosa; pienso especialmente en las personas de Mons. Severo Aparicio Quispe, José Antonio Benito, Francisco Javier del Solar, Teodoro Hampe Martínez, Domingo García Belaúnde, Carlos Ramos Núñez, Carlos Hakansson Nieto, entre tantos otros juristas e historiadores, cuya obra y trato me ha resultado particularmente fecunda en mi vida académica.

No me resta sino agradecer por adelantado al amable lector que se encuentre con estas páginas, invitándole a ‘contemplar-conversar-caminar’ cuanto tengan de aprovechable para él, e intimándole únicamente que han sido escritas —más allá de las limitaciones de su autor— con la mejor intención de contribuir, así sea modestamente, a la construcción de un mundo mejor en Latinoamérica, donde la pobreza, la desigualdad, la violencia y la corrupción, como algunos de los peores males que lastiman a nuestros pueblos, puedan ser enfrentados por la Justicia, el Buen Orden y la Paz, que merecemos. Ojalá que así sea. L.D. / *A.M.D.G.*

Ciudad de México, febrero de 2019.

# Capítulo I

## UNA TEORÍA JURÍDICA PARA UNA NUEVA ÉPOCA

### A. TIEMPOS DE CRISIS Y CAMBIO DE ÉPOCA

EL Derecho de la Integración Regional en general y particularmente su conformación en Latinoamérica, constituye una realidad propia de nuestro tiempo, que a su vez responde a una serie de transformaciones que han venido a redefinir inclusive la propia noción del derecho. Por ello es que se dedica este primer capítulo a exponer algunos de los aspectos que han caracterizado en general dichos cambios, así como a identificar algunas de sus más destacadas proyecciones en el ámbito de lo jurídico.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> En el presente capítulo ofrece un panorama general sobre la ‘vía global’ y la ‘edad global’, así como una síntesis de la ‘teoría global del derecho’, que he desarrollado más en extenso en los libros Juan Pablo Pampillo Baliño. *Filosofía del Derecho. Teoría Global del Derecho*. (México. Editorial Porrúa. 2005) e *Historia General del Derecho*. (México. Oxford University Press. 2008). Su redacción final corresponde a la versión de un artículo revisado a ser publicado en la *Revista Diritto e Processo* de la Universidad de Perugia en 2019, que es la última de varias en un proceso de continua maduración y difusión de las ideas que puede apreciarse especialmente en los siguientes textos: “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 más recientemente el capítulo “La Edad Global y la Teoría Global del Derecho” en *Filosofía Jurídica y Política de la Nueva Ilustración*. México. Editan Porrúa, la Escuela Libre de Derecho, la Universidad Complutense de Madrid, la Universidad de Manizales, la Universidad de Tucumán y Paideia Politeia. 2009. Posteriormente también en el artículo “Una Teoría Global del Derecho para una nueva época histórica” en *Dikaion. Revista de Fundamentación Jurídica*. Año 24. Volúmen 19. Colombia. Universidad de La Sabana. 2010 y últimamente en el capítulo “La teoría general del derecho: una propuesta ante la crisis

El mundo, tal como lo conocemos, atraviesa por una profunda crisis; vivimos tiempos de cambios. Desde la segunda mitad del siglo XX, la civilización y la cultura occidentales en su versión moderna-contemporánea parecen haberse agotado, y con ellas, también la dogmática jurídica todavía vigente entre nosotros.

Dicho de otro modo: nuestro modo de comprender al derecho, de acercarnos metodológicamente a su estudio y de operar nuestros ordenamientos jurídicos, producto de la cosmovisión moderna (escepticismo, racionalismo, empirismo) y contemporánea (subjetivismo, criticismo, voluntarismo, relativismo), que se tradujo —sobre todo dentro de la familia jurídica del *civil law*— en la dogmática del positivismo jurídico, parece ser incapaz de seguirnos ofreciendo: a) una idea completa y convincente de lo jurídico, b) una fundamentación epistemológica adecuada para la ciencia del derecho, así como c) los instrumentos y herramientas que requieren los operadores jurídicos prácticos de nuestro tiempo.

Pero también por otro lado, varias de las principales metodologías jurídicas de nuestros días, más allá de sus indudables aportaciones, han generado también una confusión generalizada, sin haber podido traducirse todavía en una dogmática jurídica sustitutiva del positivismo legalista formalista.

Ante las anteriores realidades, dentro del presente capítulo se retoman algunas perspectivas que he planteado previamente para tratar de orientarnos ('vía global') en esta época de cambios ('edad global'), así como los fundamentos desde los cuales pudiera intentarse una nueva comprensión, más amplia y pluridimensional de lo jurídico, desde las coordenadas filosóficas de nuestro tiempo ('teoría global del derecho').

### 1) El Fin de Modernidad

Nuestro tiempo, marcado por el fin de una época y el comienzo de una nueva etapa, es un tiempo de crisis. De hecho, la realidad es que crisis del derecho y de la dogmática jurídica contemporánea es, ante todo, parte de una

---

de la tradición jurídica occidental” en Rodolfo V. Gómez Alcalá y Rodrigo Díez Gargari (coordinadores del volumen) *Teoría del Derecho y Argumentación Jurídica*, dentro de la colección Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Munive Páez (coordinadores de la obra). *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Centenario de la Escuela Libre de Derecho*. 42 volúmenes. México. Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho. 2012. La última publicación sobre este tema se encuentra en el capítulo: “Una teoría global del derecho” dentro del libro colectivo Juan Pablo Pampillo Baliño y Alejandro Salcedo Romo (coordinadores). *Filosofía del Derecho. Nuevas tendencias y escuelas actuales*. México. Tirant lo Blanch. 2018.

crisis mayor, de una crisis que comprende las crisis del hombre, de la sociedad, de la civilización y de la cultura occidentales.<sup>4</sup>

El quiebre que fracturó la confianza en la civilización occidental se produjo durante el siglo XX, que en realidad puede caracterizarse como el siglo de la gran crisis.<sup>5</sup>

Desde el periodo de entreguerras, pero sobre todo tras la II Guerra Mundial, muchos coincidieron en anunciar el fin de un periodo, vaticinando a su vez el principio de una nueva etapa.<sup>6</sup> Pero aún hoy podemos sentirnos inmersos dentro de una gran crisis de la civilización y la cultura occidentales que se proyecta hasta nuestros días.

La superación de la crisis del pensamiento —general y jurídico— de nuestro tiempo, exige deshacer el enredo’ que la misma supone o, incluso quizás, ‘cortar de tajo el nudo gordiano’... Sin embargo, para deshacer el enredo —o cortar el nudo—, necesitamos primero observar la maraña, para ver ‘dónde’ y ‘cómo’ se han anudado sus hilos.

De manera preliminar hay que destacar que durante el siglo XX se produjo, más que el quiebre definitivo de la civilización occidental, el agotamiento de sus últimas modulaciones, gestadas durante la Modernidad y radicalizadas durante su última fase: la Modernidad Contemporánea o Edad Contemporánea.

El siglo XX fue pues el de la crisis de la Modernidad, especialmente desgastante por cuanto que la misma fue profunda y prolongada; pero además, en razón de que dio lugar a una búsqueda de las más variadas alternativas de

---

<sup>4</sup> Sobre esta gran crisis, sus orígenes y sus alcances, me he referido previamente y más en extenso en Pampillo. *Filosofía...*, op. cit. passim e *Historia...*, op. cit., passim.

<sup>5</sup> Como observó Spengler, el agotamiento de nuestra cultura, constituye “la filosofía de nuestro tiempo” hasta el punto de ser “una idea que no cae en una época, sino que hace época”. Oswald Spengler. *La Decadencia de Occidente. Bosquejo de una Morfología de la Historia Universal*. Traducción de Manuel García Morente. Madrid. Calpe. 1925, tomo I pp. 5 y ss.

<sup>6</sup> Romano Guardini, en su sugerente obra *El Ocaso de la Modernidad*, observaba desde comienzos de la década de los 1950’s: “la Edad Moderna toca a su fin, nosotros divisamos sus fronteras” Romano Guardini. *El Ocaso de la Modernidad. Un intento de orientación*. (Madrid. Ediciones Guadarrama) p. 77. Igualmente, para mediados de la década siguiente, la importantísima Constitución *Gaudium et Spes* sobre la Iglesia en el mundo actual observaba: “Hoy el género humano se encuentra en una nueva era de su historia, caracterizada por la gradual expansión, a nivel mundial, de cambios rápidos y profundos.” *Gaudium et Spes*, N 4. Vaticano II. *Documentos Conciliares. Constituciones, Decretos y Declaraciones*. (Texto Oficial de la Secretaría General del Concilio. Vigésima Edición. México. Ediciones Paulinas, 1998), p. 168.

solución, que paradójicamente, han servido de oportunidad para las corrientes, movimientos y experimentos, más contradictorios y extravagantes.

Ahora bien, la crisis a la que nos referimos es una ‘crisis total’, que comprende, abarca y rebasa la crisis del estado moderno, la de la comunidad internacional de las naciones y la del propio pensamiento y cultura modernos genéricamente considerados.

Pero, volviendo a la búsqueda de los orígenes del enredo, parece que el germen de la barbarie desatada durante la primera mitad del siglo XX —efecto y a su vez nueva causa de la crisis— debe buscarse en el periodo de relativa paz que abarca, desde el fin de las guerras napoleónicas hasta la conflagración de la I Guerra Mundial.

Fue durante dicho periodo —más allá de la superficial imagen romántica del ‘ordenado progreso burgués’, cifrado en las formas de la *belle époque*—, que se desarrolló la enfermedad del siglo: el ‘ennui’ de los franceses, el ‘spleen’ de los ingleses, el ‘tabardillo’ o ‘tedio’ de los españoles, resultante de una vida que reprimió su sed de grandeza y trascendencia sustituyéndola por el elusivo ‘comfort burgués’...

Dicho tedio, que según G. Steiner debe atribuirse al desencanto sentido, cuando tras la vertiginosa aceleración histórica empujada por la Revolución Francesa y la aventura napoleónica sobrevino un monótono periodo de ‘reacción y calma’, supuso que la inmensa “reserva de energías acumuladas” por las generaciones posteriores, no encontrase otro desahogo que la gran empresa capitalista.<sup>7</sup>

Y ése furor capitalista de los siglos XIX y XX revela —según el análisis psicológico de E. Fromm— la manera paradójica en que el hombre, que había conquistado la “libertad de”, renunció a la “libertad para”, en una auténtica “huida de la libertad”, que se explica precisamente a partir del “concepto de enajenación”. En efecto, los modos de producción en serie y la creación de sociedades de consumo, hicieron que el hombre se sintiera “enajenado de sí mismo.”<sup>8</sup> Y en dicha alienación por el trabajo y para el consumo, quizás se encuentren las explicaciones remotas de la presión acumulada sobre ciertos resortes psicológicos colectivos, que encontraron un escape violento durante

---

<sup>7</sup> Cfr. George Steiner. *En el castillo de Barba Azul. Aproximación a un nuevo concepto de cultura*. Traducción Alberto L. Budo. Barcelona. Editorial Gedisa. 1998 pp. 15-43.

<sup>8</sup> Erich Fromm. *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea. Hacia una sociedad sana*. (Traducción de Florentino M. Torner. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. 1997), p. 105 y ss.

toda la primera mitad del siglo XX.<sup>9</sup> De hecho y en parte como resultado de la producción en serie y del consumo estandarizado, los siglos XIX y XX conocieron la aparición de un nuevo tipo de hombre, el “hombre-masa”, cuyos perfiles fueron delineados por Ortega y Gasset, quien puso a su vez de relieve —anticipándose a los acontecimientos por venir— su desaforada capacidad de barbarie.<sup>10</sup>

La destructora furia del hombre masa comenzó su desbordamiento durante la I Guerra Mundial, con un saldo de 13 millones de muertos y tremendas pérdidas materiales. Era lógico que durante el periodo de entreguerras, expresiones tales como “el fin de la cultura” caracterizaran la reflexión intelectual, cada vez mayormente seducida por el avance del irracionalismo. Sin embargo, la megalomanía suicida de la II Guerra Mundial aún estaba por venir; con la participación de 60 países y un balance de 70 millones de muertos, 40 millones de desplazados y 800 millones de damnificados, se entiende que la civilización y la cultura occidentales quedasen definitivamente sumidas en una ‘crisis total y definitiva’.

La reacción no se hizo esperar. Desde el periodo de entreguerras aparecieron el abstraccionismo y el dadaísmo, como expresiones de inconformidad con la realidad del hombre contemporáneo y con las irrazonables consecuencias de la razón racionalista. Posteriormente vino el surrealismo y, tras la segunda posguerra, se desarrollaría una poscultura caracterizada, de un lado, por el encumbramiento de lo fortuito, de la inconciencia y de la alucinación, y del otro, por el predominio de las formas bárbaras de un neo-primitivismo atávico.

En el fondo de las anteriores actitudes, se encuentra una negación más o menos consciente de la herencia occidental. Vista la tradición occidental — como observa Steiner— como “una monstruosa impostura”, nuestra cultura fue arrastrada por un “masoquismo penitencial” que alcanzó una auténtica “histeria punitiva”.<sup>11</sup> La Modernidad quedó así agotada definitivamente, proyectándose para el futuro la indeterminación de un tiempo jalonado entre el fin de una época conclusa y las anticipaciones de otra nueva aún por nacer.

<sup>9</sup> Cfr. José Ramón Díez Espinosa. “El Derrumbe de la Civilización Occidental. La Crisis Social y Económica, 1914-1939” en Javier Paredes. (Coordinador). *Historia Universal Contemporánea*. Barcelona. Editorial Ariel. 2001, tomo II, pp. 1-24.

<sup>10</sup> Cfr. José Ortega y Gasset. “La Rebelión de las Masas” en *Obras*. Madrid. Editorial Espasa-Calpe. 1932, pp. 1065

<sup>11</sup> Cfr. Steiner. *En el castillo...* op. cit., pp. 85-88. En efecto, solo desde la anterior perspectiva parece comprensible la ‘negación compulsiva’ de la cultura occidental a la que se pretendió sustituir con los ‘referentes alternativos’ de un ‘primitivismo africanista’, o de un ‘rebajamiento edulcorado’ propio del ‘americanismo light’.

De hecho, el fin de la Modernidad es el telón de fondo que aparece detrás de las diferentes actitudes, ideas y corrientes que se suceden durante toda la segunda mitad del siglo XX, desde el ‘pragmatismo-tecnocrático-postideológico’ hasta el ‘neo-marixmo-culturalista’, pasando desde luego por el ‘nuevo nihilismo existencialista’.

Paralelamente a la anterior crisis y también durante el siglo XX, se sucedieron en un ritmo vertiginoso los más extraordinarios avances de la tecnología. Baste recordar como durante los 1920’s comenzaron las emisiones de radio y en 1928 las de televisión; como en los 30’s se inventaron el microscopio electrónico y el radar y se desarrolló desde entonces la aviación comercial; como en los 40’s se generalizó el uso de la penicilina y los antibióticos; como en los 50’s llegaron a los hogares la televisión a color y el microondas y despegaron las tecnologías satelital y láser. Para 1967 se produjo el ‘milagro médico’ del primer trasplante de corazón y en 1969 la humanidad alcanza uno de sus ‘momentos estelares’ con la llegada del hombre a la luna... Hacia 1978 nació el primer niño ‘*in vitro*’, durante los 80’s la computación personal hizo su entrada triunfal en la oficina, comenzando su cada vez más intrusiva penetración en los hogares y, en fin, hacia los 90’s, se generalizaron la telefonía móvil, la tecnología digital, el teletrabajo, los discos compactos.<sup>12</sup>

Ahora bien, resulta especialmente significativo notar que el lugar de convergencia de los anteriores elementos: ‘hombre-masa’, ‘poscultura’ y ‘nuevas tecnologías’, se desplaza cada día más hacia el ciberespacio, cuya ‘ubicuidad utópica’ nos hace todo ‘simultáneamente omnipresente’.. Y es todavía más notable que la confluencia de los anteriores vectores nos ofrecen como resultante común, precisamente, una ‘confusión generalizada’, al presentárenos la información como espectáculo, la cultura como entretenimiento, la ficción como realidad, la civilización como naturaleza y el hombre como mercancía, embotándonos con la ubicuidad de todos los sucesos, con la inmediatez de todos los acontecimientos, con el alud estadístico de datos y más datos sin criterio alguno de pertinencia.

A la anterior confusión debe sumarse, por lo menos desde la segunda mitad del siglo XX, un persistente sentimiento de desazón y de desencanto, cuyo correlato en el plano de las ideas y de la razón ha sido una desconfianza paranoica que de todo recela, asumiendo la posición de un escepticismo casi militante. Y precisamente, ‘la confusión’, ‘el desencanto’ y ‘el escepticismo’ son los rasgos de una ‘nueva actitud’ que ha venido a denominarse como ‘pos-

---

<sup>12</sup> Cfr. Javier Cervera Gil. “Comunicación Social y Generalización de la Cultura de Masas” en PAREDES. *Historia...op. cit.*, tomo II, p. 284.

moderna'. Actitud que supone un confuso desencanto escéptico, precisamente respecto de las ideas, promesas y valores de la Modernidad.

Ciertamente la posmodernidad abarca un amplio abanico de ideas, perspectivas y críticas, pero todas están caracterizadas por un confuso y amargo descreimiento respecto de las bondades de una 'razón ilustrada' que ha conducido a la 'aberrante irracionalidad del mundo racional'. Sin embargo, a pesar de su radicalismo pesimista y negativo, la postmodernidad supone, según la expresión de J.F. Lyotard, un "momento de relajamiento".<sup>13</sup> De hecho, su mismo relajamiento intelectual lleva consigo una cierta dosis de relajamiento moral, que se traduce en una especie de apatía, anti-propositiva y conformista, que bajo el pretexto de 'aceptar las cosas como son', predica como solución vital el más vulgar de los hedonismos sensualistas. Se trata, según Carlos Valverde, de un "un pensamiento *light*, frívolo y sin compromisos", que a la postre conduce a una especie de "nihilismo sin tragedia".<sup>14</sup>

En todo caso, la posmodernidad, a pesar de sus pretensiones modernistas, constituye el síntoma más claro y la prueba más concluyente del final de la Edad Moderna.

## 2) El despertar de una nueva era

Es bastante llamativo que cada vez más estudiosos reconozcan las notables similitudes entre el momento actual y la peculiar coyuntura, que a partir de la Baja Edad Media, fue paulatinamente propiciando el advenimiento de la Edad Moderna.

Entonces como ahora, el orden político se debatía entre las fuerzas antagónicas del universalismo globalizador y del regionalismo localista. Lo mismo puede decirse respecto del comercio, que en ambos casos fue un dinamizador de la sociedad que creó nuevas formas de vida, promovió el desarrollo científico y tecnológico y fomentó una revitalización de las comunicaciones, detonando un extraordinario intercambio de bienes e ideas, que enriquecieron material y espiritualmente a ambas sociedades históricas.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Jean-Francois Lyotard. *La Posmodernidad (Explicada a los niños)* Traducción de Enrique Lynch. Barcelona. Editorial Gedisa. 1998, p.11.

<sup>14</sup> Carlos Valverde. *Génesis, Estructura y Crisis de la Modernidad*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos. 1996 pp. 339 y 340.

<sup>15</sup> Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño. "Del *ius mercatorum* bajomedieval al moderno Derecho Comercial Internacional" en *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*. Número 1. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2005 y del mismo autor "Retos y Proyecciones del Derecho Mercantil frente a la Globalización. Un intento de aproximación filosófica,

Los paralelismos son incontables: la brújula de ayer es el satélite de hoy, las carabelas son nuestras naves espaciales en busca de nuevos horizontes interplanetarios, la imprenta de entonces, como factor multiplicador de la cultura, es la computadora y el internet... Similares fuerzas y hasta parecidas quimeras... Sobre todo: paradigmas en crisis, paradigmas emergentes y tensión dialéctica entre ambos... En una frase: el inicio de una nueva época.

Pero, para poder orientarnos en este nuevo tiempo, son necesarias algunas premisas ordenadoras. En primer lugar, puede decirse que en la encrucijada del momento actual no podemos, ni conformarnos con llevar la ‘Modernidad agotada’ hasta sus últimas consecuencias (opción que podemos llamar ‘la senda tardo-moderna’) ni tampoco negar la Modernidad, sin mayores trámites ni propuestas, estancándonos en un cómodo pesimismo escéptico (alternativa de la ‘poscultura’ o ‘vía posmoderna’).

En contrapartida, parece que la única actitud viable nos exige —como siempre— intentar lanzarnos a la conquista del futuro, desde la comprensión y aceptación de nuestro presente, mediante la reconquista y el aprovechamiento de cuanto tiene de aprovechable nuestro pasado. Para ello, parece especialmente adecuada la propuesta del filósofo mexicano Luis Villoro, quien ha planteado como la misión del pensamiento actual el “levantar” la Modernidad, lo que no se consigue ni por negación, ni por imitación, sino precisamente, por “superación”, mediante una completa “inversión de su noción de sentido”, que conserve sin embargo “su momento de verdad”.<sup>16</sup>

En realidad, más que una ‘inversión conservadora’, debiéramos intentar una ‘re-versión paliativa’ de la ‘per-versión de la Modernidad por la Contemporaneidad’... En efecto, si es en la absolutización de los postulados de la Modernidad —extremados a partir del siglo XVIII— donde encontramos los orígenes de la crisis actual, la misión del pensamiento actual debiera ser atemperar dichos excesos, mediante una ‘oposición dosificada’ de sus ‘virtudes contrarias’. Esta propuesta de ‘superación re-compositiva por oposición dosificada’, puede considerarse —en alusión a la ‘vía moderna’— como la nueva vía de nuestro tiempo, como la ‘vía global’.<sup>17</sup>

Ahora bien, para realizar la reversión paliativa, superadora de las limitaciones contemporáneas de la modernidad, es necesario definir primero las

---

histórica y dogmática” en *Panorama Internacional del Derecho Mercantil. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. 2 tomos. México. UNAM. 2006

<sup>16</sup> Cfr. Luis Villoro. *El Pensamiento Moderno. Filosofía del Renacimiento*. (México. Editan El Colegio Nacional y el Fondo de Cultura Económica. 1992), p. 102-117.

<sup>17</sup> Por primera vez se propuso esta vía global en Pampillo. *Filosofía...*, op. cit.

líneas fundamentales de la imagen moderna del mundo, posteriormente pervertidas durante la Edad Contemporánea. Para tales efectos se pueden —con mucha generalidad— esbozar como las creencias básicas del pensamiento moderno las siguientes: a) la búsqueda de la emancipación humana por la libertad autonómica, b) el optimismo seguro del progreso evolutivo de la humanidad en la historia, c) el dominio del hombre sobre la naturaleza como objeto de explotación y d) la exaltación de una racionalidad instrumental, cientificista y atomizadora.<sup>18</sup>

Partiendo de los anteriores postulados y reformulándolos en ‘clave inversa’ para tratar de delinear algunos de los rasgos de la vía global, se pueden proponer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, que donde la Modernidad buscó la emancipación humana por la libertad autonómica, la vía global debe reivindicar la necesidad que tiene el hombre de conocer ‘las relaciones constantes en las cosas’ que atraviesan a la naturaleza y al hombre mismo como parte de ella. En efecto, la crisis de la posmodernidad es ante todo una ‘crisis de valores y referencias’. Al convertirse el hombre en autolegisador, merced al imperativo categórico kantiano, acabó por precipitarse en un subjetivismo extremo, que si bien le permitía convertirse en cualquier cosa, en la realidad lo condujo a nulificarse, dejándolo completamente vacío. Por ello, la vía global deberá —sin hacer de lado las conquistas de un sano personalismo— re-descubrir en el mundo y en el hombre aquéllas ‘relaciones constantes’ que el pensamiento medieval y antiguo denominaron ‘naturaleza’ y ‘leyes’.

En segundo lugar, donde la Modernidad postuló un optimismo seguro del progreso evolutivo de la humanidad en la historia, la vía global debe contraponer en su lugar la ‘ley del doble progreso contrario’ o ‘ley del trigo y de la cizaña’ —según las denominaciones propuestas por Jacques Maritain<sup>19</sup>, por virtud de la cual, el bien y el mal, el progreso y el retroceso, la evolución y la involución, se suceden en la historia, dependiendo siempre de las libres decisiones del hombre, que no admiten determinismos históricos. Por ello, ante el decurso de la humanidad en la historia, no cabe ni el ‘optimismo alucinógeno’ de la Ilustración ni el ‘pesimismo conformista’ de la Posmodernidad, sino el compromiso de un ejercicio ético de la libertad.

En tercer lugar, donde la Modernidad propugnó por un dominio del hombre sobre la naturaleza como objeto de explotación, la vía global debe

<sup>18</sup> Cfr. Guardini. *El Ocaso...*, op. cit., p. 77. y Villoro *El Pensamiento...*, op. cit, p. 93.

<sup>19</sup> Cfr Jacques Maritain. *Filosofía de la Historia*. Traducción de Jorge L. García Venturini. Buenos Aires. Editorial Troquel. 1971 pp. 51 y ss.

replantear una nueva relación entre la naturaleza y el hombre, donde prime la ‘noción de pertenencia’ en lugar del ‘principio de separación’. En esa dirección, será conveniente que la misma técnica abandone su condición de instrumento de explotación, para convertirse en un saber integrado, comprometido con la preservación y el aprovechamiento sustentable de los recursos.

En cuarto lugar, donde la Modernidad exaltó una racionalidad instrumental, científicista y atomizadora, la vía global debe —sin prescindir de aquélla— subordinarla a una ‘racionalidad finalística’ que le imprima una profunda orientación humana.<sup>20</sup> Más aún, debe re-integrar dicha razón, re-incorporándola al conjunto de las demás racionalidades, reconciliándola inclusive con las demás dimensiones de la vida humana no susceptibles de ser reconducidas según la sola lógica de la razón, como es el caso de la religión. Dicha re-integración, deberá partir de la realidad vital de que la experiencia humana es de naturaleza eminentemente pluridimensional, por donde, cualquier intento de reducir al hombre a una sola de sus dimensiones, absolutizándola, resulta incapaz para comprenderlo y contraproducente para orientarlo.<sup>21</sup> Ésta es precisamente la propuesta de la hermenéutica analógica.<sup>22</sup>

Finalmente, donde la Modernidad reivindicó un ‘individualismo atomista’, conviene que la senda global recupere un ‘comunitarismo celular’, que partiendo de la incomunicabilidad de ciertos reductos propios de la dimensión personal del hombre, reconozca sin embargo su proyección natural gregaria, tomando en cuenta cómo en los últimos tiempos, el declive del Estado se ha visto correspondido con el consecuente ascenso de la Sociedad Civil, que se ha organizado en torno a un número creciente de ‘asociaciones intermedias’.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Cfr. Villoro. *El Pensamiento...*, op. cit., 105-108. En el mismo sentido la crítica de Ortega respecto de ‘la barbarie del especialista’ en la *Rebelión de las Masas* pero también en “Misión de la Universidad” en *Obras...* op. cit., pp. 1179-1224. Previamente he tratado este tema también en relación con la Universidad Contemporánea en Juan Pablo Pampillo Baliño. “Orígenes, Desarrollo, Crisis y Alternativas de la Universidad Contemporánea. Conferencia Inaugural del Primer Congreso Internacional sobre la Universidad en el Mundo” en *Juris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*. Número 16. México. Universidad Anáhuac. 2005.

<sup>21</sup> Cfr. Villoro. *El Pensamiento...*, op. cit., pp. 118 y 119. Cfr. también a Guardini *El Ocaso...*, op. cit., pp. 126 y ss.

<sup>22</sup> Cfr. Mauricio Beuchot. *Hermenéutica analógica, símbolo, mito y filosofía*. México. UNAM. 2007.

<sup>23</sup> Cfr. por todos a Emilio Suñé. *La Sociedad Civil en la Cultura Postcontemporánea*. Madrid. Edita El Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense y el Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande. 1998.

Por último, puesto que la actitud es preparación del acto, disposición íntima para la acción, donde la Modernidad Ascendiente (siglos XVI y XVII) promovió ‘la duda generadora de certezas’, la Modernidad Triunfante (siglos XVIII y XIX) ‘el optimismo eudemonista’ y la Modernidad Decadente (siglo XX) el ‘desencanto confuso y escéptico’, la actitud propia de la vía global debiera ser la de una ‘esperanza esforzada’, que sin ingenuidad ni desaliento, esperándolo todo, pero trabajando también por todo, emprenda la titánica labor de ‘re-construir la cultura’ para ‘re-componer al hombre’.

En síntesis, la vía global busca la ‘superación’ de la Modernidad, sin abdicar a ‘su momento de verdad’, cerrando el círculo del pensamiento occidental, ‘englobando’, por lo mismo, ‘la autonomía de la voluntad’ con las ‘leyes que recorren la naturaleza’, ‘el progreso histórico’ con la ‘ley del doble progreso contrario’, el principio de ‘separación para la explotación’ con el de ‘reintegración para la convivencia armónica’, la ‘racionalidad instrumental’ con la ‘racionalidad finalística, integrada y pluridimensional’, el ‘individualismo atomista’ con el ‘comunitarismo celular’, ‘redondeando’ finalmente su pretensión partiendo de una ‘actitud revulsionadora’ de ‘esperanza esforzada’.

## B. LA TEORÍA GLOBAL DEL DERECHO: PRESUPUESTOS

### 1) Estatuto y encrucijada

La crisis y agotamiento de la civilización y la cultura modernas se ha proyectado también sobre el derecho, su comprensión, estudio y operación. Por eso, nuestro tiempo necesita de una teoría del derecho consecuente con la re-composición que plantea la vía global.

Ahora bien, una ‘teoría global del derecho’, para serlo, debe partir de ciertos presupuestos, que en este caso son: su estatuto epistemológico, la encrucijada filosófica actual, una nueva perspectiva y un método apropiado.

En ese orden de ideas, la teoría global del derecho debe partir de la cuestión más radical de todo conocimiento, que es el de la ‘la circularidad del problema ontognoseológico’. Este problema consiste en la ‘correlación trascendental’ entre el ‘objeto cognoscible’ y el ‘sujeto cognoscente’, que en el ámbito jurídico, se traduce en el ‘condicionamiento recíproco’ entre ‘el qué es el derecho’ (*quid sit ius?*) y ‘el cómo haya de conocerse’ (*quomodo ius scire?*).<sup>24</sup>

<sup>24</sup> Sobre éstos dos problemas fundamentales de la filosofía del derecho y su relación de interdependencia, véase a Arthur Kauffman “Panorámica Histórica de los Problemas de la Filosofía del Derecho.” en *El Pensamiento Jurídico Contemporáneo*. Traducción de María Virginia Martínez Bretones y Gregorio Robles Morchón. Edición alemana a cargo

Para tratar de revulsionar el anterior ‘círculo vicioso’, algunos filósofos y iusfilósofos contemporáneos han pretendido articular dos disciplinas hasta hace poco separadas: la ontología, que se ocupa del ser y la gnoseología que se ocupa del conocer. Así, en primer lugar, vale la pena proponer que la filosofía y la teoría del derecho de nuestro tiempo, estructure sus nociones sobre el ser y conocer jurídicos de manera conjunta, dentro de una nueva rama de la filosofía que bien puede denominarse como ‘ontognoseología’ y que vendría a ser una ontología que parta de la explicitación de sus presupuestos gnoseológicos.<sup>25</sup>

La ontognoseología necesita servirse de la precomprensión (*vorgriff*) como una importantísima herramienta metodológica reivindicada por la filosofía hermenéutica.<sup>26</sup> Se trata de retomar los planteamientos de H.G. Gadamer y de P. Ricoeur para reconocer que “todo entendimiento se construye a partir de necesarios sobreentendidos” y de que toda investigación exige, previamente, de ‘hipótesis provisionales y providentes’, que sirven como apoyo para el conocimiento, con tal de que no se desplacen al ‘ámbito temático’, donde correrían el riesgo de convertirse en ‘prejuicios’. La ontognoseología debe así estructurarse a partir de sucesivas precomprensiones, a través de las cuales, se reflexione sobre lo ‘dado’ (objeto, realidad), desde lo ‘puesto’ (sujeto, método) y viceversa.

Partiendo de las anteriores ideas —que nos ofrecen el estatuto filosófico de una teoría del derecho ontognoseológica y precomprensiva—, la reflexión sobre el ser de lo jurídico debe estar precedida por la consideración de la ‘encrucijada iusfilosófica de nuestro tiempo’. Dicha encrucijada conviene ubicarla precisamente dentro del contexto de la crisis por la que atraviesa actualmente la civilización occidental, crisis que nos urge a una superación que puede llevarse a cabo a través de la vía global.

---

de Arthur Kaufmann y Winfried Hassemer. Madrid. Editorial Debate. 1992, p. 49, Luis Legaz y Lacambra. *Filosofía del Derecho*. Segunda edición. Madrid. 1961, p. 32, Marcelino Rodríguez Molinero. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid. Edita Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, p. 19.

<sup>25</sup> En el ámbito iusfilosófico puede verse a Miguel Reale. *Teoría Tridimensional del Derecho*. Traducción de Ángeles Mateos. Madrid. Editorial Tecnos. 1997, p. 82.

<sup>26</sup> Véase especialmente a Hans-Georg Gadamer. *Verdad y Método*. (Traducción Ana Agud y Rafael de Agapito. Décima edición. Salamanca. Ediciones Sígueme. 2003). Respecto de la comprensión mediante la precomprensión en el ámbito específico del derecho, véase a Ulrich Schroth “Hermenéutica Filosófica y Jurídica.” en *El Pensamiento...*, op. cit., pp. 289-309.

Y la vía global constituye precisamente una alternativa ante dos tendencias filosóficas muy presentes en nuestros días: a) la ‘senda tardomoderna’, que pretende sacar a la modernidad filosófica de su crisis, paradójicamente, desde las coordenadas del propio pensamiento moderno (escepticismo-racionalista de Descartes / idealismo-criticista de Kant) y b) el ‘camino posmoderno’, que ha adoptado una postura y una actitud confusa de desencanto, escepticismo, contentándose con describir, desde una perspectiva pesimista y conformista, los aspectos más negativos de la realidad y del pensamiento de nuestro tiempo.

A la senda tardomoderna pertenecen filósofos como J. Habermas y J. Rawls y en el ámbito jurídico, pensadores como R. Alexy, A. Aarnio y A. Kaufmann, que conscientes de la crisis de la modernidad, se esfuerzan por superarla —paradójicamente— arraigados todavía en su epistemología escéptica y crítica, que pretenden superar desde diversos modelos procedimentales y discursivos. Por su parte, dentro del camino posmoderno, pueden ubicarse a intelectuales como J. Derrida y J.F. Lyotard y en el campo de lo jurídico a la escuela del ‘realismo jurídico escandinavo’ (A. Ross, K. Olivercrona) y otras corrientes de pensamiento jurídico, que conciben al derecho como un mero ‘instrumento de dominación’ o ‘fenómeno de poder’, y que parecieran resignarse con la supuesta explicación de una realidad deprimente, en lugar de intentar cambiarla, asumiendo una actitud más bien escéptica y negativa.

Ahora bien, el anterior marco general resulta insuficiente para ubicar la pretensión de la teoría global del derecho; es necesario, al menos brevemente, referirnos a los últimos desarrollos de la filosofía general y jurídica.<sup>27</sup>

Para ello, es necesario en primer lugar reconocer que el siglo XX uno de los periodos más complejos y abigarrados en la historia del pensamiento occidental, tanto por los problemas del pensamiento moderno-contemporáneo, cuanto por haberse tenido que enfrentar al fracaso de la cultura y de la civilización occidentales que supusieron las dos guerras mundiales.

Por un lado, los extremos —y el fracaso— del racionalismo moderno, provocaron por la vía de la reacción el surgimiento de nuevas filosofías vitalistas y del sentimiento, como las planteadas por Kierkegaard, Schopenhauer y Nietzsche, mismas que desembocaron en una filosofía irracionalista que

---

<sup>27</sup> Sobre las direcciones fundamentales del pensamiento filosófico en nuestro tiempo puede verse el opúsculo de Mauricio Beuchot y Miguel Ángel Sobrino. *Historia de la filosofía moderna y contemporánea*. (México. Editorial Torres. 2003) o la obra más extensa de Giovanni Reale y Dario Antiseri. *Historia del Pensamiento Filosófico y Científico*. Traducción J.A. Iglesias. Barcelona. Editorial Herder. 2004.

tendría después importantes proyecciones, influyendo también en el postmodernismo.

El empirismo, que durante el siglo XIX se transformó en positivismo científico, utilitarismo y pragmatismo, experimentó durante el siglo XX un giro insospechado con el positivismo lógico —también de raíces kantianas— que trasladó el interés filosófico al ámbito del lenguaje y la lógica. La filosofía analítica —deudora tanto del empirismo positivista, como del criticismo y del racionalismo— anticipada por Russel, fundada por Wittgenstein y continuada como filosofía crítico-racional de la ciencia por Popper, es otra de las direcciones características de la reflexión durante el siglo XX.

Durante el siglo XIX apareció el marxismo, que más allá del fracaso del proyecto político comunista de corte leninista-stalinista, tuvo una profunda repercusión en el pensamiento del siglo XX, principalmente a través de su materialismo dialéctico e histórico, así como de su profunda crítica a la desigualdad social y su llamada a la acción que ha permeado, por ejemplo, en la Escuela de Frankfurt o en la Teología de la Liberación.

En otro ámbito, ante el agotamiento del racionalismo y del empirismo, surgieron la fenomenología y los existencialismos, como filosofías que pretendieron retomar la atención sobre el mundo y el hombre, dejando atrás los problemas gnoseológicos que obsesionaron al pensamiento de la modernidad. El llamado de Husserl a ocuparse del mundo de la vida y a regresar a las cosas, tuvo una importante y fecunda resonancia dentro del pensamiento del siglo XX, destacando especialmente los planteamientos de Heidegger, Ortega y Gasset, Sartre y Mounier, debiéndose a éste último la conformación de una importante corriente de pensamiento cristiano, conocida como ‘personalismo comunitario’.

Junto a las anteriores líneas de pensamiento, recientemente ha convocado a una considerable parte del pensamiento actual la filosofía hermenéutica (Gadamer y Ricoeur), heredera de la fenomenología y también del existencialismo, en virtud de la amplitud de sus postulados que han puesto un énfasis especial en la naturaleza simbólica e interpretativa de la cultura y la historia como parte fundamental del mundo del hombre.

Muchas otras corrientes de pensamiento de desarrollaron durante el siglo XX, como el estructuralismo (Saussure, Levi-Strauss, Foucault), las filosofías de la diferencia como la deconstrucción de Derrida y el feminismo y, desde luego, el postmodernismo (Vattimo, Lipovetsky, Lyotard, Rorty).

En resumen, el panorama filosófico general del siglo XX fue abrumadoramente complejo, produciéndose tal diversidad de corrientes y planteamien-

tos, que no es posible encontrar siquiera un consenso mínimo sobre lo que es la filosofía, sus contenidos, sus problemas, su lenguaje ni sus métodos.

Ahora bien, dentro del anterior contexto de desorientación filosófica general 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 iusfilosóficas’ y de ‘metodologías jurídicas alternativas’, que denunciaron abiertamente los peligros que encerraba el positivismo legalista como dogmática jurídica dominante.<sup>28</sup>

Surgió así un nuevo interés por la ‘justicia material’ y los ‘contenidos éticos’ del derecho, cuyas principales direcciones filosóficas fueron: a) el estimativismo de corte neokantiano culturalista (E. Lask, G. Radbruch), b) el iusnaturalismo protestante y racionalista (J. Ellul, E. Wolf, E. Brunner), c) el iusnaturalismo neotomista c.1) católico tradicional escolástico legalista (V. Cathrein, F. Utz, F. Olgiati, J. Maritain, L. Fuller) y c.2) neotomista prudencialista (J. Hervada, M. Villey, J.B. Vallet de Goytisolo, J. Finnis), d) un grupo relativamente heterogéneo (fenomenólogos, existencialistas y neokantianos) 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, W. Maihofer, L. Recaséns Siches, J. Rawls) y e) la corriente renovadora de los derechos humanos, como ciertos derechos mínimos, sustantivos y contentutísticos a ser ‘garantizados’ formal y materialmente mediante la legislación internacional primero y nacional después, mediante instituciones tutelares como la figura del *Ombudsman*, o mediante los instrumentos propios de la Justicia Constitucional y la Justicia Supranacional, ampliamente desarrollados y perfeccionados durante la segunda mitad del siglo XX, de acuerdo con una ‘perspectiva positivista débil’, también llamada ‘neoconstitucional’ o ‘garantista’ (N. Bobbio, H.L.A. Hart, L. Ferrajoli).

---

<sup>28</sup> Sobre las principales escuelas iusfilosóficas contemporáneas y sus fundamentos filosóficos generales, pueden verse los capítulos 9 a 11 del libro Pampillo. *Historia...*, op. Cit, que incluyen una completa bibliografía sobre las mismas. En general pueden verse también el tomo tercero de Guido Fassò. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción por José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid. Ediciones Pirámide. 1966, así como la obra clásica de Karl Larenz. *Metodología de la ciencia del derecho*. (Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona. Editorial Ariel. 1966, el recuento general que hace Recaséns Siches, Luis, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX*. México. Editorial Porrúa. 1963 y la espléndida exposición de José María Rodríguez Paniagua. *Historia del Pensamiento Jurídico*. Quinta edición. Madrid. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1984.

También durante la segunda mitad del siglo XX y en buena medida como reacción al formalismo kelseniano, proyectaron su influencia algunas escuelas del naturalismo jurídico.

Destacó por su amplia difusión y peculiares postulados el ‘realismo jurídico escandinavo’ (A. Hägerström, W. Lundsted, K. Olivecrona, A. Ross), que afirmó— con un indudable ‘dejo posmoderno’— que derecho es ante todo un ‘fenómeno empírico de fuerza’, que se agota en la sola ‘realidad de su coacción externa’. Partiendo de la anterior premisa, para esta escuela las formas, los procedimientos, las sanciones, los propios conceptos jurídicos y la misma jurisprudencia, no son otra cosa sino ‘palabras, ritos y símbolos’ enteramente vacíos, tendientes a instrumentar una coacción mediante su ‘reforzamiento psíquico’.

Dentro del ámbito anglosajón, ejerció también una gran influencia el ‘realismo jurídico americano’ (O.W. Holmes, J. Frank) y la *sociological jurisprudence* (R. Pound y B. Cardozo), que sostuvieron que el derecho, más que lógica y reglas, era experiencia y hechos, realidades, más que libros, lo que sostienen los jueces en sus casos, basándose sobre todo en los hechos, en las costumbres y en los precedentes, más que en las normas jurídicas o en los conceptos. Actualmente, el realismo anglosajón se ha traducido en una gran diversidad de corrientes, entre las que destacan el Análisis Económico del Derecho (*Law & Economics*) y varias escuelas críticas entre las que destaca la llamada *Critical Legal Studies*, uno de cuyos principales representantes es D. Kennedy. Ésta escuela busca imprimirle a la enseñanza jurídica un sentido de responsabilidad y compromiso que aleje a los estudiantes de derecho de la tentación de convertirse en operadores jurídicos exclusivamente para mantener —o alcanzar— un *status quo*. Otras teorías críticas que se han venido desarrollando en los últimos años son el feminismo (*Feminist Legal Theory*) y el racismo (*Critical Race Theory*). Contrapunto de las mismas han sido movimientos que han buscado reivindicar la naturaleza cultural del derecho, como *Law & Culture*, y *Law & Religion*, entre otras.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Sobre las escuelas jurídicas angloamericanas véanse John H. Langbein, Renée Lettow Lerner, Bruce P. Smith. *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*. New York. Aspen Publishers. 2009, Eva H. Hanks, Michael E. Herz y Steven S. Nemerson. *Elements of Law*. Cincinnati. Anderson Publishing. 1994, Brian H. Bix. “Legal Philosophy in America” in Cheryl Misak (editor) *The Oxford Handbook of American Philosophy*. Consultado en <http://ssrn.com/abstract=1096207>, Social Science Research Network, consultado a principios de junio de 2012, y Garald J. Postema. *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*. en <http://ssrn.com/abstract=1794275>, Social Science Research Network, consultado a principios de junio de 2012.

Por su parte, algunos iusfilósofos angloamericanos del siglo XX que pueden ser considerados como formalistas, como H.L.A. Hart y R. Dworkin desarrollaron y debatieron entre sí sobre categorías formales diferentes de las normas, como las reglas y los principios, así como sobre las dificultades de su aplicación necesaria y unívoca a los casos concretos y en especial a los así denominados casos difíciles.

Paralelamente a las anteriores corrientes (estimativistas, naturalistas y formalistas), irrumpió en el ámbito de la filosofía del derecho, un renovado interés por la 'lógica' y la 'argumentación jurídicas', en buena medida propiciado por una profunda insatisfacción con el 'empobrecimiento del razonamiento jurídico', agotado en el silogismo judicial, como aplicación acrítica de la norma legal a través de la norma jurídica individualizada mediante un razonamiento formal deductivo.

Las primeras manifestaciones de esta tendencia podemos referirlas al mismo positivismo jurídico, que desarrolló sus propios estándares formales de argumentación con U. Klug. Sin embargo, pronto aparecieron también nuevos y estimulantes estudios sobre la 'lógica deóntica' (G. H. von Wright y G. Kalinowsky), la 'tópica' (Th. Viehweg) y la 'nueva retórica' (Ch. Perelman), así como las denominadas 'teorías estándar de la argumentación jurídica' (N. McCormick y R. Alexy) que además de enriquecer los instrumentos y las técnicas de la argumentación actual, han contribuido al reconocimiento de la 'contextura dialógica' del propio derecho.<sup>30</sup>

Bajo la influencia de las anteriores corrientes —entre otras, según cada autor, como el marxismo, el existencialismo y la filosofía analítica— última-mente se han elevado diversas voces (Jürgen Habermas, Arthur Kaufmann, Robert Alexy y John Rawls) que han propuesto, a partir de un 'modelo discursivo', una 'teoría procedimental del derecho', con sesgos 'neocontractualistas', que pretende obtener resultados materiales desde la formalidad de los procedimientos comunicativos.

Por último, dentro del debate iusfilosófico de los últimos años, debe recordarse también como algunos supieron captar, que tanto el formalismo, cuanto el naturalismo o antiformalismo y el estimativismo tenían su profundo 'momento de verdad'. Más aún, que dicho momento de verdad se esfumaba tan pronto como pretendían reducir el todo a una de sus partes. En efecto, si bien el derecho tenía un momento de positividad formal, de efectividad em-

---

<sup>30</sup> Un panorama general de las diversas teorías de la argumentación jurídica puede encontrarse en Manuel Atienza. *Las Razones del Derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica*. (Madrid. Edita el Centro de Estudios Constitucionales. 1997).

pírica y de validez axiológica, no podía agotarse tampoco en su sola validez formal, ni en su sola factualidad, ni en su sola validez material o intrínseca.

Así se fue abriendo paso una corriente tridimensional, triádica o triatómica del derecho, que en México alcanzó su más acabada expresión en la sugerente ‘Teoría de los Tres Círculos’ debida al iusfilósofo Eduardo García Maynez, pero que encontró su más afortunada expresión en la *Teoría Tridimensional del Derecho* de Miguel Reale, quien definió al derecho como “una integración normativa de hechos según valores”.

Esta última corriente de pensamiento ha evolucionado hasta nuestros días dando lugar a nuevas teorías integracionistas, como la tetratómica propuesta recientemente por Pérez Luño —que agrega el elemento horizontal-diacrónico de la historia— y la propia ‘teoría global del derecho’ objeto del presente capítulo, que han pretendido recuperar la complejidad multidimensional de lo jurídico.

En síntesis, dentro de un contexto de enorme diversidad y desorientación filosófica general (criticismo neokantiano, vitalismo, positivismo, filosofía analítica, fenomenología, existencialismo, hermenéutica, estructuralismo, deconstruccionismo, filosofía de género, marxismo, culturalismo, personalismo, etcétera), ante la gran crisis de la civilización y de la cultura occidentales tras la segunda postguerra y como reacción ante la crisis de la dogmática positivista, surgieron diversas corrientes iusfilosóficas y metodologías jurídicas alternativas, destacando: a) las teorías estimativistas que buscaron reivindicar la justicia material (culturalistas neokantianas, iusracionalistas, neotomistas, garantistas), b) el nuevo naturalismo antiformalista (realismo angloamericano) y el posmodernismo jurídico (realismo jurídico escandinavo), c) las teorías de la argumentación jurídica (lógica deóntica, tópica, nueva retórica) y las teorías procedimentales del derecho y d) las teorías comprensivas e integradoras del derecho (tridimensionalismo, *integrative jurisprudence*, tetradimensionalismo, teoría global del derecho), que han buscado comprender mejor al derecho, a la ciencia jurídica y a la praxis jurídica de nuestro tiempo.

Contextualizada la anterior encrucijada, a la que se enfrenta actualmente la filosofía jurídica de nuestro tiempo, resta tan sólo decir que la teoría global del derecho pretende ubicarse dentro de la misma para desenvolver sus planteamientos de modo dialogal con las anteriores corrientes y, también articularlas analógicamente —sin caer en yuxtaposiciones sincréticas— buscando a veces la *coincidentia oppositorum* y otras la coordinación armónica de planteamientos, que lejos de ser excluyentemente contradictorios, son en realidad profundamente complementarios.

Se trata, retomando los planteamientos de la hermenéutica analógica de M. Beuchot —a los que nos referimos anteriormente— de buscar la proporción conjuntando la ductilidad y el rigor: ductilidad contra los excesos de los unilateralismos, que pretenden reducir la complejidad de la realidad a una sólo perspectiva, pero también rigor contra las laxitudes de una equivocidad sincrética que —en el extremo opuesto— considera que cualquier perspectiva y opinión puede ser igualmente válida. En términos coloquiales, ductilidad para comprender que ‘no todo es blanco o negro’; rigor para reconocer igualmente que ‘no todo es gris’. El derecho, como se expondrá, es pues, por un lado, argumentación, pero no sólo argumentación; es norma, pero no sólo norma. Pero también, el derecho, que es realidad social compleja, no es sólo una yuxtaposición de aspectos y cualidades, siendo aquí donde la hermenéutica analógica nos ayuda a distinguir entre los elementos esenciales, existenciales, accidentales y propios, asignándole su lugar a cada uno.

## 2) Perspectiva y método

Definidos el estatuto epistemológico y la encrucijada filosófica y iusfilosófica de nuestro tiempo, conviene referirnos a la ‘perspectiva’ desde la cual puede observarse adecuadamente la realidad jurídica.

Dicha perspectiva, en claro deslinde del pensamiento de la modernidad, puede denominarse como la ‘perspectiva del ángel benigno’, pues pretende ubicarse en las antípodas de la perspectiva del racionalismo cartesiano, basado —como es sabido— sobre un ‘mito’, el del ‘genio maligno’, desde el del cual Descartes postula su ‘pesimismo gnoseológico’ y su ‘escepticismo paranoico’ (pienso luego existo – duda metódica).<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> La hipótesis del genio maligno fue planteada por Descartes en su Meditación Primera de la siguiente manera: “Supondré pues, que Dios —la Suprema Bondad y la Fuente soberana de la verdad— es un genio astuto y maligno que ha empleado su poder en engañarme; creeré que el cielo, el aire, la tierra, los colores, las figuras, los sonidos y todas las cosas exteriores, son ilusiones de que se sirve para tender lazos a mi credulidad; consideraré, hasta que no tengo manos, ni ojos, ni carne, ni sangre, ni sentidos y que a pesar de ello creo falsamente poseer todas esas cosas; me adheriré obstinadamente a estas ideas; y si por este medio no consigo llegar al conocimiento de alguna verdad, puedo por lo menos suspender mis juicios, cuidando de no aceptar ninguna falsedad. Prepararé mi espíritu tan bien para rechazar las astucias del genio maligno, que por poderoso y astuto que sea no me impondrá nada falso.” René Descartes. “Meditaciones Metafísicas” en *Discurso del Método, Meditaciones Metafísicas, Reglas para la Dirección del Espíritu, Principios de la Filosofía*. (Introducción y notas por Francisco Larroyo. Segunda Edición. México. Editorial Porrúa. 1972), p. 58.

Partiendo de la misma realidad que Descartes —la deficiencia de nuestros sentidos y las limitaciones de nuestra razón— en lugar de inventar un genio maligno encargado de confundirnos, llevándonos a un pesimismo gnoseológico y a un ‘idealismo criticista’ en lo ontológico (Kant), parece mejor ‘exorcizarlo’, asumiendo un ‘optimismo moderado en la gnoseológico’ y un ‘decidido realismo en lo ontológico’.

Es decir, se parte del supuesto de que el hombre, a pesar de sus limitaciones, es capaz de conocer la verdad mediante la observación metódica, la reflexión dialéctica y la confianza o apertura a los demás y al legado de la cultura. Igualmente, se parte del presupuesto de que la realidad existe, es algo dado que se nos presenta integralmente y no de manera separada y se desarrolla en el tiempo conforme a un principio dinámico que rige su desenvolvimiento. Niega en contrapartida que la realidad sea algo puesto o inventado por el hombre, que se nos presente dividida o mutilada por entendimientos ‘apriorísticos’, ‘aposteriorísticos’, o relativos a un ‘mundo del ser sin deber ser’, o del ‘deber ser sin el ser’, o que se agote en su sola realidad fenoménica, sensible o empírica actual.

Más aún, la perspectiva del ángel benigno se caracteriza por ser también una perspectiva de ‘humildad’, de ‘apertura’ y de ‘dialoguicidad’.

Todavía más, en tanto que interesada en la comprensión ontológica del ser del derecho, la perspectiva del ángel benigno es una ‘perspectiva filosófica’, es decir, ‘radical’ y ‘fundamental, basada también sobre el principio del ‘restablecimiento de la unidad dialéctica’ que presentan ‘el ser, el saber y el existir’, dada la ‘implicación trascendental’ entre los mismos, por donde, propiamente, la ontognoseología jurídica viene a ser en realidad una ‘onto-gnoseo-antropología jurídica’. En otros términos: además del problema circular entre el sujeto y el objeto, cuando ‘el sujeto se implica en el objeto’, como en el caso del derecho, sobre todo respecto de ciertos temas que tienen que ver con su ‘propia existencia’ (matrimonio, divorcio, filiación, adopción, eutanasia, aborto, clonación, pena de muerte, etcétera), existe el ‘riesgo’ de que ‘el sujeto proyecte sobre su objeto’ sus propios ‘miedos’, ‘atavismos’, ‘prejuicios’ y ‘creencias’, por lo que se le exige al mismo, tanto la ‘toma de conciencia’ sobre esta dificultad sobreañadida, cuanto la ‘mayor cautela’ para evitar dicha ‘contaminación subjetiva’ sobre su objeto de estudio.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño. “Aspectos filosófico-jurídicos de la eutanasia. Un intento de fundamentación epistemológica de la bioética desde la Teoría Global del Derecho” en *Medicina y Ética. Revista Internacional de Bioética, Deontología y Ética Médica*. México. Facultad de Bioética de la Universidad Anáhuac. 2007.

Pero aún hay más. La perspectiva del ángel benigno debe ser, en tanto que perspectiva filosófica, una ‘perspectiva global’, que nos permita apreciar la ‘totalidad de realidad jurídica’, mediante una especie de ‘federación’ superadora e integradora de cualquier ‘perspectiva parcial’, a fin de que pueda ‘comprender’ al derecho en su ‘variada complejidad’ humana, social, política, económica, cultural, etcétera. Sin embargo, a pesar de su ‘globalidad filosófica material’, es necesario que medite sobre el derecho observándolo según ‘cierta formalidad’: la jurídica. En efecto, la filosofía del derecho en general y la ontología jurídica en lo particular no solo buscan dar una razón filosófica —y por ende comprensiva, integradora y global— del derecho, sino precisamente, el dar una razón filosófica sobre el derecho ‘en tanto que derecho’, no en tanto que orden social, estructura del poder político, factor de desarrollo económico, o instrumento de fomento cultural.<sup>33</sup>

Descrita la perspectiva del ángel benigno —vía global, optimismo gnoseológico, realismo ontológico, humildad, apertura, dialoguicidad, radicalidad filosófica, materialmente global y formalmente jurídica— desde la cual intenta comprender al derecho la teoría global, falta únicamente, dentro de sus presupuestos filosóficos, la enunciación del ‘itinerario metodológico’.

Dicho itinerario puede denominarse, expresivamente, ‘método de la doble *reditio* jurídica’, en virtud de que pretende un doble regreso consistente en una serie de precomprensiones, de ‘idas’ y ‘regresos’, de reflexiones dialécticas e interactivas entre sí, que a través de ‘ires’ y ‘venires’ —es decir, de precomprensiones y regresos— desde el sujeto hacia el objeto, desde el objeto hacia el sujeto, del conocer al ser, del ser al conocer y del ser y del conocer al existir y viceversa, sirvan para aclarar el método desde el objeto y, a su vez, el objeto desde el método, superando definitivamente el problema ontognoseoantropológico.

Por su misma estructura, el método de la doble *reditio* asegura el ‘máximo rigor y resistencia filosófica’, por cuanto que permite ‘esclarecer la existencia del derecho desde su esencia’, ‘clarificar lo dado desde lo puesto’ y analizar la experiencia fenomenológica desde el objeto ontológicamente considerado. Además, el método de la doble *reditio* ofrece por lo mismo una explicación sobre nuestro derecho, considerando ‘su ser, su devenir pretérito y su existir actual’, desde la gnoseología, la ontología, la fenomenología, la historia, la filosofía de la historia y la filosofía de la cultura jurídicas.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Cfr. Javier Hervada. *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*. (Segunda Edición. Pamplona. Editorial de la Universidad de Navarra. 1995), p. 49.

<sup>34</sup> Éste método se encuentra desarrollado en Pampillo. *Filosofía...*, op. cit., capítulo IV y en *Historia...*, op. cit., capítulo I.

A través del método de la doble *reditio*, la teoría global del derecho identificó las experiencias jurídicas más significativas, para construir desde ellas las perspectivas parciales, que una vez federadas, permitieron la articulación de una perspectiva global. Dichas experiencias jurídicas son: a) la experiencia personal de la libertad, b) la experiencia social de la relación distante, c) la experiencia del orden debido, d) la experiencia simbólica de la expresión formal y e) la experiencia temporal de la variación histórica. Cada una de las anteriores experiencias nos ofrece una perspectiva y entre todas, una visión completa del derecho.

### C. LA TEORÍA GLOBAL DEL DERECHO: FUNDAMENTOS

#### 1) Fundamentos antropológicos

Toda experiencia jurídica es una experiencia humana. Como observara el jurista romano Hermogeniano: “el hombre es causa de creación de todo derecho” (*hominum causa omne ius constitutum est*). Todo derecho tiene al hombre como su origen, fundamento y finalidad.<sup>35</sup> Por ello mismo, el hombre en un tema central de la filosofía jurídica, por lo que ésta debe partir de ciertas nociones antropológicas.<sup>36</sup>

En términos muy generales, puede caracterizarse al hombre como un “existente autoconsciente”. En efecto, el hombre no es, existe; está siendo, en el tiempo y en el espacio, limitado y condicionado a un momento y a un lugar determinado, donde debe desenvolverse. Pero el hombre no solo existe, sino que además, es el único ser consciente de su propia existencia. El conocimiento de sí mismo o ‘autognosis’, que fue para los griegos el principio de toda sabiduría —*gnothi suaetón*— es también la culminación de toda reflexión filosófica, pues como observara San Agustín, “en el interior del hombre se

---

<sup>35</sup> Cfr. Sergio Cotta. ¿Qué es el Derecho? Traducción por José Joaquín Blasco. Segunda edición. Madrid. Ediciones Rialp. 1995, p. 10.

<sup>36</sup> Por esto mismo ha observado con razón A. Kaufmann: “Si en la filosofía del derecho actual domina la conciencia de que no sabemos exactamente lo que el derecho es, hay que decir que esto constituye sólo un reflejo de una perplejidad aún más profunda acerca de lo que es el hombre.” Kaufmann. “Panorámica...”, op. cit., p. 108. Sobre antropología filosófica, además de la abundante bibliografía en la materia, pueden verse los diversos trabajos publicados dentro de la obra *Memorias del XIII Congreso Internacional de Filosofía. Comunicaciones sobre el Tema I: El Problema del Hombre*. Volúmen 2. México. Edita la Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1963. Es de fácil acceso y puede consultarse con provecho los libros de Julián Marías. *El tema del hombre*. México. Editorial Espasa-Calpe. Colección Austral. 1994 y *Antropología Metafísica* Madrid. Alianza Editorial. 2000.

encuentra la verdad”. De hecho, la ‘toma de conciencia’ de sí mismo y de su existencia, le lleva al hombre a descubrir no sólo su yo psicológico, sino también a descubrir en los demás la idea de otredad —o de proximidad—, conduciéndolo también a descubrir que dichas reflexiones, son en sí mismas el resultado de una ‘virtud intelectual’ que no puede atribuirse a ninguno de los órganos materiales de su corporalidad.

Pero su intelectualidad le sugiere al hombre que su existencia no se agota en la ‘materia’, sino que abarca un ámbito inmaterial o ‘espiritual’, que es condicionante de su misma intelectualidad, así como de su propia emotividad. De esta manera el hombre se percata de que es, como ha observado Basave, una especie de “centauro ontológico”, un “espíritu encarnado” —*corpore et anima unus* según la expresión teológica—, que como ‘naturaleza anfibia’, se debate entre una ‘naturaleza inmaterial’, llamada a trascender, ansiosa de eternidad y una ‘naturaleza corporal’, contingente y corruptible, fatalmente condenada a la muerte... Por ello mismo, la vida del hombre como “absoluto-relativo” —según la expresión de X. Zubirí— tiene una condición dramática y hasta trágica.<sup>37</sup>

Como existente autoconsciente, anfibio entre la materia y el espíritu, el hombre ‘es a caballo’ entre el ‘espíritu que se expresa’ y la ‘materia’ como ‘condicionante de la expresión’. De aquí que, como ha destacado Ernst Cassirer, el hombre es un “animal simbólico”, que depende de signos, símbolos y señales para comunicar, a través de la materia, sentidos y significados inmatrimales o espirituales.<sup>38</sup>

Pero en tanto que existente autoconsciente, espíritu encarnado, principio inmaterial constreñido a una corporalidad material y animal simbólico cuya expresividad se encuentra condicionada por la materia, su ‘naturaleza’ es ‘universal e inmutable’, de un lado, pero igualmente ‘histórica y cultural’ por el otro, encarnada siempre en diversos contextos espacio-temporales. En otras palabras: la esencia y naturaleza del hombre son inmutables, aunque su existencia es siempre histórica y, como tal, dicha existencia condiciona su propia esencia y naturaleza, imprimiéndole una nota de temporalidad, de contingencia, de historicidad. En razón de la anterior paradoja, las nociones

<sup>37</sup> Cfr. Agustín Basave Fernández Del Valle. “La dimensión jurídica del hombre. Fundamentos de Antropología Jurídica.” en *Estudios de Filosofía del Derecho en Homenaje al Doctor Eduardo García Maynez*. México. Edita la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1973, Xavier Zubirí. *El hombre y Dios*. Madrid. Alianza Editorial. 1985 y *Gaudium et Spes* n. 14,

<sup>38</sup> Ernst Cassirer. *Antropología Filosófica*. Quinta edición. México. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1968

del hombre han saltado, desde hacerlo “medida absoluta de todas las cosas” (Protágoras), hasta convertirlo en un “ser para la nada”, cuya vida es una “pasión inútil” (J.P. Sastre). Esta dualidad, fuente de contradicciones e inconformidades, acaba por conducir a los filósofos a la conclusión de que el hombre, su existencia, su vida y su muerte, son un auténtico misterio y, como todo misterio, escapa a la comprensión de nuestra razón... La naturaleza humana se nos esconde (*homo est absconditus*), es insondable y por eso ha observado la antropología, que el existente humano es, hasta cierto punto, indefinible (*individuum est ineffabile*).

Pero, si el derecho como experiencia típicamente antropológica, arraiga en el hombre como *existente autoconsciente* —y como tal, anfibio, simbólico y misterioso—, ciertamente no radica en el hombre impersonalmente caracterizado. La raíz del derecho es, por el contrario, ‘el hombre real concreto’, el “hombre de carne y hueso” del que hablara Unamuno, el hombre en tanto que ‘persona’.<sup>39</sup> Y dicho ‘hombre-persona’, en tanto que individuo concreto, es también un ‘existente cultural’, injertado en una determinada ‘circunstancia’, que —como ha señalado Ortega y Gasset—, es constitutiva de su propio ser.<sup>40</sup> Es así el hombre como persona, alguien único e irreplicable, perteneciente a una cultura también única, presente en un tiempo y en un espacio determinados, la verdadera raíz de todo derecho y, por ende, todo derecho debe ordenarse al servicio del hombre persona en su circunstancia concreta.

Y el hombre como individuo, como persona, es ante todo ‘libertad’. De hecho su grandeza se encuentra en su capacidad de ‘hacerse a sí mismo’, de ‘gestionar su naturaleza’, de ‘definirse’ según su propio ‘arbitrio’. Pero la libertad no debe entenderse como una ‘autonomía locomotriz’ en un sentido empírico, es decir como una mera “libertad de hacer”, de hacer cualquier cosa, sino que antes bien debe entenderse desde la ‘dinamicidad teleológica’ de la ‘naturaleza humana’. En efecto, la libertad se encuentra referida a las profundidades del hombre donde se halla su sentido y dirección. Se trata de una auténtica “libertad para”, de una libertad para ser, para más ser, para mejor ser.<sup>41</sup> De una libertad, cuyas resonancias nos vienen desde la lírica clásica, cuando el poeta Píndaro exhortaba a los atletas olímpicos con su famosa arenga: “llega a ser el que eres”...

---

<sup>39</sup> Cfr. Miguel de Unamuno. *Del sentimiento trágico de la vida*. México. Editorial Origen/Planeta. 1986, pp. 7 y 8.

<sup>40</sup> Cfr. Ortega y Gasset. “Meditaciones del Quijote” en *Obras...*, op. cit., p. 13.

<sup>41</sup> Sobre éstas nociones de “libertad de” y “libertad para”, originalmente cfr. Erich Fromm. *El miedo a la libertad*. (Traducción de G. Germani. México. Editorial Paidós. 1990).

La libertad para puede entenderse así como la “autonomía de gestión que todo hombre tiene de sus exigencias naturales, con el fin de alcanzar su propio destino” y, vistas así las cosas, dicha libertad constituye el fundamento próximo de la eminente dignidad de la persona humana. Ciertamente, la consideración que el hombre merece, desde un punto de vista filosófico y también jurídico, descansa sobre su condición de ser persona, que es tanto como decir sobre su libertad para realizarse como hombre en todos los sentidos. Y de dicha dignidad se sigue también que toda persona es un fin en sí misma, no susceptible de ser mediatizada o instrumentalizada al servicio de otro fin superior a ella misma.

De lo anterior se deriva que todo ordenamiento jurídico debe partir de una adecuada concepción de la naturaleza humana, de la comprensión de que el *homo juridicus* o sujeto de derechos y obligaciones es siempre una persona concreta, individual y circunstanciada y de que todo derecho debe tutelar, como su máximo bien, la eminente dignidad de la persona, mediante la delimitación de su ámbito de libertad para la autorrealización. En éste último sentido, el derecho es libertad y, más específicamente, delimitación de libertades interactuantes y contrapuestas, llamada a evitar interferencias y, en caso de producirse, a procurar compensaciones y establecer responsabilidades. Es decir, desde la perspectiva personal de la libertad, el derecho puede entenderse como *el conjunto de las limitaciones establecidas respecto de las facultades subjetivas para garantizar el respeto a la dignidad de la persona humana y promover su libre desarrollo*.<sup>42</sup>

## 2) Fundamentos sociológicos, económicos y políticos

La experiencia jurídica es una experiencia radicalmente humana, pero específicamente es una experiencia de vida humana en sociedad. Ya sea que —siguiendo la distinción propuesta por F. Tönnies— se le encuentre agrupado en torno a la ‘comunidad’ (*Gemeinschaft*) o en torno a la ‘sociedad’ (*Gesellschaft*), según se quiera hacer preponderar el aspecto ‘natural gregario’ o ‘volitivo asociativo’ en el origen de la convivencia, lo cierto es que la dimensión social es constitutiva del existir humano. De aquí que hasta nuestros días se repita el tópico, “donde está la sociedad, allí hay derecho; donde está el derecho, allí hay sociedad” (*ubi ius ibi societas, ubi societas ibi ius*).<sup>43</sup>

<sup>42</sup> Más en extenso se aborda el tema dentro del capítulo V del libro Pampillo. *Filosofía...*, op. cit.

<sup>43</sup> Sobre el debate entre el origen de la sociedad en la naturaleza o en la voluntad humanas cfr. Isaac Guzmán Valdivia. *El Conocimiento de lo Social. La Sociología Científica y la Ontología Social*. Sexta edición. México. Editorial Jus. 1990, pp. 145 y ss.

La realidad del derecho se ubica dentro de la realidad social humana, que por ser una ‘realidad relacional’, condiciona la misma contextura del derecho que es también, esencialmente, relacional.

Ahora bien, la realidad relacional del derecho toma la forma de las ‘relaciones polares’, o sea, de aquéllas caracterizadas precisamente por la correlatividad de sus polos contrapuestos, que en el caso del derecho, son el crédito y la deuda.<sup>44</sup>

Más aún, el derecho se ubica precisamente dentro del ámbito de las relaciones de convivencia social distantes o separadas y no cercanas o íntimas. Siguiendo a este respecto las ideas del iusfilósofo Legaz y Lacambra, la vida del hombre es de naturaleza personal cuando es vivida “desde uno mismo”, o sea desde el “centro de intimidad personal”, siendo su exigencia propia la autenticidad y su forma típica la libertad. En contrapartida, la vida del hombre es de naturaleza social respecto de aquellas relaciones que son vividas “desde los otros”, de manera impersonal y cuya forma es más bien normativa. El derecho está arraigado en el ámbito de la ‘convivencia social’, es decir, hunde sus raíces en aquellas ‘relaciones distantes, separadas, externas’, motivadas por un ‘interés concreto’ y referidas siempre a ‘bienes susceptibles de estimación’, donde las personas que se encuentran en cada extremo de la relación, no se ven entre sí personal o íntimamente, sino exterior o funcionalmente. Decir pues que el derecho arraiga en la convivencia social, significa —siguiendo a Sánchez de la Torre— que el derecho no se ocupa de relaciones intersubjetivas, íntimas —salvo en casos excepcionales y de manera subsidiaria para corregir su deformación patológica, como en el caso del derecho de familia— sino solamente de relaciones de externas y funcionales.<sup>45</sup>

Pero, cuando se dice que el derecho se ubica dentro del ámbito de la convivencia social, también se quiere decir que el derecho se ocupa de promover una ‘convivencia social sana’ y que, consecuentemente, no se ocupa de conductas socialmente neutras (asociales) y, si se ocupa de conductas sociales patológicas (antisociales), lo hace solamente con un afán preventivo o sancionador.

---

<sup>44</sup> Cfr. Luis Recaséns Siches. *Tratado General de Sociología*. Octava edición. México. Editorial Porrúa. 1966, p. 581 Véase también a Norbert Brieskorn. *Filosofía del Derecho*. Traducción de Claudio Gancho. Barcelona. Editorial Herder. 1993, p. 65.

<sup>45</sup> Cfr. Legaz y Lacambra. Cfr. *Filosofía...*, op. cit., pp. 256-266 y Ángel Sánchez de la Torre. *Introducción al Derecho*. Segunda edición. Madrid. Edita Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense de Madrid. 1991, pp. 319 y 320.

El derecho en tanto que experiencia de convivencia social, se caracteriza también por su ‘vitalidad’, y dicha vitalidad supone un dilema entre la necesidad del ‘equilibrio social’ y la ‘realidad del conflicto’. Por ello, observaba con razón Roscoe Pound, que si bien el derecho “debe ser estable, no puede permanecer invariable” (*law must be stable, but yet it can not stand still*). En efecto, el derecho, a la vez que cumplir con una misión ‘ordenadora’ que conserva, debe poder también acomodarse a las exigencias cambiantes de la sociedad y cumplir así con una función en cierto sentido ‘revolucionaria’. Debe ser capaz simultáneamente de mantener un orden de cosas, permaneciendo abierto al cambio. Por ello las perspectivas funcionalista y estructuralista en la sociología jurídica contemporánea, deben ser vistas como complementarias en lugar de como antagónicas, para reconocer que el derecho cumple, por un lado, muy diversas ‘funciones sociales’ —como la de reconducción del cambio social— y por el otro, se ‘vertebra a sí mismo’ como un auténtico subsistema social.<sup>46</sup>

Por lo que respecta a la amplia variedad de funciones sociales atribuidas usualmente al derecho, vale la pena destacar entre todas la ‘función distributiva’ y la ‘función de solución de conflictos’. Por lo que hace a la primera, puede asegurarse que es la función más típicamente jurídica de todas. En lo que toca a la segunda, la virtualidad del derecho acotando los intereses jurídicamente relevantes, definiéndolos entre sí, jerarquizándolos apropiadamente y reconduciéndolos imperativa y efectivamente, resulta extraordinariamente fértil para una auténtica comprensión de lo jurídico. De hecho son cada vez más los estudiosos, que desde diferentes perspectivas críticas —como la sociológica misma, la histórica y la filosófica—, proponen una mejor comprensión de lo jurídico a partir de la dinámica del *challenge and response*, que encuentra la fuente real del derecho precisamente en la convivencia social y sus conflictos.

Por lo que hace a la concepción del derecho en tanto que ‘subsistema social’, además de ser estructura y orden que reconduce sistémica aunque inestablemente la complejidad del medio, es también un sistema en relación comunicativa con otros subsistemas sociales. De hecho, su relación con los demás subsistemas sociales es de naturaleza interactiva, por cuanto que influye y es influido por los mismos. Como observa R. Treves, la moderna socio-

---

<sup>46</sup> Cfr. Elías Díaz. *Sociología y Filosofía del Derecho*. Segunda edición. Madrid. Editorial Taurus. 1993), pp. 181 y ss., Ramón Soriano. *Sociología del Derecho*. Barcelona. Editorial Ariel. 1997, p. 285 y ss., Gregorio Robles. *Sociología del Derecho*. (Segunda edición. Madrid. Editorial Civitas. 1997), p. 170, Renato Treves. *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*. Traducción por Manuel Atienza, María José Añón y José Antonio Pérez Lledó. Barcelona. Editorial Ariel. 1998, p. 204

logía jurídica en su vertiente ‘estructural-funcionalista’ ha puesto de relieve la relación del sistema jurídico respecto de otros sistemas sociales a través de sus emisiones (*outputs*), de sus inmisiones (*inputs*), así como de su interacción mediante el efecto de retorno (*feedback*). Sin embargo, dicha naturaleza comunicativa, a más de ser interactiva, es imperativa y goza como de una cierta superioridad, por cuanto que el derecho recibe de otros subsistemas una influencia condicionante, pero devuelve siempre una influencia determinante y obligatoria.<sup>47</sup>

En razón de lo anterior, la teoría global considera que el derecho, visto desde la perspectiva que nos brinda la experiencia social de la relación distante, se nos presenta como *una realidad relacional y polar arraigada en y condicionada por la sociedad que, por un lado, la vertebrata estableciendo un equilibrio abierto al cambio y, por el otro, cumple con diversas funciones, entre las cuales destacan la de distribuir bienes y la de resolver conflictos imperativamente.*<sup>48</sup>

Ahora bien, retomando lo anteriormente expuesto y a mayor abundamiento, el derecho, en tanto que cumple con la función de distribución de bienes (función económica) y de resolución de conflictos (función política) y en tanto que ‘subsistema social’ en relación comunicativa con otros subsistemas (y, destacadamente, con los subsistemas económico y político), no puede menos —según también quedó apuntado— que recibir una influencia condicionante de los mismos.

Por lo que respecta específicamente a la economía y más allá de los planteamientos marxistas que la pretendían base o infraestructura de todas las formas de lo social, incluido el derecho, lo cierto es que las realidades económicas —como se dijo respecto del resto de la realidades sociales— condicionan el subsistema jurídico e, igualmente, éste último las condiciona y a veces las determina. Pero sobre todo, los principios-valores-conceptos propios del estudio científico de la economía, como la eficiencia (óptimos de Pareto y Kaldor-Hicks), los costos (teorema de Coase), las externalidades y el diseño de mecanismos como una generalización de la teoría de juegos (Cooter), destacados por el Análisis Económico del Derecho, nos obligan a repensar la anterior definición puramente sociológica.<sup>49</sup> Ahora bien, más allá de las

---

<sup>47</sup> Cfr. Robles *Sociología...*, op. cit., pp. 180 y 181.

<sup>48</sup> De manera más completa se encuentra expuesto el tema en Pampillo. *Filosofía...*, op. cit., pp. 83 y ss.

<sup>49</sup> Entre la gran diversidad de obras que se han escrito sobre el AED, pueden verse las siguientes: Andrés Roemer (1998). *Introducción al Análisis Económico del Derecho*. ITAM-SMGyE-Fondo de Cultura Económica, José Ramón Cossío Díaz (2008). *Derecho y Análisis Económico*. Fondo de Cultura Económica – ITAM. Sección de Obras de Política

críticas que se puedan dirigir a los principios neoclásicos o neoliberales de los movimientos *Law & Economics* y *Law & Development*, es verdad que la certidumbre y seguridad que propicia el ‘estado de derecho’ (*rule of law*) es un importante factor para el crecimiento económico y que, en efecto, es necesario reconocer que el derecho debe estructurar la sociedad y cumplir sus funciones sociales de manera precisamente eficiente, tratando de minimizar los costos y de maximizar los beneficios (análisis costo-beneficio), incentivando, desincentivando y, en todo caso, previendo y considerando las consecuencias económicas de sus determinaciones.

Y lo mismo puede decirse respecto de las corrientes de pensamiento político y jurídico que han destacado las peculiares interdependencias entre el poder y el derecho, desde la tesis voluntaristas y decisionista (K. Schmidt) que destaca el aspecto volitivo del derecho, hasta el crudo realismo escandinavo (A. Ross), pasando por la identificación del derecho con el estado (H. Kelsen).<sup>50</sup> Lo cierto es que también los principios-valores-conceptos de eficacia, coacción, poder, legitimidad, bien común y justicia social, recomiendan reflexionar sobre sus proyecciones en el ámbito jurídico.

Así las cosas y considerando lo anterior, puede redefinirse al derecho desde esta perspectiva sociológica, económica y política como “una realidad relacional y polar arraigada en y condicionada por la sociedad y *particularmente por sus subsistemas económico y político*, que por un lado *busca ordenar legítimamente la convivencia hacia el bien común* estableciendo un equilibrio abierto al cambio y, por el otro, cumple con diversas funciones, entre las cuales destacan la de distribuir *eficientemente* bienes *incentivando el bienestar material* y la de resolver conflictos imperativa y *coactivamente*.”

### 3) Fundamentos ontológico-teleológicos

Aunque en distintas épocas se ha negado o relegado la naturaleza esencialmente ‘a-jus-tadora’ y ‘rea-jus-tante’ del derecho, la experiencia jurídica por antonomasia es la que lo percibe como un orden justo, es decir, como un

---

y Derecho. 2.<sup>a</sup> reimpresión, Juan Javier del Granado (2010). *Oeconomia iuris*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México D.F., México. Robert Cooter y Thomas Ulen (2002), *Derecho y economía* (Fondo de Cultura Económica, 2.<sup>a</sup> edición). Richard Posner (2007). *Economic Analysis of Law* (Aspen, 7th edition).

<sup>50</sup> Más allá de la inmensa variedad de obras que tratan sobre las relaciones entre la política y el derecho, aquí seguimos en lo fundamental las ideas de Antonio Carlos Pereira-Menaut y Carolina Pereira Sáez en su libro *Polis. Política, poder y comunidad política*. Biblioteca Jurídica Americana. México. Editorial Porrúa. 2015.

ordenamiento que reconduce la convivencia de un modo precisamente adecuado y no meramente arbitrario. Cuando el hombre se enfrenta al derecho, vive una experiencia humana; más aún, vive una experiencia humana de relación distante; pero sobre todo, vive una experiencia social respecto de la que espera no una ordenación o una reconducción cualquiera, sino precisamente, una ordenación razonable e igualitaria.

Al ser la experiencia-expectativa de lo justo —o del orden racional, adecuado o igualitario— una experiencia jurídica tan definitiva, la filosofía jurídica debe abocarse al estudio y la reflexión sobre el ‘derecho justo’, ‘adecuado’, ‘racional’, ‘razonable’ o ‘correcto’, incluso con independencia de la posición que se adopte respecto del ‘derecho natural’. Sin embargo, por otro lado, hay que apuntar que ni la esencial juridicidad de ‘lo justo’, ni el sustrato ético que presentan los ordenamientos jurídicos históricos y actuales, autorizan la identificación del derecho con la moral, ni tampoco la subordinación de lo jurídico a lo ético.<sup>51</sup>

Conviene tener presente que la experiencia jurídica, en tanto que experiencia de libertades en relación distante *rea-jus-tadas* conforme a un cierto orden, supone —puesto que dichas libertades son posibilidades de acción consciente y deliberada— el abordamiento de uno de los temas más espinosos de la filosofía: el de las ‘exigencias naturales’ del actuar humano, en tanto que actuar inteligente, libre y voluntario. Es decir, que la reflexión sobre el derecho justo nos remite, necesariamente, a la consideración de ciertos problemas propiamente éticos, como lo son la libertad, el bien, los valores, la naturaleza, la intención, las circunstancias personales y de tiempo modo y lugar, la cultura, etcétera.

Pero también, la experiencia y perspectiva jurídica del orden justo, nos destaca inmediatamente la íntima relación que existe entre derecho y justicia. Dicha relación aparece evidenciada desde nuestros orígenes culturales greco-latinos, donde etimológica —y también realmente— los sustantivos empleados para designar al derecho (*ius* en latín y *to dikaion* en griego) significaban, literalmente, ‘lo justo’ como un ‘neutro sustantivado’. La relación entre la justicia y el derecho es tan cercana cuanto compleja. Por eso mismo, para comprender el significado y el valor del derecho, conviene empezar por esclarecer lo que es la justicia, pues dependiendo de la idea que nos formemos ésta última —como un ‘valor’, como una ‘idea’ o como una

---

<sup>51</sup> Cfr. Giorgio Del Vecchio. *Filosofía del Derecho*. Traducción de Luis Recaséns Siches. Tomo I. Barcelona. Editorial Bosch. 1929, p. 168.

‘virtud’— variará considerablemente, la noción del derecho que nos formemos.<sup>52</sup>

Si como se ha afirmado desde las coordenadas del neokantismo sudoccidental de Baden, la justicia es ‘un valor’ en referencia al cual se configura el derecho, la noción que de éste último habremos de formarnos será estimativista y por ende relativista, así como dependiente e inesencial. O sea, si como afirmara G. Radbruch, el derecho fuera “la realidad cuyo sentido estriba en servir el valor de la justicia”, la relación entre derecho y justicia sería en primer lugar meramente referencial, por cuanto que el derecho no puede entenderse más que referido a la justicia, ya sea que la realice o la malogre. Ahora que como la justicia no es, desde esta perspectiva, un bien objetivo, sino solamente un valor, no puede ser aprehendida por la inteligencia, sino solamente intuida o captada por medio de la estimación subjetiva. El problema es que hablar de estimación es hablar de perspectiva y hablar de perspectivas es renunciar a la objetividad de las cosas para caer en un insalvable relativismo subjetivista.

Por otro lado, si concebimos a la justicia como ‘una idea’, como una especie de ‘idealidad trascendental’ del ser jurídico en el sentido platónico, la noción del derecho que nos formaremos será figurativa e idealizada y, por ende, abstraída de la realidad concreta del derecho, que es la que nos interesa conocer. Si la idea trascendental de la justicia —que agota en sí misma todas las virtualidades del derecho— es un arquetipo abstracto, universal e inmutable (como sostuvo la escuela moderna del derecho natural), la concepción del derecho que se sigue es la propia de un racionalismo dogmático, axiomático y suprahistórico, que subordina todo el derecho positivo a una especie de ‘derecho natural idealizado’ al margen de toda experiencia práctica.

Finalmente, existe una larga tradición filosófica que ha concebido a la justicia como un ‘hábito’, esto es, como una ‘reiteración de conductas’ caracterizadas por la ‘identidad de su objeto’. Desde la antigüedad clásica, la ética concibió a la justicia como un hábito bueno, definiéndola como la ‘virtud de la acción justa’ o dirigida hacia lo justo. Ahora bien, por acción justa debe entenderse aquella cuya calificación se sigue de su objeto, que no es otro sino el derecho en sentido objetivo —*ius, to diakion*— o ‘lo justo’ y que está ordenada, consecuentemente, a la satisfacción del derecho en su sentido subjetivo. Así concebida la justicia, como el hábito de las acciones justas, o como el hábito del derecho, nos lleva a formarnos una idea del propio derecho de naturaleza ‘substancial’, es decir, a reconocer que el derecho tiene una entidad propia,

---

<sup>52</sup> Un recorrido sobre las ideas del derecho y la justicia a las que refiere el cuerpo del trabajo puede encontrarse en Pampillo. *Historia...*, op. cit.

que a su vez, constituye algo valioso hasta el punto de considerarlo susceptible de ser el objeto mismo de un hábito virtuoso. El derecho como objeto de la acción justa, se configura precisamente como lo justo. El derecho así concebido, como objeto de la justicia, es un bien en si mismo, valioso y sustantivo.<sup>53</sup>

Desde la concepción clásica de la justicia como virtud, se llega a una noción del derecho como algo primero, real, sustantivo, objetivo, concreto y mudable históricamente. Ciertamente, el derecho es primero, porque es la justicia la que lo sigue como noción segunda y dependiente, que consiste en un 'estar en el derecho' *ius-stare = iustitia*. Es real por cuanto que existe en el mundo de las cosas, aunque su contextura no sea substancial sino relacional. Es sustantivo, por cuanto que designa una realidad independiente, no subordinada a un valor, ni emuladora de una idea. Igualmente, es objetivo, por cuanto está en las cosas y sus relaciones constantes y constituye un objeto susceptible de ser conocido y separado del sujeto cognoscente. Finalmente, es mudable históricamente, por cuanto que la realidad relacional del derecho, varía en el tiempo.

Ahora bien, bosquejado el concepto de justicia y apenas insinuado el contorno externo de lo justo como su objeto, conviene profundizar ahora sobre la naturaleza de éste último. Conforme al pensamiento de Aristóteles, lo justo o *tò dikaion* es ante todo una 'relación', un 'orden' y, más específicamente, una 'relación u orden conforme a una cierta medida' (*mesón*). Más exactamente, lo justo es una 'relación conforme a una medida de igualdad' (*isón*), que aunque usualmente se constituya como una 'igualdad aritmética' (*syinallágmata*), frecuentemente se nos presenta también como una medida de 'igualdad geométrica' (*analogón*) o proporcionalmente desigual. Es decir, que la medida de igualdad de lo justo varía según se regulen los 'tratos y el intercambio entre iguales', o la 'repartición de bienes, funciones y cargas entre desiguales'.<sup>54</sup> En los intercambios entre iguales, la medida de lo justo conmutativo se caracteriza por ser una medida estrictamente igualitaria, que puede configurarse como: a) una 'igualdad de identidad' (como cuando se devuelve la misma cosa dada en préstamo) o b) una 'igualdad de equivalencia' (como cuando se paga un determinado precio para comprar un objeto cualquiera) o

---

<sup>53</sup> En general pueden verse las exposiciones de Hervada. *Lecciones...*, op. cit. y Michel Villey. *Compendio de Filosofía del Derecho*. Traducción por Diorki revisada por Jesús Valdés y Menéndez Valdés. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra, S.A. 1979.

<sup>54</sup> Véase el Libro V de la Ética a Nicómaco. Se recomienda de manera especial la estupenda traducción filológico-jurídica debida a don Ángel Sánchez De la Torre: "Aristóteles (Ética)" *Textos y Estudios sobre Derecho Natural*. Segunda Edición. Madrid. Edita la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1985.

c) una ‘igualdad resarcitoria’ (cuando se indemniza un daño). La otra medida de igualdad no estricta, la de lo justo distributivo, es una ‘medida de igualdad de proporción’, cuya atención recae especialmente sobre las personas, para exigir trato igual a los iguales y proporcionalmente desigual a los desiguales. De esta manera, trata diferenciadamente a las personas en razón de su diferente *condición* (como en las sociedades mixtas donde debe tratarse diferentemente al socio capitalista y al socio industrial), de su distinta *función* (como cuando atribuye mayores ganancias a quien corre mayores riesgos) y atendiendo a *otros criterios* (como cuando, por ejemplo, para el establecimiento de una pensión alimenticia considera a la vez la necesidad del acreedor y a las posibilidades del deudor), procurando que cada cual sea tratado igualmente, en proporción a sus desigualdades respecto de los otros.

Así pues, lo justo es una medida —*mesón*— que se traduce en una relación de igualdad —*isón*— entre dos o más sujetos respecto de una o varias cosas, pudiendo dicha medida ser aritmética en relación con las cosas —*synallagmata*— o proporcional geométrica —*analogón*— en atención a las personas, por donde puede concluirse que el derecho es un orden o una relación conforme a una medida —real y personal— de igualdad proporcional o, en las palabras de Tomás de Aquino, una “cierta igualdad de proporción entre una cosa externa y una persona extraña”.<sup>55</sup>

Pero el derecho como lo justo se caracteriza también porque la cosa atribuida es, correlativamente, debida en un sentido estricto. Y dicha obligatoriedad característica del derecho, que consiste en la necesidad del pago de lo debido, encuentra su fundamento correlativo en ‘el título’ conforme al cual el acreedor puede exigir el pago. De esta manera, el título, como fundamento del deber obligatorio, es la ‘fuente del deber’ de justicia o su razón suficiente. Ahora bien, el título en que el acreedor funda su derecho sólo puede provenir —por hipótesis— de dos fuentes distintas: ya sea por un lado de la ‘determinación convencional de lo útil’ (contrato, ley, costumbre, actos de *imperium*, etcétera), ya sea por el otro de la ‘naturaleza misma de las cosas’ (hecho, relación, situación, etcétera). En definitiva, la razón suficiente o título del derecho solo puede provenir de la voluntad o de la naturaleza, y puesto que la misma voluntad es solo fuente inmediata de derechos y obligaciones, por cuanto el mandato o la estipulación son conformes a la naturaleza, se impone como necesaria la investigación sobre la misma naturaleza, para comprender en profundidad la razón suficiente, tanto del derecho subjetivo del acreedor, cuanto del derecho objetivo o de lo justo.

<sup>55</sup> S. Th. II, IIae, 58, 10.

De hecho, el gran problema del iusnaturalismo —y también del iuspositivismo— consiste en la determinación —afirmación o negación— y ubicación de la naturaleza de las cosas. La cuestión no es meramente hipotética, pues mientras que el racionalismo jurídico identificó la naturaleza de las cosas con la ‘naturaleza del hombre’ y específicamente con su libertad subjetiva, el pensamiento realista la encontró más bien en el ‘orden objetivo de las cosas’ (*ius naturale ex ipsa natura rei*). No obstante, el anterior dilema es meramente aparente, pues un intento comprensivo de superarlo observaría, evidentemente, que la ‘naturaleza de las cosas’ comprende también a la ‘naturaleza del hombre’ en tanto que realidad objetiva.<sup>56</sup>

Actualmente, por naturaleza de las cosas puede entenderse al ‘conjunto de las exigencias que la propia constitución de la realidad nos impone’, siempre y cuando se recupere una noción completa de realidad, a la que nos referimos anteriormente. Pero además, en la medida en la que la naturaleza de las cosas comprenda a la naturaleza del hombre, debe abarcar también los ámbitos de su inteligencia, de su voluntad y de su libertad, aspectos que —según se apuntó anteriormente— nos remiten al campo de la ética que debe articular la naturaleza, la libertad y la historia —o, en la terminología tradicional, el objeto, la intención y las circunstancias de la acción—, lo que de acuerdo con el pensamiento greco-latino se hacía por medio de la prudencia. Así pues, el derecho como jurisprudencia supone un conocimiento prudencial —*syndéresis* o cultura más *circumspectio* o realidad— de la naturaleza de las cosas y del hombre para extraer de ellas sus conclusiones jurídicas.

De la anterior manera puede concluirse, que el derecho desde la experiencia de lo justo, se nos presenta como *un orden, o sea, como una relación conforme a una medida proporcional de igualdad entre una cosa externa y una persona extraña, caracterizada por una obligatoriedad necesaria fundada en la convención o en la naturaleza de las cosas y cuya determinación debe hacerse, caso por caso, a través de la prudencia jurídica.*<sup>57</sup>

#### 4) Fundamentos simbólicos e históricos

Cuando el hombre común se enfrenta al derecho, frecuentemente percibe y hasta resiente la presencia de las formalidades y los formalismos. Y es que

---

<sup>56</sup> Cfr. Jean-Marc Trigeaud. *Humanismo de la Libertad y Filosofía de la Justicia*. Traducción por María Luisa Marin Castan. Madrid. Editorial Reus. 1991 y Michel Villey. “La Naturaleza de las Cosas” en Carlos I. Massini-Correas. (compilador) *El Iusnaturalismo Actual*. Buenos Aires. Edita Abeledo-Perrot. 1996.

<sup>57</sup> Cfr. Pampillo. *Filosofía...*, op. cit., capítulo VI.

el derecho es humanidad, es vida social y es orden; pero, indudablemente, también es forma.

La experiencia de las formas es especialmente significativa; quizás incluso, en nuestro tiempo, exageradamente. Actualmente, muchos pretenden definir al derecho desde una perspectiva meramente formal y, aún más restringidamente, desde una perspectiva normativa. Y más allá de que la formalidad y la normatividad son condiciones existenciales normales del derecho, su esencia no puede agotarse en la forma.

Siguiendo a Legaz y Lacambra y a Sánchez de la Torre, puede decirse que el derecho se nos presenta —al menos en parte— como una ‘forma de expresión simbólica’, mediante ‘signos’ que significan ciertas ‘realidades debidas’ (orden justo) y que designan ciertos ‘espacios de licitud’ (libertades distantes delimitadas).<sup>58</sup> Es decir, que el derecho es el símbolo de ciertas realidades sociales que son tipificadas, o bien como realidades debidas, o bien como realidades lícitas. En síntesis, que el derecho es, desde esta perspectiva, la ‘tipificación formal simbólica de la licitud y del deber.’<sup>59</sup>

Pero la expresión jurídica no es cualquier expresión, sino precisamente, una ‘expresión garantizada’. En tanto que el derecho delimita libertades, vertebrata la sociedad, soluciona imperativamente los conflictos, reparte bienes y establece medidas de igualdad obligatorias, la expresión jurídica no puede ser una expresión común, sino fidedigna y reforzada. El derecho necesita pues de ciertas seguridades que garanticen la exactitud de sus expresiones y dichas seguridades se encuentran en las ‘formas’, los ‘procedimientos’ las ‘sanciones’.

Por lo que respecta a la formas, éstas han sido siempre el cauce expresivo de todo derecho, desde los tiempos remotos en los que gozaban del prestigio de lo ritual, hasta nuestros días en que a pesar de la mayor racionalidad, es-

---

<sup>58</sup> Cfr. Brieskorn. *Filosofía...*, op. cit., p. 135, Legaz y Lacambra. *Filosofía...*, op. cit., pp. 276 y ss. y Ángel Sánchez De la Torre. *Sociología del Derecho*. Segunda edición. Madrid. Editorial Tecnos. 1987, p. 96.

<sup>59</sup> Cabe destacar que las anteriores ideas tienen una profunda raigambre dentro de nuestra cultura jurídica, pues cuando Ulpiano se refería a la ciencia del derecho, le asignaba dos tareas fundamentales: una material o contenutística, consistente en la separación entre lo equitativo y lo inícuo —*aequum ab iniquo separantes*— y otra formal que suponía la distinción entre lo lícito y lo ilícito —*licitum ab illicito discernentes*— a partir de una tipología predeterminada. Es decir, que para los romanos, la ciencia del derecho tenía por objeto, de un lado, lo justo material en concreto (dimensión de la equidad), y del otro, la tipificación formal y ulterior subsunción típica (dimensión de la licitud) a partir de ciertas figuras o modelos formales instrumentales al servicio de lo justo. Cfr. Pampillo. *Historia...*, op. cit., capítulo V.

pontaneidad y fluidez de las experiencias jurídicas, se sigue recurriendo a ellas como ‘garantía de integridad de los mensajes jurídicos’. Los procedimientos —como han puesto de relieve los cultores de las teorías de la argumentación y particularmente R. Alexy—, sirven para garantizar la ordenada ‘conducción de los procesos comunicativos’ que desembocan en una expresión jurídica; es decir, son una ‘racionalización metódica de los pasos’ que deben seguirse para ‘asegurar una respuesta formalmente aceptable’, que propicien que la sucesión de eventos comunicativos —mensajes emisivos (*outputs*), inmisivos (*inputs*) y de retorno (*feedback*)— que caracteriza a los procesos creativos del derecho, se desenvuelva con la garantía de que la expresión jurídica resultante de ellos, será el producto de un ‘diálogo encauzado’ conforme ciertas ‘exigencias racionales’. Finalmente las sanciones, como ‘solemnidades especialísimas’ que rodean ciertas expresiones jurídicas privilegiadas —leyes, escrituras, tratados, etc.—, constituyen como un ‘sello que preserva su inviolabilidad e intangibilidad’ contra cualquier alteración, precisamente mediante la apelación explícita a una ‘autoridad superior’.

Ahora bien, adicionalmente conviene destacar, que en nuestro tiempo, la crisis de la legislación ha dado lugar al resurgimiento de otras fuentes del derecho, dentro de las cuales conviene destacar a los principios jurídicos. En efecto, por su relativa ambigüedad, revisabilidad y flexibilidad, constituyen formas flexibles, dándoles un especial dinamismo en relación con sus respectivos contenidos materiales. De aquí que destacados juristas y iusfilósofos de nuestro tiempo —como R. Alexy, R. Dworkin, J. Esser, A. Sánchez de la Torre y R.L. Vigo, entre muchos otros— se haya ocupado del estudio de los mismos, diferenciándolos de las normas y de las reglas cerradas, observando como las primeras son de aplicación estricta y los segundo requieren más bien de una aplicación ponderada (R. Alexy). Particularmente J. Esser ha destacado su privilegiada posición intermedia entre el descubrimiento de los problemas jurídicos y la reconducción sistémica de los mismos, poniendo de relieve su ubicación en una especie como ‘lugar de encuentro’ entre el ‘pensar abierto’ y el ‘pensar cerrado’, entre la ‘argumentación tópica’ y el ‘razonamiento sistemático’, además de constituir quizás el mejor puente entre las tradiciones del *civil law* y del *common law*, así como el posibilitar una nueva perspectiva superadora de la controversia entre iuspositivistas y iusnaturalistas.<sup>60</sup>

En consideración de lo anteriormente expuesto, el derecho puede comprenderse desde la perspectiva formal como *la tipificación simbólica de la li-*

---

<sup>60</sup> Cfr. Josef Esser. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*. Traducción por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona. Editorial Bosch. 1961.

*cidad y del deber con arreglo a lo justo, cuya fidelidad expresiva se encuentra garantizada por un abanico de formas cuya relación dialéctica con los contenidos jurídicos y diversa flexibilidad, varía según su diferente contextura.*<sup>61</sup>

Ahora bien, visto el derecho desde las anteriores perspectivas —personal, social, ontológico-teleológica y formal—, conviene tener en cuenta que toda experiencia jurídica es un modo de vivir el derecho en la historia.

Efectivamente, por un lado, el derecho se encuentra inserto en la historia y, por el otro, ésta última resulta indudablemente fundamental para alcanzar un entendimiento crítico de lo jurídico.

Pero, además de poner de relieve que: a) la experiencia jurídica es una experiencia histórica, b) el derecho está inserto en la historia, y c) la historia del derecho es una disciplina fundamental para el entendimiento del derecho, hay que subrayar que la historia constituye también una perspectiva auténticamente filosófica, como han observado entre otros iusfilósofos, Miguel Reale y Enrique Pérez-Luño.<sup>62</sup>

La consideración de problemas tales como el dinamismo del ser, su inserción en el tiempo y su devenir existencial, son de suyo tres razones de suficiente peso como para justificar la naturaleza filosófica de una perspectiva histórica. Pero además, la perspectiva histórica nos muestra como cada acontecimiento es, por definición, inédito e irreplicable y, como tal, único, por cuanto que su ‘aquí y ahora’ (*ubi et quando*) son, característicamente, comunicables. De aquí que la historia, como perspectiva filosófica, nos recuerde que el ser existe en una situación real y concreta que lo condiciona, siendo precisamente esta sana historicidad, el ángulo de cualquier ontología radicada en el ser que es (y que existe, y que es concreto) y no exclusivamente en el ser que es pensado (esencia abstraída de su concreción existencial).

La consideración histórica del derecho, de su dinamismo, temporalidad y devenir existencial, nos permiten entender que lo jurídico no es algo inmutable, pues cambia con el paso del tiempo. De hecho, la virtualidad filosófica de la perspectiva histórica respecto del derecho, radica en obligarnos a repensar ¿en qué medida el derecho es permanente y en qué medida el derecho es mudable?

<sup>61</sup> Cfr. Pampillo. *Filosofía...*, op. cit., pp. 113 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. Reale. *Teoría Tridimensional...*, op. cit., p. 104 y Antonio-Enrique Pérez Luño. *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una Filosofía de la Experiencia Jurídica*. Sevilla. Editorial Mergablum. 1998. Véase también a Günter Ellscheid. “El Problema del Derecho Natural. Una orientación sistemática.” en *El Pensamiento Jurídico...*, op. cit. p. 192.

Desde esta perspectiva histórica-filosófica, siempre y cuando se preven- gan los errores del historicismo existencialista (corriente filosófica que postu- la que el ser —y por ende el hombre y el derecho— se agota en su existencia variable, relativizando también los bienes éticos universales según las apre- ciaciones morales históricas), puede concluirse, en primer lugar, que el derecho está inserto en la historia y que se da, siempre, históricamente. Asimismo puede desprenderse que el hombre, protagonista, causa y fin de todo derecho, es un ser histórico, que aunque está atravesado por ciertas exigencias naturales permanentes, existencialmente realiza dichas exigen- cias naturales precisamente en la historia. En tercer lugar, el actuar humano, como actuar libre, se desarrolla dentro de circunstancias históricas infini- tamente diversas. Así, el actuar humano, como actuar libre y responsable, implica la toma de decisiones prudentiales a partir de ciertos principios radicados en la naturaleza (*syndéresis*), pero también en atención a las cir- cunstancias concretas e irrepetibles de la acción (circunspección). Por ello aunque se afirme que los primeros principios del actuar sean inmutables, al producirse su aplicación dentro de la infinita diversidad que ofrecen las circunstancias históricas, debe reconocerse también que sus formulaciones varían en el tiempo.

Así, el derecho, visto desde la perspectiva de su historicidad, se nos pre- senta en su dinamicidad temporal debatiéndose entre lo indisponible y lo mudable, entre lo típico adscrito a una cultura dada y lo común trascendente a ella, entre lo permanente de sus principios y la variedad de sus aplicaciones y formulaciones. De esta manera, desde esta perspectiva se puede conceptuar al derecho como *una realidad esencialmente histórica, arraigada en la misma historicidad humana, consistente en lo justo concreto determinado dialéctica- mente por la prudencia jurídica, cuya aplicación a una casi infinita variedad de circunstancias y diversa formulación cultural, es vertida en una pluralidad de formas históricamente mudables*.<sup>63</sup>

#### D. EL 'TEOREMA GLOBAL DEL DERECHO'

Analizado el derecho desde las anteriores perspectivas unilaterales, la teoría global del derecho se propuso elaborar una definición de lo jurídico que integre dialécticamente todas las anteriores conclusiones a través de una sola perspectiva global.

---

<sup>63</sup> Cfr. Pampillo. *Filosofía...*, op. cit., pp. 123 y ss.

Conviene sin embargo anticipar, que al ser el derecho una realidad hasta cierto punto primaria, no puede definirse rigurosa y exclusivamente al modo escolástico —mediante su género próximo y diferencia específica (*per genus proximum et differentiam specificam*)— sino más bien de manera fundamentalmente descriptiva.

Conviene para definir globalmente al derecho, retomar los criterios que para las definiciones esenciales nos ofrece una larga tradición lógica. Dichos criterios pueden resumirse en los siguientes: a) el atenernos a todas las cualidades esenciales del objeto a ser definido —incluyendo las condiciones normales de su realización existencial— y sólo a ellas, b) el buscar su adecuada ubicación a partir de su género, especie y propios, y c) el señalar puntualmente su cuádruple origen causal. Adicionalmente, también resulta útil que la definición propuesta recoja las cualidades comunes a todas las perspectivas unilaterales desarrolladas, poniendo especial cuidado en partir precisamente de aquélla perspectiva, que por su esencialidad, significatividad y definitividad, evidencie lo específico y propio de lo jurídico, esclareciendo correctamente el analogado principal del término derecho.

Hay que destacar como *cualidades esenciales* del derecho las siguientes: a) el ser una delimitación de la libertad humana para garantizar el respeto a la persona, b) el ser una realidad social estructural-funcional, relacional y polar y, c) el ser una medida proporcional de igualdad obligatoria entre cosas y personas descubierta o determinada por una prudencia especial. De igual manera, pueden identificarse como las *condiciones normales de su realización existencial*: a) el expresarse mediante tipificaciones formales de licitudes y deberes, b) el ordenar y desahogar la convivencia social de manera legítima, eficiente, coactiva y eficaz, y c) el adoptar diversas formulaciones culturales históricas. Por lo que respecta a las causas, pueden ubicarse: como su *causa material* a la relación social distante y polar, como su *causa eficiente* a la naturaleza humana y a la libertad personal, como su *causa formal* a la obligatoriedad fundada en la naturaleza o en la voluntad y como su *causa final* al mismo orden justo —al servicio del hombre— como igualdad entre cosas externas y personas extrañas. Además, parecen ser las *características comunes a todas las perspectivas unilaterales* la libertad, la relación, el orden y la obligatoriedad; teniendo en cuenta por añadidura que su *género* son las relaciones sociales humanas distantes y polares, que su *diferencia* es la inordinación igualitaria y obligatoria conforme a prudencia y que sus *propios* son la legitimidad, la eficiencia, la eficacia y la coacción, así como la tipificación de licitudes y deberes y su formulación cultural diversa. Por último, tomando como *perspectiva esencial* a la del orden justo, puede definirse al derecho, globalmente considerado como:

*la realidad social que estructura y da cauce al conjunto de relaciones de convivencia distantes y polares, ordenándolas de manera legítima, eficiente y eficaz conforme a cierta medida proporcional de igualdad obligatoria determinada por la prudencia, que se expresa mediante licitudes y deberes tipificados a través diversas formulaciones culturales históricas.*

Por último, tan solo conviene observar que la anterior definición esencial, en principio, debe ser contrastada con cada cultura jurídica, pues la realización del derecho en cada sociedad, en cada momento de la historia, da lugar a matizaciones existenciales que no pueden ser pasadas por alto.

Y ése será el objeto precisamente del siguiente capítulo, dar cuenta de la cultura jurídica occidental, a la que pertenece nuestra familia jurídica, más allá de la realidad de que la misma constituye una variante bastante perfilada de la misma, que presenta perfiles propios en los ámbitos del derecho público, privado, social e internacional, en buena medida derivados de su propia realidad histórica y cultural anterior a la colonización y de su condición mestiza, así como de su misma evolución socio-económica y política a partir del siglo XIX.

## Capítulo II

### PASADO, PRESENTE Y FUTURO DEL DERECHO OCCIDENTAL

#### A. EL ESTUDIO DE UN NUEVO DERECHO REQUIERE DE UNA NUEVA CIENCIA JURÍDICA

##### 1) Desde la filosofía hasta la realidad pasando por la historia

A partir de lo expuesto en el capítulo anterior, se entenderá mejor que el estudio que se propone hacer sobre la Integración Jurídica Latinoamericana, supone la necesidad y la invitación a reflexionar sobre el derecho desde una triple perspectiva: jurisprudencial, histórica y filosófica, con el propósito de comprender mejor la crisis de la dogmática jurídica contemporánea, así como las características que parece presentar en nuestro tiempo, una nueva dogmática jurídica que ha venido gestándose durante los últimos sesenta años, principalmente dentro del ámbito europeo, gracias al desarrollo del derecho comunitario.<sup>64</sup>

Detrás de dicho modo de proceder —reflexionar sobre el derecho desde la historia y la filosofía— subyace la convicción de que solamente en el punto de encuentro de lo ‘esencial’ y lo ‘existencial’, del ‘ser’ y del ‘existir’, del ente y del devenir, pueden encontrarse las profundas razones explicativas que nos esclarezcan la relación trascendental entre ‘naturaleza’ e ‘historia’, entre

---

<sup>64</sup> El presente capítulo reproduce de manera sintética las ideas expuestas originalmente en Pampillo. *Historia General del Derecho...*, op. cit., posteriormente enriquecidas subsecuentes publicaciones periódicas, retomándose aquí la versión correspondiente a los capítulos IV y V del libro Pampillo. *La Integración Jurídica Americana...*, op. cit.

el 'ser' y el 'tiempo', necesarias para comprender los ordenamientos jurídicos históricos y presentes.

La misma intuición clarividente de los griegos relacionaba como los 'dos tipos de sabios' a los filósofos —*sophós*— y a los historiadores —*ístor*—, surgiendo con ello que la 'verdadera sabiduría' suponía la difícil distinción y conjunción entre lo permanente, que nos ofrece la 'naturaleza de las cosas' y lo variable de sus 'realizaciones concretas' en los distintos tiempos y en los diferentes lugares.

Dentro de las ventajas que ofrece este procedimiento metodológico de combinar la filosofía y la historia, destacan especialmente la seguridad del arraigo de nuestras reflexiones en los datos existenciales históricos, como asidero empíriológico privilegiado para la especulación filosófica, así como la garantía de la atemperación de la generalidad propia de esta última, merced a la singularidad del acontecimiento histórico.

Por añadidura, si tanto la reflexión filosófica cuanto la comprensión histórica nos ofrecen una visión liberadora en tanto que perspectivas críticas, su integración supone la construcción de una nueva perspectiva, especialmente destacada para observar lo fundamental común del derecho sin perder de vista la pluralidad de sus realizaciones, conjuntando así la 'crítica esencial de lo invariable' con la 'crítica existencial de lo diverso'.

Por último, conviene señalar que la historia, además de sus virtualidades comprensivas del pasado y del presente, tiene también un cierto valor pre-comprensivo del futuro, por donde el acercamiento metodológico propuesto puede incluso permitirnos, según la sugerente y feliz expresión de Paolo Grossi, aventurarnos al intrépido quehacer de 'présagos del futuro'... anticipando así los perfiles de la dogmática jurídica del porvenir.

Así pues, tras un primer acercamiento ontológico al derecho, en que a través de la 'teoría global del derecho' se buscó ofrecer una definición esencial para el concepto del derecho, ahora pretendemos comprender —desde el anterior concepto— a nuestra tradición jurídica desde un punto de visto histórico —o más bien, desde el punto de vista de la filosofía de la historia y de la cultura— para tratar de identificar las 'claves' que nos permitan 'descifrar' su peculiar evolución.

Dentro del presente capítulo, se explicarán las características del método desde el cual es posible identificar dichas claves, para proceder después a exponer esos rasgos característicos de nuestra tradición jurídica, que nos permitirán entender mejor la coyuntura actual así como las potencialidades y alternativas que se nos presentan hacia el futuro.

En otras palabras, dichas claves nos permitirán responder satisfactoriamente a tres preguntas fundamentales: La primera, ‘histórico-explicativa’, es: ¿en qué consiste la tradición jurídica occidental? La segunda, ‘culturológico-diagnóstica’, es: ¿cuáles son las características actuales (histórico-inerciales y nuevas-anticipatorias) de los ordenamientos jurídicos de nuestro tiempo? La tercera, ‘culturológico-prospectiva’, es: ¿cuáles parecen ser los perfiles que habrán de delinear a la tradición jurídica occidental en el porvenir?

Para tales efectos retomaremos en el presente capítulo, de manera sintética, algunas de las principales conclusiones que se han desarrollado previamente en torno a los orígenes, antecedentes, evolución, crisis y actualidad de la tradición jurídica occidental, desde la triple perspectiva de la historia, la filosofía de la historia y la filosofía de la cultura jurídica, remitiendo al lector especialmente interesado en dichos temas a la más completa exposición que tomamos por base.<sup>65</sup>

Dichas conclusiones habrán de arrojar luz sobre el significado que en el contexto de la historia de nuestra tradición jurídica representan los actuales fenómenos de la globalización y de la integración regional para la renovación del derecho en nuestro tiempo.

## 2) Hacia un nuevo método jurídico: de la *Scienza Nuova* a la Prospectiva

El tránsito de la ontología del derecho a la filosofía de la historia y de la cultura jurídica sólo puede desarrollarse a partir de la configuración de un nuevo espacio epistemológico y metodológico.<sup>66</sup>

Para la conformación de dicho espacio, vale la pena retomar una interesantísima obra, hasta nuestros días insuficiente valorada: la *Ciencia Nueva* de G. Vico. La obra 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.

En efecto, en los *Principios de una Ciencia Nueva en torno a la Naturaleza Común de las Naciones*, G. Vico propone un realidad ‘nuevo paradigma

<sup>65</sup> Cfr. Pampillo. *Historia...*, op. cit.

<sup>66</sup> Dentro del presente epígrafe se recogen diversos planteamientos presentados previamente en Juan Pablo Pampillo Baliño. “Del *Mos Europaeus* al *Mos Americanus Iura Legendi*. Una propuesta de refundación de la Ciencia Nueva para la Integración Jurídica Americana” en *Foro. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. Nueva Época. Número 8. Madrid. UCM. 2008

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..."<sup>67</sup>

Vico se proponía convertir así 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 configuró apenas durante el siglo XX.

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 ahora por la globalización y el pluralismo jurídico de nuestro tiempo.

Pero además del planteamiento viqueano, vale la pena agregar al espacio epistemológico propuesto —historia + filosofía + derecho— las aportaciones de una nueva disciplina, que durante los últimos años, 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. Se trata de la 'planeación prospectiva o estratégica', también denominada ciencia del futuro, ciencia de la esperanza, prospectiva, o ciencia de los futuros posibles.<sup>68</sup>

La planeación estratégica fue anticipada por la escuela anglosajona del *forecasting* o *prognosis* —fundada por los matemáticos Helmer y Dalk—, que asumía que los fenómenos económicos, sociales, culturales y tecnológicos,

---

<sup>67</sup> 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.

<sup>68</sup> 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 metodológico", los anteriores 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.

eran previsibles a partir del estudio de su comportamiento anterior, mismo que permitiría predecir sus ‘tendencias’ futuras.

Más allá de sus indudables méritos, el anterior planteamiento resultaba sin embargo 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.

Las limitaciones del *forecasting* motivaron el surgimiento de una segunda escuela, preconizada por Gastón Berger y Bertrand de Jouvenel y desarrollada por Michel Godet y Eleonora Barbieri Massini. Esta segunda corriente, denominada ‘prospectiva’, fue la que dio lugar a la planeación estratégica, también llamada ciencia de la esperanza o de los futuros posibles.

Para la escuela prospectiva, más que tendencias existen ‘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 propias tendencias— otras variables de más difícil ponderación, como la incidencia de diversos ‘actores sociales’ con base en su comportamiento e intereses.

Así las cosas, la prospectiva 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.

Lo fundamental de la prospectiva consiste así en no quedarse con un mero pronóstico, sino en pretender configurarse a sí misma como una especie de ‘ciencia de la acción’. En este sentido, la prospectiva viene a convertir en proyecto la aspiración implícita en el reclamo que hace Marx a la filosofía en su Tesis Undécima sobre Feuerbach: “Los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo”.

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’.

Efectivamente, 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.

En síntesis: el ‘planeamiento metodológico’ propuesto para el desarrollo de una nueva dogmática jurídica —que es la pretensión de la presente obra— consiste en el diseño de un ‘ámbito científico’ que integre la filosofía jurídica, la historia del derecho, la ciencia jurídica y la prospectiva.

Desde la anterior perspectiva científica, puede comprenderse mejor, tanto el desenvolvimiento histórico de la tradición jurídica occidental, como la importancia del desenvolvimiento del derecho europeo contemporáneo, así como adelantar algunas reflexiones en torno a la integración jurídica latinoamericana, que será expuesta al final del presente libro, como propuestas concretas de acción para la ciencia jurídica americana.

## **B. LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL EN LA ACTUALIDAD**

### **1) Historia, identidad y vocación del derecho occidental**

Más allá del valor que la historiografía jurídica tiene por sí misma, conviene destacar, que al menos desde la segunda mitad del siglo XX, numerosos historiadores del derecho han coincidido en la necesidad de acentuar su enorme importancia práctica, retomando en parte los orígenes dogmáticos de dicha disciplina debidos a Savigny.<sup>69</sup>

Baste con reiterar la cita de Grossi, quien ha visto con razón que los historiadores son, al menos en cierto sentido, “présagos del futuro”, o recordar como Raoul C. von Caenegem, observara que la “historia del derecho no se ocupa solamente del pasado, concluso y finito, sino más bien del pasado del futuro del derecho”.<sup>70</sup> En el mismo sentido, R. Zimmermann ha insistido recientemente en la potencialidad de la historia jurídica para construir un nuevo derecho privado europeo.<sup>71</sup>

En términos esquemáticos y siguiendo los derroteros indicados por la moderna historiografía jurídica —que ha seguido como su obra fundacional el libro de F. Wieacker de 1953, tomando del mismo su denominación de es-

---

<sup>69</sup> Cfr. Bruno Aguilera Barchet. *Introducción Jurídica a la Historia del Derecho*. Madrid. Editorial Civitas. 1996

<sup>70</sup> Paolo Grossi. “Modelos Históricos y Proyectos Actuales en la Formación de un Futuro Derecho Europeo.” en *Anuario de Historia del Derecho Español*. Tomo LXVII. Volumen I. Madrid. 1997, pp. 63 y 64 y Raoul C. van Caenegem, *I sistemi giuridici europei*, Milán. Società editrice il Mulino. 2003, p. 149 La traducción de la cita es mía.

<sup>71</sup> Reinhard Zimmermann. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*. Trad. Javier M. Rodríguez. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2010.

cuela: ‘*Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*’—,<sup>72</sup> puede decirse que la tradición jurídica occidental es “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”.<sup>73</sup>

Así las cosas, para la moderna historiografía jurídica, la persistencia del ‘derecho romano’ y su continuada influencia sobre nuestra tradición jurídica, es una de las ‘claves’ para el entendimiento de su devenir histórico, concentrándose principalmente en el desenvolvimiento del derecho privado.

Ahora bien, explicitando las anteriores ideas, nuestra tradición jurídica es —en tanto que *continuum* que perdura hasta nuestros días—<sup>74</sup> el producto de la ciencia bajomedieval del derecho común, cuya vigencia en tanto que ordenamiento jurídico se proyectó hasta el siglo XVIII, para sufrir una curiosa palingenesis y transmutarse a través de la Codificación.

En efecto, nuestra tradición jurídica surge en la Edad Media a partir del aprovechamiento heterogéneo de diversos elementos contradictorios entre sí: a) la tradición formal romanista, b) los derechos materiales germánicos de la alta edad media, c) la ciencia del *ius canonicum* —en especial sus técnicas de interpretación equitativa— y d) las 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.

Lo notable es que dicha tradición se nutre de un sustrato clásico —filosofía griega y jurisprudencia romana— extraordinariamente polivalente, como lo evidencian las mismas nociones —todas clásicas y todas aparentemente irreconciliables entre sí— de *logos* (razón), *physis* (naturaleza dada), *nomos*

<sup>72</sup> Franz Wieacker. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*. Traducción de Francisco Fernández Jardón. Granada. Editorial Comares. 2000. y Aguilera. *Introducción...*, op. cit. Sobre la recepción en nuestra Escuela de esta corriente historiográfica, cfr. Jaime del Arenal Fenochio. “La Renovación de la Historia General del Derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 17. México. ELD. 1993.

<sup>73</sup> Cfr. Pampillo, *Historia...*, op. cit., pp. 32 y ss.

<sup>74</sup> Sobre los problemas que presenta la anterior noción de tradición, como continuidad cultural, véase P. Grossi “Modelos...”, op. cit., p. 67 y Mario Bretone. *Derecho y tiempo en la tradición europea*. Traducción de Isidro Rosas Alvarado. México. Editorial Fondo de Cultura Económica. 2000, pp. 171 y 172.

(norma puesta), *dike* (justicia), *tò dikaión* (derecho, lo justo), *ius* (derecho, lo justo), *lex* (ley), *directum* (derecho, lo dirigido) y *cháritas* (caridad), cuya riqueza estriba en su misma diversidad.<sup>75</sup>

Más aún, es también notable que dicha tradición se haya conformado de manera precisamente heterogénea desde sus orígenes: romanos-germánicos-canónicos-medievales.<sup>76</sup>

Todavía más, es notable igualmente su palingenesis a través de la Codificación decimonónica, que paradójicamente es el resultado del triunfo de la metodología racionalista y iusnaturalista, que habría de desembocar —siguiendo un itinerario circular contra sí misma— en un positivismo voluntarista.<sup>77</sup>

En otras palabras, 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.

Y, en definitiva, 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.

En razón de lo anterior, nuestra tradición se ha prestado a aprovechamientos y desenvolvimientos bastante diferenciados, si bien es verdad que sus ‘momentos estelares’ se han caracterizado precisamente por integrar y armonizar sus divergencias, dando lugar a ordenamientos complejos, plurales y flexibles.

En efecto, tan responde a la tradición romanista del derecho occidental el *ius commune* europeo como ordenamiento jurídico casuista y tópico, cuya obligatoriedad se encontraba fundada principalmente en su misma razonabilidad y cuya finalidad era la consecución de la justicia a través de la equidad material, como el Código Civil Alemán (*B.G.B.*) de 1900 que era más bien todo lo contrario, un ordenamiento jurídico sistemático y abstracto, cuya obligatoriedad se encontraba fundada en la voluntad potestataria del estado y cuya finalidad era principalmente la preservación de la seguridad jurídica.

---

<sup>75</sup> Sobre el sustrato clásico de la ciencia jurídica occidental y su ambivalencia, cfr. Pampillo. *Historia...*, op. cit., pp. 67 y ss.

<sup>76</sup> Sobre la heterogénea conformación de la tradición jurídica en la Edad Media, cfr. idem, pp. 137 y ss.

<sup>77</sup> Sobre este paradójico desarrollo del derecho occidental durante la Modernidad, cfr. ibidem, pp. 209 y ss.

Igualmente, tan responden al elemento germánico de nuestra tradición el *ius mercatorum* medieval, como el derecho social del siglo XIX y el mismo ordenamiento antijurídico de la Alemania del *III Reich*, fundándose todos ellos en los mismos principios de factualidad, corporativismo, personalismo, orden, seguridad y patrimonialidad, tan característicos de la *gefoldschaft* germánica.

Sin embargo, hay que insistir en que 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 jerárquico, y
- e) entre la espontaneidad jurídica del derecho consuetudinario y natural y la artificiosidad de un derecho absolutamente positivado a través de la legislación, según el ordenamiento jurídico esté más inclinado hacia el mundo de la realidad empírica o hacia el de las reelaboraciones culturales.<sup>78</sup>

## 2) La dogmática jurídica del positivismo legalista formalista

A partir de la palingenesis 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

<sup>78</sup> Las tensiones entre justicia y orden, tópica y sistemática, *auctoritas* y *potestas*, pluralismo y monismo e interpretatio social y hermeneusis cultural, como constantes históricas en el decurso de nuestra tradición jurídica y como esquemas ordenadores para identificar, comparar, comprender y criticar los ordenamientos jurídicos que se han sucedido a lo largo de la misma, se encuentran expuestos en Pampillo. *Historia...*, op. cit., pp. 46 y ss.

proceso de ‘identificación reductiva del derecho’ con la ley y de ‘eulogización’ de esta última.<sup>79</sup>

En efecto, la expropiación del derecho por el estado promovida tanto por la ciencia jurídica francesa (iusnaturalismo moderno racionalista – codificación – exégesis) cuanto por la alemana (historicismo – pandectística – codificación – jurisprudencia de conceptos) y la ulterior recepción de sus codificaciones paradigmáticas, propició el surgimiento de una cultura jurídica de corte legolátrico que desembocó en una eulogización del concepto de la ley.

Y dicha eulogización de la ley —es decir, el proceso cultural por virtud del cual el concepto de ley, más allá de su significación real, vino a convertirse en una especie de ‘mito’ o fetiche que generaba simpatías y provocaba adhesiones—<sup>80</sup>, desembocó en la formación de una ‘mentalidad’ y posteriormente de toda una ‘dogmática, positivista, legalista, formalista’.

Positivista, en primer lugar, en tanto que voluntarista; pero también en tanto que limitaba lo jurídico a lo meramente exterior, fenoménico y sensible, renunciando a observar lo íntimo, nouménico e inteligible. En segundo lugar, positivista también en razón de su pretensión de reducir todo derecho a lo puesto por el hombre a través de la cultura, prescindiendo por lo mismo de los datos jurídicos que aporta la naturaleza.

Legalista por cuanto pretendía la identificación reductiva del derecho con la ley, resultado de la expropiación nacionalizadora del derecho por el estado, convalidada por la propia ciencia jurídica contemporánea, reduciendo los contenidos de la ciencia del derecho, estrictamente al derecho positivo legislado vigente y suprimiendo por ende la validez de las demás fuentes jurídicas, a las que no se les concedió ‘iurisferancia’ (*ius*=derecho / *feri*=creación), o si acaso se les reconoció alguna, fue enteramente subordinada, por delegación expresa y necesariamente *secundum legem*.

---

<sup>79</sup> Para delinear los contornos de la dogmática jurídica contemporánea, destacando sus rasgos absolutistas, se siguen especialmente las ideas de Paolo Grossi tal y como están expuestas en sus obras. “Absolutismo Jurídico...”, op. cit., y *Mitología Jurídica de la Modernidad*. Traducción de Manuel Martínez Neira. Madrid. Editorial Trotta. 2003. También me baso en la clásica exposición de Wieacker. *Historia...*, op. cit., pp. 417 y ss. Tomo también varias ideas de Jesús Antonio de la Torre Rangel. *Del Pensamiento Jurídico Contemporáneo. Aportaciones Críticas*. México. Editan la Escuela Libre de Derecho y Miguel Ángel Porrúa. 1992.

<sup>80</sup> Rolando Tamayo y Salmorán. *Introducción al Estudio de la Constitución*. México. Edita la Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1979, Tomo I , pp. 79 y 80.

Formalista en tanto que llegó a considerar que el derecho se agotaba en sus meras formas. El derecho se concibió como una sola forma; más específicamente, como una forma legal positivada investida de obligatoriedad jurídica.<sup>81</sup> Más aún, el formalismo supuso también la relegación y desprecio de los contenidos del derecho. La juridicidad se pretendió así derivar de la forma, considerando que el derecho sería jurídico (valga la tautología) y por ende obligatorio, con entera independencia de sus contenidos sociales, políticos, económicos, éticos, y por supuesto, jurídico-materiales. No importaban pues los ‘qués materiales’, sino los ‘cómos formales’. Constatada pues la observancia de las formas, se presumían —y se siguen a veces presumiendo— *iuris et de iure*, legítimos y justos sus contenidos, incluso en el caso extremo de que no lo fueren.

En resumen, a partir de la mitificación de la ley como eulogismo, que parte de 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, paradójicamente, como garantía preservadora de dichos contenidos y de dicha voluntad— pasó a convertirse en lo esencial y definitivo del derecho.

Así, como ha observado Grossi, la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista es, constitutivamente, una dogmática autoritaria. En efecto —según el historiador del derecho florentino— la codificación, la exégesis y el positivismo, con su “legolatría acrítica”, condujeron a un fenómeno que él denomina bajo el apelativo de “absolutismo jurídico”.<sup>82</sup>

La reducción del derecho a la ley supuso además 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 Kirchmann, el derecho legal positivo como objeto de comentario por parte de los exegetas carece de estatuto científico, tanto en razón de la contingencia política de su objeto, cuanto en razón de la naturaleza eminentemente técnica del propio comentario.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> Como observa el Profesor Grossi: “La ley se convierte así en pura forma, en acto sin contenido, es decir —para explicarnos mejor—, un acto cuyo carácter legal no depende nunca de su contenido concreto, sino siempre y sólo de su procedencia del único sujeto soberano. El cual se identifica cada vez más con un legislador...” *Mitología Jurídica...*, op. cit., p.33.

<sup>82</sup> Cfr. Grossi. “Absolutismo Jurídico...”, op. cit., pp. 11 y ss.

<sup>83</sup> No resisto transcribir, en su parte conducente, la célebre exposición Kirhcmann: “La ley positiva es rígida; el derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizada sin

Finalmente y para colmo de males, el absolutismo jurídico del positivismo legalista formalista, como ha observado Franz 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”.<sup>84</sup>

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” resultado del rompimiento del poder legislativo con las bases éticas de la comunidad histórica y de la propia desintegración de las democracias, posibilitó la aparición de las “leyes de contenido arbitrario” o “leyes injustas”, que sumieron al positivismo jurídico en una honda y definitiva crisis, que arrastra hasta nuestros días.<sup>85</sup>

Para mediados-finales del siglo XIX, la naciente mentalidad protodogmática del positivismo legalista formalista, supuso:

- a) una reducción de todo el derecho al querer político del estado, mediante las formas legales,
- b) la cancelación de la iurisferencia de toda fuente jurídica extralegal,
- c) la politización del derecho privado con la consecuente pérdida de autonomía y de estabilidad de lo jurídico en detrimento de sus contenidos tradicionales,

---

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.

<sup>84</sup> Wieacker. *Historia...*, op. cit., p. 419.

<sup>85</sup> Idem, pp. 419 y 507 y ss.

- d) el planteamiento epistemológico sobre la misma viabilidad científica de la jurisprudencia, y
- e) la desprotección de los contenidos jurídicos del derecho que quedaron a merced de la voluntad arbitraria del legislador.

El naciente positivismo legalista formalista provocó por otro lado la reacción crítica de las denominadas corrientes del ‘naturalismo jurídico’ o ‘antiformalistas’.<sup>86</sup>

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, Ihering, Kantorowicz), pero convirtiendo al ordenamiento jurídico en un medio para la consecución de ciertas finalidades más bien sociales, económicas y políticas. Dicha reacción, además de reivindicar la importancia de los contenidos jurídicos, puso de relieve también la incapacidad de la ley para reorientar por sí sola la conflictividad jurídica, buscando rehabilitar el papel creativo de los operadores jurídicos prácticos y muy significativamente de los jueces.

Sin embargo, con independencia de sus méritos, el antiformalismo jurídico supuso: a) una mayor ‘desorientación científica’ respecto de los contenidos del derecho, b) el empleo métodos propios del positivismo filosófico, empíricos, fenoménicos y causalistas, inapropiados para la comprensión del derecho, y c) un relajamiento de la ciencia jurídica que quedaba en realidad a merced de la ideología y puesta al servicio de las finalidades utilitarias más diversas.

Precisamente en razón del anterior relajamiento, desorientación material y metodológica y de la propia instrumentalización del derecho, el naturalismo propició una ‘re-contra-reacción’ —legítima, por cierto— 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 sin duda alguna su más destacado exponente, en uno de los teóricos del derecho más influyentes de la Modernidad: Hans Kelsen.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> 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.,

El pensamiento kelseniano, que llevó a su máximo esplendor la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista, se estructuró 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.

Intentando hacer desde nuestra perspectiva histórica privilegiada una valoración crítica del pensamiento kelseniano, podemos observar:

- a) su relatividad y limitaciones filosóficas al partir del criticismo gnoseológico kantiano,
- b) el excesivo formalismo que le llevó a convertir a la sola norma lógica formal como objeto exclusivo de la ciencia del derecho,
- c) la abdicación de los contenidos jurídicos de la ciencia del derecho, so pretexto de su pretendida metajuridicidad,
- d) la insistencia desmedida en la importancia de la norma sancionadora, que deja de lado las funciones directrices y educativas del derecho, y
- e) la estructuración del derecho, según una visión sistemática y formal, esclerosante y anquilosada.

---

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.

### 3) El fin de positivismo y el surgimiento de una nueva dogmática global

Definidos los perfiles de la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista, conviene destacar aquí, que al menos desde mediados del siglo XX, dicha dogmática 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 filosóficas, epistemológica y praxeológicas.

En primer lugar, como resultado de los ‘horrores legalizados’ —y por ende ‘juridizados’— 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 contemporánea.

Muchos positivistas matizaron sus puntos de vista originales —piénsese por ejemplo en Hart o en Dworkin—, y así al lado del formalismo y del naturalismo, fue reclamando su lugar una nueva actitud, estimativista y ‘axiológica’, que desde las coordenadas filosóficas del neokantismo culturalista de los valores (Hartman, Scheler, Lask, Radbruch) se uniría a las voces de los ‘neotomistas’ y ‘neoiusnaturalistas’, para replantear el irrenunciable ‘contenido moral’, ético o valorativo

Esta amplísima corriente axiológica de pensamiento ha comprendido a su vez, como se recordará que se expuso anteriormente: a) el estimativismo de corte neokantiano (E. Lask, G. Radbruch), b) el iusnaturalismo protestante de corte racionalista (J. Elull), c) el neotomismo católico que ya desde el último tercio del siglo XIX venía cobrando creciente fuerza (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 contentuísticos, 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).

Paralelamente a las anteriores corrientes, puede observarse desde mediados del siglo XX un renovado interés por la lógica y la ‘argumentación jurídicas’, que abarcó novedosos y refrescantes estudios sobre la lógica formal (U.

Klug), la lógica deóntica (G. H. von Wright y G. Kalinowsky), la tónica (Th. Viehweg) y la nueva retórica (Ch. Perelman), que además de enriquecer los instrumentos y las técnicas de la argumentación actuales, han contribuido al reconocimiento de la ‘contextura dialogal’ del propio derecho.

Finalmente dentro del debate iusfilosófico de los últimos años, cabe reiterar la importancia de las teorías tridimensionalistas, que pretendieron establecer un diálogo entre el formalismo, el antiformalismo y el estimativismo, dando posteriormente lugar a las teorías pluridimensionalistas o integracionistas —bajo las cuales puede ubicarse la propia *Teoría Global del Derecho*— como un intento de restablecer y articular la riqueza pluridimensional e interdisciplinaria del hombre y de su derecho.

Ahora bien, más allá de la crítica iusfilosófica y científica a la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista, 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 para la reconducción jurídica de la problemática social de nuestro tiempo.

Sin que podamos detenernos aquí en los diferentes aspectos de la gran crisis práctica de la dogmática positivista, 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’.

Efectivamente, la soberanía nacional como fundamento del Estado Moderno, jalonada actualmente entre la globalización y los localismos redivivos, está propiciando el surgimiento de una nueva ‘poliarquía política’ que ha supuesto a su vez un nuevo ‘policentrismo jurídico’ que ha multiplicado las fuentes extraestatales de creación jurídica.<sup>88</sup>

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.

En el 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 que se expondrá más adelante.

---

<sup>88</sup> Xavier Díez de Urduvía. *El Estado en el contexto global*. México. Editorial Porrúa. 2008.

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 ilimitada.<sup>89</sup>

En contrapartida, 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.

El legítimo y creciente reclamo de las regiones, de las comunidades históricas y de las etnias indígenas, que exigen el reconocimiento de su autonomía para regirse según sus propios derechos, es el otro polo de la nueva riqueza y variedad de fuentes del policentrismo jurídico de nuestro tiempo.

Esto es lo que algunos autores han denominado ‘glocalización’ (globalización + localismos),<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup>

Además, por lo menos desde comienzos del siglo XX, ha empezado a progresar una ‘tendencia descodificadora’, particularmente acusada en los ámbi-

---

<sup>89</sup> Sobre la evolución del derecho internacional 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.

<sup>90</sup> 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 sostienen 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.

<sup>91</sup> 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.

tos del derecho mercantil y administrativo. Dicha tendencia, además de poner de relieve las limitaciones de los códigos como leyes estatales completas para la regulación sistemática de dilatados ámbitos de relaciones jurídicas, ha supuesto a su vez una revitalización de la misma costumbre como fuente del derecho.<sup>92</sup>

Igualmente, a lo largo de las últimas décadas, la creciente desconfianza en la ley del estado, en su conformación como un derecho oficial y en su propia capacidad evolutiva para reformular jurídicamente los nuevos y crecientemente sofisticados problemas sociales de nuestra época, ha generalizado la ‘práctica de la autorregulación’.

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 el ámbito del comercio transfronterizo, cada vez más convienen en que sus estipulaciones sean interpretadas conforme a principios distintos de los establecidos por la ley del estado.

Por añadidura, debe tenerse en cuenta la progresiva desconfianza en los mecanismos estatales de administración de justicia, dada la percepción de su lentitud, ineficiencia y burocratismo, que ha propiciado el surgimiento y la proliferación de ‘instancias privadas e informales de resolución de conflictos’ tales como la mediación y el arbitraje, cuyo uso universal y generalizado resulta altamente indicativo de la magnitud de la crisis a que venimos refiriéndonos.<sup>93</sup>

---

<sup>92</sup> Véase la obra clásica Natalino Irti. *La edad de la descodificación*. Traducción de Luis Rojo. Barcelona. Editorial Bosch. 1992. También puede verse la reflexión que se realizó en Juan Pablo Pampillo Baliño. “La Descodificación del Derecho Mercantil en México” en Óscar Cruz Barney (coordinador). *120 Años del Código de Comercio. Codificación y Descodificación del Derecho Mercantil Mexicano*. México. Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2009.

<sup>93</sup> 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 Juris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la*

De esta manera, 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 iurisferancia internacional y supranacional,
- c) la proliferación de las normas y principios jurídicos extraestatales,
- d) la revitalización de la costumbre en todos los órdenes, 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.

En resumen, la crisis de la dogmática jurídica contemporánea ha sido una crisis integral.

Tras su degeneración durante la primera mitad del siglo XX, dicha dogmática ha experimentado una profunda crítica iusfilosófica a lo largo de toda la segunda mitad de dicha centuria.

Pero además, ha mostrado una progresiva ineficiencia para la reconducción jurídica práctica de los nuevos problemas sociales. Igualmente, muestra una creciente incapacidad para comprender las nuevas disciplinas jurisprudenciales —como el derecho informático, el derecho medioambiental, el derecho al patrimonio cultural de la humanidad y un muy largo etcétera—, caracterizadas —como ha observado respecto del derecho en la dimensión del ciberespacio Emilio Suñé<sup>94</sup>— por la intervención de la sociedad civil, por la preponderancia del elemento consuetudinario y por la necesaria globalidad de sus soluciones.

Más aún, el positivismo legalista formalista ha sido rebasado por unas prácticas argumentales tópicas y retóricas que desbordan sus estrechos cau-

---

*Universidad Panamericana*. Número 30. México. Universidad Panamericana. 2003), pp. 39-68.

<sup>94</sup> Cfr. Emilio Suñé Llinás. “Del Derecho Informático al Derecho del Ciberespacio y a la Constitución del Ciberespacio” en *Iuris Tantum. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*. Número 17. México. 2006. Más en extenso, puede consultarse el capítulo 9 de su notable *Teoría Estructuralista del Derecho*. Madrid. Edita el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 2006. Véase también del profesor Suñé, respecto del papel de la sociedad civil en nuestro tiempo *La Sociedad Civil...*, op. cit.

ces lógico formales —referidos al silogismo judicial—, reconociéndole un papel cada vez mayor a la función jurisdiccional y a la doctrina jurídica.

En razón de todo lo anterior, puede afirmarse que la dogmática contemporánea se encuentra agotada, si bien tampoco se puede negar la realidad de que aún hoy no existe una ‘dogmática alternativa’ capaz de superarla.

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

Pero además, el desmoronamiento del positivismo, las nuevas propuestas filosóficas de nuestro tiempo y las novedosas prácticas jurídicas de las últimas décadas, junto con el surgimiento y desarrollo del Derecho Comunitario Europeo —al que nos referiremos en detalle con posterioridad— 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 porvenir.

Y dicha dogmática jurídica *in satus nascens*, parece en primer lugar que se está conformando como una dogmática comprensiva, reconstructiva, recompositiva y reintegradora del derecho y de sus complejidades, a partir de la propia comprensión del hombre y de su misma pluridimensionalidad.<sup>95</sup>

En segundo lugar, resulta plausible considerar que esta nueva dogmática se deberá articular precisamente a partir de la crisis del legalismo estatalista, y que consecuentemente, tendrá que ser capaz de reconducir los problemas sociales mediante instrumentos distintos de los estrictamente legales, proporcionando soluciones que no estén constreñidas tampoco por las limitaciones del poder del estado, que es impotente fuera de su soberanía nacional, e intrusivo dentro la autonomía de sus propias comunidades interestatales.

La nueva dogmática deberá pues ser capaz de desenvolverse eficientemente en medio del nuevo ‘pluralismo jurídico’, conformándose de manera tal que pueda servirse de diversas y heterogéneas fuentes formales del derecho para desarrollar sus propias soluciones. En tal virtud, convendrá que se conforme —según la expresión ya generalizada de Zagrebelsky— como una ‘dogmática dúctil’.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> Cfr. Pampillo. *Filosofía...*, op. cit.

<sup>96</sup> “La exigencia de una dogmática jurídica ‘líquida’ o ‘fluida’, que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos

Para los anteriores efectos, se propone que la dogmática jurídica global se construya precisamente a partir de las bases (problemas, encrucijada, perspectiva y método) y de los fundamentos (antropológico, social, estructural, simbólico e histórico) de la teoría global del derecho a la que anteriormente nos referimos.<sup>97</sup>

Adicionalmente, la nueva dogmática jurídica deberá conformarse precisamente como una dogmática global, es decir, partiendo de las múltiples reconfiguraciones de la glocalización ha supuesto para el derecho.

En términos generales puede decirse que el fenómeno de la globalización y sus variadas proyecciones en el ámbito del derecho han suscitado por parte de algunos estudiosos una auténtica reconceptualización del derecho internacional clásico desde la segunda mitad del siglo XX. Tal es el caso del *Derecho Mundial* de Eduardo Trigueros, del *Derecho Transnacional* de Philip C. Jessup, del *Derecho Común de la Humanidad* de Wilfred Jenks y del *Derecho de los Pueblos* de John Rawls, destacando más recientemente los planteamientos y propuestas del jurista español Rafael Domingo en torno a un nuevo *Derecho Global*.<sup>98</sup>

Para Domingo Oslé, las principales características y propuestas para la conformación del nuevo Derecho Global son las siguientes.<sup>99</sup>

En primer lugar, el profesor Domingo observa que el derecho global —derecho común de la humanidad, derecho mundial, derecho transnacional, derecho supranacional, derecho cosmopolita o como quiera que se le denomine— debe conformarse como un derecho nuestro tiempo, pero abrevando de la tradición del *ius gentium* de la Antigüedad, del *ius commune* europeo bajomedieval y del derecho internacional de la Modernidad. Sin embargo, debe reconocerse que el derecho de gentes fue jerárquico y descuidó el principio de

---

en una construcción necesariamente no rígida...” Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Traducción de Marina Gascón. Madrid. Editorial Trotta. 2003, p. 17.

<sup>97</sup> Cfr. Pampillo. *Filosofía...*, op. cit., passim

<sup>98</sup> Cfr. Rafael Domingo. *¿Qué es el derecho global?* 2ª edición. The Global Law Collection. Pamplona. Thomson Aranzadi. 2008. Los datos de las obras de Jessup, Jenks y Rawls del 1956, 1963 y 1999 aparecen en la obra citada de Domingo y son por demás conocidas existiendo varias ediciones y traducciones. La obra de Eduardo Trigueros, internacionalista y Rector de la Escuela Libre de Derecho, menos conocida fuera del ámbito mexicano es Eduardo Trigueros Saravia. *Trayectoria del Derecho Mundial*. México. Porrúa. 1953.

<sup>99</sup> A continuación se expondrá una apretada síntesis general de algunas de las principales tesis de la obra de Domingo. *¿Qué es el derecho global?...*, op. cit., passim., prescindiendo en consecuencia de hacer referencias más específicas a su capitulado y remitiendo al lector interesado a su íntegra lectura.

igualdad entre los pueblos, mientras que el derecho internacional sancionó el principio de igualdad entre los estados, pero se olvidó de los ciudadanos y se fundó sobre el paradigma de la soberanía. Así, como en la evolución del *ius inter gentes* al *ius inter nationes*, la eventual progresión de este último hacia un nuevo *ius inter personas*, requiere de un aprovechamiento selectivo de dicha tradición.

En segundo lugar, Rafael Domingo destaca que el derecho global tendrá por destinataria no ya la ‘sociedad internacional’ de estados y organismos, como era el caso del derecho *inter nationes*, sino la ‘comunidad global’ de personas y grupos de personas. Dicha comunidad incluirá, además de a los sujetos del derecho internacional público clásico, a los municipios, metrópolis, corporaciones mercantiles, asociaciones civiles, comunidades religiosas, organizaciones supranacionales incluyendo también de manera destacada por su rol en la globalización a las ONG’s y a las corporaciones transnacionales.

Seguidamente, Domingo Oslé advierte que el derecho global implicará la redefinición del paradigma de la igualdad soberana entre los sujetos del derecho internacional público y la necesaria cesión por parte de los mismos de ámbitos de soberanía para la creación de instituciones globales *ratione materiae* mediante una creciente globalización de la justicia con la conformación de instancias jurisdiccionales supranacionales. El ámbito de reserva de globalidad, que comprenderá los principios y las materias que afecten a la humanidad en su conjunto, profundizando especialmente el ámbito de los derechos fundamentales de la humanidad, tendrá el reconocimiento de la persona y de su dignidad, libertad e igualdad como su centro y se relacionará con los demás ordenamientos jurídicos a partir del principio de subsidiariedad. Dicha redefinición del paradigma soberano, la conformación de ámbitos de reserva global y la creación de instituciones e instancias jurídicas supranacionales, se irá dando paulatinamente a través de tratados internacionales.

Finalmente, el Dr. Domingo enfatiza que el derecho global será principalmente un derecho de coordinación, articulación y armonización de ordenamientos jurídicos. El derecho global se conformará más bien como un derecho de principios que como un derecho de normas. De esta manera el derecho global se convertirá en un *ordo iuris totius orbis* o en un nuevo derecho común, como un ordenamiento global, abierto, de principios informativos. El derecho global estará así informado por los principios generales de justicia y racionalidad y por los específicos de universalidad, solidaridad, subsidiariedad y horizontalidad. Asimismo, entre sus principales reglas se encontrarán:

la dignidad y la igualdad de la persona humana, la sumisión al derecho global y el cumplimiento de los acuerdos y el fomento de las diferencias y el pluralismo.

Por último, para la conformación de la nueva dogmática jurídica global, sustitutiva de la dogmática vigente, pueden retomarse también algunas ideas expuestas por el iusfilósofo argentino Rodolfo Luis Vigo, quien en una disertación sugestivamente intitulada *De la Cultura de la Ley a la Cultura del Derecho*, señala como algunos de los rasgos del nuevo derecho y de la nueva cultura jurídica:

- a) el regresar del normativismo al principalismo, reseñando los célebres debates entre Kelsen y Esser y entre Hart y Dworkin,
- b) el desplazarse desde la validez jurídica formal, hacia la validez ética material, abandonando así el formalismo y conduciéndose hacia modos de pensamiento más bien material,
- c) el retomar el camino de la tópica abandonando el de la sistemática,
- d) el superar el legalismo en aras de un constitucionalismo superior, vigilado por la judicatura mediante el control constitucional,
- e) el superar el cientificismo puro, para involucrarse con otros saberes jurídicos, superando así un cierto juridicismo para abrirse a otros saberes complementarios,
- f) el regresar desde la seguridad jurídica hacia la justicia,
- g) el reivindicar la complejidad y la trascendencia de la función judicial, frente a la irrelevancia y la sencillez que caracterizaron a la jurisdicción como consecuencia de la codificación,
- h) el devolver al saber jurídico su condición más bien práctica que teórica,
- i) el buscar superar el paradigma de la soberanía nacional, para revulsionarse hacia un derecho globalizado y supranacional y, finalmente,
- j) el buscar evidenciar que el derecho no es un fin en sí mismo, sino más bien un instrumento al servicio del hombre y de su vida.<sup>100</sup>

#### **4) Las ‘doce claves’ de nuestra tradición jurídica**

Haciendo un esfuerzo de síntesis de los planteamientos expuestos hasta el momento, con la intención de realizar una ‘meditación de conjunto’, es po-

---

<sup>100</sup> Rodolfo Luis Vigo. *De la Ley al Derecho*. México. Editorial Porrúa. 2003, pp. 3-24.

sible identificar ‘doce claves’ que pueden ayudarnos descifrar y comprender a nuestra tradición jurídica.<sup>101</sup>

La ‘primera clave’ es la ‘vía global’, como ‘método histórico-filosófico-cultural general’, que a partir del entendimiento de la Crisis de Modernidad, busca superar sus limitaciones, conservando su ‘momento de verdad’.

Dicha vía global pretende —como se recordará— ‘englobar’:

- a) ‘la autonomía de la voluntad’ con las ‘leyes que recorren la naturaleza’,
- b) ‘el progreso histórico’ con la ‘ley del doble progreso contrario’,
- c) el principio de ‘separación para la explotación’ con el de ‘reintegración para la convivencia armónica’,
- d) la ‘racionalidad instrumental’ con la ‘racionalidad teleológica, integrada y pluridimensional’, y
- e) el ‘individualismo atomista’ con el ‘comunitarismo celular’, ‘redondeándose’ finalmente con una ‘actitud revulsionadora’ de ‘esperanza esforzada’.

La ‘segunda clave’ es el ‘teorema global del derecho’, por medio del cual se puede definir ontológicamente al derecho como “la realidad social consistente en el conjunto de relaciones distantes y polares, inordinadas conforme a cierta medida proporcional de igualdad obligatoria determinada por la prudencia, que se expresa mediante licitudes y deberes tipificados a través diversas formulaciones culturales históricas”.

La ‘tercera clave’ propuesta consiste en el tránsito desde la ontología jurídica hacia filosofía de la historia y de la cultura jurídica; es decir, el intento por comprender el desenvolvimiento existencial de nuestro ordenamiento jurídico, desde una noción esencial del derecho, mediante la conformación de un ámbito epistemológico adecuado que integre la historia, la filosofía, el derecho y la prospectiva.

La ‘cuarta clave’ son las ‘nociones generales’ de ‘historia’ y ‘tiempo’, por virtud de las cuales, puede reconocerse que el ser del hombre, de su cultura y del propio derecho, son en movimiento, que se encuentran en un constante devenir marcado por el cambio. Esta clave nos indica que ‘naturaleza’ e ‘historia’, lejos de oponerse, se encuentran imbricadas indisolublemente, evidenciándonos que la naturaleza humana y la naturaleza del derecho, que el ser

---

<sup>101</sup> Una exposición completa sobre dichas claves, que a continuación serán apenas enunciadas, así como sobre los fundamentos históricos y filosóficos de su selección, se encuentra en Pampillo. *Historia...*, op. cit., passim.

del hombre y de sus ordenamientos jurídicos, es ‘esencialmente inmutable’ aunque ‘existencialmente variable e histórico’. De ahí que sin demérito de su naturaleza, hombre y derecho deban adaptarse continuamente a las ‘peculiaridades espacio-temporales’ de los diversos ‘contextos culturales’.

La ‘quinta clave’ consiste en la definición de la ‘tradición jurídica occidental’, como aquélla a) cuyo ‘sustrato clásico’ es la jurisprudencia romana, b) cuya ‘conformación’ se debe a la ciencia jurídica del *ius commune* y c) cuyos ‘actuales desenvolvimientos’ son consecuencia de la difusión de la obra codificadora. Así pues nuestra tradición, integrándose como resultante de los vectores romano, germánico, canónico, racionalista-moderno y positivista-contemporáneo, supone la interacción de diversas fuerzas, de cuyo eventual predominio ha dependido significativamente su orientación en los diversos momentos de su historia, debiéndose sin embargo reconocer la continua influencia del vector romano, cuyo ‘perfil formal’ ha sido a su vez objeto de aprovechamientos también diferenciados, en distintos momentos de su devenir, a partir de la riqueza plural y hasta contradictoria del sustrato clásico que envuelve.

La ‘sexta clave’ son los ‘esquemas ordenadores’ o ‘díadas conceptuales’, a través de las cuales se ha pretendido tipificar, comprender, comparar, diferenciar y criticar los diversos ordenamientos jurídicos occidentales, y que son:

- a) la *auctoritas* y a la *potestas* desde el punto de vista la obligatoriedad,
- b) la tópica y a la sistemática desde el de la argumentación y contextura del derecho,
- c) la *interpretatio* y a la *hermeneusis* desde la perspectiva de la estructuración prudencial (social-cultural) del discurso jurídico,
- d) la pluralidad y a la escasez en las fuentes como indicios de riqueza y complejidad de los ordenamientos jurídicos, y
- e) la justicia (orientación material concreta) y al orden (orientación formal abstracta) por lo que hace a la teleología predominante de las experiencias históricas.<sup>102</sup>

La ‘séptima clave’ para la comprensión de la tradición jurídica occidental es la ‘polivalencia del sustrato clásico’ de nuestra tradición jurídica, que comprende la ‘idea griega del derecho’ y el ‘perfil formal’ (‘ideas’, ‘métodos’ y ‘reglas’) de la jurisprudencia romana.

---

<sup>102</sup> Sobre los anteriores esquemas puede verse Pampillo. Historia..., op. cit., capítulo 3.

Esta clave parte de la premisa de los diversos aspectos, muchas veces contradictorios, de dicho sustrato clásico, mismo que puede evidenciarse en las palabras-concepto: *physis*, *dike*, *nomos*, *ius*, *directum* y *charitas*, que a su vez nos remiten a nociones jurídicas, aparentemente antitéticas, aunque en realidad profundamente complementarias, como lo es el iusnaturalismo de la escuela ática (*to dikaion=metron-ison*) *vis a vis* al iusnaturalismo de los estoicos, o bien la concepción clásica del *ius* como un derecho pragmático, casuista, tópico, autoritario y prudencialmente interpretativo, *vis a vis* a la concepción postclásica del *directum* como un derecho teorético, abstraccionista, sistemático, potestatorio y preponderantemente hermenéutico.<sup>103</sup>

Dentro de dicha séptima clave, conviene tener presente la ‘noción romana’ de ciencia jurídica o jurisprudencia como: a) un *ars aedificatoria*, a partir de principios congeniales a una realidad social, a la cual se *a-jus-tan*, *rea-jus-tándola*; b) que en tanto ‘saber práctico’ suponía un ‘conocimiento general’ de la ‘naturaleza del hombre’, y ‘específico y metódico’ de ‘lo justo’, en sus dos vertientes, b.1) ‘contenidos justos concretos’ (dimensión material de la equidad) y b.2) ‘tipos generales de lo justo’ (dimensión formal de la licitud); c) donde las *regulae iuris* eran tenidas como soluciones provisionales formuladas culturalmente, d) de donde podía abrevarse lo justo, lo útil y lo conveniente, mediante la consideración de las estrechas relaciones existentes entre el derecho y los demás ámbitos de la vida humana (*honestas*, *virtus*, *fides*, *pietas*, *mores*, *officium*, etc.), considerados en su integridad, en los que el derecho se proyecta mediante un reflejo correctivo.<sup>104</sup>

Igualmente dentro de la séptima clave es conveniente considerar el ‘método jurisprudencial’ de los romanos, que consta de los siguientes pasos: a) análisis del caso y recurso a los casos guía, b) utilización de la analogía, c) empleo de argumentos abiertos, d) utilización de presunciones y ficciones, como formulaciones culturales flexibles, e) uso de la dialéctica para confrontar opiniones y reglas mediante un “examen ponderado” y, f) el empleo de la retórica mediante: f.1) la atomización o división del problema, f.2) el partir de la aclaración de lo oscuro y de la distinción en lo ambiguo y f.3) el concluir precisamente con la elaboración de una regla.

Finalmente dentro de la séptima clave vale la pena tomar en cuenta el extraordinario acervo de *regulae iuris* de extracción romanista, como un ri-

---

<sup>103</sup> Véase la exposición pormenorizada sobre la idea griega del derecho y la jurisprudencia romana en los capítulos 4 y 5 de Pampillo. *Historia...*, op. cit.

<sup>104</sup> Cfr. Pampillo. *Historia...*, op. cit., capítulo V.

quísimo arsenal de: a) ‘principios jurídicos generalísimos’, b) ‘principios técnico-jurídicos’ y, c) ‘principios interpretativos’.

La ‘octava clave’ es el ‘doble proceso contrario de germanización material y de romanización formal’, que supone fundamentalmente a) la ambigua fusión de la *gefoldschaft* germánica, contrastante respecto de la noción latina de *imperium* y *potestas* y b) la igualmente heterogénea integración de una tradición jurídica romanista secular, evolucionada, racionalizada, escrita e inclinada hacia la *hermeneusis* cultural y un nuevo derecho germánico todavía arraigado en la religión, arcaico, ritualista, de extracción preponderantemente consuetudinaria y más bien oscilando hacia la *interpretatio* social.

El resultado de dicho proceso sería la conformación de una nueva ‘tradición jurídica romano-germánica’ apegada en lo material a los hechos, los pactos y las cosas, pero también orientada en lo formal por las ideas, los métodos y las reglas culturales de la jurisprudencia romana.<sup>105</sup>

La ‘novena clave’ se encuentra en la ‘ciencia jurídica bajomedieval’, que: a) se nutrió de los derechos propios de extracción germánica, formalmente romanizados, b) se conformó dentro del ámbito universitario, c) se configuró a partir de un intenso aprovechamiento de la tradición romanista, d) abrevó igualmente de los desarrollos de la canonística, e) elaboró sus propios métodos interpretativo-hermenéuticos, y e) fue capaz de traducir su discurso académico en un derecho encarnado en la realidad de su tiempo, elaborando los mecanismos para su integración como ‘derecho común’ mediante la teoría de los estatutos.<sup>106</sup>

Dicha novena clave supone así:<sup>107</sup>

- a) la ‘inarticulación’ de un derecho común jurisprudencial con los ‘derechos propios’ de ‘extracción germánica formalmente romanizados’,
- b) la conformación de un ‘discurso jurídico científico-universitario’ de corte ‘teórico-práctico’,
- c) el ‘redescubrimiento cultural del derecho romano’, como fuente de inspiración en cuanto a su ‘perfil formal’ y como fundamento de validez obligatoria de su discurso por medio de la apelación a su *auctoritas* tradicional,

<sup>105</sup> Cfr. Idem, capítulo VI.

<sup>106</sup> Sobre la ciencia jurídica bajomedieval, véase la excelente obra Carlos Ignacio Jaramillo. *El Renacimiento de la Cultura Jurídica en Occidente. El derecho en el Medioevo, siglos XI-XV*. Primera reimpresión corregida. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Dike. 2009.

<sup>107</sup> Cfr. Pampillo. Historia., op. cit., capítulo VII.

- d) el aprovechamiento de razonamientos flexibles (*dicta Gratiani*) y de métodos elásticos (*aequitas canonica*), que arraigados en las peculiaridades propias y diferenciales de la ‘canonística bajomedieval’, proponían diversas técnicas de aplicación jurídica (*rigor legis, temperatio legis y relaxatio legis*) y aportaban una importante diversidad de instituciones jurídicas (*simplicitas canonica, laessio enormis, cláusula rebus sic stantibus, etc.*),
- e) el empleo de ‘métodos hermenéutico-interpretativos’ progresivamente depurados, que comprendieron un amplísimo abanico de herramientas lógicas, cuasilógicas, tópicas y retóricas, tendientes a acomodar las formulaciones culturales jurídicas a las nuevas realidades sociales jurídicamente relevantes, y
- f) el acomodamiento práctico de dicho discurso jurisprudencial, universitario y científico, mediante la elaboración de la teoría de los estatutos, que supuso tanto el reconocimiento de las particularidades de los *iura propria*, cuanto la aplicación supletoria de los principios del *ius commune* como una dogmática jurídica casuista, tópica, autoritaria, prudencial, plural y orientada por la equidad hacia lo justo, que se incorporó a los derechos propios, abrevando de los mismos, pero también nutriéndolos.

La ‘décima clave’ es la ‘inversión de la modernidad’, cuyo criticismo respecto de las coordenadas y los referentes culturales medievales operó una auténtica ‘transubstanciación del derecho’, que dejó de ser entendido como una ‘relación objetiva’ y material, arraigada en el ‘hecho jurídico’, presente y ‘preexistente en las cosas’, para convertirse en una ‘*facultas agendi*’, limitada tan sólo por ciertos ‘principios inventados’ de manera subjetiva y apriorísticamente por el hombre.

Dicha inversión supuso a su vez la subjetivización del *ius* como *facultas y libertas*, a partir de un nuevo pensamiento jurídico ‘idealista, racionalista, criticista y sensitivista’ que condujo hacia una ‘visión legalista’ (postracionalista y proto-voluntarista) y jerárquica (sistemática) del derecho, que culminó, hacia el apogeo de la Modernidad Triunfante, por definir al derecho como un ‘sistema racional de principios, universales e inmutables, ordenados según la jerarquía geométrica de una pirámide conceptual’, según los postulados maduros de la Escuela Moderna del Derecho Natural.<sup>108</sup>

---

<sup>108</sup> Cfr. *Ibidem*, capítulo VIII.

Ahora bien, a partir de dicho viraje, se entiende la ‘undécima clave’, que consiste en la ‘radicalización de la inversión moderna durante la contemporaneidad’. Esta fue consecuencia del ‘ideario de la Ilustración’, de la ‘justificación política de la ley’ como ‘producto formal de la *volonté générale*’ y de la propia ‘vocación del derecho natural para positivarse’, circunstancias que condujeron a la ‘codificación’, a la ‘eulogización de la ley’, a la ‘nacionalización del derecho’ a la ‘expropiación de la ciencia jurídica’ y a la postre al ‘absolutismo jurídico’, tanto por la ‘vía racionalista-francesa’, cuanto por la ‘historicista-conceptista-alemana’.<sup>109</sup>

Los resultados de dicho viraje fueron: a) el tránsito del racionalismo al ‘voluntarismo jurídico’, b) la ‘identificación restrictiva del derecho con la ley’, c) la ‘cancelación de la jurisferencia’ de toda fuente extralegal, d) la pérdida de la ‘autonomía’, ‘estabilidad’ y ‘contenidos tradicionales’ del derecho privado, e) la ‘redefinición de la función judicial’ y del ‘objeto y método de la ciencia jurídica’, y f) la ‘formalización del derecho legal’ mediante la ‘presuposición de los contenidos jurídicos’ dentro de las formas legales, que supuso su posterior ‘desprotección’ como rehenes de la ‘voluntad arbitraria del legislador’, propiciando el posterior fenómeno de las ‘leyes injustas’.

Conviene insistir aquí en que la crisis de la modernidad contemporánea y de su derecho, ha supuesto la progresiva incapacidad de la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista para a) comprender filosóficamente al derecho, b) estructurar científicamente a la jurisprudencia y c) reconducir los nuevos problemas jurídicos suscitados por la conflictiva social de nuestros días, demandando de nuestra generación, precisamente, el desarrollo de una nueva dogmática.

Dicha dogmática jurídica, que se ha buscado y se propone aquí fundamentar en vía global, exige que nos detengamos en los últimos desenvolvimientos del derecho europeo, donde podemos encontrar la ‘duodécima clave’ de una cultura jurídica que se está revivificando en nuestro tiempo.

Dicha ‘duodécima clave’ supone la consideración del ‘nuevo ordenamiento jurídico común europeo’ —al que nos referiremos más adelante—, respecto del cual podemos adelantar desde ahora que conforma una especie de coralidad sinfónica que se integra a través de la polifonía de los derechos nacionales y regionales —*iura propria*—, del derecho comunitario con sus principios generales comunes —*ius communitatis*— y del nuevo derecho común europeo —nuevo *ius commune*—. <sup>110</sup>

<sup>109</sup> Cfr. *Ibidem*, loc. cit.

<sup>110</sup> Cfr. *Ibidem*, capítulos XII a XIV

Ahora bien, la operación de dicho ordenamiento jurídico parece estar suscitando actualmente el surgimiento de un *mos europaeus*, que se encuentra conformando una 'dogmática jurídica europea' abierta, producto de la doctrina y la jurisprudencia, cuyas características son:

- a) la poliarquía política, el policentrismo jurídico y la pluralidad de fuentes,
- b) la coexistencia armónica con base en la influencia recíproca entre ordenamientos jurídicos regionales, nacionales y supranacionales,
- c) la mayor complejidad material y procesal en la aplicación del derecho por parte de los operadores jurídicos prácticos,
- d) 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,
- e) 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,
- f) el aprovechamiento multidisciplinario de la ciencia del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano,
- g) la creciente importancia de los principios jurídicos, y
- h) la actualización-proyectiva de la tradición jurídica occidental, con sus diversos nutrientes germánicos, romanos, canónicos, medievales y modernos.

Así las cosas y consideradas las anteriores 'doce claves', se puede descifrar nuestra cultura jurídica concluyendo que la tradición jurídica occidental, cuyo sustrato clásico se encuentra en el perfil formal de la jurisprudencia romana, cuya vertebración científica se produjo hacia la Baja Edad Media mediante la reelaboración doctrinal sobre sus elementos romanos, germánicos y canónicos, a través del empleo de diversos métodos, y cuya actual silueta ha sido delineada por la 'inversión racionalista' de la modernidad y la 'perversión voluntarista' de la contemporaneidad, a través de la difusión de la codificación, parece estar adentrándose en un nuevo momento histórico de su evolución, que a su vez parece estarse construyendo en 'clave global', precisamente dentro del ámbito del nuevo ordenamiento jurídico común europeo.

De esta manera, puede formularse ahora un teorema global diacrónico observando:

- a) que el derecho es, ontológicamente hablando, 'la realidad social consistente en el conjunto de relaciones distantes y polares, inordinadas conforme a cierta medida proporcional de igualdad obligatoria deter-

- minada por la prudencia, que se expresa mediante licitudes y deberes tipificados a través diversas formulaciones culturales históricas,
- b) que el derecho es —como el hombre y su cultura— una realidad en movimiento, en devenir existencial continuo, por donde la anterior esencia ontológica del derecho, definida mediante el teorema global, se realiza de manera variable e histórica según los diversos contextos culturales y uno de sus desarrollos, particularmente el que nos interesa, ha sido el que experimentado a lo largo de nuestra tradición jurídica occidental, con sus condicionamientos, limitaciones, ambigüedades, contradicciones y altibajos,
  - c) que nuestra tradición jurídica encuentra su origen en el sustrato clásico que le aporta la jurisprudencia romana, a través de una serie de ideas, métodos y reglas, que conforman un acervo plural y heterogéneo, cuyas misma polivalencia ha sido condicionante de los giros y virajes que nuestra cultura jurídica ha experimentado en su historia,
  - d) que nuestra cultura jurídica se estructura hasta la Baja Edad Media, precisamente como una reelaboración científica universitaria, encarnada en la vitalidad de los derechos germánicos y de los conflictos sociales de su tiempo, nutrida y fundamentada intensamente por el perfil formal romano, pero inspirada también por la ciencia del derecho canónico y desarrollada mediante el empleo de una enorme diversidad de métodos hermenéutico-interpretativos, que han sido el eje de su condición tradicional-actualizante-proyectiva,
  - e) que su desenvolvimiento durante la modernidad ha estado condicionado por el racionalismo y el voluntarismo, cuyos excesos, ampliamente difundidos a través de la codificación, apartaron a nuestra cultura jurídica de sus raíces y en consecuencia, de sus contenidos y métodos tradicionales, de sus referentes axiológicos, de sus desarrollos científicos y de sus cauces prácticos, hundiéndola en una crisis que demanda la superación de las limitaciones modernas y contemporáneas, sin desprecio de sus aportaciones y momentos de verdad, mediante una reversión paliativa y dosificada, que levante la jurisprudencia actual retomando sus indudables conquistas, y
  - f) que dicha superación, a través de la vía global, en considerando los últimos desenvolvimientos del derecho europeo —curiosamente similares en muchos aspectos a los desarrollos de la ciencia jurídica medieval y que se caracterizan por una renovación de las ideas, métodos y reglas de nuestra tradición jurídica, así como por la rehabilitación de la jurisprudencia y de la doctrina—, debe partir de la re-construcción de

nuestro derecho, mediante la re-valoración de la riqueza de sus ‘doce claves’.

Ahora bien, la anterior descripción supone en realidad una mera acumulación de las conclusiones previamente expuestas, pero carece de los requisitos de concisión, referencia expresa a las cualidades fundamentales y a las circunstancias accesorias y sobre todo a la ubicación, según el criterio tradicional, de género y especie.

De esta manera y en un esfuerzo por depurar la anterior formulación, ‘despejando’ a la postre la ‘incógnita de nuestra ecuación’, pueden proponerse como las *cualidades fundamentales* de la tradición jurídica occidental las siguientes: a) ser un ordenamiento jurídico, b) producto de la cultura histórica europea, c) nutrido por un rico y heterogéneo sustrato clásico romanista, d) reelaborado de manera científica a partir del empleo de una enorme diversidad de métodos hermenéutico-interpretativos, en parte inspirados por la noción canónica de equidad, e) que la constituyen como una tradición-actualizable-y-proyectiva.

Igualmente, pueden considerarse como sus *circunstancias accesorias*: a) su germanización material, b) los conflictos sociales propios de cada época, c) su perversión racionalista y voluntarista durante la modernidad, c) su actual crisis, y d) la eventual superación de dicha crisis.

De lo anterior puede derivarse que su *género próximo* es el ser un ordenamiento jurídico producto de la cultura europea —aunque con proyecciones e influencia más allá del ámbito continental de su origen—, su *diferencia específica* el conformarse a partir del aprovechamiento de la tradición romanista, mediante el empleo de una enorme diversidad de métodos hermenéutico-interpretativos, en parte inspirados por la noción canónica de equidad, que lo convierten en un derecho elástico y actualizable, siendo sus *proprios*, su germanidad material, los conflictos de cada época, su actual crisis, la eventual superación de dicha crisis.

Así las cosas, puede formularse el teorema global diacrónico del derecho occidental definiéndolo como:

*“El ordenamiento jurídico producto de la cultura europea, que se ha conformado a partir del aprovechamiento de la tradición romanista, mediante el empleo de una enorme diversidad de métodos hermenéutico-interpretativos, que lo convierten en un ordenamiento tradicional-actualizable-proyectivo, cuya actual crisis, consecuencia de los excesos del racionalismo y del voluntarismo de la modernidad, están siendo superados en clave global por la conformación de un nuevo mos europaeus.”*

Evidentemente, la anterior definición de nuestra tradición jurídica no pretende otra cosa sino ofrecer una formulación sencilla, breve y fácil de retener, si bien su validez está condicionada a la evocación de la complejidad, amplitud y dificultad de aprehender una cultura jurídica caracterizada por su extraordinaria riqueza, su fascinante evolución, y sobre todo, sus inmensas posibilidades futuras.

Precisamente en la perspectiva de dichas posibilidades, debe únicamente añadirse a lo ya dicho que el *mos europaeus* actual constituye tan sólo una de las múltiples proyecciones posibles que permite prever el desarrollo futuro de nuestra tradición jurídica.

Efectivamente, conforme los procesos sociales, económicos, políticos y en general culturales de nuestro tiempo prosigan con su desarrollo, será posible también configurar un *mos latinoamericanus*<sup>133</sup> preanunciando, quizás, la eventual conformación de un nuevo *mos global*, que pueda garantizar la tan anhelada paz y justicia mundial.

---

<sup>133</sup> En efecto, es posible hablar ya —aunque rebasa las pretensiones de este libro— de un *mos americanus*, iberoamericano o latinoamericano, es decir, de una nueva familia jurídica con características propias y diferenciales, en los ámbitos público, privado e internacional, como se ha propuesto en múltiples oportunidades, particularmente en el libro Juan Pablo Pampillo Baliño, Arturo O. Damián Martín y Santiago Botero Gómez (coordinadores). *La Familia Jurídica Iberoamericana*. México. Biblioteca Jurídica Americana. Editorial Porrúa. 2016.



## Capítulo III

### LA INTEGRACIÓN EUROPEA

#### A. LA ARQUITECTURA JURÍDICA DE LA UNIÓN EUROPEA

##### 1) Acercamiento histórico a la construcción europea

**N**O cabe duda que el derecho comunitario europeo —también denominado derecho de la unión europea— representa, hasta el momento, la regulación más desarrollada para la integración regional y, en ése sentido, aunque no deba considerársele necesariamente como un modelo único, si debe tenerse como un referente obligado y útil para los estudiosos de la integración latinoamericana.

Puede decirse en un primer acercamiento, que el derecho comunitario es el ‘ordenamiento jurídico’ de la ‘integración europea’. En tal virtud, la comprensión del derecho comunitario exige una referencia previa a dicho proceso de integración económica, social y política, que ha venido desarrollándose a partir de la segunda mitad del siglo XX, así como una exposición esquemática de la estructura institucional a través de la cual se ha venido configurando.<sup>112</sup>

---

<sup>112</sup> Me he referido a este tema en varias oportunidades; primeramente hace más de 10 años en el artículo Juan Pablo Pampillo Baliño. “Del Derecho Comunitario al *Mos Europaeus*” en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*. Número 31. México. Escuela Libre de Derecho. 2007. Consultable en [http://works.bepress.com/juan\\_pablo\\_pampillo/18](http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/18). Ahora bien, el presente capítulo recoge —con algunas pequeñas adaptaciones y actualizaciones— la exposición que se hizo del tema en los capítulos II, III y IV del libro Juan Pablo Pampillo Baliño. *Hacia un nuevo ius commune americano. Reflexiones y propuestas para la integración jurídica*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Ibáñez. 2012. Otra versión tomada en cuenta para la preparación de este capítulo se desarrolló en el diverso libro Pampillo *La Integración Jurídica Americana...*, op. cit. En general,

La primera piedra de la arquitectura jurídica europea fue la significativa declaración del Ministro Francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, de mayo de 1950, que proponía colocar el conjunto de la producción de carbón y de acero franco-alemana bajo una Alta Autoridad, dentro de una organización internacional fundada en el derecho y abierta a otros países:

*“Europa no se hará de golpe ni en una construcción de conjunto: se hará mediante realizaciones concretas, creando primero una solidaridad de hecho... El Gobierno francés propone colocar el conjunto de la producción franco-alemana de carbón y acero bajo una alta autoridad común en una organización abierta a la participación de los demás países de Europa... Así se realizará simple y rápidamente la fusión de intereses indispensable para el establecimiento de una comunidad económica... esta propuesta realizará las primeras bases de una federación europea indispensable para el mantenimiento de la paz”.*

Los méritos del ‘Plan Schuman’, que le permitieron convertirse en la ‘piedra angular’ de la construcción europea, fueron: a) el partir de la premisa, eminentemente realista y práctica, de que la integración de Europa requería primero de la creación de una solidaridad de hecho, que exigía previamente la convergencia de intereses comunes, renunciando a los ambiciosos, pero impracticables proyectos, de federación política, b) el proponer que dicha unificación se produjera dentro de una organización supranacional que tomara sus decisiones por mayoría, superando el criterio intergubernamental de unani-

---

sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: 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, Ricardo Alonso García *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, Klaus-Dieter Borchardt. *El ABC del Derecho Comunitario*. Luxemburgo. Quinta edición. Edita la Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas. 2000, Mar Campins-Eritja *Proceso de Integración en la Unión Europea*. Barcelona. J.M. Bosch. 1996, María Dolores Díaz-Ambroja Bajadí (Directora). *Derecho Civil Comunitario*. Madrid. Editorial Colex. 2001, Paloma García Picazo. *La Idea de Europa: Historia, Cultura, Política*. Madrid. Editorial Tecnos. 2008, 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, Rogelio Pérez-Bustamante. *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*. Madrid. Edisofer. 2008, 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.

midad o de consenso característico del derecho internacional público clásico, c) el establecer que dicha comunidad fuera precisamente jurídica y que por ende estuviera centrada en el derecho y abierta a terceros estados, y d) no perder del vista el fin último de la federación para el mantenimiento de la paz y el mejoramiento de la calidad de vida de los europeos.

La aceptación del plan Schuman por parte de la República Federal Alemana y la anexión al mismo de Bélgica, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos, condujo a la integración de la ‘Europa de los seis’, cuya carta fundamental fue el Tratado de París de 18 de abril de 1951, que creó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA).<sup>113</sup>

Como resultado del Tratado de París, los Estados Parte cedieron ciertos ‘derechos soberanos’ en favor de una Alta Autoridad respecto de la producción comunitaria de carbón y acero, confiando a la misma la gestión de una política supranacional, con el objeto de crear un vasto mercado común del carbón y del acero donde rigiera la libre circulación y la libre competencia.

Sin embargo, posteriormente, los Estados parte de dicha Comunidad reconocieron que había que proseguir y profundizar la integración económica europea, aceptando igualmente la conveniencia de llevar a cabo una nueva integración sectorial en el campo de la energía nuclear.

Dicha profundización tuvo lugar precisamente mediante las negociaciones que concluyeron con los dos Tratados firmados en Roma el 25 de marzo de 1957, el uno que constituía la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEE) y que tendía a la utilización con fines pacíficos de la energía nuclear, y el otro, de mayor alcance, que conformaban una Comunidad Económica Europea (CEE).

El Tratado Constitutivo de la CEE (TCE) preveía 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 circulación’ de los demás ‘factores de la producción’, o sea, de las personas, servicios y capitales, preservando igualmente la ‘libre competencia’.

---

<sup>113</sup> Los textos citados de los tratados y protocolos comunitarios pueden consultarse siempre con seguridad en la obra de Ricardo Alonso García (editor). *Tratados y Legislación Institucional de la Unión Europea*. Navarra. Thomson-Civitas. 2008. Varios textos históricos pueden consultarse también en la diversa obra Eduardo García de Enterría, Antonio Tizzano y Ricardo Alonso García. *Código de la Unión Europea*. Segunda edición. Madrid. Editorial Civitas. 2000.

Conforme fue pasando el tiempo, la estructura institucional de las tres comunidades (CECA, CEEA y CEE) fue identificándose y perfeccionándose, para conformarse por la Comisión (antes Alta Autoridad en CECA) como órgano supranacional comunitario, por el Consejo de Ministros, que representaría a los Estados parte, por la Asamblea —posteriormente el Parlamento Europeo— que representaría a la ciudadanía europea y por el Tribunal de Justicia, encargado de garantizar la observancia del derecho y la conformación de las comunidades económicas como comunidades de derecho.

Una vez estructurado y consolidado el aparato institucional de las Comunidades Europeas, la evolución del proceso de integración europea puede ser sintetizada, según la opinión del Profesor Isaac: “en función de su conclusión, ampliación y profundización.”<sup>114</sup>

En lo relativo a su “conclusión”, Isaac observa tres aspectos, que previstos desde los tratados originales, fueron objeto de ulterior desarrollo en un momento posterior: 1) el voto por mayoría cualificada en el Consejo de Ministros, 2) los recursos financieros propios como garantía de independencia de las Comunidades, y 3) la integración del Parlamento mediante sufragio universal directo.

La importancia de estos tres aspectos, como puede fácilmente apreciarse, fue fundamental para la actualización de la potencialidad supranacional de la arquitectura jurídica europea. La sustitución del principio del derecho internacional público clásico de la ‘intergubernamentalidad’ o votación por consenso o unanimidad, por el principio de la ‘supranacionalidad’, consistente en la votación mayoritaria, por virtud de la cual los Estados ceden su soberanía, obligándose a acatar decisiones contrarias a su propia voluntad, supuso la superación definitiva del paradigma de la soberanía dentro de la integración europea. Igualmente, la autonomía financiera de las comunidades, mediante la captación de recursos propios, vino a consolidar la necesaria independencia que su condición supranacional exigía para hacerse efectiva en la práctica. Por último, la vinculación de las comunidades con el concepto de la ‘ciudadanía europea’, vino a reforzar su carácter supranacional, deslindándose pues de la exclusiva dependencia, en cuanto a su gobierno, de los Estados parte, para convertirse en mandataria y representante de los habitantes de Europa.

Respecto a la “ampliación”, baste tan sólo apuntar, que la ‘Europa de los seis’, a través de sucesivas ampliaciones mediante las actas de adhesión correspondientes —que establecieron el principio del “acervo comunitario” por

---

<sup>114</sup> Isaac. *Manual...*, op. cit., p. 24.

virtud del cual, los nuevos Estados se adhieren, íntegramente, tanto al derecho de los tratados, cuanto al derecho creado por la estructura institucional orgánica de las Comunidades—, actualmente es una ‘Europa de veintiocho’ países, considerando que el Reino Unido, hasta que no se consume el ‘Brexit’, sigue siendo miembro de pleno de derecho.

Finalmente, por lo que toca a la “profundización”, baste destacar que durante la década de los 1970’s, el proceso de integración económica europea se desarrolló a través de tres Comunidades distintas, sobre las cuales ejerció su intervención una ‘estructura unitaria y compartida’, cuyas competencias fueron ampliándose mediante la inclusión de nuevos ámbitos y sectores.

Cabe destacar aquí que además de dicha integración económica, vino a sumarse a la misma la ‘cooperación internacional’ en materia de ‘política exterior’, ‘seguridad común’ y ‘asuntos de justicia’, bien que no mediante una operación supranacional, sino más bien siguiendo la lógica intergubernamental clásica, que sin embargo, fue objeto de un esfuerzo continuo y sostenido, que sentó las bases para su posterior reconocimiento e incorporación dentro de los tratados comunitarios.

Fue así como hacia la segunda mitad de la década de los 1980’s, con el Acta Única Europea (AUE), firmada en febrero de 1986, se agruparon formalmente dos tipos de disposiciones distintas: a) las propiamente comunitarias (económicas y sociales, bajo la lógica supranacional) de un lado, y del otro, b) las disposiciones de cooperación en materia de política exterior y seguridad común (ámbito no comunitario, o sea, político y de justicia, bajo la lógica intergubernamental).

Apenas seis años más tarde, el 7 de febrero de 1992, se firmó el Tratado de Maastricht, cuya importancia es tal que no dudó en calificarse a sí mismo como “una nueva etapa en el proceso de creación de una unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa”.

La principal aportación del Tratado de Maastricht al proceso de unificación europea consistió, sin duda alguna, en la creación de la Unión Europea, integrando dentro de ella a las tres Comunidades Europeas.

La Unión Europea se caracterizó por estar delineada de una manera vaga y como desdibujada, aunque expresiva de una clara intencionalidad política. Efectivamente, desde un punto de vista jurídico, la Unión Europea careció en un principio de personalidad y de patrimonio propios, pero desde un punto de vista político, su presencia fue cobrando un creciente protagonismo que vino a ser sancionado definitivamente por el último Tratado de Lisboa.

A partir de Maastrich, la construcción de Europa tomó la forma de un como ‘tríptico’, donde las Comunidades Europeas originarias —que fueron posteriormente subsumidas por la Comunidad Económica— como el fundamento de la Unión Europea, se ven flanqueadas: a) por la Cooperación en materia de Política Exterior y Seguridad Común (PESC), y b) por la Cooperación en los Asuntos de Justicia y Asuntos del Interior (AJAI).

El paso siguiente dentro del proceso de integración europea lo encontramos en el Tratado de Ámsterdam firmado en octubre de 1997 y que se puede decir, que en general, supuso una profundización en los tres pilares de la Unión Europea: Comunitario, PESC y AJAI.

Después, hacia febrero de 2001, se firmó el Tratado de Niza, cuya aportación más original la firma de la Carta de Derechos Fundamentales, que tuvo el positivo efecto jurídico de vincular jurídicamente la Comunidad, así como el favorable efecto político de contribuir al reforzamiento de la identidad europea.

Posteriormente, en octubre de 2004, se firmó el “Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa”, o nuevo Tratado de Roma, signado el 29 de octubre de 2004.

En dicho Tratado, se establecían de modo más preciso las competencias de la Unión y de los Estados Parte, se incorporaban los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y, sobre todo, se simplificaba formalmente la ‘Constitución de Europa’, dispersa en más de veinte tratados, más sus respectivos protocolos y declaraciones, con más de 700 artículos, que el Tratado de Roma redujo al número de 448.<sup>115</sup>

No obstante —como es sabido— el nuevo Tratado de Roma, sujeto a su ratificación por los Estados miembros, naufragó con el rechazo de Francia y de Holanda. Así, el siguiente hito en la construcción europea fue el Tratado de Lisboa, firmado en 2008 y en vigor internacional a partir de 2010, que ha sido considerado —según la expresión misma de los politólogos europeos— un tanto más ‘descafeinado’ que el Tratado de Roma, es decir, menos ambicioso por lo que respecta a su ‘intencionalidad político-constitucional’.

El Tratado de Lisboa, que recogió una buena parte de los trabajos preparatorios —tanto del grupo ministerial como del grupo de juristas y expertos— que recogió el frustráneo Tratado de Roma, buscó ante todo la ‘desconstitucionalización’ del mismo en su misma denominación, así como respecto

---

<sup>115</sup> Cfr. Ricardo Alonso García y Daniel Sarmiento. *La Constitución Europea. Texto, antecedentes, explicaciones*. Navarra. Thomson-Civitas. 2005.

de sus símbolos (bandera, himno, divisa) y terminología, evitando cualquier expresión que pudiera conducir a la ciudadanía europea que se buscaba la articulación de una especie de macro-Estado.

Por lo demás, los dos Tratados de Lisboa, el de la Unión Europea y del de Funcionamiento de la Unión Europea, además de sus 65 Declaraciones, supusieron un innegable avance en el proceso constructivo de Europa.

En primer lugar, cabe destacar que el Tratado de Lisboa subsumió a las tres Comunidades originarias —que desaparecieron a partir del mismo— en la Unión Europea, a la que se le dotó finalmente de personalidad jurídica internacional. Asimismo, dicho tratado profundizó las competencias de la estructura comunitaria —particularmente en los ámbitos de la PESC y de AJAI—, simplificando a su vez el funcionamiento de la estructura institucional de la Unión.<sup>116</sup>

Respecto de los órganos comunitarios europeos, que han sido el resultado del anterior proceso de integración, conviene notar que su estructuración y competencias —que han variado significativamente a lo largo de los últimos sesenta años— se ha caracterizado, como resultado del pragmatismo con el que se ha producido la construcción europea, por su condición ambigua, en ocasiones entrecruzada, y muchas veces inclusive contradictoria, a pesar de los indudables avances que supuso en esta materia el Tratado de Lisboa.

Del examen de la estructura de la Unión queda todavía la impresión preliminar de tratarse de una organización inacabada, inserta en un proceso de maduración. En las palabras de Linde y Mellado: “No existe todavía un marco institucional cerrado, estable y verdaderamente operativo. La provisionalidad pues, la nota predominante en este ámbito”.<sup>117</sup>

Dentro del ámbito de la estructura institucional europea no existe propiamente una ‘división de poderes’. En efecto, aunque la función jurisdiccional 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 Europea (órgano supranacional autónomo) y el Consejo de la Unión Europea (órgano integrado por representantes a nivel ministerial de los países miembros), y así también el legislativo se encuentra fragmentado entre la Comisión, el propio Consejo y el Parlamento Europeo.

Adicionalmente, tiene un papel protagónico también el diverso Consejo Europeo, integrado principalmente por los Jefes de Estado y de Gobierno, que

<sup>116</sup> Cfr. Alonso. *Sistema Jurídico de la Unión Europea...*, op. cit., passim.

<sup>117</sup> Linde y Mellado. *Iniciación...*, op. cit., 36.

define las prioridades y políticas generales de la Unión y existen también otros muchos organismos como el Tribunal de Cuentas, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones, el Banco Central Europeo, el Banco Europeo de Inversiones, el Defensor del Pueblo Europeo y varios organismos y agencias especializadas, cuya sola mención exorbitaría los propósitos generales de exposición del presente epígrafe.

En relación con las principales instancias de la Unión Europea, puede decirse a mayor abundamiento que la Comisión Europea, integrada por tantos comisarios como Estados Parte con un mandato de 5 años, a) propone la normativa europea al Parlamento y al Consejo, b) se encarga de la aplicación del derecho comunitario, c) representa a la Unión en el ámbito internacional y d) gestiona la aplicación del presupuesto. Por su parte el Consejo de la Unión Europea, órgano único de integración diversa según el ámbito de su competencia, a) aprueba conjuntamente con el Parlamento la legislación europea, b) aprueba el presupuesto de la Unión y c) coordina las políticas económicas de los países miembros. El Consejo Europeo, que reúne a los Jefes de Estado y Gobierno de los países miembros de la Unión y a los Presidentes de la Comisión y del Consejo de la Unión Europea, tiene encargado el establecimiento del rumbo, las prioridades y las políticas generales de la región. El Parlamento, integrado por legisladores electos por sufragio universal y directo (cada país tiene, dependiendo del número de sus habitantes, una representación de entre 6 y 96 escaños dentro del mismo), a) debate y aprueba junto con el Consejo de la Unión Europea la legislación y el presupuesto y b) controla y audita también el funcionamiento de las demás instituciones y particularmente de la Comisión.

Pero hay todavía más. Los distintos organismos que conforman la estructura supranacional europea, además del anteriormente entrecruzamiento de funciones ejecutivas y legislativas, ‘representan’ a su vez ‘diversos intereses’, en muchas ocasiones ‘contrapuestos’.

Así, el Consejo de la Unión Europea representa ante todo a los gobiernos de los Estados miembros, la Comisión representa por su parte el interés de la Unión y promueve consecuentemente la profundización y progresividad en la integración y, a su vez, el Parlamento, representa a la ciudadanía europea.

De la anterior manera, dada: a) la naturaleza relativamente inacabada de las anteriores instituciones, b) la circunstancia de representar intereses distintos y eventualmente contrapuestos y c) la propia ausencia en su conformación del principio clásico de la división de poderes, que ha supuesto d) un ‘ejercicio colaborativo del poder’, con base en una ‘separación no orgánica de las funciones’, la Unión Europea se encuentra vertebrada de una forma en-

teramente *sui generis*, que ha revolucionado los esquemas tradicionales del derecho internacional público.

En pocas palabras: el proceso de integración europea ha desembocado durante los últimos sesenta años, en la conformación de una ‘estructura supranacional’ novedosa, que se ha conformado de manera ‘funcional y pragmática’, a partir de una auténtica ‘cesión de soberanía’ por parte de los Estados miembros, que ha confiado a dicha organización, revolucionaria de las pautas del derecho internacional público clásico, el ejercicio de diversas competencias en materia económica, social, cultural y política.

## 2) El derecho comunitario europeo y sus características

Tomando en cuenta el proceso de construcción de la Unión Europea y sus órganos, puede decirse en una primera aproximación que el derecho comunitario es un ‘derecho supranacional’ que ha desbordado también los cauces del derecho internacional público clásico, por virtud de la ‘cesión de soberanía’ por parte de los Estados miembros en favor de una organización supranacional.

Como un reflejo de su misma supranacionalidad, puede decirse en segundo lugar que 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 un “nuevo ordenamiento jurídico”, cuyos sujetos de aplicación “no son únicamente los Estados miembros, sino también sus nacionales”.

Así, el derecho comunitario europeo es un ‘ordenamiento jurídico supranacional’, ‘integrado en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros’, de naturaleza ‘supranacional y colaborativa’, que se ha conformado como un ‘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.

En materia de fuentes del derecho comunitario, se suele distinguir entre el ‘derecho comunitario primario’ y el ‘derecho comunitario secundario’, según se trate del derecho fundamental establecido por los tratados constitutivos, o de aquél otro de naturaleza derivada, producido por las instituciones creadas por los tratados en aplicación de los mismos.

En otras palabras, donde el derecho comunitario originario es relativamente equivalente al derecho constitucional estatal, el derecho comunitario secundario es más bien similar al derecho estatal legislado.

Como parte del derecho primario establecido por los tratados constitutivos se encuentran tanto los tratados fundacionales como los de revisión, de consolidación estructural y los acuerdos de ampliación, incluyendo en todos los casos anteriores los respectivos protocolos anexos aunque dejando fuera a las meras declaraciones. Igualmente, un sector mayoritario de la doctrina europea considera que debe considerarse también como derecho primario a la jurisprudencia del TJUE —particularmente aquélla que ha definido los principios generales del derecho comunitario y muy destacadamente la relativa al ámbito de los derechos humanos— como una especie de ‘jurisprudencia constitucional’, que por lo mismo, es conformadora también del derecho europeo fundamental.

Debajo del derecho comunitario originario, se encuentra el así denominado derecho comunitario secundario, que es el establecido por las instituciones creadas por los tratados constitutivos, en ejercicio de sus funciones normativas, de manera derivada y autónoma.

De acuerdo con los tratados constitutivos, las normas comunitarias derivadas pueden asumir las formas típicas de: a) reglamentos, b) directivas, c) decisiones, d) recomendaciones y e) dictámenes, según su diversa naturaleza, objeto, contenido y destinatarios.

Cabe mencionar también que los acuerdos internacionales celebrados por la Unión Europea forman parte del derecho comunitario y vinculan tanto a la instituciones de la Unión como a los Estados miembros de la misma, ocupando dentro del orden de fuente del derecho comunitario una especie como de lugar intermedio entre el derecho primario, al cual se subordinan y el derecho derivado sobre el que tienen primacía.

Adicionalmente, la práctica institucional europea ha desarrollado además una serie de instrumentos jurídicos atípicos, como son las deliberaciones, las resoluciones y los códigos de conducta, generalmente investidos en una juridicidad no vinculante (*soft law*).

Dentro de las fuentes del derecho comunitario derivado o secundario destacan especialmente por su importancia dos: por un lado los reglamentos (verdaderas leyes europeas), como normas jurídicas generales, completas y autoaplicativas tendientes a la unificación jurídica dentro del ámbito de la materia que abarcan y, por el otro, las directivas (especie de leyes marco) como normas incompletas y heteroaplicativas, que requieren ser ‘transpuestas’ a los ordenamientos jurídicos de los estados y que únicamente establecen los objetivos y resultados normativos esperados, dejando a la libertad de los estados parte la elección de los medios e instrumentos para su consecución y,

fungiendo, por lo mismo, como el instrumento de armonización jurídica por antonomasia.

Asimismo, dentro del ámbito del derecho derivado, la doctrina europea ha distinguido las normas o instrumentos vinculantes, conocidos como *hard law* (reglamentos y decisiones) de las decisiones, recomendaciones y dictámenes como *soft law*. El *soft law* comunitario ha desempeñado una labor importante dentro del derecho europeo, sirviendo como instrumento de armonización y como marco de referencia interpretativa (recomendaciones, comunicaciones y memorándums interpretativos), como criterio para orientar la conducta del servicio público europeo (códigos de conducta) y como insumo consultivo dentro de los procesos deliberativos para el desarrollo normativo (dictámenes, deliberaciones y resoluciones).

Finalmente por lo que hace a esta brevísima exposición sobre el derecho comunitario en general, vale la pena destacar que el mismo 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, colaboración, seguridad jurídica y responsabilidad), y b) los propiamente intrínsecos del derecho comunitario (aplicación inmediata, efecto directo, supremacía e interpretación concurrente).<sup>118</sup>

Sobre los principios que rigen las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, tenemos en primer lugar al principio de competencia, que es el fundamento de todo el ordenamiento jurídico comunitario. Bajo el mismo, la Unión sólo puede actuar dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Tratados, debiéndose subrayar que las competencias europeas pueden ser de dos tipos: exclusivas o compartidas, y que en caso de ser compartidas, se encuentran regidas por el diverso principio de subsidiariedad.

Respecto del principio de subsidiariedad, eje del derecho comunitario, este supone que la Unión actuará, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros

---

<sup>118</sup> Existen otras aproximaciones posibles al tema de los principios jurídicos del derecho comunitario europeo; una de las más importantes es, por ejemplo, es la propuesta por Armin von Bogdandy. Sin embargo, se ha preferido la tipología más común, según su orden expositivo más frecuente, dada la intención panorámica y general de la presente exposición.

o puedan lograrse mejor —debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada— mediante la participación de los órganos de la Unión.

Conviene destacar que el anterior principio de subsidiariedad es objeto de atemperación por otro principio complementario, el de proporcionalidad, que se traduce en que las acciones de la Unión no deben exceder lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados Europeos.

En relación con el principio de seguridad jurídica, éste tiende a procurar la colaboración de las autoridades nacionales con las europeas para a) promover la publicación y el conocimiento del derecho europeo cuando corresponda y b) eliminar la eventual incertidumbre a que puede dar lugar la existencia de un derecho interno incompatible con el derecho europeo, procediendo a la eliminación formal de las normas internas contrarias al derecho comunitario.

El principio de responsabilidad supone por su parte que los Estados miembros deben indemnizar a los particulares por los daños y perjuicios que pudiera ocasionárseles por sus eventuales infracciones al derecho europeo.

Finalmente respecto de los principios que gobiernan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, tenemos al principio de cooperación, que supone la acción conjunta entre la Unión y los distintos Estados miembros.

Conviene a este respecto observar, que así como las instituciones de la Unión se han reservado el ‘monopolio de la creación’ del derecho comunitario, por lo que hace a su aplicación, ésta se encuentra confiada a las autoridades nacionales, que fungen así como una especie de ‘autoridad europea por delegación’.

Expuestos los anteriores ejes, que a manera de bisagra articulan las relaciones entre el derecho comunitario y los derechos nacionales, conviene que en segundo lugar nos detengamos en los principios intrínsecos del derecho comunitario.

Dentro de esta categoría, nos encontramos en primer lugar con el principio de aplicabilidad inmediata, que supone la aptitud de la norma jurídica comunitaria para desplegar sus efectos por sí misma, esto es, sin necesidad de un acto posterior de incorporación o desarrollo.

Puede desprenderse así del principio de aplicabilidad inmediata: que a) el derecho comunitario está integrado en el ordenamiento jurídico de los Estados Parte, sin necesitar procedimiento alguno de recepción posterior, b) las normas comunitarias ocupan inmediatamente su lugar dentro del ordenamiento jurídico nacional, en calidad de derecho comunitario y c) los jueces nacionales deben aplicar el derecho comunitario.

Por lo que hace al principio del efecto directo, su incorporación dentro de la dinámica del derecho comunitario se debe a la célebre sentencia del TJUE dentro del caso *Van Gend en Loos c. Países Bajos*.<sup>119</sup> Dicho principio supone que el derecho comunitario crea derechos y obligaciones, a favor y a cargo de los ciudadanos europeos, cuyo cumplimiento pueden exigir directamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales en la medida en la que éstos colaboran en la protección de la normativa comunitaria. Así pues, el principio de efecto directo consiste en la susceptibilidad de que las disposiciones comunitarias sean invocadas por los particulares ante los órganos jurisdiccionales estatales.

Dada la aplicabilidad inmediata y el efecto directo del derecho comunitario, la hipótesis de contradicción entre las normas comunitarias y las nacionales, exigía el establecimiento de un principio capaz de proveer a la prelación en caso de conflicto. Dicho principio fue definido por el TJUE en la célebre sentencia *Flaminio Costa c. Enel* de julio de 1964, donde se estableció que el derecho comunitario, como “ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema de los Estados miembros” “se impone a sus órganos jurisdiccionales” por cuanto “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”.

Por último, 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 lo anteriormente expuesto, puede decirse que el derecho comunitario europeo es:

---

<sup>119</sup> 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](http://www.curia.eu.int/jursip). 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.

- a) un ‘derecho supranacional’,
- b) que ha desbordado los cauces del derecho internacional público clásico,
- c) resultado de una auténtica ‘cesión de soberanía’ por parte de los Estados miembros a 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) recorrido por los principios de competencia, subsidiariedad, proporcionalidad, colaboración, seguridad jurídica, responsabilidad, primacía, aplicabilidad inmediata, efecto directo e interpretación concurrente, y
- g) que se ha configurado 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.

## **B. LA IMPORTANCIA DE LA JURISPRUDENCIA EUROPEA**

### **1) El Tribunal de Luxemburgo**

Tras el anterior bosquejo del derecho comunitario, a la luz del proceso de integración europea, conviene perfilar —de manera igualmente sucinta— la naturaleza e importancia de los ‘principios generales comunes’, creados vía pretoriana por el Tribunal de Luxemburgo.<sup>120</sup>

Para ello, resulta necesaria una breve referencia a la ‘misión’, ‘integración’, ‘competencia’ y ‘métodos’ del propio TJUE.

Respecto de la misión del Tribunal de Luxemburgo, puede decirse que su finalidad es doble. En primer lugar, garantizar la consistencia en la interpre-

---

<sup>120</sup> Sobre el Tribunal y la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, además de la literatura general anteriormente recomendada, pueden consultarse con provecho las obras de Mar Jimeno Bulnes. *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*. Barcelona. Bosch. 1996, Rébecca-Emmanuëla Papadopoulou. *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*. Bruselas. Etablissements Emile Bruylant. 1996, Jorge Nieva Fenoll. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Barcelona. Bosch. 1998, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. “La Función del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.” y de Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Fernando Castillo de la Torre. “El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” ambas en Carlos Jiménez Piernas (ed.). *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*. Madrid. Editan la Universidad Alcalá y Marcial Pons. 2003.

tación y aplicación del derecho comunitario. Pero también, en segundo lugar, el TJUE cumple con la función de servir como un *Integrationsorgan*, es decir, como un órgano que tiene confiado el “equilibrio institucional” entre la estructura de la Unión, equilibrio tanto más necesario dadas las peculiaridades propias de su organización, que ha seguido una separación funcional que no orgánica de los poderes, donde el principio clásico de la división de funciones o poderes ha sido desplazado por el de la ‘colaboración para el ejercicio de las funciones’.

En lo que hace a la garantía de consistencia en la interpretación y aplicación del derecho europeo, el TJUE desarrolla dos funciones claramente diferenciables; por un lado, controla la ‘constitucionalidad’ del derecho comunitario y de los derechos nacionales asegurando que los mismos sean conformes al derecho originario, incluyendo, desde luego, los derechos fundamentales; por el otro, realiza una especie de control de legalidad y de revisión contenciosa-administrativa.

Por lo que toca su integración y funcionamiento, el TJUE se compone por un juez por cada país miembro y 8 abogados generales, estando éstos últimos encargados de presentar públicamente sus ‘conclusiones’, sobre los asuntos del conocimiento del Tribunal.

Tanto los jueces como los abogados generales son designados por los gobiernos de los Estados miembros entre personalidades que ofrezcan absoluta garantía de independencia y que estén cualificadas para el ejercicio de las más altas funciones jurisdiccionales en sus países.

Constituye una característica particularmente notable del funcionamiento del TJUE el que dada la gravedad de las decisiones que toma y la magnitud de los intereses que pueden verse afectados por las mismas, se protegen sus deliberaciones con el secreto, pero en contrapartida, se les priva también a sus jueces del derecho, propio del cualquier órgano jurisdiccional colegiado, de expresar y justificar su opinión disidente mediante el voto particular.

Venturosamente y con el propósito de compensar esta significativa limitación, así como también para asegurar la profundidad de las decisiones del Tribunal, se estableció precisamente la magistratura del abogado general, quien ha sido el verdadero autor intelectual de la jurisprudencia comunitaria.

Para tales efectos, los abogados generales presentan al TJUE sus conclusiones, cuya estructura formal se caracteriza por contener un análisis y exposición profundos de los antecedentes de hecho del asunto y de los argumentos de las partes, examinando a su vez la jurisprudencia precedente del Tribunal y acudiendo frecuentemente a la doctrina científica para apoyar sus pretensiones.

Sobre su funcionamiento, vale la pena apuntar que el TJUE trabaja en Pleno como Tribunal de Justicia y a través de salas jurisdiccionales, de las cuales, hasta el momento, sólo se encuentra integrada la de Función Pública. Además, con el propósito de atender el aumento progresivo de los asuntos, por Decisión del Consejo de octubre de 1988 fue creado el Tribunal de Primera Instancia —denominado Tribunal General a partir del Tratado de Lisboa—, como agregado al TJUE e integrado dentro del mismo, por lo que puede decirse que el Tribunal de Justicia es una única institución con tres jurisdicciones distintas, las del Tribunal de Justicia, las del Tribunal de Función Pública y las del Tribunal General.

Para el mejor cumplimiento de su misión y con base en su propia integración y funcionamiento, el TJUE tiene atribuidas determinadas competencias, que usualmente son clasificadas por la doctrina en: recursos directos, recursos de casación y jurisdicción prejudicial.

Entre los recursos directos se encuentran principalmente el control de las infracciones del derecho comunitario por los Estados miembros, a través del recurso por incumplimiento, el control de la legalidad por la actividad o inactividad de los órganos europeos que se efectúa mediante los recursos de anulación y de omisión, así como mediante el control previo de los acuerdos internacionales, la constatación de la responsabilidad extracontractual de la Unión y finalmente los litigios entre la Unión Europea y su personal. Los recursos de casación son aquéllos promovidos contra las resoluciones del Tribunal General y limitados a cuestiones de estricto derecho.

Finalmente dentro de las competencias del TJUE, tenemos la cuestión prejudicial —calificada con razón por el Tribunal como “la piedra angular del sistema jurídico comunitario”— que puede tener como objetivo tanto la interpretación del derecho comunitario a título prejudicial, cuanto el control de la validez de los actos de las instituciones europeas.

Respecto a la ‘cuestión prejudicial’ conviene recordar aquí que una de las principales características del derecho comunitario es su naturaleza colaborativa. Y precisamente, como parte del principio de colaboración, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, son también ‘tribunales europeos’, 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.

Así, cuando los jueces nacionales se enfrentan, dentro del marco de un proceso jurisdiccional contencioso, con una duda razonable sobre el sentido y alcance del derecho comunitario que afecte la resolución del litigio principal,

deben plantear la cuestión prejudicial, pues de no hacerlo, su resolución podría ser impugnada mediante el recurso de incumplimiento y responsabilidad ante el TJUE.

En el anterior contexto, resulta fundamental destacar el juego que se produce en materia de administración de justicia 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.

De ahí deriva precisamente la importancia capital de la institución del reenvío prejudicial’ como mecanismo de cooperación procesal: servir de escenario privilegiado para la sinfonía coral entre los derechos nacionales y el derecho comunitario.

En tercer lugar, siguiendo con el itinerario trazado desde el comienzo del presente epígrafe, conviene detenernos en tercer lugar en los métodos hermenéuticos seguidos por el TJUE para la conformación de su jurisprudencia.

A este respecto debe señalarse que el TJUE ha seguido —aunque superándolos— los métodos establecidos por el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, especialmente por lo que hace a la interpretación de los Tratados de la Unión, conforme al “sentido ordinario” de sus términos, de acuerdo con su “contexto” y en relación con su propio “objeto y fin”.

Más en extenso puede decirse que entre los criterios específicos de interpretación que usa el TJUE se encuentra también el lingüístico, tanto más importante dada la existencia de distintas versiones oficiales de las normas objeto de la cuestión. En efecto, siendo la pluralidad idiomática una de las peculiares características del derecho comunitario, este principio tiene dentro de su economía un especial relieve.

Conviene destacar sin embargo que los métodos de *hermeneusis* jurídica fundamentales que el TJUE ha seguido son el sistemático y el teleológico.

Respecto del primero, procurando ante todo comprender las disposiciones de los tratados atendiendo a sus relaciones entre sí, a su lugar de ubicación dentro del cuerpo de los mismos, a su diversa función, a su contexto, conexión entre sí y a su misma estructura, mientras que, por su parte, se ha servido del método teleológico sobre todo para buscar su aplicación de la manera más consecuente posible con el cumplimiento de su objeto y con la consecución de sus fines.

Debe observarse que como observara desde hace algún tiempo Isaac: “la utilización conjunta de los dos métodos es en la actualidad la más frecuente”, dando por resultado, según el propio Isaac, una especie como de interpretación “constructiva”, que yo diría que es simultáneamente estructural y funcional, entresacando así de los tratados diversos principios fundamentales.<sup>121</sup>

Más aún, dicha *hermeneusis* 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 *hermeneusis 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*.

Desde 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.

## 2) Los ‘principios generales comunes’ del derecho europeo

Dentro del contexto de la misión, integración, funcionamiento y metodología del Tribunal de la Unión Europea, se puede entender mejor la importancia y alcance que reviste la reelaboración jurisprudencial que realiza a través de los principios generales comunes del derecho comunitario.

De por sí conviene destacar, como ha sido puesto de relieve por diversos sectores de la jurisprudencia contemporánea, que los ‘principios jurídicos’, genéricamente considerados, suponen uno de los ámbitos más significativos del derecho actual y del porvenir ante el hundimiento de la dogmática del positivismo legalista formalista.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Isaac. *Manual...*, op. cit., p. 222.

<sup>122</sup> Sobre el tema de los principios jurídicos y su importancia jurídica y filosófica para la construcción de una nueva dogmática, puede consultarse en general el libro Pampillo. *Filosofía...*, op. cit., Más en extenso sobre este importante tema puede consultarse a Ronald Dworkin. “¿Es el Derecho un Sistema de Normas?” en *La Filosofía del Derecho*. Compilador R.M. Dworkin. Traducción de Javier Sáinz de los Terreros. México. Editorial Fondo de Cultura Económica. 1980, Josef Esser. *Principio y Norma en la Elaboración Juris-*

En efecto, dada su pluralidad significativa, su ambigüedad creativa y hermenéutica, su obligatoriedad matizada y su diversa revisabilidad, los principios jurídicos constituyen una forma jurídica particularmente flexible, dinámica y proteica, además de que dada su posición intermedia entre una ‘visión tópica’ y una ‘visión sistemática’ del derecho, sirven de puente entre el ‘pensar abierto’ y el ‘pensar cerrado’ y de lugar de encuentro de las tradiciones del *common law* y del *civil law*.<sup>123</sup>

Así las cosas, la importancia de los principios generales comunes dentro del ámbito de la jurisprudencia comunitaria, debe ubicarse en primer lugar dentro del contexto general de la crisis de la dogmática positivista legalista formalista y de su correlativa superación por parte de una nueva dogmática jurisprudencial más valorativa, flexible, dinámica y contenutística.<sup>124</sup>

Ahora bien, por lo que hace específicamente a los principios generales comunes del derecho comunitario europeo, conviene en primer lugar observar que constituyen una auténtica fuente formal del derecho europeo, cuyo rango, según la autorizada opinión de un importante sector de la doctrina, es fundamental, esto es, originaria o constitucional.

De hecho, ha sido precisamente dentro del ámbito de los principios generales del derecho, que el TJUE ha podido asegurar su independencia y supremacía, así como la misma autonomía del derecho comunitario.

Más aún, gracias a la circunstancia de que dichos principios sean comunes, se ha buscado garantizar el aprovechamiento de la ‘tradicón jurídica común’ de los Estados parte, convirtiéndose así 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 su contrastación con los diversos principios jurídicos propios de los Estados parte, que no obstante, comparten una mis-

---

*prudencial del Derecho Privado*. Traducción por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona. Editorial Bosch. 1961, Ángel Sánchez de la Torre. *Los Principios Clásicos del Derecho*. Madrid. Edita Unión Editorial, S.A. 1975, Ángel Sánchez de la Torre. “Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica.” en *Los Principios generales del Derecho*. Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid. Editorial Actas. 1993 y Rodolfo Luis Vigo. *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires. Ediciones Depalma. 2000.

<sup>123</sup> Cfr. Pampillo. *Filosofía...*, op. cit., pp. 118 y ss.

<sup>124</sup> A este respecto y en general puede verse la interesante obra de R. L. Vigo. *De la Ley al Derecho...*, op. cit.

ma 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.”<sup>125</sup>

Lo relevante es que la metodología seguida por el Tribunal de Luxemburgo ha venido perneando durante los últimos años tanto a los operadores jurídicos prácticos europeos cuanto a los nacionales, pues la discusión y adjudicación del Tribunal va lógicamente precedida de las argumentaciones hechas por las partes en sus escritos, así como de las mismas conclusiones elaboradas por los abogados generales, que cada vez más están anticipando el sentido de las resoluciones de dicho Alto Tribunal.

Es igualmente 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 no solamente sus legislaciones, sino también su jurisprudencia y su propia doctrina científica.

Así pues, el papel que han jugado estos principios según Papadopoulou es realmente extraordinario, a) promoviendo la unidad interna del orden jurídico comunitario y su cohesión interna, b) dotando a su vez el derecho comunitario de un dinamismo indispensable para su adaptación a la evolución europea, y c) colmando así mismo las inmensas lagunas del derecho comunitario.<sup>126</sup>

Debe destacarse dentro del anterior contexto que los principios generales comunes del derecho comunitario, desarrollados mediante un ejercicio comparatístico por parte del Tribunal de Luxemburgo, suponen en el fondo una ‘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 los mismos.

Así las cosas, como ha afirmado con toda lucidez Ricardo Alonso: “la cultura jurídica común al Occidente europeo es un hecho y el TJUE actúa como

---

<sup>125</sup> Alonso. *Derecho Comunitario...*, op. cit., p. 261.

<sup>126</sup> Papadopoulou. *Principes...*, op. cit., p. 288.

factor de síntesis”.<sup>127</sup> En dicho sentido, Von Bogdandy ha venido refiriéndose a un “espacio jurídico europeo” formado por una tradición jurídica común que conforma una especie de nuevo *ius europaeum*.<sup>128</sup>

Tratando de esquematizar pues los pasos seguidos por el Tribunal de Luxemburgo en la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, auténtico nuevo derecho común de los Estados miembros, pueden citarse, por ejemplo, las conclusiones presentadas por el abogado general L. A. Geelhoed, el 18 de septiembre de 2001, dentro del caso *Comisión vs. República Francesa*, donde se habla de la conveniencia “recurrir a reglas generales del derecho privado, como *ius commune*”.

Más aún, en las diversas conclusiones de la abogado general Christine Stix-Hackl, presentadas el 26 de septiembre de 2002 dentro del caso *Thyssen Stahl AG vs. Comisión*, se razona que: “debe examinarse si de las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros cabe eventualmente deducir una forma uniforme”.

En dicho sentido se había pronunciado ya desde finales de los 60’s el propio TJUE en la sentencia *Klomp* de 25 de febrero de 1969, donde apeló precisamente a “un principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad, cuyos orígenes pueden remontarse al Derecho Romano”.

Más recientemente, el abogado general Philippe Léger 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”.

De esta manera y sintentizando lo anteriormente expuesto, puede afirmarse que el Tribunal de Luxemburgo, en razón de su misión (interpretación e integración), integración (jueces y abogados generales), competencia (cuestión prejudicial) y métodos hermenéuticos (constructivos y colaborativos) ha

<sup>127</sup> Alonso. *Derecho Comunitario...*, op. cit., p. 238.

<sup>128</sup> Armin von Bogdandy. *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional e Internacional*. México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. 2011.

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, desarrollado a través de un itinerario que bien puede considerarse como ‘tradicional-actual-proyectivo’. Por ello debe considerarse como un factor fundamental en la arquitectura del derecho comunitario europeo.

## C. HACIA UN NUEVO DERECHO COMÚN EUROPEO

### 1) La unificación del derecho privado

Habiendo expuesto algunas generalidades sobre el derecho comunitario —*ius communitatis*— y su peculiar diálogo con los derechos nacionales europeos —*iura propria*— a partir de los principios generales comunes creados por su Tribunal de Justicia, falta todavía para terminar de perfilar el nuevo *mos europaeus*, referirnos al ‘nuevo derecho privado europeo’ que actualmente se encuentra en proceso de gestación y desarrollo.

El nuevo derecho privado europeo supone uno de los más interesantes desenvolvimientos del derecho en nuestro tiempo; como han observado con razón los profesores Schulze y Zimmermann: “La construcción paulatina de un Derecho privado europeo constituye uno de los aspectos más destacados del desarrollo jurídico actual.”<sup>129</sup>

Tanto a través de los Tratados Constitutivos y de sus subsecuentes Protocolos adicionales, cuanto por medio del derecho derivado, pero también —según se dijo— mediante los principios generales comunes desarrollados por el TJUE y, más recientemente gracias a los propios esfuerzos realizados por la doctrina jurídica, se ha venido perfilando, especialmente durante los últimos veinte años, un nuevo derecho privado europeo.

---

<sup>129</sup> 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, p. 7. En relación con este tema, además de la anterior obra, pueden consultarse en general los textos de Sergio Cámara Lapuente (coordinador). *Derecho Privado Europeo*. Madrid. Editorial Colex. 2003, 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.

No obstante, la ‘integración del derecho privado europeo’ es de suyo un tema polémico y ampliamente debatido, donde nos encontramos argumentos a favor de la misma y argumentos en contra de ella.

Entre los argumentos a favor de la unificación del derecho privado europeo, tenemos desde luego las propias ventajas de un derecho uniforme para el buen funcionamiento del mercado común. Además, se ha observado que históricamente la unidad de mercado y la unidad monetaria son los antecedentes normales de la unidad jurídica. Más aún, desde la perspectiva de la evolución de la tradición jurídica occidental, la unificación del derecho privado supondría a su vez una nueva vida del derecho común europeo. Todavía más, el derecho privado resulta ser, lo mismo que el derecho internacional privado, insuficiente dentro del ámbito regional de la Unión Europea, por lo que parece indispensable para quienes están a favor de la integración del derecho europeo, una unificación legislativa del mismo.

Sin embargo, pueden destacarse también como argumentos en contra de dicha eventual codificación, en primer lugar, la ausencia de conceptos y técnicas comunes, así como la enorme diversidad de mentalidades jurídicas y culturales, sobre todo en los ámbitos de los países continentales del *civil law* e Inglaterra con su tradición del *common law*, así como también respecto de la familia jurídica nórdica o escandinava. Además se encuentra la conveniencia de respetar el pluralismo jurídico, siendo éste un argumento cultural que subraya precisamente que lo esencial en la ‘idea de Europa’ es su propia diversidad, razonamiento cuya fuerza es especialmente persuasiva respecto de los estados cuyas subdivisiones internas tienen competencia en materia civil. Adicionalmente, dicha unificación supondría la pérdida de las ventajas que ofrece la ‘competencia entre ordenamientos jurídicos’, pues la evolución de los mismos permite que vayan recibiendo e incorporando las diversas soluciones jurídicas que se van conformando en otras latitudes. Más aún, la codificación del derecho privado europeo podría significar la ‘petrificación legislativa’ del derecho común.

Pero la discusión en torno a una posible codificación del derecho privado europeo no se acaba aquí. Se discute también sobre la posible morfología de dicho código de derecho privado europeo; ¿debería integrarse mediante disposiciones normativas articuladas, principios jurídicos o reglas de *soft law*.? Más aún, sobre sus trabajos preparatorios, ¿de dónde partirían? ¿De los diversos códigos civiles nacionales considerados como modelos (*imitatio*), o más bien de los principios generales comunes considerados como datos de convergencia del derecho privado existente (*inductio*), o, en fin, de la creación de nuevos principios cuyo punto de partida sea la comparación y la ponderación a partir de los principios europeos ya existentes (*inventio*)?

Hay todavía más: habría que considerar y resolver no solo el qué y el cómo sino el quién; esto es, quien o quienes deberían elaborar las reglas, principios, o disposiciones, por *imitatio*, *inductio* o *inventio*: ¿los institutos académicos ya existentes? ¿Debería crearse una comisión *ad hoc* para tales efectos?

En fin, que el gran tema de la armonización integradora del derecho privado, jalonado por las fuerzas antagónicas del uniformismo eurocrático de un lado, y de la diversificación nacionalista y regionalista por el otro, han ofrecido una serie de discusiones que han girado en torno a su conveniencia, viabilidad, contenido y forma, que plantean una serie de dificultades extraordinarias.<sup>130</sup>

En el momento actual, el avance realizado en materia de unificación del derecho europeo se ha desarrollado en diversos ámbitos, principalmente: a) a través del propio derecho comunitario, y b) merced a diversos impulsos extraoficiales de naturaleza académica.

Por lo que hace en primer lugar a los avances en materia del propio derecho comunitario, éstos se han producido mediante distintas directivas, que han proporcionado múltiples criterios de armonización sobre algunas materias comprendidas dentro del ámbito del derecho privado.

Entre las materias que han sido objeto de regulación comunitaria en el ámbito del derecho privado, encontramos principalmente:<sup>131</sup>

- 1) el *derecho del consumo y de las obligaciones y contratos* (directivas de publicidad engañosa, contratos negociados fuera de establecimientos mercantiles, crédito al consumo, viajes combinados, cláusulas abusivas, multipropiedad, contratos a distancia, acciones de cesación, garantías en la compraventa de bienes de consumo, comercio electrónico, comercialización a distancia de servicios financieros destinados a consumidores, entre muchas otras),
- 2) la *contratación mercantil* (reglas sobre agentes comerciales independientes, lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales entre empresas o entre empresas y entes públicos, seguros —que han sido objeto de múltiples directivas—, responsabilidad civil, etcétera),
- 3) el *derecho de las personas y sociedades* (tratamiento de datos personales y su circulación, protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, derecho de las personas jurídicas que ha sido uno de los ámbitos más abundantes del derecho privado comunitario,

---

<sup>130</sup> Cfr. Cámara. *Derecho Privado Europeo...*, op. cit., passim.

<sup>131</sup> Cfr. Schulze y Zimmermann. *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo...*, op. cit., passim.

donde inclusive hay importantes reglamentos como el de las agrupaciones europeas de interés económico y el de la sociedad anónima europea),

- 4) la *responsabilidad civil extracontractual* (directivas sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos y el reglamento sobre responsabilidad de la compañías aéreas en caso de accidente),
- 5) la *propiedad intelectual e industrial* que es uno de los sectores del derecho privado más intensamente regulados (directiva sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores, programas de ordenador, derechos de autor y afines en la radiodifusión vía satélite y distribución por cable, bases de datos, derechos de autor y afines en la sociedad de la información, derecho del autor en una obra de arte, invenciones biotecnológicas, dibujos y modelos industriales, la marca comunitaria y muchas más),
- 6) el *derecho internacional privado*, en tanto que se han convertido en reglamentos intercomunitarios diversos tratados internacionales en la materia, como por ejemplo, los relativos al ámbito de la competencia judicial internacional,
- 7) el *derecho de la competencia* (control de concentraciones de empresas, cláusulas contractuales contrarias a la libre competencia y competencia desleal, entre muchas otras),
- 8) el *derecho bancario y bursátil* (en materia de cuenta corriente, deber de confidencialidad, etc.), y
- 9) el *derecho laboral* (libre circulación de trabajadores, protección social, plasmaciones de la igualdad, etcétera).

Por último en el ámbito institucional, es actualmente motivo de particular interés la reciente fundación del Instituto Jurídico Europeo con sede en Viena, adscrito a la Comisión Europea y que ha empezado a funcionar apenas a partir de noviembre de 2011 con el propósito de constituir un foro de discusión para los juristas europeos y de otras tradiciones jurídicas, sobre el derecho de la Unión Europea y su progresivo desarrollo y maduración, habiendo adoptado un interesante programa para promover la integración de un derecho europeo de los contratos.

El Instituto está llamado a participar los trabajos que viene desarrollándose a instancias del Parlamento Europeo desde hace más de 20 años y que se han traducido en el *Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo*, que recoge una serie de principios, definiciones y reglas modelo, en cuya preparación colaboraron eminentes juristas como Von Bar, Clive

y Schulte-Nölke, así como importantes sociedades científicas como la Henri Capitant.<sup>132</sup>

En segundo lugar tenemos que en el ámbito académico se ha venido observando que la mejor vía para alcanzar la integración del derecho privado, no es precisamente la legislativa.

Como se destacó anteriormente, se han resaltado entre otros inconvenientes de la unificación por la vía legislativa, la posible petrificación normativa que podría seguirse de la misma, considerando la mayor conveniencia de elaborar en el momento actual, más que un proyecto de código, un amplio trabajo científico jurisprudencial para ubicar las principales coincidencias y divergencias que presentan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales europeos, lo que supone en realidad una verdadera reedición de la famosa polémica Thibaut-Savigny.

Este impulso académico se advierte ya dentro de los actuales planes de estudio jurídicos, que destacan un cierto como 'perfil europeo' que se ha traducido en la creación de institutos, cátedras y centros de investigación del derecho privado europeo y su historia.<sup>133</sup>

Puede destacarse además el creciente interés de la doctrina europea por la historia de la tradición común y los estudios de derecho comparado a través de la búsqueda de soluciones similares para problemas igualmente comunes, propiciándose tanto desde el ámbito europeo, cuanto desde los ámbitos nacionales de los Estados parte, lo que ha conducido a una mayor europeización de los estudios jurídicos.

Adicionalmente, en la actualidad se está buscando la formación jurídica de los estudiantes de derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos europeos, a través del aprendizaje de los diferentes idiomas y de la investigación de los principios comunes, a efectos de que el desarrollo de una ciencia jurídica auténticamente europea propicie el nacimiento de un verdadero *mos europaeus*, capaz de servir como punto de partida para la codificación, en un esfuerzo de cooperación entre historiadores, romanistas, comparatistas y ius-privatistas.<sup>134</sup>

El derecho privado europeo se encuentra así actualmente en una fase avanzada de elaboración académica-jurisprudencial, en la medida en la que

---

<sup>132</sup> Cfr. Reiner Schulze (ed). *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*. Munich. Sellier. 2008.

<sup>133</sup> Idem, *passim*. Véase también Cámara. *Derecho Privado Europeo...*, *passim*.

<sup>134</sup> Ibidem, *passim*, idem, *passim*.

la ciencia jurídica se encuentra apuntalando un entramado dogmático que ya permite anunciar, en el horizonte cercano, un auténtico derecho privado común europeo.

Dentro de este ámbito científico, se han elaborado ya 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 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.

Tales recopilaciones de principios y soluciones, similares a los *Restatements* del derecho estadounidense, han buscado dicha orientación práctica, pudiendo ser a su vez designados por las partes contratantes como derecho supletorio a sus acuerdos de voluntades.

De entre las iniciativas más importantes que se inscriben dentro del anterior esfuerzo académico pueden citarse, junto con otras: los *Principles of European Contract Law* (Comisión Lando), el *Study Group on a European Civil Code* (Proyecto von Bar), el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos* (Proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía), los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil* (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol) y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros.<sup>135</sup>

En primer lugar, el grupo de *Los Principles of European Contract Law* (PECL) de la 'Comisión Lando', comenzó a trabajar desde 1980 y ha venido publicando desde hace diez años distintos avances de su proyecto dedicado especialmente al derecho de las obligaciones.

Sobre dicho proyecto a cargo del Profesor Ole Lando y en el que también participó Reinhard Zimmermann, cabe destacar que esta comisión trató de 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 con base en el derecho comparado, para después elaborar un primer borrador que sería discutido en una sesión plena-

---

<sup>135</sup> 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.,

ria, bajo la premisa de que junto con la versión definitiva de los artículos, se publican la ponencia y la contraponencia originales.<sup>136</sup>

Como sucesor del anterior esfuerzo, 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 ha trabajado en diversas materias privatísticas incluido el *trust*.

Al igual que el de la Comisión Lando, su método estuvo fuertemente influido por el recurso al derecho comparado, agregando 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.<sup>137</sup>

Un tercer proyecto digno de mención es el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*, elaborado bajo la dirección de Giuseppe Gandolfi por la Academia de Privatistas Europeos que ha publicado una parte general sobre el derecho de las obligaciones.

Dicho Anteproyecto fue sin duda auspiciado por la rica 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. En este proyecto trabajaron también varios juristas de relieve como José Luis de los Mozos, Alberto Trabucchi y 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.<sup>138</sup>

También se han redactado los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil* por el *European Group on Tort Law*, o Grupo de Viena/Til-

---

<sup>136</sup> 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.

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> 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.

burg fundado por Jaap Spier,<sup>139</sup> e igualmente puede citarse el proyecto, también concluido, de los *Principios de Derecho Europeo de Trust*, publicado en 1999.

Vale la pena mencionar a continuación un proyecto relativamente distinto a los anteriores. Se trata del Proyecto de Trento o del *Common Core of European Private Law*, que se mostró 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.

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, para mostrar a su vez el “núcleo común” existente, a partir de cuestionarios sobre supuestos prácticos.

El Grupo Trento buscó pues confeccionar un “mapa geográfico fidedigno del derecho privado europeo” para “desenterrar el núcleo común”; pretende poner de relieve las analogías profundas, ocultas más allá de las diferencias formales.

Su objetivo no fue así ofrecer un conjunto de principios generales o reglas particulares, como en el caso de los otros proyectos, sino más bien ofrecer 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 metodología es pues fáctica y no conceptual y toman en cuenta fuentes no legales del derecho como la jurisprudencia y la doctrina, ofreciendo una comparación de los distintos ordenamientos. Este grupo ya ha publicado diversas obras y tiene pendientes aún la edición de otras tantas.<sup>140</sup>

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> Sobre los objetivos, método, 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.

Por último, hay que señalar un grupo de más reciente creación, el *Aquis Group* que tiene por objeto la reordenación de la legislación comunitaria que forma parte ya del “acervo” vigente de la Unión.

Lo que cada vez va quedando más claro, es que la integración del derecho privado europeo no podrá lograrse mediante las técnicas anacrónicas de la codificación legalista en su acepción decimonónica, sino que más bien deberá estructurarse de una manera flexible y abierta, que sin menoscabo del papel que debe corresponderle a la legislación, incluya también a los principios generales del derecho, como parte de una tradición jurisprudencial común, mediante el empleo de los métodos y las técnicas del derecho comparado y de la historia del derecho, en términos relativamente similares a aquéllos a través de los cuales la ciencia jurídica bajomedieval construyó su *corpus dogmático*.<sup>141</sup>

## 2) El nuevo ordenamiento jurídico europeo.

La actual conformación del derecho comunitario y los recientes desarrollos de la ciencia jurídica europea, constituyen desenvolvimientos particularmente sintomáticos y significativos respecto de las presentes —y hasta de las futuras— evoluciones de la tradición jurídica occidental.

---

<sup>141</sup> En este sentido ha observado con razón José Luis de los Mozos: “Superado el modelo teórico de las codificaciones, que veían en los Códigos un instrumento para regular con automatismo las relaciones sociales, mediante una simple subsunción de la realidad, concebida *more geometrico*, con la crisis del positivismo legalista, estamos ahora en condiciones de concebir un ‘sistema’ europeo de Derecho de obligaciones y contratos... tratando de construirle como un sistema ‘abierto’, tal y como era en la época del Derecho común, no como un sistema ‘cerrado’, desde la lógica del ‘mercado único’... Un sistema ‘abierto’ no reniega de la ley, con ella va mucho más lejos de la ley, utilizando el auxilio de la doctrina y de las demás fuentes y autoridades... En esta situación los ‘principios generales del Derecho’ juegan un papel decisivo.” José Luis de los Mozos. “Integración Europea: Derecho Comunitario y Derecho Común.” en *Revista de Derecho Privado*. (Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. Marzo 1993), p. 224. Igualmente observa atinadamente María Isabel Núñez Paz: “El término codificación no podemos desprenderlo de su originaria significación decimonónica. Pero el jurista contemporáneo tiene que esforzarse por empezar a entenderlo de otro modo. El sentido omnicompreensivo y rígido de su acepción decimonónica debe ser superado a favor de otro más flexible, en el que sin menospreciar la importancia de la ley, ésta no sea el único instrumento de regulación social. La historia ha mostrado los grandes errores, las lagunas y contradicciones del proceso legislativo.” María Isabel Núñez Paz. *Derecho Romano, Derecho Común y Contratación en el marco de la Unión Europea*. (Oviedo. Edita el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. 2000), p. 81.

El proceso de integración europea, la estructuración del derecho comunitario, los principios que lo recorren, la actividad jurisprudencial del Tribunal de Luxemburgo y los más recientes esfuerzos de la ciencia jurídica europea para la integración armonizadora de un derecho privado europeo, constituyen fenómenos de una extraordinaria importancia, que nos permiten afirmar la existencia de un ‘nuevo derecho común europeo’, que es el producto de la colaboración entre diversas instancias, entre las que cabe destacar muy especialmente a la judicatura y a la doctrina.

Estamos frente a 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 nuevamente parece conformarse una jurisprudencia tradicional-actualizadora-proyectiva, como aquélla que caracterizó el quehacer de los postglosadores en la Baja Edad Media.

Efectivamente y a pesar de las necesarias matizaciones y diferencias entre la ciencia jurídica bajomedieval del *ius commune* y los actuales desarrollos jurídicos europeos, podemos encontrar notables similitudes entre ambos que nos ayudan a comprender mejor los actuales perfiles de una nueva dogmática jurídica, cuyos contornos ya se nos presentan con cierta nitidez, permitiéndonos a su vez conjeturar, fundadamente, sobre sus próximos desarrollos.

En primer lugar es lícito derivar de lo anteriormente expuesto que el proceso de integración europea ha puesto en entredicho a) la primacía de lo político sobre lo jurídico, con la formalización del segundo al servicio del primero, b) la viabilidad del Estado Contemporáneo y c) la teoría clásica de la división de poderes, ofreciéndonos 1) una nueva ‘forma de asociación internacional-constitucional’, 2) estructurada de manera funcional e instrumental, a partir de una dinámica colaborativa y atemperada; caracterizadas 2.1) por la centralidad del derecho, 2.2) por la poliarquía política y el policentrismo jurídico, 2.3) por la preponderancia de las funciones sobre las estructuras, con la consecuente complejidad de sus entrecruzamientos y 2.4) por el desconocimiento del principio estructural de la división de poderes.

Pero, todavía hay mucho más. Por lo que respecta al derecho comunitario europeo, resultado del proceso de integración de la Unión Europea, se trata de un derecho supranacional que constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados Parte de la Unión, cuyas notas esenciales son su autonomía, la colaboración entre las instancias comunitarias y las estatales, así como su primacía, su aplicabilidad inmediata y su efecto directo, notas de las que a su vez se desprende que se

trata de un derecho común incorporado dentro de la dinámica de los derechos propios, influido por los mismos, e influyente dentro de ellos.

Así y retomando las anteriores reflexiones sobre el derecho comunitario podemos decir que:

- a) su naturaleza supranacional ha desbordado las limitaciones de una dogmática positivista y legalista, así como las rígidas clasificaciones de una jurisprudencia racionalista y sistemática,
- b) se ha conformado un nuevo policentrismo y pluralismo jurídico que promueve, respecto de los operadores jurídicos, un mayor conocimiento de la diversidad de ordenamientos jurídicos, así como un criterio más desarrollado para la selección del derecho aplicable,
- c) ha propiciado una relación de recíproca influencia respecto de los derechos nacionales mediante la aproximación concurrente con los mismos,
- d) se ha estructurado mediante un sistema de fuentes variado, con una enorme diversidad de fuentes legales y extralegales que han contribuido a la integración jurídica mediante la armonización y la unificación, pudiéndose destacar dentro del ámbito de los principios jurídicos, la centralidad de la jurisdicción ejercida por el TJUE, y
- e) sus principios han contribuido a la conformación de una nueva dogmática, caracterizada por las intensas ‘relaciones genético-reproductivas’ que se han desarrollado entre los derechos nacionales y el derecho comunitario europeo.

Y hay todavía más. La consideración de los principios generales comunes desarrollados por el Tribunal de Luxemburgo, nos permite concluir también que dicha reelaboración deriva su importancia de: a) ser el resultado de una jurisprudencia científica, b) donde la actividad desplegada por los abogados generales dentro de sus conclusiones, además de asemejarse a la emprendida por los juristas romanos clásicos y bajomedievales, asegura una hermenéutica-interpretativa caracterizada por el recurso a una pluralidad de fuentes de conocimiento jurídico, c) cuya inarticulación a partir del monopolio hermético confiado al Tribunal de Luxemburgo, de un lado, y la descentralización de la justicia confiada a los jueces nacionales, por el otro, ha contribuido en gran medida a la contextura eminentemente dialogal y común de la misma, de una manera tal que evoca el *modus procedendi* del Tribunal Cameral del Imperio Alemán, d) que en su desarrollo se ha servido de un método constructivista estructural-sistemático, funcional-teleológico y concurrente que ha derivado en la naturaleza eminentemente liberal, supranacional, orgánica,

autónoma, progresiva y evolutiva de la misma, que recuerda los métodos hermenéutico-interpretativos de la jurisprudencia romana y de los consiliatores, e) que ha colmado las lagunas oceánicas del derecho comunitario y f) que ha venido propiciando un ejercicio multidisciplinario que ha reivindicado la importancia del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, como disciplinas de un extraordinario valor dogmático para la elaboración de un derecho común, anclado en la tradición cultural jurídica de los países miembros, con miras a su actualización presente y proyección futura.

Por lo que respecta finalmente a los últimos desarrollos reseñados respecto de la conformación de un nuevo derecho privado europeo y más allá de los indudables progresos que se han alcanzado a través de la legislación europea y de las propias reelaboraciones científicas de una comunidad académica, que desde los ámbitos del derecho privado, del derecho comparado, de la historia del derecho y del derecho romano, ha desarrollado una serie de trabajos tendientes a la creación de una auténtica ciencia jurídica privada europea, punto de partida para la unificación jurídica del derecho privado, conviene en esta oportunidad tan sólo hacer notar, que dichos avances, vienen a sumarse precisamente a la construcción de un nuevo derecho europeo, actualmente en ciernes.

Dicho derecho europeo se integra, actualmente, de los derechos nacionales y regionales de los países miembros de la Unión, del propio derecho comunitario europeo y de un nuevo derecho privado que actualmente es objeto de gestación y maduración progresiva.

De esa manera, el punto a destacar aquí es que la coralidad sinfónica — por retomar la metáfora grossiana sobre el derecho medieval— del nuevo ordenamiento jurídico común europeo, no se identifica con el diálogo al que hemos venido refiriéndonos entre el derecho comunitario y los derechos nacionales; sino que empieza a resonar, con una vibración cada vez más definida y entonada, una nueva voz: la del derecho privado europeo, o sin más, la de un eventual derecho europeo del porvenir.

Así las cosas, la polifonía europea de nuestro tiempo supone el acompañamiento 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.

A los anteriores ordenamientos jurídicos, debieran sumarse, evidentemente, otros tantos que se les entrecruzan, como el derecho internacional público, privado, la nueva *lex mercatoria* y un muy largo etcétera, aunque dichos ordenamientos rebasen las pretensiones de la presente obra.

La verdad es que como ha observado José Luis de los Mozos, hoy por hoy resulta enteramente factible la creación de un “sistema europeo de Derecho”, con tal de que se le construya “como un sistema abierto, tal y como era en la época del Derecho común... utilizando el auxilio de la doctrina y de las demás fuentes y autoridades”.<sup>142</sup>

En las sugestivas palabras de Núñez Paz, “Si los artífices fundamentales del viejo *ius commune* fueron la elaboración jurisprudencia y la doctrina de los doctores, el actual es también el momento de la doctrina y la jurisprudencia.”<sup>143</sup>

En definitiva, puede concluirse que 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) 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,

---

<sup>142</sup> José Luis de los Mozos. “Integración Europea: Derecho Comunitario y Derecho Común.” en *Revista de Derecho Privado*. Madrid. Editoriales de Derecho Reunidas. Marzo 1993, p. 224.

<sup>143</sup> María Isabel Núñez Paz. *Derecho Romano, Derecho Común y Contratación en el marco de la Unión Europea*. Oviedo. Edita el Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. 2000, p. 134.

- g) el recurso a una argumentación jurídica prudencial hermenéutico-interpretativa, con un fuerte matiz tópico, que viene a atemperar los excesos de sistematicidad de la dogmática contemporánea,
- h) el desarrollo de métodos de hermeneusis 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.



## Capítulo IV

# LA INTEGRACIÓN JURÍDICA LATINOAMERICANA

### A. TRASCENDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO Y DEL DERECHO COMÚN

LA integración jurídica y el nuevo derecho común constituyen uno de los temas más importantes para la ciencia jurídica de nuestro tiempo, pero muy especialmente, para los juristas americanos. Se trata, en ambos casos, de un nuevo paradigma que habrá de vertebrar por igual a las ciencias jurídicas y a los distintos ordenamientos de derecho.<sup>144</sup>

La importancia de la integración jurídica deriva en primer lugar de la trascendencia de los procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la ‘globalización’,<sup>145</sup> que junto con la reviviscencia de las comunidades intraes-

---

<sup>144</sup> Me he referido a este tema ampliamente en tres libros: Juan Pablo Pampillo Baliño. *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008, *La Integración Americana. Expresión de un Nuevo Derecho Global*. México. Editorial Porrúa y la Escuela Libre de Derecho. 2012 y *Hacia un nuevo Ius Commune Americano*. Bogotá. Ibañez Editores, la Pontificia Universidad Javeriana y la Escuela Libre de Derecho. 2012. También en diversos ensayos consultables en mi página web académica: [http://works.bepress.com/juan\\_pablo\\_pampillo](http://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo). El presente capítulo retoma sin embargo la versión más completa —a su vez actualizada— que se presentó en el libro Juan Pablo Pampillo Baliño. *La Integración Jurídica en América. Conceptos, Historia, Balance y Futuro. Disertación de Ingreso a la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. Bogotá. Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2016.

<sup>145</sup> 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: André-Jean Arnaud. *Entre Modernidad y Globalización*. Traducción de Nathalie González. Bogotá. Universidad Ex-

tatales, conforma el doble proceso de la ‘glocalización’ (globalización + localismos).<sup>146</sup>

Y la glocalización ha derivado precisamente, de un lado, en el debilitamiento del estado moderno-contemporáneo y, del otro —que es el que en realidad nos interesa— en la conformación de bloques regionales.<sup>147</sup>

- 
- ternado de Colombia. 2000, Jagdish Bhagwati. *En Defensa de la Globalización. El rostro humano de un mundo global*. Trad. Verónica Canales. Barcelona. Editorial Arena. 2005, Zygmunt Bauman. *La Globalización. Consecuencias humanas*. Trad. Daniel Zadunaisky. México. Fondo de Cultura Económica. 2006, Ulrico Beck. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno y Ma Rosa Borrás. Barcelona. Editorial Paidós. 1998, Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (compiladores). *Estado Constitucional y Globalización*. México. Editan Porrúa y la UNAM. 2001, Boaventura de Sousa Santos. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Traducción Carlos Lema. Bogotá. ILSA. 2009, Rafael Domingo. *¿Qué es el derecho global?* 2ª edición. The Global Law Collection. Pamplona. Thomson Aranzadi. 2008, Rafael Domingo, Martín Santiviáñez y Aparicio Caicedo (coordinadores). *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*. Navarra. Thomson Aranzadi. 2006, José Eduardo Faria. *El derecho en la economía globalizada*. Trad. Carlos Lema. Madrid. Editorial Trotta. 2001, Francesco Galgano. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna. Il Mulino. 2005, Paolo Grossi. *De la Codificación a la Globalización del Derecho*. Trad. Rafael D. García P. Navarra. Thomson Aranzadi. 2010, Octavio Ianni. *Teorías de la Globalización*. Trad. Isabel Vericat. 7ª edición. México. Siglo XXI y UNAM. 2006, Marcos Kaplan. *Estado y globalización*. México. UNAM. 2002, George Soros. *Globalización*. Trad. Rafael Santandreu. Barcelona. Editorial Planeta. 2002, Joseph E. Stiglitz. *El malestar en la globalización*. Trad. Carlos Rodríguez Braun. México. Editorial Taurus. 2002, Joseph Stiglitz. *¿Cómo hacer que funcione la globalización?* Trad. Amado Diéguez y Paloma Gómez. México. Editorial Taurus. 2006, Jesús Villagrasa. *Globalización. ¿Un mundo mejor?* México. Trillas y Universidad Anáhuac. 2003, Danilo Zolo. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Trad. Roger Campione. Madrid. Dykinson. 2005.
- <sup>146</sup> El término ‘glocalización’ se acuña, hacia la década de los 1980’s, por Ulrich Beck y Roland Robertson. Cfr. Miguel Carbonell. “Globalización y derecho: siete tesis” en *Globalización y Derechos Humanos*. Coordinador Luis T. Díaz Müller. México. UNAM. 2003, p. 3. Sobre los regionalismos en América, el método para comprenderlo, sus antecedentes históricos y su situación actual puede consultarse José Luis Coraggio et. al. (editores). *La Cuestión Regional en América Latina*. México. El Colegio Mexiquense y el Instituto de Investigaciones Económicas de la UNAM. 2010.
- <sup>147</sup> Fue así como surgieron los primeros bloques regionales 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” Manfred Mols. “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. Además del europeo, sin duda el más completo y exitoso, existen también otras experiencias —a las que nos referiremos en su momento— en América, Asia y África. Cabe observar también que al menos desde hace unos diez años,

Así las cosas, la relevancia del derecho de la integración se encuentra en primer lugar en la misma envergadura de los fenómenos contrarios —y complementarios— de la globalización y los localismos y en su articulación a través de bloques regionales, dentro del contexto de un nuevo pluralismo político y jurídico que requiere de bisagras que lo articulen.

Pero la significación y alcance del derecho de la integración también se aprecia en otros ámbitos y, de modo especial, en el declive de la dogmática que nació de la codificación nacionalista del siglo XIX y se consolidó con el positivismo legalista del siglo XX. El derecho de la integración ha contribuido a desdibujar la ‘imagen piramidal’ de un sistema legal territorialista, monista, sistemático y jerarquizado, que está siendo sustituido por un nuevo ordenamiento jurídico plural, donde se entrecruzan, a la manera ‘redes horizontales colaborativas’, normas, reglas y principios supranacionales, internacionales, estatales e intraestatales.

Pero además, el derecho de la integración se encuentra también vertebrando a las demás disciplinas jurídicas especializadas. En el ámbito europeo se habla desde hace varios años de un derecho constitucional comunitario, de un derecho privado —civil y mercantil— comunitario, de un derecho penal, medioambiental, cultural, etcétera, de naturaleza comunitaria. Es decir, de un nuevo derecho de índole colaborativa, y armonizadora, que está articulando a las ramas tradicionales la ciencia jurídica y cuya producción ha experimentado un aumento progresivo en los últimos años.<sup>148</sup>

Por añadidura y como se desprende tanto de la experiencia europea cuanto de la más incipiente americana, el empleo de leyes marco y el protagonismo de la judicatura han conformado un derecho comunitario flexible y casuístico dentro del que ha recuperado su significado e importancia la interpretación y la ciencia jurídica.

Respecto del nuevo derecho común, cabe señalar que desde hace más de treinta años, se ha venido retomando por diversos tratadistas europeos la expresión —y hasta algunos préstamos metodológicos— del *ius commune* eu-

---

ha venido también planteándose la posibilidad de una integración no regional, es decir, desvinculada de la continuidad geográfica —y también histórica, social y cultural— como es emblemáticamente el caso de los países BRICS, si bien es cierto que la misma puede encontrarse parcialmente preconizada en el proyecto APEC que surge en la década de los 1990's y ha tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005.

<sup>148</sup> En general, véase a Ricardo Alonso García *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid. Thomson Civitas. 2007 y a Rogelio Pérez-Bustamante. *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*. Madrid. Edisofer. 2008.

ropeo bajomedieval, para crear un derecho que sea el resultado del diálogo entre los *iura propria*, es decir, entre el derecho supranacional, internacional, regional, estatal y local de las distintas sociedades vertebradas por la Unión Europea.<sup>149</sup>

Dicho derecho común ha sido desarrollado en buena parte por la vía científica, elaborándose distintos proyectos, que con diversa finalidad y metodología, han buscado el conocimiento y la formulación de los principios del derecho europeo, como acervos doctrinales para el estudio universitario, así como para orientar la *praxis* académica y jurídica de profesores, abogados, jueces y legisladores, destacando las convergencias existentes en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

La importancia de este nuevo derecho común se encuentra así: a) en su extracción jurisprudencial, b) en su contextura principialística, c) en su método comparativo (sincrónico y diacrónico) y d) en su influencia sobre la educación y la cultura jurídica.

## B. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y SU ORDENAMIENTO JURÍDICO

La conformación de los bloques regionales, que ha surgido a partir de la integración económica, es un proceso y un estado. En tanto que proceso, se suelen distinguir diversas etapas, que van desde las puramente económicas, a) cooperación económica, b) zonas de preferencia arancelaria, c) áreas de libre comercio, d) uniones aduaneras, e) mercados comunes y f) uniones económicas y monetarias y que, cuando se proyectan al ámbito de lo social y de lo político, se traducen en la así denominada integración o unión total.<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> Véase el libro pionero de 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. Vale la pena también, entre la abundante literatura sobre este tema, remitirse a la interesante reflexión iusfilosófica que hace Gregorio Robles Morchón. *Pluralismo Jurídico y Relaciones Interstistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*. Navarra. Thomson-Civitas. 2007. Desde la perspectiva de la historia del derecho véase Paolo Grossi. *De la Codificación a la Globalización...*, op. cit. A partir de la sociología jurídica puede verse la exposición de Boaventura de Sousa Santos. *Sociología Jurídica...*, op. cit.

<sup>150</sup> Siguiendo en lo fundamental las modalidades originalmente establecidas por Bela Balassa (libre comercio, unión aduanera, unión económica e integración total) y posteriormente complementadas por otros autores y exponiendo cada una de ellas según el orden de menor a mayor intensidad, sin implicar que los procesos de cooperación e integración deban seguir dicha secuencia o el que las distintas categorías se presenten en forma pura, tenemos: a) la cooperación económica, que usualmente se produce bajo la forma de la zona preferencial, aunque también puede producirse en otros ámbitos, como mediante la cooperación general para la protección del comercio realizada a través del GATT o de

## El origen de las anteriores formas de cooperación (género) e integración económica (especie) en su sentido contemporáneo, se ubica en los procesos

la OMC, o de la Propiedad Intelectual a través de la OMPI; b) las zonas de preferencia arancelaria, que se presenta cuando dos o más países se dan un trato preferencial en materia aduanera, más favorable que el que conceden a terceros países, tratándose de una excepción al principio de nación más favorecida establecido por el GATT y la OMC; cabe destacar que esta forma de cooperación está ampliamente difundida, piénsese, por ejemplo en los más de cincuenta estados que pertenecen a la *British Commonwealth* o en la Convención de Lomé entre la Unión Europea y setenta países en desarrollo de África, el Caribe y el Pacífico; c) las áreas de libre comercio —que también constituyen una excepción autorizada a los principios de la OMC— suponen la supresión paulatina, entre dos o más países, de barreras aduaneras —tarifarias y técnicas— para aumentar su comercio regional; igual que en las zonas de preferencia, no existe una cesión de soberanía, aunque revisten una enorme complejidad por lo que hace a la definición de los ‘productos nacionales’ de los países parte, lo que conlleva el establecimiento de ‘normas’ y ‘certificados de origen’ y una pesada burocracia aduanera para su control; d) las uniones aduaneras son áreas de libre comercio, donde además, se establece un arancel aduanero externo común con relación a terceros países y se fija asimismo un mecanismo para la distribución de las tarifas entre los estados miembros; frente a los tratados de libre comercio tienen la enorme ventaja de hacer desaparecer el requisito de los certificados de origen, aligerando los costos y la burocracia aduanera que conllevan, sin embargo, se requiere para su funcionamiento de una cesión de soberanía para la definición de una política y de una legislación aduanera común; cuando faltan algunos de los anteriores requisitos, algunos estudiosos hablan de uniones aduaneras imperfectas; e) el mercado común es una unión aduanera dentro de la cual se reconocen las cuatro libertades fundamentales del mercado respecto de los factores de la producción (libre circulación de bienes, personas, servicios y capitales), para lo cual se requiere una mayor cesión de soberanía pues resulta indispensable contar con políticas macroeconómicas comunes y con una legislación armonizada para la creación de un mercado unificado, requiriéndose así de una política y de una gestión supranacional en diversos ámbitos como el comercio exterior, la política industrial, laboral y otras que pueden también pactarse; f) por su parte, la unión económica supone un mercado común donde también se unifican —no sólo se armonizan o coordinan— políticas comunes en materia monetaria, financiera y fiscal, traduciéndose en legislación específica, estableciéndose o bien cambios fijos y convertibilidad obligatoria de las monedas nacionales, o bien creándose una moneda común, para lo que resulta indispensable una mayor cesión de soberanía y una mayor dotación de competencias para las autoridades supranacionales; g) finalmente, la integración total supone una coordinación y/o unificación de otras políticas y leyes en materia social y política, como pueden ser las relativas a la política exterior, los asuntos de justicia u otros relativos al medioambiente, al deporte, o a la seguridad social, que en algunas ocasiones también son contempladas por la unión económica, aunque con un menor grado de intensidad. Cfr. Bela Balassa. *The theory of economic integration*. Londres. Allen & Unwin. 1961. También, entre muchos otros, seguimos a Raúl Granillo Ocampo. *Derecho Público de la Integración*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma. 2007, María Teresa Moya Domínguez. *Derecho de la Integración MERCOSUR, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio Comparado*. Buenos Aires. Editorial Ediar. 2006 y Alberto M. Sánchez. *Derecho de la Integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*. Buenos Aires. Edita RAP. 2004.

—algunos intergubernamentales, otros supranacionales— que han venido desenvolviéndose a partir de la Segunda Guerra Mundial, con mayor profundidad en Europa, aunque también en América, en Asia y en África.

Dichos procesos se basaron en el principio de complementación económica (de la producción y del consumo), por el que diversos países facilitan su intercambio de bienes y servicios mediante la eliminación de aranceles y otras barreras comerciales para su importación y exportación, con la finalidad de aumentar su productividad —derivada de la operación a escalas— y la búsqueda de la ampliación de los mercados de consumo, con el objetivo de propiciar también una más amplia asignación de los recursos, mediante la creación de riqueza y la generación de nuevas fuentes de empleo.<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> Desde un punto de vista económico, resulta fundamental para el entendimiento del comercio internacional y sus distintas formas de cooperación y de integración, la comprensión de varios conceptos tales como ventaja comparativa, costo de oportunidad, uso eficiente de los recursos, economías de escala, efecto multiplicador, ciclos económicos, competencia imperfecta, externalidades, rendimientos a escala, teorías de estructura arancelaria y proteccionismo, cuotas, subsidios, compensaciones, *dumping* y *dumping* social, adquisiciones gubernamentales, comercio internacional y desarrollo económico, inversión extranjera y flujos de capital, inflación, PIB, precios al consumidor, empresas multinacionales, impacto del comercio internacional en los mercados laborales, movilidad laboral, tercerización o *outsourcing*, mercados de divisas y tipos de cambio, riesgos, cobertura y especulación, paridades, balanzas de pagos y desequilibrios en transacciones internacionales, banca y finanzas internacionales, reservas, mercados de futuros, deuda externa, economía social de mercado, pobreza y desarrollo, entre muchos otros. En relación con los mismos, pueden consultarse —entre muchas otras—, las siguientes obras generales: Paul A. Samuelson y William D. Nordhaus. *Economía con aplicaciones a Latinoamérica*. Revisión y adaptación de Lilianne Isabel Pavón y Carlos Blanco Huitrón. México. McGrawHill. 2010, Michael Parkin, Gerardo Esquivel y Mercedes Muñoz. *Macroeconomía*. Versión para Latinoamérica. Traducción de Mónica G. Martínez. México. Pearson Educación. 2007, Robert J. Carbaugh. *Economía Internacional*. Traducción de Pilar Mascaró y Magda E. Treviño. 12ª edición. México Cengage Learning. 2009, Sergio A. Berumen. *Economía Internacional*. México. Editorial CECSA. 2001 y Michael Parkin y Gerardo Esquivel. *Microeconomía*. Versión para la Latinoamérica. Traducción de Julio Silverio Coro Pando. 5ª edición. México. Pearson Education 2001 y Ricardo Torres Gaytán. *Teoría del Comercio Internacional*. México. Siglo XXI Editores. 2011. También puede verse para el caso específico de América Latina, además de las obras específicas sobre integración jurídica que en su momento se citarán —más actualizadas—, las dos obras siguientes: Miguel S. Wionczek (coordinador). *Integración de la América Latina, experiencias y perspectivas*. México. Fondo de Cultura Económica. 1979 y Banco Interamericano de Desarrollo. *Factores para la Integración Latinoamericana*. México. Fondo de Cultura Económica. 1969, en las que se encuentran algunos ensayos clásicos sobre la materia. Igualmente es recomendable el libro de Ramón Tamames y Begoña G. Huerta. *Estructura económica internacional*. 10ª edición. Barcelona. Alianza Editorial. 1999. Desde la perspectiva del desarrollo puede verse Víctor L. Urquidi. *Otro*

Sin embargo, conviene reconocer que la cooperación y la integración económicas no son una panacea y se corre el riesgo de que los países menos desarrollados sufran traumáticos procesos de compensación de sus asimetrías cuando se integran a economías mayores o más estables. Así ha sucedido especialmente cuando no se establecen diversas fórmulas —como plazos para la desgravación arancelaria, fondos estructurales o de compensación, sistemas de preferencias aduaneras, subsidios temporales o salvaguardas, entre otras— que permitan que las industrias de los países menos desarrollados, cuenten con la oportunidad de prepararse para competir, en circunstancias equitativas, con sus homólogas asentadas en países más desarrollados.<sup>152</sup>

Sin embargo, si los procesos de integración se desarrollan adecuadamente y con una visión de largo plazo, pueden contribuir a elevar la calidad de vida de los habitantes de los países que conforman bloque regional.

Expuesto lo anterior, es oportuno distinguir ahora, desde un punto de vista estrictamente jurídico, diversos ordenamientos transversales y complementarios que frecuentemente se confunden entre sí. Así, por un lado tenemos el Derecho Estatal del Comercio Exterior, que regula internamente las tarifas y los trámites aduaneros relativos a la importación y exportación de mercancías y servicios y por el otro el Derecho del Comercio Internacional o Derecho Internacional del Comercio que establece, a partir de tratados y organizaciones internacionales como la Organización Mundial del Comercio, reglas universales aplicables al flujo transfronterizo de bienes y servicios, incluidos los principios de reciprocidad, nación más favorecida, trato nacional y eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias. Los anteriores ordenamientos jurídicos constituyen a su vez el marco de Derecho Público dentro del cual los particulares realizan sus transacciones bajo el Derecho Privado e Internacional Privado y específicamente el Derecho Mercantil Internacional.<sup>153</sup>

---

*siglo perdido. Las políticas de desarrollo en América Latina (1930-2005)*. México. Fondo de Cultura Económica. 2005.

<sup>152</sup> Idem.

<sup>153</sup> Sobre Comercio Exterior, pueden verse los difundidos textos de Filiberto Pacheco Martínez. *Derecho de la Integración Económica*. México. Editorial Porrúa. 2002, Elvia Arcelia Quintana Adriano. *El Comercio Exterior de México*. 3ª edición. México. 2010 y Jorge A. Witker. *Derecho del Comercio Exterior*. México. UNAM. 2011. Sobre Comercio Internacional, Juan Manuel Saldaña Pérez. *Comercio Internacional. Régimen Jurídico Económico*. México. Editorial Porrúa. 2008 y Carlos Humberto Reyes (coordinador). *Temas Selectos de Comercio Internacional*. México. Editorial Porrúa. 2008. Véase también el trabajo de Rodolfo Cruz Miramontes. “¿Derecho internacional del comercio, derecho del comercio internacional o derecho del comercio exterior?” en F.J. Gaxiola y M.C. Platas (compiladores) *Discursos de Ingreso 1930-2007 de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación*. México.

Dentro del anterior marco jurídico, fue desarrollándose también, de manera paralela, el Derecho de la Integración en sentido amplio —género—, que regula los intercambios comerciales transnacionales precisamente dentro de la dinámica de desarme arancelario y supresión de las barreras técnicas del comercio internacional, pactado únicamente entre ciertos estados que han acordado conformar un bloque económico como una excepción a los principios del GATT-OMC.

Precisando los conceptos, hay que señalar que dada la naturaleza procesual de la integración regional —que va, como se dijo, de las preferencias arancelarias a la integración total— cabe distinguir, desde un punto de vista científico, el Derecho de la Integración en sentido estricto (especie del Derecho de la Integración como género), como una variante del Derecho Internacional del Comercio que abarca las fases pre-comunitarias de la integración económica —preferencias arancelarias, libre comercio y unión aduanera— del Derecho Comunitario como un ordenamiento eminentemente supranacional, propio y específico de las etapas más avanzadas como el mercado común, la integración económica completa y la integración total.

La importancia de la anterior distinción estriba en que el Derecho Comunitario es un derecho supranacional —que no internacional, cooperativo o intergubernamental— pues se caracteriza por ciertos principios característicos —como la primacía, la aplicación inmediata y el efecto directo— que desbordan los cauces tradicionales del Derecho Internacional Público.<sup>154</sup>

De esta manera, el Derecho Comunitario —al que también nos referimos como derecho de la integración, en su sentido lato, pero teniendo en cuenta la diferenciación anteriormente hecha— constituye una materia diversa y novedosa, que a pesar de haber aparecido hace apenas sesenta años, ha revulsiona-

---

Miguel Ángel Porrúa y otras. 2009. Véase también la obra de Matthias Herdegen. *Derecho Económico Internacional*. Trad. Katia Fach, Laura Carballo y Dieter Wolfram. Bogotá. Editorial Universidad del Rosario y Konrad Adenauer Stiftung. 2012. Sobre el derecho mercantil internacional véase la obra clásica de Luis Fernández de la Gándara y Alfonso Luis Calvo Caravaca. *Derecho Mercantil Internacional*. Madrid. Editorial Tecnos. 1995.

<sup>154</sup> Aunque los anteriores intentos de diferenciación y definición jurídica son propios, asumiendo la correspondiente responsabilidad por los mismos, en muchos sentidos se encuentran inspirados en la lectura reflexiva de diversos textos clásicos sobre la materia; además de los anteriormente citados —y los que en su momento serán referidos específicamente para otros temas— he tomado muy en cuenta la exposición de Roberto Dromi, Miguel A. Ekmekdjian y Julio C. Rivera. *Derecho Comunitario. Sistemas de Integración. Régimen de MERCOSUR*. 2ª edición. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1996 y las de mis admirados colegas Ricardo Alonso García, Carlos Molina del Pozo y Calogero Pizzolo, que posteriormente serán citados.

do los parámetros formales del Derecho Internacional y los límites materiales del Derecho del Comercio Exterior.<sup>155</sup>

Por lo que hace a lo primero, vale la pena señalar que el Derecho Internacional Público tradicionalmente se había ocupado de regular las relaciones entre los sujetos derecho internacional —principalmente los estados— y sólo hasta el siglo XX de configurar también organismos internacionales.

Ciertamente el derecho internacional moderno, a partir del paradigma soberano, se constituyó primero como un *ius voluntarium gentium* o derecho de coordinación entre los Estados a través de tratados internacionales y, sólo a partir del siglo XX, la cooperación interestatal asumió también la forma de la asociación mediante la creación de organismos internacionales investidos de personalidad jurídica.<sup>156</sup>

Pero dicho derecho internacional público, más allá de sus normas de *ius cogens*, se trata de un derecho que establece la coordinación entre los estados, mientras que el derecho comunitario de la integración regional: a) establece más bien un ordenamiento jurídico completo que viene a insertarse en los ordenamientos particulares de los estados parte, b) se supraordina a los derechos internos de los países signatarios, c) aunque parte de tratados internacionales (derecho originario) es desarrollado ulteriormente por una estructura institucional (derecho derivado) a partir de una lógica supranacional, d) envuelve una auténtica cesión de soberanía, usualmente reconocida a través de una cláusula de habilitación de las Constituciones de los estados parte, y que, además, por regla general, e) es de aplicación inmediata y tiene un efecto directo sobre los particulares.<sup>157</sup>

De la misma manera, por lo que respecta al ámbito material del Derecho Comunitario, éste no puede considerarse agotado por los instrumentos de integración propios del Comercio Internacional o del Derecho de la Integración en sentido estricto, que abarca —como se expuso— desde las zonas de libre comercio hasta las uniones aduaneras. Después del mercado común se encuentra todavía la unión económica, pero sobre todo, queda aún el último tramo que se denomina como la integración total.<sup>158</sup>

<sup>155</sup> Calogero Pizzolo. *Derecho e Integración Regional. Comunidad Andina, MERCOSUR, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires. Editorial Ediar. 2010.

<sup>156</sup> Cfr. Max Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público*. México. Fondo de Cultura Económica. 1994. p. 63 y ss.

<sup>157</sup> Cfr. Pizzolo. *Derecho e Integración Regional...*, op. cit., passim y Sandra C. Negro (directora). *Derecho de la Integración*. Buenos Aires. Euros Editores. 2010.

<sup>158</sup> Cfr. Granillo Ocampo. *Derecho Público de la Integración...*, op. cit.

Aunque el Derecho Comunitario suele gestarse a partir de la evolución de dichos esquemas de integración económica —que pueden considerarse como una fase precomunitaria o embrionaria del mismo— lo cierto es que no se limita a la consecución de las libertades económicas básicas de la integración (libre circulación de mercancías, capitales, personas y servicios), sino que comprende también la regulación de ciertas políticas sectoriales básicas para la consolidación económica, como lo son las de la competencia, la fiscal, la comercial, la del consumidor y hasta la laboral.

Además, en el caso de la Unión Europea, desde el último tercio del siglo XX se buscó ampliar el horizonte de la construcción de la “Europa de los Mercaderes” propiciando el desarrollo de políticas sectoriales en muy diversos ámbitos sociales y culturales, que abarcaron lo mismo aspectos de protección de la salud que del medio ambiente.

Por añadidura, la integración regional a través del Derecho Comunitario comprende la protección de los derechos fundamentales y la misma formación de una ciudadanía regional que permita revertir el déficit democrático propio de una estructura conformada a partir de un Tratado Internacional, buscando mecanismos para asegurar su representatividad política, así como ofrecerle a los habitantes de la región diversas facilidades y beneficios en materia de circulación y residencia.

Adicionalmente, debe considerarse la asunción de posturas internacionales comunes así como la cooperación en diversos ámbitos policiales y de justicia como una característica propia de los desarrollos más profundos de la integración jurídica.

En mérito de las anteriores razones, las actuales teorías y experiencias de integración han mostrado que el elemento económico es sólo uno de los múltiples nexos que propician la articulación regional de estados, debiéndose tomar también en cuenta, de manera particularmente especial cuando se buscan integraciones más estrechas, los nexos de índole geográfica, social, cultural y política.<sup>159</sup>

De hecho, la misma progresividad del Derecho Comunitario permite anticipar que incluso sus actuales fronteras, ciertamente dilatadas, continuarán todavía extendiendo su ámbito material e importancia.

Actualmente, el derecho comunitario tiene como sus presupuestos: a) la estabilidad política y la consolidación democrática de los estados a integrarse, b) su estabilidad económica, c) el consenso social de su ciudadanía, d) la promoción

---

<sup>159</sup> Cfr. Negro. *Derecho de la Integración...*, op. cit.,

del estado de derecho, la garantía del respeto a los derechos fundamentales y, específicamente, la configuración de un derecho que precomunitario que permita la integración, y e) la articulación de las regiones intra-estatales de los países miembros. Además, abarca como sus objetos —según se dijo— a la integración económica, social, cultural y política. Tiene como sus objetivos o finalidades propias el afianzamiento de la paz, el desarrollo económico y el enriquecimiento social, cultural y espiritual de los pueblos. Y dichos presupuestos, objetos y fines, pueden ya darnos una idea de la amplitud de sus ámbitos materiales actuales.<sup>160</sup>

Por lo que hace a los principios generales del derecho comunitario, la doctrina reconoce generalmente los siguientes: a) autonomía, por cuanto que su derecho no se configura a partir de la lógica de los derechos de los estados parte, sino de una lógica propia, de naturaleza comunitaria y por ende comparativa e histórica, b) operatividad, por cuanto que por regla general es de aplicación inmediata y efecto directo, sin necesidad de acto normativo estatal de recepción ulterior, c) supranacionalidad, d) primacía, e) competencia, subsidiariedad y proporcionalidad, f) seguridad jurídica y responsabilidad, g) colaboración e interpretación concurrente y g) progresividad.<sup>161</sup>

Conviene observar que en el ámbito de la integración regional y más allá de su actual crisis financiera, la Unión Europea representa la experiencia más evolucionada, que se ha desenvuelto a través de un interesante proceso que ha conformado una estructura institucional sumamente interesante, ha desarrollado —legislativa y jurisprudencialmente— un derecho comunitario sumamente elaborado y ha propiciado la conformación —debida a la comunidad de juristas— de un nuevo derecho común extraordinariamente sugerente.<sup>162</sup>

<sup>160</sup> Cfr. Alberto M. Sánchez. *Derecho de la Integración. Un recorrido múltiple por las experiencias de la Unión Europea y del MERCOSUR*. Buenos Aires. Ediciones RAP. 2004.

<sup>161</sup> Cfr. Moya Domínguez. *Derecho de la Integración...* op. cit., pp. 88 y ss.

<sup>162</sup> En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: 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, Ricardo Alonso García *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, Klaus-Dieter Borchardt. *El ABC del Derecho Comunitario*. Luxemburgo. Quinta edición. Edita la Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas. 2000, Mar Campins-Eritja *Proceso de Integración en la Unión Europea*. Barcelona. J.M. Bosch. 1996, María Dolores Díaz-Ambrona Bajadí (Directora). *Derecho Civil Comunitario*. Madrid. Editorial Colex. 2001, Ugo Draetta. *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura*. 5ª ed. Milano. Giuffrè Editore. 2009, Ugo Draetta y Nicoletta Parisi. *Elementi di diritto dell'Unione Europea Parte speciale. Il diritto sostanziale*. 3ª ed. Milano. Giuffrè Editore. 2010, Paloma García Picazo. *La Idea de Europa: Historia, Cultura, Política*. Madrid. Editorial Tecnos. 2008, Guy Isaac. *Manual de*

Sin embargo, además del caso europeo —hasta el momento, sin duda,

---

*Derecho comunitario general*. 5ª ed. Barcelona. Editorial Ariel. 2000, Mar Jimeno Bulnes. *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*. Barcelona. Bosch. 1996, Florence Lézé, Verónica de la Rosa y Alfredo Islas Colín, *La Unión Europea*. México. Editan Flores Editor y la Universidad de Castilla La Mancha. 2010, 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, Carlos Molina del Pozo. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Reus. 2011, Carlos Molina del Pozo. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 4ª edición. Madrid. Dijusa. 2002, Carlos Molina del Pozo. *Tratado de la Unión Europea*. 3ª edición. Granada. Editorial Comares. 1999, José Manuel Peláez Marón. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Tecnos. 2000, Rogelio Pérez-Bustamante. *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*. Madrid. Edisofer. 2008, 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 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo y la reelaboración jurisprudencial de los principios generales comunes, además de la literatura general anteriormente recomendada, pueden consultarse con provecho las obras de Mar Jimeno Bulnes. *La Cuestión Prejudicial del artículo 177 TCE*. Barcelona. Bosch. 1996, Rébecca-Emmanuéla Papadopoulou. *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*. Bruselas. Etablissements Emile Bruylant. 1996, Jorge Nieva Fenoll. *El recurso de casación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*. Barcelona. Bosch. 1998, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer. “La Función del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.” y de Gil Carlos Rodríguez Iglesias y Fernando Castillo de la Torre. “El Procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas” ambas en Carlos Jiménez Piernas (ed.). *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*. Madrid. Editan la Universidad Alcalá y Marcial Pons. 2003. Respecto del nuevo derecho común europeo, las iniciativas más importantes que fueron impulsadas por redes privadas de juristas fueron: los *Principles of European Contract Law (Comisión Lando)*, el *Study Group on a European Civil Code (Proyecto von Bar)*, el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)*, los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol)* y el Proyecto de Trento o *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros. Más recientemente, destacan los que se han traducido en el *Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo*, que recoge una serie de principios, definiciones y reglas modelo, en cuya preparación colaboraron eminentes juristas como Von Bar, Clive y Schulte-Nölke, así como importantes sociedades científicas como la Henri Capitant. Desde el año 2011 se ha sumado también a este esfuerzo Instituto Jurídico Europeo, dependiente de la Comisión. En extenso sobre cada uno de estos grupos, su historia, objetivos, métodos de trabajo y resultados, puede consultarse Sergio Cámara Lapuente (coordinador). *Derecho Privado Europeo*. Madrid. Editorial Colex. 2003, Helmut Coing. *Derecho Privado Europeo*. Traducción de Antonio Pérez Martín. Madrid. Edita la Fundación Cultural del Notariado. 1996 y Reiner Schulze (ed). *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*. Munich. Sellier. 2008.

el más completo y exitoso—, existen otros procesos de integración, entre los cuales podemos distinguir, según Midón varios modelos. En primer lugar, el referido autor ubica un “modelo embrionario”, como fue el de la integración africana, que dio origen a la Comunidad Económica de Estados de África Central (CEEAC), a la Conferencia para la Coordinación del Desarrollo del África Austral (SADCC), a la Comunidad de Desarrollo de África Austral (SADC), a la Zona de Comercio Preferencial de África Austral y Oriental (PTA) y a la Comunidad Económica del África del Oeste (CEDEAO), así como a la Asociación Sudasiática para la Cooperación Regional (SAARC). En segundo lugar se aprecia un bloque de “integración tenue”, dentro del cual podrían ubicarse el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) —hoy sustituido por un nuevo tratado, firmado en 2018 y pendiente de ratificación—, el Acuerdo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) y la Unión Aduanera del África Austral (SACU). En tercer lugar se mencionan las “integraciones de vigor medio”, como serían la Comunidad Andina, el Mercado Común Centroamericano y el MERCOSUR. Finalmente, como realización más completa, tendríamos la “integración de compromiso superior”, representada —como se expuso— por la Unión Europea.<sup>163</sup>

Por último, habría que observar que al menos desde hace unos diez años, ha venido también planteándose la posibilidad de una integración no regional, es decir, desvinculada de la continuidad geográfica —y también histórica, social y cultural— como es emblemáticamente el caso de los países BRICS, si bien es cierto que la misma puede encontrarse parcialmente preconizada en el proyecto APEC que surge en la década de los 1990’s y ha tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005.

## C. HISTORIA, ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS DE LA INTEGRACIÓN JURÍDICA AMERICANA

### 1) Proyectos pasados y esquemas actuales

El proceso de integración americana, visto desde una perspectiva histórica, se ha desarrollado a través de las siguientes fases:

<sup>163</sup> Cfr. Mario A. R. Midón. *Derecho de la Integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR*. Buenos Aires. Rubinzal-Culzoni Editores. 1998, *passim*. Aunque la ubicación de los diversos esquemas de integración dentro de la anterior tipología —y la misma tipología— es objetable, ofrece sin embargo un panorama general útil para quienes se acercan por primera vez al tema.

- i) *Propuestas de articulación de los Reinos Hispanoamericanos* (finales del siglo XVIII y principios del XIX),
- ii) *Utopías y primeros Proyectos Iberoamericanos* (primeros dos tercios del siglo XIX),
- iii) *Proyectos Panamericanistas* (finales del s. XIX hasta nuestros días)
- iv) *Proyectos Latinoamericanos* (1950's-1980's y hasta nuestros días),
- v) *Fragmentación Subregional del Continente* (1960s-1990's y hasta nuestros días) y
- vi) *Entre América Latina y el Pacífico* (desde los 1990's).<sup>164</sup>

La primera etapa, supuso la estructuración del espacio geográfico hispanoamericano y su posterior unificación cultural, que fue obra de la Monarquía Universal Española, formando ella misma parte de un proyecto supranacional muchísimo más ambicioso, vinculado por un lado con el Sacro Imperio Romano Germánico y por el otro con la Iglesia Católica.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> En parte seguimos aquí algunas propuestas de periodización planteadas por Arturo Oropeza García, aunque también —como se verá— nos separamos de muchos de sus planteamientos. Se transcribe a continuación la síntesis de su opinión sobre el particular: “Latinoamérica da inicio a su proceso de integración, desde el momento que la Monarquía Española, a través de la imposición de su hegemonía política y militar, entrelaza el destino de las futuras naciones latinoamericanas por medio de la cultura, la religión y el lenguaje (Integración Hispanoamericana). Se continúa con sus procesos de Independencia, donde se fortalece ante la adversidad y se nutre de los sueños de una nueva región que se imagina más prospera, fuerte y unida (Integración Bolivariana)... Se institucionaliza ante la convocatoria del poder real de Estados Unidos en 1889 en la celebración de la primera conferencia Internacional Americana (Integración Panamericana); y se continúa hasta nuestros días en un último impulso que inicia con la fundación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) en 1960. (Integración Latinoamericana). “Arturo Oropeza García (coordinador). *Latinoamérica frente al espejo de su integración, 1810-2010*. México. IJ-UNAM, SER. 2010, p. 19.

<sup>165</sup> Entre la vasta literatura sobre el particular, pueden verse en general con provecho las obra de David A. Brading. *Orbe Indiano. De la Monarquía Católica a la República Criolla 1492-1867*. México. Fondo de Cultura Económica. 1993, Francisco de Icaza Dufour. *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias 1492-1898*. México. Editorial Porrúa. 2008, José María Ots Capdequí. *El Estado Español en las Indias*. La Habana. Editorial de Ciencias Sociales. 1975, José Manuel Pérez Prendes. *La Monarquía Indiana y el Estado de Derecho*. Valencia. Asociación Francisco López de Gómara. 1989. También, específicamente sobre las redes comerciales y el intercambio de ideas entre Europa y América durante los siglos XVIII y XIX, véase Peggy K. Liss. *Los imperios trasatlánticos. Las redes del comercio y de las revoluciones de Independencia*. México. Fondo de Cultura Económica. 1995. Más en general sobre la Historia de América, entre las muchas obras escritas sobre el particular, pueden verse las siguientes, todas de fácil acceso y que muestran diversas perspectivas geográficas e históricas: Juan B. Amores Carredano (coordinador). *Historia de América*. Barcelona.

Durante esta primera fase, hubo ya algunos intentos para conformar una Comunidad Hispanoamericana de Naciones, como lo fue, por ejemplo, el *Dictamen Reservado* presentado en 1783 por el Conde de Aranda,<sup>166</sup> el proyecto de *Congreso General* de Fray Melchor de Talamantes,<sup>167</sup> o la propuesta presentada por Michelena y Ramos Arizpe en las Cortes Españolas de 1821.<sup>168</sup> Lamentablemente, la quequera de las autoridades peninsulares impidió la for-

---

Editorial Ariel. 2006, Pierre Chanu. *Historia de América Latina*. Trad. de Federico Monjardín. Buenos Aires. EUDEBA. 1964, Francois Chevalier. *América Latina*. México. Fondo de Cultura Económica. 2005, Tulio Halperin Donghi. *Historia contemporánea de América Latina*. Madrid. Alianza Editorial. 2008, Manuel Lucena. *Breve Historia de Latinoamérica*. Santiago de Chile. Editorial Cátedra. 2010, Óscar Mazín. *Iberoamérica. Del descubrimiento a la Independencia*. México. El Colegio de México. 2007, Carlos Pereyra. *Historia de la América Española*. 8 volúmenes. Madrid. Editorial Saturnino Calleja. 1924-1925 y VV.AA. UNESCO. *Historia General de América Latina*. Madrid. Editorial Trotta. 2000-2006. En el plano de la conformación del concepto cultural de Hispanoamérica y Latinoamérica, véase a José Luis Abellán. *La idea de América. Origen y evolución*. Madrid. Editorial Iberoamericana. 2009, Germán Arciniegas. *El Continente de Siete Colores. Historia de la cultura en América Latina*. Colombia. Editorial Aguilar. 1989, Arturo Ardao. *América Latina y la latinidad*. México. UNAM. 1993, Carlos Bosch García. *El descubrimiento y la integración iberoamericana*. México. UNAM. 1991, Enrique Dussel, Eduardo Mendieta y Carmen Bohórquez (editores). *El pensamiento filosófico latinoamericano, del Caribe y 'latino' (1300-2000)*. México. Siglo XXI Editores. 2009, José Gaos. *Pensamiento de Lengua Española. Obras Completas*. Tomo VI. México. UNAM. 1990, Guzmán Carriquiry. *Globalización e identidad católica de América Latina*. Barcelona. Plaza & Janés. 2002, Edmundo O'Gorman. *La invención de América*. México. Fondo de Cultura Económica. 1958, Francisco Larroyo. *La Filosofía Iberoamericana*. México. Editorial Porrúa. 1978, Walter D. Mignolo. *La Idea de América Latina*. Trad. de Silvia Jawerbaum y Julieta Barba. Barcelona. Editorial Gedisa. 2007, John Skirius (compilador). *El Ensayo Hispano-Americano del siglo XX*. México. Fondo de Cultura Económica. 1994, Leopoldo Zea. *Fuentes de la Cultura Latinoamericana*. 2 tomos. México. Fondo de Cultura Económica. 1993 y 1994, Leopoldo Zea. *El Pensamiento Latinoamericano*. Barcelona. Editorial Ariel. 1976, VV.AA. *Ideas en torno de Latinoamérica*. 2 tomos. Coordinación de Humanidades. Unión de Universidades de América Latina. México. UNAM. 1986, VV.AA. *América Latina. Historia y Destino. Homenaje a Leopoldo Zea*. 2 tomos. México. UNAM. 1992. Específicamente sobre los proyectos de articulación de los reinos hispanoamericanos véase también a Patricia Escandón. "Arqueología de proyectos unificadores de América Latina" en Rodrigo Páez Montalbán y Mario Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Raíces y perspectivas*. México. Editan Eón y el CIALC-UNAM. 2008, pp. 19-33.

<sup>166</sup> Específicamente véase Luis M. Farías. *La América de Aranda*. México. Fondo de Cultura Económica. 2003.

<sup>167</sup> Cfr. Juan Pablo Pampillo Baliño. *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional*. México. Editorial Porrúa. 2010.

<sup>168</sup> Cfr. Roberto Breña. *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824*. México. El Colegio de México. 2006. Rafael Estrada Michel. *Monarquía y Nación entre Cádiz y Nueva España*. México. Editorial Porrúa. 2006.

mación de un *Commonwealth* Ibérico, como el que después sería logrado por Inglaterra respecto de sus antiguas colonias.

El segundo periodo, relativo a las utopías y proyectos iberoamericanos, parte del proceso de emancipación de América,<sup>169</sup> como el contexto dentro del cual se plantean, entre otras iniciativas, la *Carta de Jamaica* de 1815, la Declaración de la Angostura y el Congreso Anfictiónico de Panamá promovidos por Simón Bolívar,<sup>170</sup> que son las más conocidas entre muchas otras propuestas, como las debidas al Precursor Francisco de Miranda.<sup>171</sup>

A las anteriores utopías siguieron múltiples acuerdos, tratados y congresos, cuyas repercusiones fueron sin embargo bastante limitadas; desde las efímeras creaciones de estados como la Gran Colombia o la Federación Centroamericana, pasando por el 'Pacto de Familia' propuesto por el mexicano Lucas Alamán hasta la propuesta del chileno Francisco Bilbao de establecer un Congreso Federal de las Repúblicas de Latinoamérica, llegando hasta la

---

<sup>169</sup> Una visión panorámica sobre las Independencias puede encontrarse en Mario Hernández Sánchez-Barba. *Las independencias americanas (1767-1878)*. Madrid. Universidad Francisco de Vitoria. 2009, John Lynch. *Las Revoluciones Hispanoamericanas. 1808-1826*. Barcelona. Editorial Ariel. 2010 y Jaime E. Rodríguez. *La independencia de la América española*. México. Fondo de Cultura Económica. 2008, En el plano ideológico, véase José Carlos Chiaramonte. *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de la Independencia*. Buenos Aires. Editorial Sudamericana. 2004. Sobre la azarosa vida de América Latina durante el siglo XIX, su difícil organización política, sus guerras internacionales y la búsqueda de diversas alianzas, véase la siguiente exposición general: Carmen Ramos Escandón. *Latinoamérica en el siglo XIX (1750-1914)*. México. CIALC-UNAM. 2007.

<sup>170</sup> La figura de Simón Bolívar es fundamental para el entendimiento de las independencias americanas, los proyectos de integración hispanoamericanos y en general el imaginario político de nuestra región. Su dimensión continental —y universal se pone de relieve cuando se considera, que además del proyecto de la Gran Colombia y del Congreso de Panamá, a Bolívar se deben las siguientes independencias: con la batalla de Boyacá (1819) se reafirma independencia de Nueva Granada (Colombia), con la de Carabobo (1821) la de Venezuela, influyendo también en la de Panamá el mismo año, con la de Pichincha (1822) logró la independencia de Ecuador. En 1824 acompañado de Sucre, Ayacucho con la que se independiza Perú y en 1825 consigue también la independencia de Bolivia. Entre las muchas biografías de Bolívar pueden verse con provecho especialmente tres, muy distintas, amenas y complementarias: la de Francisco Cuevas Cancino. *Bolívar en el tiempo*. México. El Colegio de México. 1982, la de John Lynch. *Simón Bolívar*. Barcelona. Editorial Crítica. 2006 y la de Salvador de Madariaga. *Simón Bolívar*. 2 tomos. Buenos Aires. Editorial Sudamericana. 1959. Las principales obras del Libertador pueden encontrarse en Simón Bolívar. *Escritos políticos*. Selección de Graciela Soriano. Madrid. Alianza. 1971.

<sup>171</sup> Cfr. Gómez Robledo. *Idea y experiencia...*, op. cit. passim. La propia articulación de los reinos hispanoamericanos propuesta por Talamantes en su *Congreso General*, puede considerarse también como una propuesta utópica. Cfr. Pampillo. *El primer constitucionalista de México...*, op. cit., passim.

Unión Continental de Comercio que en su momento impulsó el argentino Juan Bautista Alberdi.<sup>172</sup>

Todas las iniciativas de esa época fueron un intento de proyectar una América unida contra la realidad de los hechos, que durante todo el siglo XIX tendía más bien hacia la disgregación por varias razones.<sup>173</sup>

Vale la pena observar dentro de este periodo, que desde el último tercio del siglo XIX, junto con la identidad iberoamericana —presente hasta nuestros días— empezó a desarrollarse una nueva personalidad cultural específicamente latinoamericana —que tanto debe en su configuración al intelectual y diplomático colombiano José María Torres Caicedo— a la que posteriormente habría de sumarse la aportación característica de la región del Caribe.<sup>174</sup>

Precisamente lo fundamental de esta etapa de proyectos iberoamericanos, consiste en que a pesar del fracaso de las diversas iniciativas y proyectos, se conformó una identidad histórica y cultural que ha conseguido sobrevivir hasta nuestros días y que subyace todavía detrás de diversos esquemas y proyectos de integración vigentes.

El tercer periodo, vigente hasta nuestros días, es el de los proyectos panamericanistas, que tuvo como antecedentes a la Doctrina Monroe de 1823 y un Tratado firmado en 1856, llamado Proyecto de Alianza, que aspiraba a conformar una Confederación de Estados Americanos de naturaleza económica.

<sup>172</sup> Cfr. Oropeza García. “Latinoamérica: El futuro de la Memoria o la Memoria del futuro” en Oropeza García (coordinador). *Latinoamérica frente al espejo...*, op. cit., passim. Cfr. también a Gómez Robledo. *Idea y Experiencia de América...*, op. cit., passim.

<sup>173</sup> Véanse los libros anteriormente citados de Hernández Sánchez-Barba, Lynch Rodríguez. Específicamente sobre la coyuntura de 1808, consúltese Alfredo Ávila y Pedro Pérez Herrero (compiladores). *Las Experiencias de 1808 en Iberoamérica*. México. Universidad de Alcalá de Henares y UNAM. 2008. Adicionalmente véase la exposición panorámica de Ramos Escandón.

<sup>174</sup> Por lo que respecta al Caribe, la independencia y el actual colonialismo de los países que lo conforman, las propuestas de integración (como la del intelectual portorriqueño Emeterio Betances, o los proyectos del cubano José Martí, del haitiano Antenor Firmin, del portorriqueño Eugenio María de Hostos y de los dominicanos Gregorio Luperón, Pedro Bonoy, Américo Lugo y otros) pueden verse Juan Manuel de la Serna. *El Caribe en la Encrucijada de su Historia. 1780-1840*. Colección Panoramas de Nuestra América. México. UNAM. 1993, J. Jesús Serna Moreno. “Comunidad del Caribe” en Rodrigo Páez Montalbán y Mario Vázquez Olivera (Coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos. (1948-2008)*. México. CIALC-UNAM. 2008, así como la sección temática sobre el Caribe y, en lo particular, el artículo de Edelberto Torres-Rivas. “Para entender el Caribe” de la *Revista Perfiles Latinoamericanos*. Número 9. Dedicada a El Caribe, Política y Sociedad. México. Revista de la Sede Académica de México de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. 1996.

Esta etapa de cooperación panamericana inicia propiamente en 1889 con motivo de la primera de las ocho Conferencias Americanas que precedieron la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA), en la IX Conferencia celebrada en Bogotá, en 1948, habiendo buscado en diversos momentos asumir formas económicas de integración, como en la propuesta original presentada en la I Conferencia de Washington de 1889 y, más recientemente, en el proyecto de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA), a la que se aludirá más adelante.<sup>175</sup>

Lo cierto es que, por diversas razones, la OEA se convirtió en un foro hegemónico de los Estados Unidos de Norteamérica, sumiéndose sobre todo a partir de la década de los 1950's en un profundo desprestigio, que condujo a los estados latinoamericanos a fundar el Grupo de Contadora —origen del Grupo de Río que actualmente se ha traducido en la conformación de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC)— para tratar de destrabar la crisis centroamericana. Y, aunque desde finales de la década de los 1980's, se advierte un viraje positivo en el sentido de que al interior de la OEA se discuten los asuntos hemisféricos con mayor autonomía, pluralismo y representatividad, promoviéndose igualmente, de manera adecuada, el respeto de los derechos humanos, el desarrollo sustentable y la consolidación de la democracia en los países de la región, lo cierto es que todavía sigue lastrando el pesado fardo de su anterior descrédito y, actualmente, el contrapeso de la CELAC.<sup>176</sup>

La cuarta etapa —que se proyecta como las anteriores hasta nuestros días— es la relativa al proceso de integración económica latinoamericana, que tiene sus orígenes en las propuestas de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) hacia la década de los 1950's y encuentra su principal hito en la conformación de la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) con el Tratado de Montevideo de 1960, cuyo fracaso constituye a su vez el puente hacia la siguiente etapa de fragmentación subregional del continente.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> En general seguimos aquí a William Manger. “La Organización de los Estados Americanos. Antecedentes Históricos, Propósitos y Principios, Situación Actual y Perspectivas Inmediatas” en *Cursos Monográficos*. Volumen VII. La Habana. Academia Interamericana de Derecho Comparado e Internacional. 1960. Ann Van Wynen Thomas y A. J. Thomas, Jr. *La Organización de los Estados Americanos*. Traducción de Armando Arrangoiz. México. UTEHA. 1968.

<sup>176</sup> VV. AA. Instituto Matías Romero. (coordinador). *La OEA hacia el siglo XXI*. México. Secretaría de Relaciones Exteriores. 1998.

<sup>177</sup> Cfr. Luis Maira. “América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI” en Oropeza García... pp. 197 y ss. Véase también, en el mismo libro, el ensayo de Oropeza García Latinomérica: El futuro de la Memoria... p. 92. También pueden verse algunas

Lamentablemente, la ALALC fracasó como resultado de la reiterada flexibilización y postergación en el cumplimiento de sus compromisos. Además, resintió también la falta de una estructura institucional suficiente para asegurar la consecución de sus objetivos. Igualmente, la falta de visión y compromiso de las economías más desarrolladas —Argentina, Brasil y México— condujo a que desde finales de la década de los 1960's varios países, encabezados por el Grupo Andino, decidieran buscar por sí mismos esquemas más eficaces de integración. Así, hacia 1978 se declaró el agotamiento del tratado y de la asociación, que fue sustituida por la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI).<sup>178</sup> Finalmente, dentro de la presente etapa debe incluirse también al Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe (SELA), establecido en 1978 como foro de consulta y coordinación para concertar posiciones y estrategias en materia económica, de cooperación y de integración.

Así es como llegamos a la quinta fase histórica del proceso de integración en el continente americano, la fragmentación subregional —también vigente— que ha dado lugar a la conformación de un complejo entramado de bloques subregionales, en muchos casos yuxtapuestos y empalmados entre sí.

América Latina se dividió en cuatro subregiones; en orden de aparición: a) Centroamérica, b) el Caribe, c) los Andes, d) el Cono Sur y e) Iberoamérica. A dichas subregiones latinoamericanas, debe sumarse también el Área de Libre Comercio Norteamericana.<sup>179</sup>

En cada una de estas subregiones fueron estableciéndose, respectivamente, zonas de libre comercio, uniones aduaneras, foros de cooperación intergubernamental y organismos con algunas características supranacionales, entre los que destacan, respectivamente, el Sistema de Integración Centroa-

---

opiniones de Daniel Cosío Villegas. *Problemas de América*. México. Editorial Clío y El Colegio Nacional. 1997. Específicamente sobre la CEPAL y sus planteamientos: Adolfo Gurrieri (compilador). *La obra de Prsbisch en la CEPAL*. 2 tomos. México. Fondo de Cultura Económica. 1983. Joseph Hodaro. *Prebisch y la CEPAL. Sustancia, trayectoria y contenido institucional*. México. El Colegio de México. 1987.

<sup>178</sup> Ibidem.

<sup>179</sup> Además de la bibliografía específica que será referida para cada una de las anteriores subregiones y de la general que venimos siguiendo, puede verse VV.AA. *Organismos Hemisféricos y Mecanismos de Concertación en América Latina*. México. Instituto Matías Romero de Estudios Diplomáticos. 1997. Sobre la posibilidad de articular los anteriores esquemas a través de una integración latinoamericana, considerando las anteriores subregiones, así como la hegemonía regional que ejercen México y Brasil, véase el ensayo Luis Maira. "América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI" en Oropeza García. *Latinoamérica frente al espejo...*, op. cit., pp. 197 y ss.

mericana (SICA),<sup>180</sup> el Mercado Común del Caribe (CARICOM),<sup>181</sup> la Comunidad Andina de Naciones (CAN),<sup>182</sup> el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) y la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR),<sup>183</sup> las Cumbres Iberoamericanas<sup>184</sup> y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) de 1994, hoy sustituido por un nuevo tratado, firmado en 2018 y pendiente de ratificación.<sup>185</sup>

---

<sup>180</sup> Sobre esta integración subregional, véanse los capítulos correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y la página web oficial del SICA <http://www.sica.int/>. Sobre el derecho de SICA véase Pizzolo. *Derecho e Integración Regional*..., op. cit. Más en detalle puede consultarse César Ernesto Salazar Grande y Enrique Napoleón Ulate Chacón. *Manual de Derecho Comunitario Centroamericano*. 2ª edición. San Salvador. Talleres de Impresiones. 2013, también disponible en la página oficial de SICA.

<sup>181</sup> Véanse los apartados correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y las páginas web oficiales del CARICOM <http://www.caricom.org/> y de la AEC [www.acs-aec.org/](http://www.acs-aec.org/)

<sup>182</sup> Cfr. Germánico Salgado. El Grupo Andino. Eslabón hacia la integración de Sudamérica. 2ª edición. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. 2007 y Luis Maira. "América Latina: El reto de una integración distinta en el Siglo XXI" en Oropeza García... pp. 197 y ss. Véanse los apartados correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y la página web oficial: <http://www.comunidadandina.org/>. Sobre el derecho del CAN véanse también los trabajos de Pizzolo. *Derecho e Integración Regional*..., op. cit., Moya Domínguez. *Derecho de la Integración*..., op. cit.

<sup>183</sup> Véanse los apartados correspondientes de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y las páginas web oficiales del MERCOSUR: <http://www.MERCOSUR.int/> y del Unasur: <http://www.unasur.org/>. Sobre el derecho del MERCOSUR véanse también los trabajos de Pizzolo. *Derecho e Integración Regional*..., op. cit., Moya Domínguez. *Derecho de la Integración*..., op. cit.

<sup>184</sup> Cfr. Celestino del Arenal (coordinador). *Las Cumbres Iberoamericanas (1991-2005). Logros y desafíos*. Madrid. Siglo XXI Editores y Fundación Carolina. 2005 y Felipe González (editor). *Iberoamérica 2020. Retos ante la Crisis*. Madrid. Siglo XXI Editores y Fundación Carolina. 2009. Véase el apartado correspondiente de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y la página web oficial de la Secretaría General Iberoamericana <http://segib.org/>.

<sup>185</sup> Sobre el TLCAN véase a Loretta Ortiz Ahlf, Fernando A. Vázquez Pando y Luis Miguel Díaz. *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio con América del Norte y sus acuerdos paralelos*. 2ª edición. México. Editorial Themis. 2000, Jorge Witker. *El Tratado de Libre Comercio con América del Norte: análisis, diagnóstico y propuestas*. México. IJ-UNAM. 1993; en específico sobre la solución de controversias: Rodolfo Cruz Miramontes. *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*. México. Editorial Porrúa. 2002. También puede consultarse el apartado correspondiente de Páez Montalbán y Vázquez Olivera

Finalmente, la última etapa de la integración americana, que se proyecta igualmente hasta nuestros días, es la que ha venido oscilando, desde la década de los 1990's, entre el relanzamiento de los proyectos regionales latinoamericanos, por un lado y por el otro, el giro que ha venido produciéndose hacia el Océano Pacífico y que ha conducido al desarrollo de nuevos vínculos con países del este asiático.

Entre las últimas iniciativas latinoamericanas se encuentra en primer lugar la Alianza —originalmente Alternativa, pues surgió como una contrapropuesta llamada a ofrecer un camino distinto a la integración neoliberal presentada por los Estados Unidos de Norteamérica en la forma de Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)<sup>186</sup>— Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (ALBA).<sup>187</sup>

La segunda iniciativa fue la que vino a establecer la Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) en 2010, dotada de una estructura institucional propia en 2011, como sucesora del Grupo de Contadora (1983), del Grupo de Río (1990) y de las Cumbres de América Latina y del Caribe.<sup>188</sup>

Finalmente, la otra tendencia a la que nos referimos ha sido la de estructurar un nuevo eje económico en torno al Océano Pacífico, misma que ha tenido dos proyecciones. La primera vertiente ha consistido en la conformación de un bloque regional transcontinental entre Asia y América a través del Pacífico, destacando dentro del mismo primeramente la Alianza para la Cooperación Económica en el Pacífico (APEC) y, posteriormente, el recientemente firmado Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) de 2018 como tratado multilateral de libre comercio. La segunda modalidad se ha traducido en la creación de una nueva subregión latinoamericana a través

---

(coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim y la página web oficial <http://www.nafta-sec-alena.org/>.

<sup>186</sup> Sobre el ALCA, véase a Jorge Witker (coordinador). *El área de libre comercio de las Américas (ALCA)*. México. IJ-UNAM. 2005. Véase también el apartado correspondiente de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim.

<sup>187</sup> Véase el apartado correspondiente de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim. También puede consultarse la página web oficial del ALBA: <http://www.alianzabolivariana.org/>.

<sup>188</sup> Véase el apartado correspondiente de Páez Montalbán y Vázquez Olivera (coordinadores). *Integración Latinoamericana. Organismos y Acuerdos (1948-2008)*..., op. cit., passim.

de la Alianza del Pacífico (AP), apenas estructurada en el año 2012 con el propósito de realizar la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

## 2) Balance y perspectivas de la integración latinoamericana

De la anteriormente expuesto puede apreciarse que en la actualidad coexisten, de manera traslapada, múltiples instancias con alcances geográficos y culturales distintos (iberoamericanos, latinoamericanos, norteamericanos, caribeños, centroamericanos, andinos, sudamericanos, transpacíficos, etcétera) que se han traducido en diversos esquemas de colaboración, que van desde meros foros de coordinación política, hasta mercados comunes, pasando por zonas de libre comercio y uniones aduaneras, los más, funcionando bajo la lógica intergubernamental, aunque también algunos —particularmente SICA y CAN— se desenvuelven, en parte, según los principios de la supranacionalidad.<sup>189</sup>

---

<sup>189</sup> Además de los textos anteriormente citados en específico respecto de los diversos esquemas de cooperación e integración, sobre los orígenes y desarrollo de las diversas estructuras de la integración americana, pueden consultarse en general las siguientes obras: Ignacio Gómez-Palacio. *Derecho de los Negocios Internacionales*. México. Editorial Porrúa. 2006, Raúl Grien. *La integración económica como alternativa inédita para América Latina*. México. FCE. 1994, Marcos Kaplan. *Estado y globalización*. México. UNAM. 2002 pp. 417 y ss., 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, Jorge Witker (editor). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*. México. UNAM. 1993, 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, Filiberto Pacheco Martínez. *Derecho de la Integración Económica*. México. Editorial Porrúa. 2002, Alicia Puyana (coordinadora). *La Integración Económica y la Globalización. ¿Nuevas propuestas para el proyecto latinoamericano?* México. Flacso y Plaza y Valdés. 2003, Ricardo Schembri Carrasquilla. *Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana*. Sao Paulo. Parlamento Latinoamericano. 2001, 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, Edgar Vieira Posada. *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana y Convenio Andrés Bello. 2008, Daniel Villafuerte Solís y Xochitl Leyva Solano (coordinadores). *Geoeconomía y geopolítica en el área del Plan Puebla Panamá*. México. CIESAS y Miguel Ángel Porrúa. 2006. Sobre la integración americana en general pueden verse, además de las obras ya citadas y entre muchas otras, 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 La-*

Nos encontramos pues con un intrincado, complejo y entrecruzado sistema, que se encuentra conformado por una importante diversidad de organismos y tratados —más de 90 acuerdos sectoriales y de 50 tratados y protocolos—, que como es fácil deducir, forman un laberinto intrincado y entrecruzado que no puede ser eficiente, dando lugar a inevitables duplicidades, traslapes y hasta contradicciones, que generan una serie de desperdicios que pudieran evitarse con una adecuada planeación.

Dicho balance preliminar resulta todavía más preocupante si consideramos la brecha entre el discurso y los hechos, entre los proyectos y su concreción, entre los compromisos y su flexibilización, que nos permiten entender el por qué la integración no ha terminado de consolidarse en el hemisferio americano.

Para dimensionar mejor las cosas, basta contrastar el porcentaje del comercio intra-regional europeo, que en los últimos años ha rondado entre el 64 y el 70% o del asiático, que supera el 50%, con el 16% que representa el total del comercio interno dentro de la subregión latinoamericana, según datos de 2018.<sup>190</sup>

---

*tina. 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 (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.

<sup>190</sup> Datos tomados de las páginas oficiales de ALADI, CEPAL, OCDE, OMC y SELA [www.aladi.org](http://www.aladi.org), [www.eclac.cl](http://www.eclac.cl), [www.wto.org](http://www.wto.org), [www.oecd.org](http://www.oecd.org), y [www.sela.org](http://www.sela.org), páginas consultadas en enero-febrero del 2013, donde se pueden encontrar numerosos documentos de trabajo que contienen información valiosa sobre el particular.

Bastaría, en efecto, considerar que América Latina y el Caribe juntos tienen una extensión territorial de más de 20 millones de kilómetros cuadrados, constan de una población de alrededor de los 650 millones de habitantes y un PIB agregado que la convertiría en la cuarta mayor economía del planeta. Con la sola integración subregional Latinoamericana y del Caribe se daría lugar a la formación de una potencia económica tan solo precedida por la Unión Europea, los Estados Unidos de Norteamérica y China, que sería a su vez la tercera del mundo en materia de energía eléctrica y la mayor productora de alimentos. Lo anterior sin contar la riqueza petrolera de trece países —entre los que destacan Venezuela, Brasil y México—, a la que tendría que sumarse la riqueza minera de Chile (cobre), Perú (plata) y de Bolivia, Brasil, Argentina y México (minería de conjunto), así como las magníficas llanuras para el cultivo y la ganadería, las extensas costas para la pesca y la inmensa biodiversidad del continente.<sup>191</sup>

A la anterior riqueza material, habría que sumarle el hecho de que desde un punto de vista geográfico, América Latina —y específicamente Iberoamérica— es la mayor continuidad histórico-cultural del mundo, donde más allá de su riqueza policromática —plurinacional, pluriétnica y pluricultural— constituye la región más homogénea de cuántas aspiran a la integración regional basada en la continuidad histórica, cultural, lingüística y religiosa.

No obstante lo negativo del anterior balance preliminar, debe reconocerse también, como un aspecto positivo, el que durante los últimos años han venido madurando en nuestra región diversos esquemas de integración —Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica— que ya han desarrollado una incipiente cultura en materia de funcionamiento de estructuras institucionales regionales y de aplicación de un derecho comunitario, de naturaleza embrionaria, que ha venido conviviendo con los derechos nacionales de los estados parte de los mismos.

Además, cabe observar en razón de lo previamente expuesto que desde un punto de vista geopolítico, económico y estratégico, la región latinoamericana cuenta con seis actores fundamentales: los cuatro esquemas de integración antes mencionados —Andes, Caribe, Centroamérica y Sudamérica— y dos potencias emergentes, Brasil y México.<sup>192</sup>

Las primeras, son anillos subregionales concéntricos, que bien pueden articularse en un proyecto multinivel de integración hemisférico.

---

<sup>191</sup> Cfr. idem, loc. cit.

<sup>192</sup> Cfr. Luis Maira. “América Latina: el reto de una integración distinta en el siglo XXI” en Oropeza García (coordinador). *Latinoamérica...*, op. cit. pp. 207 y ss.

Los segundos, en contrapartida, tienen una agenda propia. Para Brasil, MERCOSUR en su momento y actualmente el UNASUR, donde puede imponer su hegemonía, es su prioridad. Por su parte, en el caso de México, su posición geográfica se ha traducido en una actitud ambivalente; por un lado, de dependencia económica (casi el 80% de sus exportaciones) respecto de los Estados Unidos de Norteamérica, sellada por el importante Tratado de Libre Comercio con América del Norte (TLCAN) —hoy sustituido por un nuevo tratado, firmado en 2018 y pendiente de ratificación— y por el otro, de una mayor vinculación e identificación social y cultural con América Latina, en cuyos proyectos de integración ha participado siempre, pero sin la determinación, la perspectiva y el liderazgo adecuados.

De cara a una posible integración total de América, es necesaria la consideración de los anteriores factores, así como también la ponderación de la posición más bien distante de Canadá y puramente económica —salvo en su relación con México que está marcada también por los problemas fronterizos de la migración y el narcotráfico— de los Estados Unidos, que no han mostrado un mayor interés —fuera de diversas intervenciones hegemónicas— por la región latinoamericana.

Dentro del anterior contexto, resulta claro que una integración latinoamericana requeriría —como en el caso de la europea— de la visión y compromiso de los países más importantes de la región, es decir, de Argentina, Brasil, Colombia y México, que tendrían que conformar un eje —como lo fue el franco-alemán en Europa— para impulsar una integración multinivel basándose en los esquemas de integración actualmente vigentes.

Y sin que la integración jurídica sea la panacea —la actual crisis europea es suficientemente elocuente sobre el particular— también es cierto que intentando una valoración de conjunto y en perspectiva histórica debe reconocerse que el derecho comunitario europeo ha contribuido activamente: a) a la consolidación de la paz en la región, b) al fortalecimiento de la democracia, el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, c) a conformar un mercado interno —con el libre tránsito de capitales, mercancías y personas— que ha beneficiado indudablemente a los habitantes de Europa, d) a re-posicionar a la región en el ámbito del diálogo internacional, e) a equilibrar las tendencias centrífugas y centrípetas de la globalización y de los localismos, f) a consolidar una serie de políticas sociales y culturales que han proyectado la identidad común de la región sin demérito de la identidad particular de cada país y comunidad intra-estatal, g) en general a mejorar —en todos los aspectos— la calidad de vida de los europeos y residentes, y h) a conformar un nuevo ordenamiento jurídico

común que —según se expuso— ha venido revulsionar la tradición jurídica occidental.

Una segunda reflexión que debiera hacerse, invita a considerar más detenidamente la vocación latinoamericana y caribeña de la integración americana, pues pudiera hacer de lado, en su perjuicio, los proyectos de integración panamericanos e iberoamericanos. A primera vista —por lo menos considerando la experiencia europea— la búsqueda de una integración, exclusiva y excluyentemente latinoamericana podría constituir un grave error.

Por un lado, desde un punto de vista cultural, los vínculos existentes entre los países iberoamericanos son 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 mucho más estrecha. Además existen ya múltiples organismos de cooperación cultural iberoamericanos como la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, la Asociación de Bibliotecas Nacionales de Iberoamérica o la Unión de Ciudades Capitales Iberoamericanas, que sería conveniente mantener y potenciar.<sup>193</sup>

Pero además, por el otro lado, desde un punto de vista económico y geopolítico, 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 Comunidad.<sup>194</sup>

Es verdad que la presencia de Norteamérica y en especial de los Estados Unidos dentro del seno de la OEA ha supuesto una serie de imposiciones hegemónicas para el resto de los países del continente, misma que ha suscitado varios y bien fundados recelos. Sin embargo, desde el punto de vista de la integración americana no debe olvidarse que la construcción europea partió precisamente del eje franco-alemán, cuya conformación parecía entonces impensable en vista de las rivalidades y suspicacias existentes entre dos países enfrentados, apenas unos pocos años antes, durante la Segunda Guerra Mundial.

En ése sentido, la integración latinoamericana y caribeña, como una integración multinivel que se articula a partir de diversos anillos concéntricos, pudiera ser un primer paso para la negociación de una unión hemisférica,

---

<sup>193</sup> Cfr. Edwin R. Harvey. *Relaciones Culturales Internacionales en Iberoamerica y el Mundo*. Madrid. Editorial Tecnos. 1991

<sup>194</sup> 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.

donde dichos países pudieran, como un bloque territorial, demográfica y económicamente relevante, negociar de igual a igual diversos esquemas de cooperación económica, política, social y cultural con Norteamérica y particularmente con los Estados Unidos.

Un tercer motivo de reflexión se encuentra en la enorme heterogeneidad social y económica, además de las propias diferencias culturales y también jurídicas, que presentan los países de la región latinoamericana y caribeña. Dicha heterogeneidad no puede pasarse por alto ni pensar que se resolverá por arte de magia mediante el sólo reconocimiento de nuestras asimetrías y la propuesta de buscar nuestras complementariedades.

Tomando nuevamente el ejemplo de la Unión Europea, podemos advertir que en su construcción se han incorporado también países no solamente rivales, sino pertenecientes a tradiciones culturales y lingüísticas bastante distantes entre sí —a pesar de su trasfondo común— y sumamente en diversos en términos geográficos, sociales políticos y económicos, integrándose así estados tan disímiles como Alemania, Gran Bretaña, Finlandia, Grecia, Lituania y Polonia entre las naciones que actualmente conforman la Unión.<sup>195</sup>

Pero la anterior integración ha sido posible únicamente mediante el establecimiento de ciertos requisitos previos que deben satisfacerse antes de ingresar a la Unión.

En América Latina, es indispensable tener en cuenta los fenómenos de la pobreza, la desigualdad, el narcotráfico, la corrupción y algunos gobiernos aún pendientes de transitar a la democracia, así como la necesidad de asegurar el respeto a los derechos humanos y de liberalizar algunas economías sin perder por ello su dimensión social.

La integración latinoamericana necesitaría establecer —como muestra la experiencia europea— una serie de prerrequisitos, que pudieran incluirse como condición necesaria para la participación en los mecanismos de integración regionales; dichos requisitos debieran abarcar, por lo menos, los siguientes aspectos: a) extender y consolidar la democracia, b) fortalecer el estado de derecho garantizando el respeto de los derechos humanos y c) promover una economía abierta y equilibrada, que además, reduzca la intolerable desigualdad y la pobreza en la región mediante la creación de fondos compensatorios.

En cuarto lugar, cabe destacar que cualquier integración profunda requiere de un piso económico, social, político y jurídico común y dicho bloque tiene que ser necesariamente obligatorio y exigible, sin que pueda pretextarse

---

<sup>195</sup> Cfr. Truyol. *La Integración Europea..*, op. cit.

su incumplimiento invocando los principios de soberanía y de no injerencia o vetarse mediante la exigencia de un consenso unánime.

La voluntad fundacional eficiente de una auténtica comunidad de estados, requiere de un *mínimum* de cesión de soberanía y de la creación de un orden jurídico supranacional obligatorio.

Igualmente, la dinámica del funcionamiento de la integración no puede quedar a expensas de un solo estado o de un pequeño número de estados, que a través de su veto —contracara del principio de consenso— puedan paralizar el proceso de integración, como sucedió en el ámbito europeo —y bien podemos aprender de la experiencia negativa— hacia finales de la década de los 1960's con la “política de la silla vacía” protagonizada por la Francia de De Gaulle.

Otro aspecto a ser considerado es que la integración regional no se ha producido en otras latitudes —y por ello ha fracasado entre nosotros— por el sólo efecto de los buenos deseos. La proliferación de declaraciones puramente semánticas y la flexibilización de los acuerdos sobre los cuales no existe un auténtico compromiso de cumplimiento, ha sido uno de los principales motivos por los que se ha frustrado la consolidación de un bloque regional en América Latina.

Las declaraciones semánticas y la flexibilización de los compromisos no obedecen a una falta endémica de sentido de compromiso entre los pueblos latinoamericanos, sino a que los compromisos demasiado ambiciosos—como lo muestra la experiencia europea— no son practicables si no se produce, previamente, una progresiva conformación de intereses comunes que les den viabilidad.

En Europa, antes de la conformación de las Comunidades de las décadas de los 50's, naufragaron también varios proyectos de integración política y sólo gracias a la visión de Robert Schuman fue posible anticipar objetivos de largo aliento, concretando proyectos específicos y sectorizados. La integración económica, social y política requiere, previamente, ir acercando los intereses particulares de los estados parte hasta conformar intereses auténticamente comunes.

La integración americana debe aprovechar la lección europea. Será así necesario dentro de nuestro propio ámbito regional, identificar bienes y recursos que puedan ir propiciando un acercamiento de intereses similar al que el carbón y el acero produjeron en Europa.

Finalmente, desde un punto de propiamente vista jurídico, cabe observar que la integración regional requiere de la creación de una instancia suprana-

cional, para lo que se necesita más que Declaraciones, de un Tratado Internacional Constitutivo y obligatorio en sus términos, que desarrolle por lo menos los siguientes aspectos: a) la creación de una Comunidad como organismo de derecho internacional dotado de personalidad jurídica, patrimonio propio y fuentes de financiamiento, b) la sujeción de la comunidad al derecho internacional y, específicamente, a los derechos humanos, misma que deberá ser garantizada a través de los mecanismos judiciales internos de los Estados parte y de un Tribunal de Justicia, c) el reconocimiento de las libertades básicas en materia de integración económica, es decir, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, d) la consolidación de un mercado común, basado en la apertura económica de los estados parte, orientada por los principios de crecimiento sostenible y no inflacionario, e) la instrumentación de políticas específicas en materia de competitividad y competencia económica, regulando tanto la reducción y supresión de aranceles como la desaparición de barreras no arancelarias, f) el diseño de medidas de ajuste estructural para compensar los desequilibrios económicos y sociales en las subregiones menos desarrolladas, g) el desarrollo de políticas comunes en materia laboral y de prestación de servicios, h) la previsión de la posibilidad de optar, llegado el momento, a profundizar el mercado común con la adopción de la unidad monetaria, i) la aproximación entre los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente en materia comercial, privada y de conflictos de leyes y jurisdicciones, j) la búsqueda de mecanismos de cooperación en materia judicial, policial y migratoria, k) el desarrollo de políticas de control de fronteras exteriores y de las condiciones para la circulación a lo largo de la región de los habitantes de los países de la comunidad, l) la previsión de los mecanismos para el diseño de una política exterior y de seguridad común, m) la articulación de una política de promoción educativa, científica y cultural común, y n) la colaboración de las administraciones públicas y de las administraciones de justicia nacionales, como delegadas de la administración y de la judicatura comunitaria.

Para tales efectos, será necesario empezar por la asunción de un compromiso serio por parte de los Estados que deseen integrarse de manera profunda, para lo cual es indispensable la inclusión de la 'fórmula integrativa' en sus respectivas Constituciones, por virtud de la cual se autorice expresamente la cesión de soberanía que implica el reconocimiento de competencias supranacionales, e incorporen en sus leyes fundamentales, como criterio orientador de su política exterior, la búsqueda y promoción de la integración regional americana.<sup>196</sup>

<sup>196</sup> Cfr. Midón. *Derecho de la Integración...* op. cit. passim y Dromi, Ekmekdjian y Rivera. *Derecho Comunitario...*, op. cit., passim.

#### D. HACIA UN *IUS COMMUNE* LATINOAMERICANO

La conformación de un derecho comunitario —*ius communitatis*— americano requerirá también de la armonización de los derechos propios —*iura propria*— de la región (bloques, países y regiones), que eventualmente, habrá de generar el surgimiento de un derecho común —*ius commune*— propio de los países de nuestro continente.

Y tanto la conformación de un derecho comunitario, como la creación de un derecho común, tendientes a facilitar el libre flujo de los factores de la producción —bienes, servicios, personas y capitales— en un marco jurídico de libertad, igualdad y seguridad que propicie la unidad en la diversidad para el mejoramiento de la calidad de vida, la garantía de los derechos humanos, la consolidación de la democracia participativa y la economía abierta, competitiva, sustentable e incluyente, requerirán una serie de esfuerzos que pudieran ser desarrollados, al menos en parte, por la comunidad jurídica americana científica y forense y en este ámbito precisamente podría tener lugar una importante colaboración entre nuestras Academias.

Es cierto que en el inmediato plazo no se vislumbran las condiciones económicas y políticas que propicien una auténtica profundización de la integración americana; no obstante, creo que la comunidad jurídica del hemisferio no debiera desatender el consejo que le ha dado recientemente 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”.<sup>197</sup>

En el mismo sentido, los profesores Jürgen Samtleben y Jan Peter Schmidt coinciden con nuestra tesis, de que ante la falta de condiciones económicas y voluntad política, la integración latinoamericana puede y debe orientarse en primer lugar a través de la doctrina y la jurisprudencia.<sup>198</sup>

Ahora bien, los 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.

---

<sup>197</sup> Häberle. “México...”, op. cit., p. 3.

<sup>198</sup> Sus trabajos e investigación sobre la integración jurídica americana pueden verse en la página web del Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Comparado de Hamburgo, donde el primero fue Director hasta 2002 del Proyecto de Integración Americana y el segundo es actualmente investigador de la Unidad para América Latina de dicho instituto. En el mismo sentido nos hemos pronunciado en diversas monografías publicadas desde hace varios años y últimamente en Pampillo. *La Integración Americana... y Hacia un nuevo Ius Commune Americano...*, op. cit.,

Para tales efectos, 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, conviene decir en primer, que dada la magnitud de la empresa —construcción de un derecho comunitario 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 misma.<sup>199</sup>

Por lo que hace al acercamiento propiamente jurídico, desde hace algún tiempo hemos venido proponiendo la conveniencia de sumar los ámbitos de la historia jurídica, la filosofía del derecho y las ciencias jurídicas, con especial consideración de la comparación jurídica, sumando adicionalmente un cuarto ámbito científico, el de la prospectiva.<sup>200</sup>

El ingente 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, o incluso, más restringidamente, los 20 que suelen considerarse de manera más compacta como propiamente latinoamericanos, respecto de los cuales habría que estudiar su tradición jurídica histórica y sus elementos comunes actuales, cuestión tanto más compleja si se consideran algunas distancias entre los sistemas del *common law* y del *civil law*, así como algunos prejuicios que proceden de sus diferencias.<sup>201</sup>

No obstante, la experiencia europea ha probado ya que esto es posible y que los resultados son de una utilidad extraordinaria.<sup>202</sup> Piénsese, por ejemplo,

<sup>199</sup> Mols. “La integración regional...”, op. cit., p. 37.

<sup>200</sup> Cfr. Pampillo. *La Integración Americana... y Hacia un nuevo Ius Commune Americano...*, op. cit., passim, anteriormente en diversas monografías.

<sup>201</sup> 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.

<sup>202</sup> Zimmermann ha insistido recientemente como las instituciones, procedimientos, valores, conceptos y reglas jurídicas del *common law* pertenecen a nuestra tradición jurídica occidental y acaso son más cercanas respecto de sus ordenamientos si se consideran las

los *Principles of European Contract Law* de la Comisión Lando, que comenzó a trabajar en 1980, o bien —entre los muchos otros trabajos— la interesante cartografía jurídica de coincidencias y diferencias jurídicas desarrollada por el Grupo de Trento o del *Common Core of European Law* y, más recientemente, en el *Marco Común de Referencia del Derecho Contractual Europeo*.<sup>203</sup>

Es evidente que los anteriores trabajos requieren, por su magnitud y complejidad, de la colaboración interdisciplinaria, de la clara definición de metas y objetivos y de la distribución racional del trabajo. Pero son esfuerzos que en nuestro tiempo, además de ser practicables y utilísimos, están devolviéndole a la academia y a los juristas privados el *ius faciendū iuris* o capacidad de proponer y crear y derecho, que caracterizó los momentos estelares de nuestra tradición jurídica como derecho de juristas.<sup>204</sup>

---

distancias que median, por ejemplo, entre los códigos paradigmáticos, el *Code* de 1804 y el *BGB* de 1900. Zimmermann. *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo...*, op. cit., passim.

<sup>203</sup> Cfr. Fernando Martínez Sanz. “Principios de derecho europeo de los contratos (comisión Lando)” en Cámara. *Derecho privado europeo...*, op. cit., pp. 193 y ss. Véase también Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci. *Fondamenti di Diritto Contrattuale Europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law Della Commissione Lando*. Bologna. Patron Editore. 2006. Considérese igualmente como una iniciativa similar a la anterior el *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, elaborado por la Academia de Privatistas Europeos bajo la batuta del jurista italiano Giuseppe Gandolfi, en el que participaron destacados romanistas, historiadores del derecho, juristas y comparatistas como el propio Gandolfi, A. Trabucchi, J.L. de los Mozos y F. Wieacker, por sólo mencionar algunos. Cfr. Gabriel García Cantero. “El Anteproyecto de código europeo de contratos (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavia)” en *Idem*, pp. 205 y ss. Véase también de Giuseppe Gandolfi. “Per la redazione di un ‘codice europeo dei contratti’” en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. N. 3. Milano. Giuffrè Editore. 1995. En fin, por sólo citar un tercer proyecto, conviene mencionar uno realmente distinto a los demás y único en su género, emprendido por el Grupo de Trento o del *Common Core of European Law*. Este grupo de trabajo se ha propuesto “desenterrar el núcleo común” del derecho europeo, buscando confeccionar un “mapa geográfico fidedigno del derecho privado europeo”, conformando para ello una especie de “cartografía jurídica” a partir de la identificación de problemas, soluciones e instituciones, con base en cuestionarios, sobre el derecho (leyes, reglamentos, sentencias, doctrina) de todos los países europeos. Véase a Sergio Cámara Lapuente. “El núcleo común del derecho privado europeo (proyecto de Trento)” en *Ibidem*, pp. 227 y ss.

<sup>204</sup> 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 faciendū iuris* a través de su actividad privada de estudiosos cuyas conclusiones sean recibidas selectivamente por quien tiene el poder de establecer

Desde un punto de vista temático, sería deseable continuar y profundizar la investigación relativa a los ‘elementos jurídicos comunes’ a los ordenamientos jurídicos de los diversos países del continente. En este ámbito, puede decirse que la investigación se encuentra relativamente adelantada.

En materia de ‘derecho público’, por ejemplo, cada vez son más los estudiosos del *ius publicum commune* americano, cuyas fuentes históricas —norteamericanas, francesas y españolas—, principios e instituciones comunes y particularidades regionales, han sido cada vez objeto de interés de numerosos estudiosos tanto americanos como de otros latitudes.<sup>205</sup>

---

formalmente lo jurídico”. Alejandro Guzmán Brito. “La función del Derecho Romano en la Unificación Jurídica de Latinoamérica” 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, pp. 180 y 181. En el mismo sentido, en Europa, von Bogdandy: “No todos compartirán esta afirmación categórica acerca de la primacía de la teoría sobre la práctica, pero muy pocos negarán que los profesores juegan un papel clave en los ordenamientos jurídicos, al menos en los de los Estados Miembros de la Unión Europea... esta ciencia no se limita a describir, sino que también configura contenidos.” Von Bogdandy. *Hacia un nuevo Derecho Público...*, op. cit., p. 7.

<sup>205</sup> Cfr. Peter Häberle. “México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*” en 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, pp. 17 y ss. En el ámbito colombiano, he tomado en cuenta, entre otras, las obras de Bernd Marquardt. *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2012)*. *Historia Constitucional Comparada*. 2 Tomos. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, 2011. Hernán Alejandro Olano García. *Constitucionalismo Histórico*. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2007, Daniel Bonilla Maldonado (Compilador). *El constitucionalismo en el continente americano*. Bogotá. Siglo del Hombre Editores, Universidad EAFIT y Universidad de los Andes. 2016 y José M. Portillo Valdés. *Historia mínima del constitucionalismo en América Latina*. México. El Colegio de México. 2016. También son muy dignas de consideración las aproximaciones del constitucionalista peruano Domingo García Belaunde, particularmente sus dos artículos “El constitucionalismo latinoamericano y sus influencias” y “¿Existe un espacio público latinoamericano?” Véase también a Jorge Carpizo. “Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado” en Boletín de Derecho Comparado. Número 114. México. IJ-UNAM. 2005. pp. 972-985. Igualmente, existe una vasta literatura sobre los Nuevos Constitucionalismos Latinoamericanos, entre la cual cabe destacar las siguientes obras: Roberto Gargarella. Sobre “el Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano” en *Revista Uruguaya de Ciencia Política*. Vol. 27. Montevideo. 2018, Roberto Viciano Pastor. *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2012. Puede verse también provecho, aunque circunscrito más bien al ámbito iberoamericano, los libros de Diego Valadés y Miguel Carbonell (coordinadores). *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*. México. IJ-UNAM. 2004 y de Antonio Colomer Viadel.

Mención especial merece, dentro del ámbito del derecho público, quienes han propuesto su estudio a nivel regional a través de un análisis no solamente comparado, sino también supranacional, poniendo un énfasis especial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para referirse a un *ius publicum commune latinoamericano*.<sup>206</sup>

Por lo que respecta al ‘derecho privado’, también se aprecia una interesante ‘línea de investigación’ que ha venido destacando especialmente la ‘transfusión’ del ‘derecho romano en América’,<sup>207</sup> que se produjo a través de las *Siete Partidas* en los países dependientes de España y de las *Leis Imperiais* en el caso de Brasil,<sup>208</sup>

---

*Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano*. México. Editorial Trillas. 2009. En ese mismo ámbito, aunque limitado hasta la década de los 1990's, se encuentra la obra de Bernardino Bravo Lira. *El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*. México. Escuela Libre de Derecho. 1992. Habría que citar a muchos autores más, como Néstor Sagüés en Argentina, Héctor Fix-Zamudio, Eduardo Ferrer MacGregor y José María Serna de la Garza en México y muchos otros más, en una extensa nómina que no corresponde hacer aquí.

<sup>206</sup> Entre los más destacados promotores de esta corriente se encuentran Armin von Bogdandy, Rodolfo Arango Jorge Carpizo, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Héctor Fix-Zamudio, Héctor Fix-Fierro, Sergio García Ramírez, Flávia Piovesan, Mariela Morales, Néstor Sagüés, Pedro Salazar Ugarte, José María Serna de la Garza y Diego Valadés, entre muchos otros. Sobre esta línea de pensamiento, conviene revisar por lo menos las siguientes obras: Armin von Bogdandy. *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público Comparado, Supranacional y Internacional*. México. IJ-UNAM. 2011, Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales (coordinadores). *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades, desafíos*. México. IJ-UNAM. 2016 y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. *Panorámica de derecho procesal constitucional y convencional*. 2ª reimpr. Madrid y México. Marcial Pons e IJ-UNAM. 2017.

<sup>207</sup> 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 Bialet. “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.

<sup>208</sup> Cfr. Ricardo Rabinovich-Berkman. *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2006.

proyectándose durante el siglo XIX y hasta la codificación,<sup>209</sup> y permaneciendo incluso a través de los códigos —muchos de ellos elaborados por juristas con una sólida formación romanista como Andrés Bello en Chile, Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, Augusto Teixeira de Freitas y Clóvis Beviláqua en Brasil y Miguel S. Macedo en México—, mediante el recurso subsidiario para la ‘integración legal’ a la ‘equidad’ y a los ‘principios generales del derecho’.<sup>210</sup>

En la actualidad existen, además, una enorme cantidad de investigaciones, personales, grupales, institucionales y asociativas, en los más diversos ámbitos jurídicos, entre las que destacan las relativas a los derechos humanos, los derechos indígenas, el mestizaje jurídica, el derecho internacional, el arbitraje, junto con un muy largo etcétera.<sup>211</sup>

<sup>209</sup> 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.

<sup>210</sup> 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. Sobre la influencia de los códigos paradigmáticos en Iberoamérica, véase nuevamente a Guzmán Brito. *Historia de la Codificación...*, op. cit. Véanse los espléndidos volúmenes conmemorativos Sandro Schipani (editore). *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani Roma e America*. Padova. CEDAM-PADOVA 1998 y Sandro Schipani (editore). *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani Roma e America*. Padova. CEDAM-PADOVA 1988 y Sandro Schipani (editore). *Dalmacio Vélez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano. Collana di Studi Giuridici Latinoamericani Roma e America*. Padova. CEDAM-PADOVA 1991. También VV.AA. *Andrés Bello y el Derecho Latinoamericano*. Caracas. La Casa de Bello. 1987.

<sup>211</sup> Piénsese por ejemplo, en las investigaciones promovidas por el Programa Jean Monnet, de la Unión Europea, o por la Fundación Konrad Adenauer, la UNESCO, la Fundación EU-LAC, el Centro de Estudios y Documentación Latinoamericanos de la Universidad de Ámsterdam el Instituto Interuniversitario para las Relaciones entre Europa, América Latina y el Caribe, la Unión de Universidades de América Latina y el Caribe, el Centro David Rockefeller de Estudios de América Latina de Harvard, la FLACSO y la CLACSO, el Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina. Además, hay muchas más iniciativas y grupos de trabajo que sería prolijo siquiera enunciar; de manera puramente ejemplificativa, puede darse cuenta de los múltiples Centros de Investigación y Asociaciones de Egresados ocupados de la reflexión sobre el Derecho en América Latina en diversas Universidades Norteamericanas, como es el caso de Arizona, FIU, Harvard, Stanford, Tulane y Yale en EEUU, o en la Universidad de McGill en Canadá, o bien, en Europa los programas de los Institutos Max Planck. También debe considerarse la Rule

Lo cierto es que más allá del relativo escepticismo que con razón pudiera generarle a algunos estudiosos el errático proceso de integración latinoamericana durante los últimos dos siglos, es que se trata de un tema de actualidad, con grandes proyecciones para el futuro inmediato y mediano, con una enorme viabilidad geográfica, cultural y económica y con las más extraordinarias proyecciones en el ámbito jurídico, donde además, el papel que puede y debe desarrollar la doctrina jurídica —y, en general, la sociedad civil— es fundamental para configurar espacios, comunidades, gobiernos y derechos más justos, capaces de promover una mejor convivencia y de mejorar la calidad de vida de los habitantes de la región americana.

---

of Law Initiative para América Latina y el Caribe de la American Bar Association, más allá de los planteamientos, actualmente rebasados del movimiento Law and Development en su vertiente para América Latina. Otras iniciativas más son las que identifica el profesor colombiano J. A. Tito, quien señala las siguientes: a) la labor en el ámbito internacional de A.M. Garro en la Universidad de Columbia, b) los trabajos históricos de M.C. Mirrow en la Florida International University, c) los estudios sobre contratos y obligaciones de F. Esborraz, que son parte también de los esfuerzos auspiciados por el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma ‘Tor Vergata, d) los trabajos histórico-jurídicos de J.H. Merryman y R.P. Pérez Perdomo, e) las investigaciones de J. Samtleben y J.P. Schmidt en el Instituto Max Planck de Derecho Internacional Privado y Comparado de Heidelberg, f) el Proyecto de Unificación del Derecho Privado en América Latina de la Universidad de La Plata y las contribuciones de Rapallini, g) el Grupo para la Armonización del Derecho Privado Latinoamericano de la Universidad Nacional del Rosario de Argentina y f) las publicaciones del autor de estas líneas y los proyectos que impulsó desde el Centro de Investigación e Informática de la Escuela Libre de Derecho y, desde 2013, promueve a través de la Red Internacional de Juristas para la Integración Americana. Cfr. John A. Tito. *Bases para la Integración del Derecho Contractual Latinoamericano: ensayo del método*. Barranquilla. Uninorte Ediciones. 2012. En Colombia, un esfuerzo apreciable que debe reconocerse es que ha promovido el Decano Carlos I. Jaramillo desde la Pontificia Universidad Javeriana, a través de diversas publicaciones, entre las que destacan la colección internacional, la magna obra colectiva Carlos I. Jaramillo J. (Director-editor académico). *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Themis. 2010 y varias publicaciones individuales suyas como Carlos I. Jaramillo J. *Los Deberes de Evitar y Mitigar el Daño. Funciones de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI y trascendencia de la Prevención*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Themis. 2013.

**- APÉNDICES -**



## Apéndice primero

# GLOBALIZACIÓN, PLURALISMO Y DIÁLOGO JUDICIAL

### A. GLOBALIZACIÓN Y PLURALISMO

COMO se ha venido exponiendo a lo largo de la presente obra, la misma responde a una triple pasión científica por la filosofía, la historia y el derecho, que ha buscado conformar una perspectiva que permita la aproximación a las grandes transformaciones que ha venido experimentando la ciencia jurídica durante los últimos doscientos cincuenta años.

Dentro del marco general de dicho itinerario, se presentan a continuación algunas reflexiones alrededor de la judicatura, los derechos humanos y la enseñanza del derecho, destacando específicamente el modo en que el derecho internacional —junto con otros ordenamientos jurídicos, dentro del contexto del pluralismo jurídico— ha venido redefiniendo la actividad jurisdiccional, así como planteando una serie de retos a la educación jurídica.<sup>212</sup>

De ahí que el presente apéndice se ocupará en primer lugar del pluralismo jurídico, seguidamente del diálogo jurisdiccional que ha venido propiciando —destacando de manera específica la experiencia europea— para poder al

---

<sup>212</sup> El presente apéndice retoma las consideraciones presentadas en el capítulo intitulado “Nuevos Retos para la Enseñanza y la Práctica del Derecho” dentro del siguiente libro colectivo: V.V.A.A. *Liber Amicorum. Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra*. Bogotá. Ediciones de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. 2015. Dicho capítulo a su vez profundizó en la ponencia que presenté al Congreso Internacional Judicatura y Constitución, celebrado en febrero de 2015 bajo los auspicios del Instituto de la Judicatura Federal de México, intitulada *Globalización Jurídica, Diálogo Jurisdiccional y Formación Judicial*.

final presentar algunas implicaciones que me parece que tienen dichos fenómenos en la formación de juristas y jueces.

Quisiera señalar que el contexto del tema elegido viene dado por un lugar común, que sin embargo, debe destacarse: vivimos una ‘época de cambios’ profundos, que en realidad han venido a propiciar un ‘cambio de época’ y, por ello mismo, el derecho, la administración de justicia y la educación jurídica —como tantas otras cosas— han experimentado una intensa transformación en los últimos años.<sup>213</sup>

En efecto, el pluralismo jurídico y el diálogo jurisdiccional deben entenderse encuadrados dentro un cambio epocal, que por lo que hace al derecho, se ha traducido en una serie de reconceptualizaciones iusfilosóficas, científicas y prácticas, que van desde el tridimensionalismo hasta el neoconstitucionalismo, desde el procedimentalismo hasta el garantismo, pasando también por las diversas teorías de la argumentación jurídica, que han venido a modificar muchas de nuestras ideas sobre lo jurídico, su estudio y su *praxis*, reestructurando también la administración justicia a partir del reconocimiento de un mayor arbitrio en la valoración de las pruebas, en la interpretación de las leyes, normas, reglas y principios jurídicos y también la determinación de los ordenamientos aplicables en el contexto de un creciente pluralismo jurídico.<sup>214</sup>

Expuestos los anteriores preliminares, cabe destacar que el pensamiento dogmático-jurídico de la Modernidad-Contemporánea ha sido la del Positivismo-Legalista-Formalista, cuyo origen se encuentra en la codificación del derecho privado, en la constitucionalización del derecho público y en el legalismo de la Escuela de la Exégesis. Su expresión más acabada se debió a la pluma de Hans Kelsen en su *Teoría Pura del Derecho*.<sup>215</sup>

---

<sup>213</sup> La mayoría de los historiadores coinciden en reconocer que durante el siglo XX, ya sea con motivo de la Primera Guerra Mundial, de la segunda postguerra, de la caída del Muro de Berlín o de la disolución de la URSS, nos hemos adentrado en una época, con los consecuentes cambios que ello supone en la cosmovisión general. Me he ocupado extensamente de este tema y de sus proyecciones en el ámbito del derecho en Pampillo. *Historia...* op. cit.

<sup>214</sup> Sobre las últimas corrientes iusfilosóficas, algunas mencionadas en el texto, véase Pampillo. *Historia...*, op. cit. Un panorama general introductorio las teorías de la argumentación puede encontrarse en Manuel Atienza. *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. 1997. Sobre el pluralismo jurídico véanse las obras clásicas de Boaventura de Sousa Santos. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Traducción Carlos Lema. Bogotá. ILSA. 2009. y Gregorio Robles Morchón. *Pluralismo Jurídico y Relaciones Interstistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*. Navarra. Thomson-Civitas. 2007.

<sup>215</sup> Una breve pero completa síntesis en Guido Fassò. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción por José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid. Ediciones Pirámide. 1966.

Dicha dogmática jurídica, estatalista y legalista, que identificó el derecho con la norma en su acepción lógico-formal como “juicio hipotético de atribución” y que representó la función jurisdiccional como una mera aplicación de la ley al caso concreto mediante una deducción silogística, entró en crisis hacia la segunda mitad del siglo XX por una gran diversidad de causas, entre las cuales ocupa un lugar especial la misma crisis política del estado y la crisis de su legislación como fuente única o preponderante del derecho.

El dogma de la soberanía —política y jurídica— como fundamento del Estado Moderno, ha venido siendo jalonado desde hace al menos sesenta años —tras la segunda postguerra— por dos fuerzas aparentemente contradictorias y antagónicas, aunque en realidad profundamente complementarias: la globalización y los localismos.

La sumatoria de las mismas ha tenido como resultado común el surgimiento de una nueva ‘poliarquía política’ que ha supuesto a su vez un nuevo ‘policentrismo jurídico’ que ha venido a multiplicar las fuentes extraestatales e intraestatales de creación jurídica.<sup>216</sup>

Este desarrollo paradójico constituye lo que algunos autores, como el sociólogo alemán Ulrich Beck, han denominado ‘glocalización’, entendida como la suma de las fuerzas centrífugas de la globalización y centrípetas de los localismos.<sup>217</sup>

Así, 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 dogmática jurídica contemporánea, dando lugar a que dentro de la “aldea global” descrita por Marshall MacLuhan, se

---

tomo III, *passim* y José María Rodríguez Paniagua. *Historia del Pensamiento Jurídico*. 2 tomo, séptima edición. Madrid. Edita la Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1993 y También puede verse Pampillo. *Historia...*, op. cit.

<sup>216</sup> Cfr. Xavier Díez de Urdanivia Fernández. *El Estado en el Contexto Global*. México. Editan Porrúa y la U. Anáhuac. 2008.

<sup>217</sup> Como 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 sostienen 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.

den cita múltiples ordenamientos jurídicos, estatales, internacionales, supranacionales y locales.<sup>218</sup>

En primer lugar, por lo que hace a la globalización, cabe destacar que se trata de un fenómeno complejo que tiene una gran diversidad de proyecciones económicas, sociales, culturales, políticas y, desde luego jurídicas que quedan fuera de las pretensiones más modestas de esta exposición.<sup>219</sup>

Refiriéndonos exclusivamente al objeto de nuestro interés, es decir, al modo en que la globalización ha venido a reconfigurar al derecho proyectándose sobre la administración de justicia, puede destacarse dentro del ámbito de las ‘fuerzas globalizantes’, en primer lugar, el creciente acervo normativo que ha venido produciéndose como resultado de la configuración del sistema mundo.

---

<sup>218</sup> Sobre la glocalización y la integración regional véase Juan Pablo Pampillo Baliño. *La Integración Americana Expresión de un Nuevo Derecho Global*. México. Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho. 2012.

<sup>219</sup> 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: André-Jean Arnaud. *Entre Modernidad y Globalización*. Traducción de Nathalie González. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2000, Jagdish Bhagwati. *En Defensa de la Globalización. El rostro humano de un mundo global*. Trad. Verónica Canales. Barcelona. Editorial Arena. 2005, Zygmunt Bauman. *La Globalización. Consecuencias humanas*. Trad. Daniel Zadunaisky. México. Fondo de Cultura Económica. 2006, Ulrico Beck. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Trad. Bernardo Moreno y Ma Rosa Borrás. Barcelona. Editorial Paidós. 1998, Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (compiladores). *Estado Constitucional y Globalización*. México. Editan Porrúa y la UNAM. 2001, Boaventura de Sousa Santos. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Traducción Carlos Lema. Bogotá. ILSA. 2009, Rafael Domingo. *¿Qué es el derecho global? 2ª edición*. The Global Law Collection. Pamplona. Thomson Aranzadi. 2008, Rafael Domingo, Martín Santiváñez y Aparicio Caicedo (coordinadores). *Hacia un Derecho Global. Reflexiones en torno al Derecho y la Globalización*. Navarra. Thomson Aranzadi. 2006, José Eduardo Faria. *El derecho en la economía globalizada*. Trad. Carlos Lema. Madrid. Editorial Trotta. 2001, Francesco Galgano. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna. Il Mulino. 2005, Paolo Grossi. *De la Codificación a la Globalización del Derecho*. Trad. Rafael D. García P. Navarra. Thomson Aranzadi. 2010, Octavio Ianni. *Teorías de la Globalización*. Trad. Isabel Vericat. 7ª edición. México. Siglo XXI y UNAM. 2006, Marcos Kaplan. *Estado y globalización*. México. UNAM. 2002, George Soros. *Globalización*. Trad. Rafael Santandreu. Barcelona. Editorial Planeta. 2002, Joseph E. Stiglitz. *El malestar en la globalización*. Trad. Carlos Rodríguez Braun. México. Editorial Taurus. 2002, Joseph Stiglitz. *¿Cómo hacer que funcione la globalización?* Trad. Amado Diéguez y Paloma Gómez. México. Editorial Taurus. 2006, Jesús Villagrana. *Globalización. ¿Un mundo mejor?* México. Trillas y Universidad Anáhuac. 2003, Danilo Zolo. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*. Trad. Roger Campione. Madrid. Dykinson. 2005.

Ciertamente, basta con referirnos al imponente —por su extensión y por su trascendencia— *corpus* jurídico que integran el conjunto de tratados, protocolos y declaraciones —además de resoluciones, sentencias y otros actos particulares— que se han venido gestando en el ámbito del sistema universal de las Naciones Unidas en tan sólo setenta años, para dimensionar la magnitud de su influencia.<sup>220</sup>

Pero adicionalmente tenemos que junto al sistema mundo se ubican diversos ‘sistemas regionales’ que han venido a conformar espacios con una mayor densidad y homogeneidad jurídica, tanto a través de organismos de cooperación internacional, como la Organización de los Estados Americanos en nuestro continente,<sup>221</sup> como de organizaciones supranacionales con un derecho que se incorpora de manera inmediata y jerárquicamente por encima

<sup>220</sup> Una perspectiva general —más allá de la inabarcable cantidad de textos especializados sobre ámbitos específicos— sobre la gran diversidad de materias que abarca actualmente el Derecho Internacional Público (más allá de las tradicionales relativas a sujetos, tratados, organismos, inmunidades y responsabilidades), desde la propiedad intelectual hasta el medioambiente, pasando por el derecho del trabajo, el derecho penal, el derecho del mar, los derechos humanos, el derecho de la migración, el derecho económico y financiero internacional, el derecho a la salud, la promoción de la ciencia y la tecnología y un larguísimo etcétera puede apreciarse en diversos obras panorámicas, entre las cuales citamos algunos de los más difundidos como el de Carlos Arellano García. *Segundo Curso de Derecho Internacional Público*. 3ª edición. México. Editorial 2004, Norka López Zamarripa. *Nuevo Derecho Internacional Público*. México. Editorial Porrúa. 2008, Loretta Ortiz Ahlf. *Derecho Internacional Público*. 3ª edición. México. Editorial Oxford University Press. 2004, Modesto Seara Vázquez. *Derecho Internacional Público*. 16ª edición. México. Editorial Porrúa. 1997, César Sepúlveda. *Derecho Internacional*. 26ª edición. México. Editorial Porrúa. 2009, Max Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público*. Trad. Dotación Carnegie para la Paz Internacional. 13ª reimpresión. México. FCE. 2012 y José Luis Vallarta Marrón. *Derecho Internacional Público*. México. Editorial Porrúa. 2009. También puede verse, en perspectiva histórica, Luis Fernando Álvarez Londoño, S.J. *Historia del Derecho Internacional Público*. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana. 2006. Puede verse también el siguiente micrositio dentro del Portal de Naciones Unidas: <http://www.un.org/law/programmeofassistance/>

<sup>221</sup> Estos bloques regionales han sido definidos como 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” Manfred Mols. “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. Además del europeo, sin duda el más completo y exitoso, existen también otras experiencias en América, Asia y África. Cabe observar también que al menos desde hace unos diez años, ha venido también planteándose la posibilidad de una integración no regional, es decir, desvinculada de la continuidad geográfica —y también histórica, social y cultural— como es emblemáticamente el caso de los países BRICS, si bien es cierto que la misma puede encontrarse parcialmente preconizada en el proyecto APEC que surge en la

de los derechos nacionales de los estados parte, como es el caso de la Unión Europea.<sup>222</sup>

Lo anterior sin contar que dentro de este ámbito de la globalización 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 técnicas de armonización jurídica europea que están desarrollando un nuevo derecho común, tanto privado como público.<sup>223</sup>

---

década de los 1990's y ha tomado nueva forma transcontinental en el más reciente Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (TTP) de 2005.

<sup>222</sup> En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: 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, Ricardo Alonso García *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. Madrid. Thomson Civitas. 2007, Klaus-Dieter Borchardt. *El ABC del Derecho Comunitario*. Luxemburgo. Quinta edición. Edita la Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas. 2000, Mar Campins-Eritja *Proceso de Integración en la Unión Europea*. Barcelona. J.M. Bosch. 1996, María Dolores Díaz-Ambrona Bajadí (Directora). *Derecho Civil Comunitario*. Madrid. Editorial Colex. 2001, Ugo Draetta. *Elementid di diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale. Ordinamento e struttura*. 5ª ed. Milano. Giuffré Editore. 2009, Ugo Draetta e Nicoletta Parisi. *Elementi di diritto dell'Unione Europea Parte speciale. Il diritto sostanziale*. 3ª ed. Milano. Giuffré Editore. 2010, Paloma García Picazo. *La Idea de Europa: Historia, Cultura, Política*. Madrid. Editorial Tecnos. 2008, 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, Florence Lézé, Verónica de la Rosa y Alfredo Islas Colín, *La Unión Europea*. México. Editan Flores Editor y la Universidad de Castilla La Mancha. 2010, 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, Carlos Molina del Pozo. *Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Reus. 2011, Carlos Molina del Pozo. *Manual de Derecho de la Comunidad Europea*. 4ª edición. Madrid. Dijusa. 2002, Carlos Molina del Pozo. *Tratado de la Unión Europea*. 3ª edición. Granada. Editorial Comares. 1999, José Manuel Peláez Marón. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Tecnos. 2000, Rogelio Pérez-Bustamante. *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*. Madrid. Edisofer. 2008, 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.

<sup>223</sup> 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 Pereznieto Castro. “El futuro del Derecho Internacional Privado en México” en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*

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 ilimitada.

Por eso, más que de ‘privatización del derecho público’ o de ‘constitucionalización del derecho privado’ —según los extremos de cierto debate— en realidad nos encontramos ante una auténtica ‘internacionalización de los derechos nacionales’ que se proyecta en ambas direcciones, de la legislación hacia arriba y de la constitución hacia abajo.

Lo cierto es como ha destacado con toda lucidez 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’*”.<sup>224</sup>

Por su parte, pasando al otro extremo de la glocalización, en el ámbito de las ‘fuerzas localistas’ nos topamos con la recuperación de los usos y costumbres ancestrales pertenecientes a las comunidades étnicas originarias, así como con un pujante resurgimiento de los regionalismos autonómicos a partir del reconocimiento de identidades históricas preteridas por la vocación uniformizadora del estado.

Ello se aprecia igualmente en Europa con los Länder en Alemania, las Rigione en Italia, los Cantones en Suiza y las Comunidades Autónomas en España, que en África con las Tribus o en nuestra América con las Comunidades Indígenas.

Lo interesante a destacar aquí es, que además de la pluralidad de ordenamientos jurídicos que han venido a sustituir el monismo estatalista y además de la reestructuración del sistema de fuentes, que ha venido abriéndose, cada vez más, a otras distintas de la legislación —como la costumbre, pero también los principios jurídicos, la ciencia jurídica y particularmente el método com-

---

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.

<sup>224</sup> Sergio López Ayllón. *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2004, p. 158.

parado y de manera especial la jurisdicción— es que han sido precisamente los jueces el pivote de este nuevo derecho.

En efecto, los jueces nacionales —y locales intraestatales— son un ‘ancla’ de la globalización al momento de determinar el derecho al caso concreto; pero igualmente los jueces nacionales —y sobre todo los internacionales y supranacionales— son un ‘catalizador’ que retoma los derechos locales y nacionales y los recrea comparativamente para refundirlos en un nuevo derecho común.

De ahí que —como se expondrá en el siguiente apartado— el diálogo jurisdiccional en el contexto de la glocalización está creando una dinámica —según la afortunada expresión de R. Alonso— tipo boomerang, por cuanto que los jueces nacionales y locales aplican un derecho de matriz internacional —ya sea que esté previamente incorporado a su ordenamiento o incluso directamente— mientras que los jueces nacionales, internacionales y supranacionales, crean un nuevo derecho que es común a los derechos de los estados parte de los que reciben una influencia condicionante —mediante el método comparativo— devolviéndoles una influencia determinante.<sup>225</sup>

De esta manera, el fenómeno de la glocalización en el ámbito de lo jurídico ha dado lugar al desdibujamiento de la ‘imagen piramidal’ de un ordenamiento jurídico estatal de matriz legislativa y jerarquizado, perfilando en su lugar un derecho que se explica mejor mediante la imagen sustitutiva de ‘redes horizontales colaborativas’, según López Ayllón o de ‘rombo invertido discontinuo’ —para reconocer la permanencia de cierta jerarquía normativa, pero también la presencia de una mayor horizontalidad e incluso la nueva porosidad de los nuevos ordenamientos jurídicos— que personalmente nos parece más convincente.<sup>226</sup>

Por añadidura y como parte de la crisis de la legislación estatal, se aprecia por lo menos desde comienzos del siglo XX el progreso de una ‘tendencia descodificadora’ (Natalino Irti) particularmente acusada en los ámbitos del derecho mercantil y administrativo.<sup>227</sup> Igualmente, a lo largo de las últimas

---

<sup>225</sup> Alonso. *Derecho Comunitario...*, op. cit. y Alonso. *Sistema Jurídico...*, op. cit., passim.

<sup>226</sup> Cfr. López Ayllón. *Globalización...*, op. cit., pp. 95 y ss. También véase la interesante reflexión iusfilosófica que hace Robles Morchón. *Pluralismo Jurídico...*, op. cit. La figura del rombo invertido discontinuo se ha expuesto en varias oportunidades, pero especialmente en Pampillo. *La Integración Americana...*, op. cit., passim.

<sup>227</sup> Cfr. Natalino Irti. *La edad de la descodificación*. Traducción e introducción de Luis Rojo Ajuria. Barcelona. Editorial Bosch. 1992. Me he ocupado del particular, con especial referencia a la codificación mercantil mexicana en Juan Pablo Pampillo Baliño. “La Descodificación del Derecho Mercantil en México” *120 Años del Código de Comercio. Codi-*

décadas, la creciente desconfianza en la ley del estado, ha generalizado la ‘práctica de la autorregulación’ y del uso y referencia a las llamadas ‘normas extraestatales.’<sup>228</sup> Adicionalmente, debe tenerse en cuenta la progresiva desconfianza 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 arbitraje.<sup>229</sup>

Conviene destacar también que dichos fenómenos: descodificación, autoregulación/proliferación de normas extraestatales por un lado y medios alternos de solución de conflictos, por el otro, además de haber venido desarrollando una actividad marginal y paralela a la de los estados —incluida su judicatura— también han venido a reconfigurar la actividad jurisdiccional que cada vez toma más en cuenta para la adjudicación dichas normas extraestatales por un lado y, por el otro, incorpora las técnicas y abre los espacios necesarios para la mediación y conciliación dentro de sus procedimientos.

Así, la crisis política del Estado Moderno por cuanto que ha supuesto también la crisis jurídica de la legislación, se ha proyectado en: a) un 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 ór-

---

*ficación y Descodificación del Derecho Mercantil Mexicano*, México. Coeditan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, el Tribunal Superior de Justicia del D.F. y el Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, 2009.

<sup>228</sup> 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 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.

<sup>229</sup> 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 Juris. 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.

denes, universal, regional, estatal y local, e) la descodificación y la desregulación, f) la alternatividad respecto de la ley del estado como derecho aplicable y g) la informalidad en la solución de las controversias al margen de los órganos jurisdiccionales institucionales del estado.

Dentro del anterior contexto, la judicatura se ha convertido en ‘ancla’ de la globalización y ‘catalizador’ de los localismos, determinando el derecho aplicable a cada caso a partir de una compleja labor inserta en el contexto del pluralismo jurídico (varios ordenamientos locales, estatales e internacionales), de la creciente diversidad de fuentes (leyes, pero también costumbres, normas extraestatales, doctrina, principios, métodos comparativos) y de la asunción de los espacios y métodos propios de los medios alternos de solución de controversias integrados a la judicatura.

Así es como la jurisdicción ha recuperado, dentro del marco de la glocalización, un creciente arbitrio en la valoración de las pruebas, en la interpretación de las normas y en la determinación del derecho aplicable, convirtiéndose —nuevamente— en protagonista junto con la ciencia jurídica, por cuanto que ambas han venido reivindicando en los últimos años el lugar de su jurisprudencia —judicial y dogmática respectivamente— como fuente formal del derecho, pasando de ser aplicadores y comentaristas de ley para convertirse en instancias creadoras de derecho.

## B. DIÁLOGO JUDICIAL TRANSNACIONAL

Desde finales de los 1980’s se aprecia un vuelco en la política exterior mexicana marcado por una creciente apertura a la comunidad internacional. Dicha política partió de la incorporación de México al GATT y luego a la OMC y continuó con la firma de decenas de tratados de libre comercio —empezando con el celebrado con Estados Unidos y Canadá, en vigor desde 1994— y ha pasado —en el ámbito que mayormente nos interesa— por el reconocimiento de la jurisdicción internacional de importantes tribunales supranacionales como la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), entre otros.<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> Para los aspectos comerciales, véase a Iliana Rodríguez Santibáñez. *La Soberanía en tiempos de Globalización*. México. Editorial Porrúa. 2011, Víctor M. Castrillón y Luna. *Los Tratados de Libre Comercio celebrados por México en el entorno de la Globalización*. México. Editorial Porrúa. 2013, Lucinda Villarreal Corrales. *TLC. Las Reformas Legislativas para el Libre Comercio*. México. Editorial Porrúa. 2011 y Rodolfo Cancino G. y Juan Manuel Saldaña P. (coordinadores) *México y el Comercio Exterior*. México. Editorial Novum. 2012. Sobre la jurisdicción penal internacional puede consultarse a Sergio García Ramírez. *La Corte Pe-*

Por su parte, Perú —al igual que muchos otros países de nuestra subregión latinoamericana y que la mayoría de los países del mundo— ha experimentado también un proceso semejante —más o menos intenso, según el caso— de apertura e internacionalización

La anterior internacionalización ha traído consigo una serie de profundos cambios en nuestros ordenamientos jurídicos, desde la Constitución hasta las leyes secundarias, pasando por las sentencias de nuestros tribunales domésticos.

Piénsese en las sucesivas reformas constitucionales y/o legislativas que en materia de propiedad intelectual, telecomunicaciones, regulación del sector financiero, o en la materia político-electoral, de transparencia y acceso a la información e inclusive judiciales y en materia de derechos humanos, se han venido sucediendo en los últimos veinte años y que en parte se explican a partir de dicho proceso de internacionalización.<sup>231</sup> Y lo mismo puede decirse en el viejo continente de las reformas que se han producido durante los últimos setenta años con motivo de la construcción de la Unión Europea.<sup>232</sup>

Un aspecto positivo de las anteriores reformas jurídicas ha sido la consolidación del estado del derecho, el creciente respeto a los derechos humanos y la revaloración del papel de la judicatura en la economía de las fuentes del derecho.

Y otra característica de dicha internacionalización, de gran trascendencia para el derecho, que se encuentra bastante generalizada en el continente europeo aunque todavía está insuficientemente desarrollada en el hemisferio americano, es precisamente la que aquí nos interesa destacar: la creciente importancia del diálogo jurisdiccional.

En el caso mexicano —pero lo mismo puede decirse de muchos otros en Latinoamérica— es indudable que a partir del reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1998), de la resolución por parte de nuestra Suprema Corte del expediente Varios 912/10 y de la Reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos de junio de 2011, se ha venido produciendo una intensa recepción —constitucional,

---

*nal Internacional*. México. Editorial Novum e INACIPE. 2012. En lo relativo a los derechos humanos, puede verse César Alejandro Orozco Sánchez. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y su Recepción en México*. 2ª edición. México. Editorial UbiJus. 2013.

<sup>231</sup> Respecto del caso mexicano, nos remitimos a la bibliografía anteriormente citada.

<sup>232</sup> Remitimos al lector interesado a la bibliografía anteriormente citada sobre la Unión Europea.

legislativa y judicial— del sistema interamericano de derechos humanos que incluye también la jurisprudencia de la CIDH.<sup>233</sup>

Dicha recepción ha supuesto también un incipiente diálogo, aunque informal y esporádico, entre la CIDH y los tribunales —tanto constitucionales como ordinarios— de los estados parte, incluyendo tanto a México como a Perú.

El anterior intercambio se ha producido a partir de la figura del control de convencionalidad (definido por la CIDH en la sentencia *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* de 2006), por virtud de la cual los jueces nacionales han venido, por un lado, aplicando la Carta Americana, la jurisprudencia de la CIDH y usando sus propios métodos interpretativos, pero también, por el otro, proponiendo posibles interpretaciones de la Carta Americana o de la jurisprudencia del CIDH.<sup>234</sup>

Este principio de diálogo, aunque todavía —debe insistirse— incipiente y embrionario, ha empezado a sentar las bases para la conformación de un auténtico derecho público común interamericano en materia de derechos humanos, en cuya configuración se han dado cita igualmente la judicatura y la academia.<sup>235</sup>

---

<sup>233</sup> Cfr. Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta. *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*. México. Editorial Porrúa y UNAM. 2011, Francisco Ramos Quiroz. *El control constitucional y la Suprema Corte de Justicia: una perspectiva histórica*. México. Editorial Ubijus. 2013 y José Francisco Cilia López. *Los Derechos Humanos y su repercusión en el Control de Constitucionalidad y Convencionalidad*. México. Editorial Porrúa. 2015.

<sup>234</sup> Sobre los términos de dicho diálogo véase a Humberto Nogueira Alcalá. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Año XIX. Bogotá. Fundación Konrad-Adenauer Stiftung. 2013. Sobre la CIDH pueden consultarse con provecho y son de fácil acceso los textos de Antônio Augusto Cançado Trindade y Manuel E. Ventura Robles. *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica. CIDH. 2003 y Sergio García Ramírez. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México. Editorial Porrúa. 2007.

<sup>235</sup> Cfr. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Mariela Morales Antoniazzi (coordinadores). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Público Comparado. 2010. Sobre el papel de la academia en la conformación de este nuevo derecho común véase Armin von Bogdandy. “*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual” en Armin von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coordinadores). *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México.

El anterior diálogo ya supone de suyo un reto significativo de capacitación y actualización para la judicatura, pero constituye apenas un comienzo si consideramos el desarrollo que el mismo ha tenido, por ejemplo, en el continente europeo.<sup>236</sup>

En Europa, dicho diálogo se ha formalizado a través de la cuestión prejudicial —que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) no ha dudado en calificar como “*la piedra angular*” del ordenamiento jurídico europeo— y que supone tanto por parte de los jueces nacionales como por parte de los jueces europeos, de un ejercicio no solamente más estructurado —por su cauce procesal— sino sobre todo más intenso por lo que hace a la consideración que los tribunales europeos hacen de los derechos nacionales y, viceversa, del derecho europeo por parte de los jueces nacionales.<sup>237</sup>

Antes de hacer referencia específica al diálogo jurisdiccional que tiene lugar en Europa, conviene recordar que tanto el Derecho de la Unión Europea —creado por los organismos de la Unión incluido el TJUE— como el nuevo Derecho Común que ha venido siendo desarrollado por juristas y jueces en el viejo continente, recuerdan, como ha observado reiteradamente la doctrina, al *ius commune* europeo bajomedieval, como derecho común, conflictual y supletorio, resultado del diálogo entre los *iura propria*, que actualmente son el derecho supranacional, internacional, regional, estatal y local de las distintas sociedades vertebradas por la Unión Europea.<sup>238</sup>

Efectivamente, el Derecho de la Unión Europea y el nuevo Derecho Común se nos presentan como una derechos bisagra tendientes a facilitar el diálogo entre los ordenamientos jurídicos estatales, regionales y transnacionales aplicables en Europa, con el propósito de establecer mínimos y máximos, valores comunes y estándares compartidos para una comunidad que engloba a

---

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional e Instituto Max Planck de Derecho Internacional Público y Público Comparado. 2014.

<sup>236</sup> A manera de ejemplo, puede verse la influencia de los tratados regionales de derechos humanos, europeo y americano, en la interpretación jurisprudencial de España y de Costa Rica en la interesante monografía de Carolina León Bastos. *La Interpretación de los Derechos Fundamentales según los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos*. Madrid. Editorial Reus. 2010.

<sup>237</sup> Alonso. *Sistema Jurídico de la Unión Europea...*, op. cit., passim.

<sup>238</sup> Véase el libro pionero de 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. También, desde una perspectiva histórico-jurídica, la importante obra de síntesis de Raoul C. Van Caenegem. *European Law in the Past and the Future*. Cambridge University Press. 2002.

varias naciones, proveyendo los instrumentos de armonización jurídica necesarios para la realización de diversos objetivos comunes.<sup>239</sup>

Tanto el Derecho de la Unión Europea como el nuevo Derecho Común de Europa son así: a) ordenamientos jurídicos bisagra propios del nuevo pluralismo normativo que es resultado de las tensiones entre globalización y localismos, sirviendo para armonizar su diversidad, b) que en ambos casos, son derechos que se estructuran de manera horizontal y colaborativa, conformándose no sólo por normas (*hard-law*), sino también por reglas y principios (*soft-law*), c) que se nos presentan como un conjunto de reglas, principios, normas precedentes judiciales y opiniones doctrinales que recorren los ámbitos tradicionales del derecho público, privado y social, d) que se integran de manera precisamente flexible y casuística, reivindicando la centralidad de la jurisdicción y de la ciencia jurídica como fuentes formales del derecho, e) que le han devuelto una especial protagonismo a la interpretación y la argumentación jurídica, privilegiando los métodos sistemático, teleológico, comparativo —sincrónico y diacrónico—, progresivo y concurrente, a través de los cuales se realiza la ‘conservación-innovadora’ de una alta cultura jurídica mediante su actualización-tradicional-proyectiva, f) que han propiciado un diálogo entre ordenamientos jurídicos que propicia un enriquecimiento recíproco de los mismos, y g) que han conformando un patrimonio de principios jurídicos comunes, siendo a su vez dichos principios un lugar de confluencia entre las familias del *civil law* y del *common law*.<sup>240</sup>

Dentro del anterior marco, han venido desarrollando su jurisdicción sendos tribunales internacionales regionales, el TJUE —al que nos hemos venido refiriendo— con una competencia amplísima que abarca materialmente hablando los diversos ámbitos competenciales de la Unión Europea (económicos, sociales, culturales, migratorios, etcétera), incluida la protección y garantía de los derechos humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Ambos tribunales han desarrollado una doctrina y una jurisprudencia que se ha venido estructurando a partir del diálogo jurisdiccional y que también ha venido a revolucionar el contenido de los derechos nacionales de los estados parte de ambos sistemas jurídicos.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Cfr. Pampillo. *La Integración...*, op. cit. y Pampillo Baliño. *Hacia un nuevo Ius Commune Americano...*, op. cit.

<sup>240</sup> Idem.

<sup>241</sup> Sin embargo, dicho diálogo también ha generado incertidumbre y aún está pendiente de conducirse; véase la monografía de Ricardo Alonso García. *El Juez Nacional en la Encrucijada Europea de los Derechos Fundamentales. Discurso de recepción como Académico de Número*. Madrid. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. 2014.

Por lo que toca específicamente al TJUE, cabe destacar que junto a su jurisdicción contenciosa y consultiva ejerce una jurisdicción prejudicial cuyo objetivo consiste en la determinación de la validez y la interpretación auténtica del Derecho de la Unión.<sup>242</sup>

Es importante tener en cuenta que los órganos jurisdiccionales de los estados de la Unión Europea son también tribunales europeos por delegación, administradores de una justicia europea descentralizada. Sin embargo, el monopolio de la interpretación auténtica del derecho europeo, está reservado al TJUE precisamente a través de la cuestión prejudicial, generando una dinámica que ha propiciado un riquísimo diálogo jurídico.

Como ha observado con razón desde hace algún tiempo Papadopoulou, la especificidad de la originalidad del sistema europeo radica en que, por primera vez, se confió a un juez internacional el desarrollo de un ordenamiento jurídico que habría de insertarse como parte de los ordenamientos jurídicos nacionales, propiciando para ello —desde un principio, hacia la década de los 50's— la comunicación directa entre dicho juez europeo y los jueces nacionales.<sup>243</sup>

De aquí deriva la importancia central de la institución del 'reenvío prejudicial' como mecanismo de cooperación procesal: servir de escenario privilegiado para la sinfonía coral entre los derechos nacionales y el derecho de la integración europea.

La cuestión prejudicial se inicia con la decisión del juez nacional de abrir un incidente procesal, normalmente suspensivo, para solicitar la aclaración del TJCE sobre la interpretación o validez del Derecho Europeo. La finalidad del reenvío judicial es pues la aclaración mediante la colaboración y su objeto son las disposiciones del Derecho de la Unión entendido en sentido amplio, o sea, comprendiendo los tratados, el derecho derivado y hasta las normas no escritas, aunque sin que nunca pueda ser objeto de la cuestión, una norma de derecho interno, ni su interpretación, compatibilidad o validez.

<sup>242</sup> Sobre la cuestión prejudicial sigo sobre todo a Alejandro del Valle Gálvez. "Las cuestiones prejudiciales y su procedimiento ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas." en *Iniciación a la práctica...*, op. cit., pp. 383 y ss., Peláez. *Lecciones...*, op. cit., pp. 197 y ss. y Ruiz Jarabo. *El Juez...*, op. cit. También, de manera especial, la obra de Jimeno Bulnes sobre la Cuestión Prejudicial anteriormente citada. Cabe destacar que aunque dichas obras son anteriores al Tratado de Lisboa, siguen siendo vigentes en razón de que la regulación de la cuestión prejudicial ha cambiado muy poco desde 1957.

<sup>243</sup> Cfr. Rébecca-Emmanuëla Papadopoulou. *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*. Bruselas. Etablissements Emile Bruylant. 1996, pp. 3 y 4.

Conviene destacar que las cuestiones prejudiciales no sólo son notificadas a las partes litigantes, sino también a los Estados miembros y a los órganos europeos con interés en el caso, para que expresen lo que a su derecho con venga mediante observaciones; más aún, también el juez ponente y el abogado general presentan sus respectivos informes y conclusiones después de la fase oral.

Finalmente, cabe decir que la sentencia dictada por el TJUE en cuestión prejudicial tiene autoridad de cosa juzgada, es por tanto vinculante para el juez nacional que la ha propuesto, declara un criterio de interpretación obligatorio para lo futuro respecto del Derecho Europeo, y en principio, declara la invalidez del acto en su caso desde su pronunciamiento.

Ahora, si por un lado el diálogo jurisdiccional garantiza una interpretación común, por el otro, también ha propiciado que los principios desarrollados por el Tribunal de Luxemburgo sean igualmente comunes, en tanto que el resultado de un análisis y reflexión sobre su virtualidad como derecho común para los estados parte.

Efectivamente, el TJUE se inspira para desarrollar sus principios generales comunes principalmente en los principios generales vigentes en los estados miembro, si bien eventualmente toma en cuenta los principios provenientes de otros sistemas jurídicos e incluso los principios del derecho internacional, público y privado, en tanto que compatibles con las particularidades diferenciales del derecho europeo.

Así y a través del derecho comparado, los derechos nacionales y el derecho europeo se retroalimentan recíprocamente. En las exactas palabras de Ricardo Alonso, se ha producido: *“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.”*<sup>244</sup>

Ciertamente el TJCE, a partir de los derechos nacionales, extrae un patrimonio común, resaltando sus afinidades, a partir del seguimiento de sus orígenes, evolución y desarrollo histórico, empleando para ello una sofisticada batería de métodos comparativos, históricos y iusfilosóficos.

Pueden citarse a manera de ejemplo las conclusiones presentadas por el abogado general L.A. Geelhoed, el 18 de septiembre de 2001, dentro del

---

<sup>244</sup> Alonso. *Sistema Jurídico de la Unión Europea...*, op. cit., p. 261.

caso *Comisión vs. República Francesa*, donde habla de la conveniencia “*recurrir a reglas generales del Derecho privado, como ius commune*”, estableciéndose también, en las diversas conclusiones de la abogada general Christine Stix-Hackl, presentadas el 26 de septiembre de 2002 dentro del caso *Thyssen Stahl AG vs. Comisión*, que: “*debe examinarse si de las tradiciones jurídicas comunes de los Estados miembros cabe eventualmente deducir una forma uniforme*”.<sup>245</sup> Incluso en el anterior sentido se había pronunciado ya desde finales de los 60’s el propio TJCE en la sentencia *Klomp* de 25 de febrero de 1969, donde apeló precisamente a “*un principio común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Comunidad, cuyos orígenes pueden remontarse al Derecho Romano*”.<sup>246</sup>

Más recientemente, el abogado general Philippe Léger 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*”.<sup>247</sup>

Una importante regla, consiste pues en que no se deben seguir reglas aritméticas de mayoría para la búsqueda de denominadores comunes, sino que más bien se deben adoptar los principios que sean más compatibles con los objetivos de los Tratados, y por ende, que sean más progresivos respecto de la integración europea. Así pues la mayor progresividad es también un factor importante en la concretización de los principios europeos.

De esta forma, dichos principios generales comunes, además de responder a la proyección de una tradición cultural común, son el producto de su actualización, buscando su funcionalidad pero también igualmente su progresividad.

De esta suerte, tanto el TJUE como los jueces nacionales en tanto que jueces europeos por delegación, aplican así un derecho europeo común que es el resultado de diálogo jurisdiccional presidido por los métodos jurídicos tra-

<sup>245</sup> Véase la página oficial del Tribunal de Luxemburgo: [www.curia.eu.int/jursip](http://www.curia.eu.int/jursip)

<sup>246</sup> Idem.

<sup>247</sup> Ibidem.

dicionales (gramatical, lógico, histórico, sistemático, teleológico) pero orientado también por la comparación jurídica, por la historia del derecho y por el principio de progresividad, que obviamente suponen por parte de los jueces —tanto nacionales como europeos— de una formación y capacitación que trascendiendo al ámbito material de su jurisdicción específica y a los métodos y técnicas de la interpretación y argumentación jurídica, abarque también esta nueva metodología comparativa, histórica y iusfilosófica.

Y aunque el incipiente derecho común interamericano de los derechos humanos, aún no ha alcanzado el grado de complejidad que el europeo, lo cierto es que el actual diálogo jurisdiccional y, sobre todo, de su profundización en los próximos años, hacen conveniente incorporar sus exigencias en la formación, capacitación y actualización americanos con cierta urgencia.

### C. IMPLICACIONES PARA LA JUDICATURA Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

Como se destacó desde el principio de este apéndice: vivimos un cambio de época que ha venido a transformar al derecho y a la administración de justicia.

Durante las últimas décadas, el juez ha dejado de ser un mero aplicador automático que repite las palabras de la ley, para convertirse en un protagonista co-creador de nuevos ordenamientos jurídicos, ensanchando su arbitrio mediante crecientes márgenes de valoración de las pruebas y de interpretación jurídica según las nuevas teorías y métodos de la argumentación jurídica.

En virtud de lo anterior, es frecuente advertir que tanto en las Escuelas de Derecho como en las Escuelas Judiciales se han venido incorporando a sus planes y programas de estudio, formación, capacitación y actualización, así como a su catálogo de publicaciones y líneas de investigación, varios temas de teoría del derecho, teoría y *praxis* de la prueba, derecho judicial y argumentación jurídica, que constituyen un marco referencial indispensable, aunque insuficiente.<sup>248</sup>

---

<sup>248</sup> Sobre la enseñanza del derecho en general, puede 'echarse un vistazo' comparativo en Max Turull Rubinat y Enoch Albertí Rovira (editores). *La enseñanza del Derecho en Europa y América*. Barcelona. Editorial Octaedro. 2014. Sobre las Escuelas Judiciales, entre la amplia literatura sobre el particular, pueden verse con provecho, a pesar de los años que han transcurrido desde entonces, los números 37-40 de la *Revista de la Facultad de Derecho de México* del año 1960 que recogen las Memorias de las Jornadas Latinoamericanas de Derechos Procesal que estuvieron dedicadas, en una de sus mesas, al tema de la carrera judicial.

En efecto, en atención a las reflexiones que se han venido haciendo sobre la glocalización, el pluralismo y el diálogo jurisdiccional transnacional, resulta necesario repensar todavía algunos aspectos de la educación jurídica en general y de la formación, capacitación y actualización judicial en lo particular.

Sin pretensiones de exhaustividad y para no repetir lo ya expuesto, únicamente habría que destacar lo siguiente:

En primer lugar, la conveniencia de presentar a nuestros actuales y futuros juristas y juzgadores, desde una perspectiva interdisciplinaria (histórica, política, económica, social, cultural y jurídica, por lo menos), los orígenes e implicaciones del fenómeno de la globalización.

Resulta aconsejable también, en segundo lugar, sensibilizarlos sobre la importancia del pluralismo jurídico, sus ventajas, sus complejidades y la necesidad de identificar y comprender mejor los múltiples ordenamientos jurídicos (locales, nacionales, internacionales regionales y universales) y las diversas fuentes jurídicas (leyes, costumbres, sentencias, principios, doctrinas) que convergen en la actividad jurídica y jurisdiccional cotidiana. Del mismo modo debe insistirse dentro de este ámbito sobre la importancia los espacios y métodos alternativos —mediación y conciliación— abiertos originalmente fuera de la jurisdicción estatal y que hoy se encuentran interiorizados dentro de la misma.

Igualmente junto con la valoración del pluralismo jurídico y la identificación de los ordenamientos y fuentes jurídicas aplicables, se impone el estudio de sus métodos y técnicas jurídicas —vgr. control de la convencionalidad, control difuso de la constitucionalidad, interpretación conforme, interpretación concurrente, interpretación progresiva, método de ponderación, evolutivo, principios de subsidiariedad, proporcionalidad, *pro homine*, *pro libertate*, *pro constitutione*, *pro conventione*, etcétera— que pueden servir para reconducir sus aparentes traslapes.

Para lo anterior, se requiere precisamente del estudio de los métodos y técnicas del Derecho Internacional, Público y Privado y del Derecho Comparado, donde los juristas y en especial los jueces, como ‘anclas’ de la globalización y ‘catalizadores’ de la diversidad jurídica, podrán encontrar no sólo las fuentes del derecho material aplicable al caso concreto (tratados, protocolos, leyes modelo, principios uniformes, decisiones, sentencias, derecho extranjero), sino sobre todo, los métodos y técnicas que necesitan para determinar los ordenamientos aplicables y proveer a su conciliación e interpretación armónica, en el contexto de un creciente diálogo jurisdiccional. Dentro de este rubro, el estudio particular del Derecho de la Unión Europea y del diálogo

jurisdiccional propiciado dentro de la misma entre los jueces nacionales, el TJUE y el TEDH, puede —por sus realizaciones y por su actual problemática— ser de especial y provecho para la formación de los futuros abogados latinoamericanos.

En resumen: la glocalización y, con ella, el pluralismo jurídico, han venido a redefinir el derecho, la administración de justicia y la función jurisdiccional. Los juristas y los jueces necesitan imponerse, además de la ley aplicable, de una gran diversidad de fuentes, procedentes de distintos ordenamientos jurídicos, que deben ser tenidos en cuenta para la determinación e interpretación del derecho. Su conocimiento y manipulación exigen, por lo menos, de una perspectiva interdisciplinaria general (histórica, económica, política, social y cultural) y particular (histórico-jurídica, iusfilosófica y comparativa) así como del estudio del Derecho Internacional, Público y Privado y del Derecho Comparado, particularmente la introducción general a las Tradiciones y Familias Jurídicas, el Método Comparativo y el Derecho Europeo Contemporáneo.

Esperemos que su enseñanza, investigación y difusión por las escuelas de derecho y las escuelas judiciales, así como su empleo por juristas y jueces contribuya a la configuración de ordenamientos jurídicos más flexibles, mejor adaptados a las necesidades de nuestro tiempo y, sobre todo, más justos y equitativos. Ojalá que así sea.

## Apéndice segundo

### TALAMANTES: UN ILUSTRE PERUANO, PRECURSOR DE LA INDEPENDENCIA DE MÉXICO Y DE LA UNIDAD HISPANOAMERICANA

#### A. MELCHOR DE TALAMANTES Y SU CIRCUNSTANCIA HISTÓRICA

EL propósito de este apéndice, como se anticipó desde la introducción, es triple. Por un lado, rendir cumplido homenaje de gratitud y simpatía a Perú y a su cultura. Por el otro, reivindicar al ilustre limeño, Melchor de Talamantes, como uno de los ideólogos más lúcidos de las independencias americanas. Finalmente, presentar y revalorar su *Congreso Nacional* como el primer bosquejo de organización política para el México Independiente, que a su vez planteaba un proyecto de articulación de los reinos hispánicos.<sup>249</sup>

Para ello, comenzaremos con las generales, síntesis biográfica y recuento del contexto histórico que le tocó vivir a nuestro personaje, inexplicablemente, tan poco conocido tanto en Perú como en México.

---

<sup>249</sup> Dentro del presente apéndice se recogen sintéticamente algunos de los resultados de una investigación iniciada en 2007, con motivo del *Simposio Internacional 1808: a doscientos años y el origen de los derechos humanos*, organizado por el Anuario Mexicano de Historia del Derecho y por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el *Congreso Internacional sobre la Iglesia Católica ante la Independencia de la América Española* organizado por el Ateneo Pontificio Regina Apostolorum y la Universidad Europea de Roma; investigación que concluyó con la publicación de mi libro *El primer constitucionalista de México. Talamantes: ideología y proyecto para la América Septentrional*. México. Editorial Porrúa. 2010. Su redacción se corresponde con la versión publicada en la *Revista de Derecho Público* de la UNED, España, en 2016.

Melchor de Talamantes Salvador y Baeza, nació en la ciudad de Lima, Virreinato del Perú, el día 10 de enero de 1765.<sup>250</sup>

Sus primeros estudios los hizo con fray Manuel de Alcocer, ingresando posteriormente a la Orden de la Merced, donde una vez concluido su bachillerato, pasó a estudiar y graduarse como doctor en teología en la Universidad de San Marcos. Posteriormente, fue opositor a las cátedras de Filosofía, Teología y Sagrada Escritura.

Su aguda inteligencia y prolijos estudios lo llevaron a ocupar desde muy joven posiciones de gran importancia, habiendo sido apenas a los veintiocho años de edad asistente del Virrey Francisco de Gil y Lemus.

No obstante el hecho de que no contamos con mayores datos sobre la vida de Talamantes en Lima,<sup>251</sup> sabemos que conoció al doctor Hipólito Unánue,

---

<sup>250</sup> Son pocas y escuetas las noticias biográficas que tenemos sobre el P. Talamantes. Además de los datos sacados de la causa que se instruyó en su contra en 1808 y de los diversos papeles personales que obran dentro de la misma, sígo y pueden consultarse con relativa facilidades las siguientes semblanzas: Luis González Obregón, L. (autor y compilador). (1909) *Fray Melchor de Talamantes. Biografía y escritos póstumos*. México. Secretaría de Relaciones Exteriores; reeditada como Fray Melchor de Talamantes. *Argumentos a favor de la Independencia de México*. (Presentación, bibliografía de Luis González y textos). México. Ediciones del Centro de Documentación Política. 1979, p. 36. Por su más fácil acceso, las citas se harán remitiendo a esta segunda edición. Romero Del Valle, E. (1961) "Fray Melchor de Talamantes" en *Historia Mexicana. Revista trimestral publicada por El Colegio de México*. Volumen XI. México. Véanse igualmente las semblanzas generales: "Fray Melchor de Talamantes" en José María Miquel I Vergés, J. *Diccionario de Insurgentes*. Segunda edición. México. Editorial Porrúa. 1980, y "Talamantes Salvador y Baeza Melchor" en Álvarez, J. R. (director) (1998) *Enciclopedia de México*. Tomo XIII. México. La "Causa instruída contra Fr. Melchor de Talamantes por sospechas de Infidelidad al Rey de España y de adhesión á las doctrinas de la Independencia de México" puede consultarse en el volumen VII de *Documentos Históricos Mexicanos*. Genario García. Edición facsimilar de la obra conmemorativa del primer centenario de la Independencia de México, publicada por la Secretaría de Instrucción Pública y Bellas Artes en 1910. México. SEP. 1985. Los papeles de la causa se encuentran en el Archivo General de la Nación, caja 586, dos volúmenes. Es de especial interés para su biografía la "Memoria de los papeles pertenecientes al P. Fr. Melchor Talamantes..." del 25 de abril de 1809 y en especial el relacionado como "Un cuaderno de a folio con veinte y ocho foxas, titulado: Documentos comprobantes del mérito y destinos de Fr. Melchor Talamantes y Baeza, del Orden de la Merced" y "Un cuaderno de cuarenta foxas que contiene los Testimonios de Fees de Bautismos, informaciones del mencionado Padre Talamantes, & dentro del, una Bula de N. SSmo. Padre Pio Sexto, y un Arbol Genalógico, en quarteron de papel comun".

<sup>251</sup> Son muchos los cabos que aún permanecen pendientes de atar para reconstruir la biografía y el pensamiento de Talamantes. De manera especial, habría que investigar más sobre su educación y actividades en Perú, en lo particular, sobre la figura de Manuel de Alcocer, sobre sus maestros y relaciones en la Universidad de San Marcos, así como el alcance de

precursor de la independencia del Perú<sup>252</sup> y es posible conjeturar —con fundamento— que tuvo acceso a diversas lecturas, que completaron su formación intelectual con las últimas ideas del liberalismo y de la ilustración.<sup>253</sup>

Existe evidencia circunstancial de que Talamantes era aficionado a la lectura de autores proscritos por el Tribunal del Santo Oficio, siendo asiduo a círculos literarios ilustrados, motivos que quizás expliquen su traslado a Nueva España.<sup>254</sup>

Lo cierto es que Talamantes desembarcó en Acapulco en noviembre de 1799, pasando después a hospedarse en el convento principal de la Merced en la Ciudad de México.

Su estancia en la capital de Nueva España sabemos que debió serle bastante cómoda, pues no guardaba sino sólo relativamente la clausura, dedicando largas horas al estudio y asistiendo a diferentes tertulias.<sup>255</sup>

Además, a poco tiempo de haberse establecido, empezó a participar en diversos actos públicos de relieve, relacionándose con algunos de los personajes más destacados de la Ciudad de los Palacios.<sup>256</sup>

sus vínculos con Hipólito Unánue y con sus hermanos de la Merced. Igualmente sería deseable conocer los libros disponibles en su convento, esclarecer mejor la naturaleza de su relación con Ramón de Rozas, en su caso con el barón de Nordenflicht, así como explorar otros posibles vínculos, por ejemplo con el abate jesuita peruano Juan Pablo Viscardo y Guzmán (1748-1798), exiliado después de la expulsión de la Compañía en 1767 en Módena, pero pendiente de la situación americana, quien escribió en 1791 en Londres el texto en francés *Lettre aux Espagnols américains*, pronunciándose a favor de la emancipación de la América Española.

<sup>252</sup> Hipólito Unánue y Pavón (1755-1833), médico y profesor de medicina de la Universidad de San Marcos de Lima, precursor de la independencia de Perú. Fue de los firmantes del Acta de Independencia de Perú, siendo su primer ministro de hacienda bajo el general José de San Martín y posteriormente de Simón Bolívar.

<sup>253</sup> Romero Del Valle. "Fray Melchor...", op. cit., p. 29.

<sup>254</sup> En efecto, la causa iniciada por la en contra del doctor Ramón de Rozas, precisamente en 1799, es un incidente que pudiera explicar el viaje de fray Melchor a nuestra patria; especialmente si consideramos que dentro de dicha causa, se rindió testimonio sobre ciertas lecturas comprometedoras. Cfr. Toribio Medina, J. (1952) *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Chile*. Santiago de Chile. Fondo Histórico y Bibliográfico, pp. 655 y 656.

<sup>255</sup> Incluso hacia 1807 se le permitió instalar un estudio en una casa próxima al convento. Cfr. "Causa instruida..." en *Documentos Históricos...*, op. cit.

<sup>256</sup> Nos es conocida, por ejemplo, su cercanía con el capellán del palacio virreinal, el prestigio de que gozaba entre los síndicos del Ayuntamiento de la Ciudad México, sus relaciones con Jacobo de Villaurrutia, oidor de la Sala del Crimen de la Real Audiencia y director del *Diario de México* —quien le nombró censor del mismo—, así como su participación

La consideración social e intelectual que muy pronto alcanzó, le valió que el Virrey de Nueva España, José de Iturrigaray, lo nombrase en enero de 1807 como “principal comisionado” para reunir y ordenar diversos documentos relativos a las Provincias Internas, con el propósito de fijar los límites entre Texas y la Luisiana.

La titánica empresa que desarrolló a título honorífico le permitió consultar diversas bibliotecas públicas y visitar varias particulares. Pudo tomar abundantes notas de diversos archivos e incluso obtuvo de diferentes dependencias, manuscritos e informes, llegando incluso a solicitar del Tribunal del Santo Oficio algunos libros censurados, como los mapas de las obras de François de Raynal y del doctor Robertson.<sup>257</sup>

Ahora bien, en 1808, el desasosiego que trajo consigo la noticia de la abdicación de los reyes de España y de la invasión napoleónica a la metrópoli, capturó de inmediato su atención.

A partir del 14 de julio —cuando llegaron las primeras noticias— hasta el 16 de septiembre —en que fue depuesto el virrey Iturrigaray y aprehendido Talamantes—, nuestro personaje abandonó su comisión para la cuestión de límites, dedicándose a la reflexión y discusión de los anteriores acontecimientos.<sup>258</sup>

---

asidua en las tertulias literarias de los marqueses de Guardiola y de Uluapa, en las de la intendenta de San Luis Potosí y en las del también marqués de San Juan de Rayas. Sobre estas buenas relaciones de Talamantes, confróntense a Romero Del Valle. “Fray Melchor...”, op. cit., pp 29 y ss.

<sup>257</sup> En efecto, la Inquisición le manifestó al Virrey su desconfianza respecto del P. Talamantes, en carta fechada el 18 de febrero de 1808. Apud. Idem. p. 15.

<sup>258</sup> Sobre la evolución de los acontecimientos de 1808 y el consecuente desarrollo e influencia del liberalismo hispánico en ambos lados del océano, véase la siguiente obra, recientemente publicada Breña, R. (2006) *El primer liberalismo español y los procesos de emancipación de América, 1808-1824. Una revisión historiográfica del liberalismo hispánico*. México. El Colegio de México. También puede consultarse con provecho la obra colectiva coordinada por Chust, M. (2007) *1808. La eclosión juntera en el mundo hispano*. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. Una visión de conjunto también puede encontrarse en Brading, D. (1991) *Orbe Indiano. De la monarquía católica a la República criolla. 1492-1867*. Traducción de Juan José Utrilla. México. Fondo de Cultura Económica. Sobre el caso mexicano, pueden verse los enfoques tradicionales de De La Torre Villar, E. (1992) *La independencia de México*. México. Edita el Fondo de Cultura Económica, de Miranda, J. (1972) *Vida colonial y albores de la Independencia*. México. Edita la Secretaría de Educación Pública. y de Villoro, L. (1983) *El proceso ideológico de la Revolución de Independencia*. México. UNAM. Véase también a ÁVILA, A. y Guedea, V. (coordinadores) (2007) *La Independencia de México: temas e interpretaciones recientes*. México. Edita el Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM. Dentro del número 61 de la revista *Metapolítica. La Mirada Limpia de*

A lo largo de los dos intensos meses en que fueron fluyendo las noticias sobre los hechos que se sucedían en la península —motín de Aranjuez, ocupación francesa, abdicaciones de Bayona, levantamientos y formación de las diversas juntas—, Talamantes encauzó sus preocupaciones externando sus puntos de vista —de palabra y circulando sus escritos— en las tertulias de los marqueses de Uluapa y de Guardiola, en el Portal de Mercaderes, en la relojería de Blasio y entrevistándose con el fiscal de lo Civil de la Real Audiencia, Ambrosio Sagarzurrieta, así como con algunos síndicos del Ayuntamiento, como Juan Francisco de Azcárate y Francisco Primo de Verdad y Ramos.<sup>259</sup>

Durante aquéllos difíciles meses, la opinión fue unánime en su condena a la invasión napoleónica, desconociendo la usurpación de la monarquía. Se dividió sin embargo en dos grupos respecto a la actitud que debía asumir el virreinato.

La facción representativa de los intereses peninsulares —arraigada en el seno de la Real Audiencia— consideraba por un lado que el gobierno de la Nueva España debía proseguir sin ninguna alteración, reconociendo la autoridad de las juntas peninsulares. Pero por el otro lado, el partido criollo —atrincherado dentro del Ayuntamiento de la Ciudad de México— pensaba que ante la *vacatio regis* era necesario formar una junta similar a las que se organizaron en la metrópoli, que reasumiera la soberanía durante la ausencia del monarca y que confirmase a su vez a las autoridades del reino.

Mientras tanto, aunque el virrey Iturrigaray simpatizaba con el partido criollo, asumió una actitud más bien tímida y ambigua, que permitió que la facción peninsular se adelantara en deponerlo, sustituirlo por Pedro Garibay y aprender a los principales simpatizantes del grupo americanista, incluidos el propio virrey, los síndicos Azcárate y Primo de Verdad y desde luego Melchor de Talamantes.<sup>260</sup>

---

*la Política*, véanse los ensayos de Ávila, Chust, Meyer y Villegas, entre otros, reunidos en torno al dossier 1808: *Napoleón y la Independencia*. Volumen 12, septiembre-octubre de 2008.

<sup>259</sup> En ese sentido las declaraciones de los anteriores personajes y del escribiente del P. Talamantes Juan Nepomuceno Trujillo, quien testificó en la causa que fray Melchor concurría a dichas tertulias y reuniones, habiéndole pedido hacer copias de los opúsculos *Congreso Nacional y Representación Nacional*, que le había dicho que quería entregar, entre otras personas, al Virrey, a Azcárate, a Trujillo y a Villaurrutia. Cfr. "Causa instruida... en *Documentos Históricos...*, op. cit.

<sup>260</sup> Talamantes fue aprehendido a las 6 de la mañana, reteniéndosele primeramente en el Colegio de San Fernando, del que se intentó fugar, y siendo trasladado la misma noche del 16, por motivos de seguridad, a las cárceles del Arzobispado, de donde poco después fue conducido a la prisión del Santo Oficio. La causa que se formó contra Talamantes —

Al interior de las discusiones que se produjeron en Nueva España —sesiones de cabildo, de Real Acuerdo y Junta General— Talamantes intervino activamente, intercambiando perspectivas con varios de los protagonistas, así como circulando algunos escritos suyos, entre los que destacan fundamentalmente dos: el *Congreso Nacional del Reino de la Nueva España*, fechado el 23 de julio, aunque remitido al Ayuntamiento hasta el 23 de agosto y firmado bajo el seudónimo de Toribio Marcelino Fardanay y la *Representación Nacional de las Colonias. Discurso Filosófico*, remitida el 25 de agosto y firmada bajo el seudónimo de Yrsa, verdadero patriota.<sup>261</sup>

## B. SU PENSAMIENTO INDEPENDENTISTA CRIOLLO

El pensamiento filosófico-político-jurídico del P. Talamantes presenta, como el de sus contemporáneos, tres grandes influencias:<sup>262</sup> a) la Ilustra-

---

cuya referencia de consulta fue consignada anteriormente— fue instruida en razón de su condición religiosa por dos jueces: el oidor decano Ciriaco González Carvajal y el provisor y vicario general Pedro Fonte, como representantes de las jurisdicciones real y eclesiástica respectivamente. Talamantes fue interrogado en varias ocasiones; le fueron recogidos e inventariados sus libros, papeles, muebles y enseres —tanto de su celda conventual cuanto del apartamento contiguo que rentaba— y rindieron testimonio dentro de su procedimiento varios de sus hermanos religiosos, así como diversas personalidades, como el propio síndico Azcárate. Dentro del juicio, se le acusó y condenó por haber difundido, personalmente y por escrito, ideas y argumentos contrarios a la fidelidad que las colonias debían a su metrópoli y a su rey y que conducían por lo mismo a la independencia del virreinato. Para abril de 1809 fray Melchor fue sacado de las cárceles de la Inquisición, de donde se le condujo a Veracruz a la fortaleza San Juan de Ulúa, donde la peste de la fiebre amarilla se había esparcido, hecho que —según González Obregón— era del conocimiento del virrey. A los pocos días, Talamantes se contagió de dicha peste, complicándosele con vómito prieto. Murió el 9 de mayo, siendo enterrado en el cementerio de la Puntilla.

<sup>261</sup> La versión original de ambos documentos se encuentra en el AGN; García Izcazalceta la recoge en su redacción original en el tomo VII de sus *Documentos Históricos* que hemos venido citando, donde se encuentran también los demás escritos del P. Talamantes. Una versión con la ortografía actualizada se encuentra en González Obregón. *Fray Melchor...*, op. cit.

<sup>262</sup> En este mismo sentido se han pronunciado la mayor parte de los estudiosos del tema. Por ejemplo, Luis Villoro ha expuesto: “Tres parecen ser las corrientes principales de que nutre, por ahora su pensamiento. La más importante, es el jusnaturalismo racionalista (Grocio, Puffendorf, Heinecio), que se ligaba, sin demasiadas dificultades, a la doctrina de los jesuitas ilustrados; éstos siguiendo a Suárez y tal vez a Juan de Mariana, enseñaron que la soberanía radicaba inmediatamente en el pueblo y que éste transmitía sus derechos al monarca, mediante un pacto. La unión de estas dos corrientes se hace clara en Francisco Xavier Alegre. En sus *Institutionum Teologicarum*, de 1789.... Sobre este fondo de pensamiento se sumaban otras influencias. Los autores ilustrados españoles, sobre todo

ción,<sup>263</sup> b) el iusnaturalismo moderno racionalista<sup>264</sup> y c) el pensamiento tradicional castellano, sobre todo el de la segunda escolástica y en especial el de F. Suárez,<sup>265</sup> así como los principios jurídicos contenidos en las *Leyes de Indias*.<sup>266</sup>

---

Jovellanos y Martínez Marina... Por último, las ideas francesas: Rousseau, Montesquieu, Voltaire, la Enciclopedia..." Villoro. "Las corrientes...", op. cit. p. 205.

<sup>263</sup> Sobre el pensamiento de la ilustración puede verse la obra clásica de CASSIRER, Ernst. *La Filosofía de la Ilustración*. Traducción de Eugenio Imaz. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. 1981. De especial interés es el capítulo VI. Derecho, Estado y Sociedad. Igualmente puede consultarse con provecho a Im Hof, U. (1993) *La Europa de la Ilustración*. Traducción de Bettina Blanc. Barcelona. Editorial Crítica.

<sup>264</sup> En general sobre el iusnaturalismo moderno racionalista, pueden verse las exposiciones panorámicas de Fassò, G. (1966) *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción de José. F. Lorca. Madrid. Ediciones Pirámide, tomo II, Pampillo Baliño, J. P. (2008) *Historia general del derecho*. México. Editorial Oxford. y de Rodríguez Paniagua, J. M. (1996) *Historia del Pensamiento Jurídico*. Madrid. Universidad ComplutensE, tomo I. Específicamente sobre el pensamiento de Grocio y de Puffendorf, puede consultarse la obra de Villey, M. (1978) *Los Fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*. Buenos Aires. Para el pensamiento de Wolff puede verse la monografía de Cayana, Ma. L. (1995) P. *Christian Wolff*. Madrid. Biblioteca Filosófica Ediciones del Orto.

<sup>265</sup> Sobre el pensamiento de Suárez vale la pena consultar la completísima obra de Rommen, H. (1951) *La Teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco Suárez*. Traducción por Valentín García Yebra. Madrid. Editan el Instituto De Derecho Internacional de Buenos Aires y el Instituto Francisco de Vitoria de Madrid. Puede verse también la obra general, aunque menos amplia de Gallegos Rocafull, J. M. (1948) *La Doctrina Política del P. Francisco Suárez*. México. Editorial Jus. Sobre el origen del poder y la teoría pactista de la mediación véase Gómez Robledo, I. (1948) *El Origen del Poder Político según Francisco Suárez*. México. Editorial Jus. En general sobre la segunda escolástica española puede verse la obra de Carrio, Venancio D. O.P. (1944) *La Teología y los Teólogos-Juristas Españoles ante la Conquista de América*. Madrid. Edita la Escuela de Estudios Hispanoamericanos de la Universidad de Sevilla.

<sup>266</sup> En general sobre el derecho indiano, pueden consultarse las obras clásicas de Dougnac, A. (1998) *Manual de historia del derecho indiano*. 2ª edición. México. Edita Mc Graw Hill. Muro Orejón, A. (1989) *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano*. México. Editan Miguel Ángel Porrúa y la Escuela Libre de Derecho. Ots Capdequí, J.M.(1993) *El Estado Español en Indias*. México. Edita el Fondo de Cultura Económica. Tau Anzoátegui, V. (1982) ¿Qué fue el derecho indiano? Buenos Aires. Abeledo Perrot. Recientemente ha publicado también un extraordinario libro el maestro De Icaza Dufour, F. (2008) *Plus Ultra. La Monarquía Católica en Indias. 1492-1898*. México. Editan Porrúa y la Escuela Libre de Derecho. Igualmente vale la pena consultar el libro de González, M. del R. (1995) *El Derecho Indiano y el Derecho Provincial Novohispano. Marco historiográfico y conceptual*. México. UNAM. Sobre el derecho castellano, pueden consultarse los clásicos manuales de García-Gallo, A. (1975) *Manual de historia del derecho español*. 6ª edición. Madrid. Artes Gráficas. y Tomás y Valiente, F. (1997) *Manual de historia del derecho español*. 4ª edición. Madrid. Editorial Tecnos. En general también para ambos temas pueden consultarse entre otros

Respecto de la influencia de la Ilustración, ésta se dejó sentir sobre todo durante la segunda mitad del siglo XVIII, como resultado del despotismo ilustrado y las reformas borbónicas.<sup>267</sup>

Sobresale la difusión de ciertos libros, que aunque prohibidos por la Inquisición,<sup>268</sup> en realidad circularon en Nueva España, algunos de ellos incluso como parte de una estrategia promovida por los Estados Unidos.<sup>269</sup>

---

los textos de Cruz Barney, Ó. (2007) *Historia del derecho en México*. 2ª edición. México. Editorial Oxford University Press. de la Torre Rangel, J. A. (2005) *Lecciones de Historia del Derecho Mexicano*. México. Editorial Porrúa. Esquivel Obregón, T. (2004) *Apuntes para la Historia del Derecho en México*. 3ª edición. México. Editorial Porrúa. y Soberanes Fernández, J. L. (2003) *Historia del Derecho Mexicano*. 10ª edición. México. Editorial Porrúa. Sobre la organización jurídica de los virreinos, puede verse también la obra de Barrios, F. (coordinador) (2004) *El Gobierno de un Mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*. Cuenca. Ediciones de la Universidad Castilla-La Mancha.

<sup>267</sup> En general sobre la ilustración española puede consultarse a Domínguez Ortiz, A. (1996) *Carlos III y la España de la Ilustración*. Madrid. Ediciones Altaza. Cfr. también Miranda. *Vida colonial...*, op. cit. 202 y ss. y Breña. *El primer liberalismo...*, op. cit. pp 259 y ss.

<sup>268</sup> La Inquisición podía prohibir absoluta e íntegramente los libros o sus autores —*in totum*— o nada más sujetarlos a expurgación es decir, a un examen particular, que suponía a su vez la purga o modificación de los pasajes condenados. Los textos prohibidos figuraban en el *Index librorum prohibitorum et expurgatorium*, del cual hubo varias ediciones. Entre los géneros prohibidos se encontraban principalmente, las obras ateístas (como las de Raynal), las materialistas (como las de Voltaire y Rousseau), las naturalistas (como la Riqueza de las Naciones), las tolerantistas (como nuevamente la de Smith), las libertinas (como las de Raynal), las sediciosas políticas (entre las que figuran la de Rousseau) y otras sin clasificar como las de Montesquieu. Pérez-Marchand ha observado que si bien la Inquisición Española, durante la época se encargaba de “redoblar las precauciones... para impedir que pasasen a las Indias libros que pudieran llevar a los colonos el contagio de las ideas contrarias a la religión, a la dependencia y sumisión que se debían al soberano”, también es cierto que durante el siglo XVIII “ocurrieron irregularidades”, concluyendo: “Por lo tanto, la introducción de obras prohibidas era un suceso diario fomentado por aquellos a quienes habían inquietado ya las nuevas ideas.” Pérez-Marchand, M. L. (1945) *Dos etapas ideológicas del siglo XVIII en México a través de los papeles de la Inquisición*. México. Edita El Colegio de México, pp. 323, 39, 43, 92, 95, respectivamente. También puede consultarse con provecho a Toribio Medina, J. (1952) *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en México*. 2ª edición ampliada por Julio Jiménez Rueda. México. Ediciones Fuente Cultural.

<sup>269</sup> Sobre la circulación de las obras prohibidas, en Nueva España se sabe que fue favorecida especialmente desde el norte después de la cesión de la Luisiana por su gobernador, como parte de una estrategia de propaganda revolucionaria. Cfr. Miranda, J. (1962) “El influjo político de Rousseau en la Independencia Mexicana” en *Presencia de Rousseau. A los 250 años de su nacimiento y a los dos siglos de la aparición del Emilio y El contrato social*. México. UNAM. Véase también a Stoetzer, O. C. (1966) *El pensamiento político en la América Española durante el periodo de la emancipación (1789-1825)*. Las bases hispá-

Sin embargo, la mayor influencia sobre Talamantes la encontramos en *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu<sup>270</sup> y, sobre todo, en *El Contrato Social* de Rousseau.<sup>271</sup>

Efectivamente, las ideas rousseauianas en torno a la “soberanía popular” y a la “voluntad general”, tuvieron una clara proyección dentro de sus escritos, si bien, en el fondo, debe reconocerse que partían de una concepción tradicional sobre el origen del poder: la del pactismo de la segunda escolástica.<sup>272</sup>

Por lo que respecta al iusnaturalismo moderno racionalista, ésta corriente de pensamiento se ocupó también del tema de la soberanía, en especial de la llamada doctrina de su reversión al pueblo.<sup>273</sup> De hecho, la misma teoría contractualista de Rousseau parte de la doctrina iusnaturalista de la reversión.<sup>274</sup>

---

*nicas y las corrientes europeas*. Dos volúmenes. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, especialmente su tomo II a partir de la página 14.

<sup>270</sup> Sobre el pensamiento de Montesquieu, destacando también su influjo en la ilustración española, véase la excelente y completa monografía de Vallet de Goytisolo, J. (1986) *Montesquieu: Leyes, Gobiernos y Poderes*. Madrid. Editorial Civitas. Véase especialmente el epígrafe: “La soberanía y la división de poderes” pp. 384 y ss.

<sup>271</sup> En general sobre el pensamiento de J.J. Rousseau, véase a Rubio C. J. (1990) *¿Democracia o Representación? Poder y Legitimidad en Rousseau*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales. y Villaverde, M. J. (1987) *Rousseau y el Pensamiento de las Luces*. Madrid. Editorial Tecnos.

<sup>272</sup> Cfr. por todos Stoetzer. *El pensamiento...*, op. cit. En sus palabras: “El influjo de Rousseau en la América española fue ayudado considerablemente por el hecho de que los intelectuales en España sostenían ideas parecidas a aquellas que estaban de moda en la Europa occidental.” Tomo II, p. 14. Sobre las diferencias entre el contractualismo ilustrado, especialmente el de Rousseau y el pactismo o doctrina populista de la segunda escolástica y específicamente su exposición por Francisco Suárez, puede consultarse esquemáticamente a Stoetzer, O. C. (1982) *Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, pp. 48 y ss. También puede verse a Breña. *El primer liberalismo...*, op. cit., pp. 190 y ss.

<sup>273</sup> Sobre el pensamiento iusnaturalista moderno en torno a la reversión de la soberanía, con especial en S. Puffendorf, cfr. Stoetzer. *El pensamiento...*, op. cit., tomo I, pp. 194 y ss.

<sup>274</sup> Más allá de las diferencias entre sus respectivas teorías sobre la soberanía, el influjo, por ejemplo, de J.J. Burlamaqui sobre Rousseau es conocido, habiendo sido destacado originalmente por Domenico Rodari. Como observa con razón Chiamonte: “Aún la influencia misma de los grandes autores, Rousseau por ejemplo, es conveniente reubicarla sobre el trasfondo iusnaturalista de su obra...” José Chiamonte, C. 2002) “Fundamentos iusnaturalistas de los movimientos de Independencia” en Terán, M. y Serrano Ortega, J. A. (editores) *Las Guerras de Independencia en la América Española*. México. Editan El Colegio de Michoacán, la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo y el INAH-Conaculta, p. 108.

En todo caso, lo cierto es que la doctrina de la reversión de la soberanía propiamente procedía del pactismo de la segunda escolástica española.<sup>275</sup> De hecho, la doctrina pactista constituye el principal nutriente del discurso de Melchor de Talamantes.

Las anteriores influencias —que fueron también el contexto general y telón de fondo filosófico del discurso independentista en general— eclosionaron de un modo particular en Talamantes.

Por ello mismo, Ernesto de la Torre Villar observó, que dentro de su generación, nuestro personaje fue el “menos cauteloso”, quien expuso su pensamiento “con mayor libertad”, convirtiéndose así en una “voz precursora” de la independencia.<sup>276</sup> En ese mismo sentido, para Luis Villoro, fray Melchor fue el “más osado”. De hecho, fue de los pocos pensadores, que según José Miranda, se expresaron explícitamente en un “lenguaje francés ilustrado” con “resabios rousseauianos”.<sup>277</sup> En cualquier caso, como ha destacado con razón Roberto Breña, el ilustre mercedario fue el único “que se declaró a favor de la independencia”.<sup>278</sup>

Venturosamente, la determinación específica de las influencias del pensamiento del P. Melchor de Talamantes puede hacerse con relativa certidumbre, mediante la valoración de sus principales intereses y lecturas, así como tomando en cuenta el contenido de su propia biblioteca.

Por medio de la Causa instruida en su contra, sabemos de acuerdo a la propia declaración de fray Melchor que sus lecturas e intereses habían sido “*sovre materias Theologicas, de Religiosos, Historias, politicas, Phisicas, Medicas y de varia literatura*”, mientras que sus intereses han versado “*principalmente sovre puntos morales y de predicación... y sovre varios otros puntos sovre que le ha sido preciso escribir según las ocurrencias*”.<sup>279</sup>

Además, gracias a los documentos recogidos por José Toribio Medina, sabemos que Talamantes había leído antes de 1799 el *Contrato Social* de Rousseau, los *Establecimientos Americanos* del abad Guillermo Tomás Raynal y un libro bastante olvidado en nuestros días, que levantó una gran conmoción

---

<sup>275</sup> Cfr. por todos Stoetzer. *Las raíces escolásticas...*, op. cit.

<sup>276</sup> de la Torre. *La Constitución...*, op. cit., p. 31.

<sup>277</sup> Villoro. *El proceso...*, op. cit. p. 53, Miranda. “El influjo...”, op. cit., p. 266.

<sup>278</sup> Breña. *El primer liberalismo...*, op. cit., p. 342.

<sup>279</sup> Genaro García: En su tomo VII viene la causa completa, y en su declaración preparatoria en el punto 4º p. 24. AGN, Historia, caja 586, volúmenes 1 y 2, fojas 8-26 / Consultable también en el tomo VII de GGI.

en su tiempo: la *Historia del Año Dos Mil Cuatrocientos Cuarenta*, atribuido a Mercier.<sup>280</sup>

Por lo que respecta a la biblioteca y papeles personales del P. Talamantes, dentro del expediente que contiene su juicio se levantaron diversas diligencias,<sup>281</sup> de las que se desprende, en primer lugar, la variedad de conocimientos intelectuales y científicos del P. Talamantes, con cierto predominio —además de los textos religiosos— de la literatura, la lingüística, la retórica, la teología moral, la historia, la política, la geografía, la botánica y el derecho, así como el conocimiento del griego, del latín, del inglés y del francés, cuya lectura haría

<sup>280</sup> José Toribio Medina nos revela —como se adelantó— unos datos preciosos y muy poco conocidos entre nosotros sobre las lecturas del P. Talamantes; se refiere específicamente al barón Timoteo Nordenflicht, alemán de origen, que había sido contratado por la corona para pasar a Perú a establecer diversos adelantos científicos en materia de beneficio de metales. Antes de trasladarse, el barón obtuvo permiso para leer libros prohibidos, pero fue denunciado por Vicente Gil de Taboada de haberle prestado diversas obras de Voltaire y de Montesquieu al doctor Ramón de Rozas, abusando pues del permiso concedido. Los inquisidores iniciaron una causa contra Ramón de Rozas en 1799, por lectura de libros prohibidos. Lo interesante es que dentro del expediente de Rozas, obra la declaración del padre Camilo Henríquez, quien declaró en febrero de 1803: “hablando de libros prohibidos, que el *Contrato social* le tuvo en su cuarto como cosa de un día y lo llevo á él el padre Talamantes de la Merced, diciéndole que le llevaba á entregar al Barón Nordenflicht por encargo de don Ramón de Rozas.” Más aún, prosigue, que “el *Contrato social* de Ruzó... le entregó á Talamantes y ésete á don Ramón de Rozas, quienes le leyeron, según le aseguró el padre Talamantes”. Pero hay todavía más: “Que el dicho padre Talamantes le prestó la *Historia del año de dos mil cuatrocientos cuarenta*, justamente prohibida por el Santo Oficio, porque es de las más impías que se han dado á luz; que esta obra dijo el padre Talamantes la iba á encuadernar y regalarla á don Ramón Rozas, lo que expresó en presencia de don José Pérez. Que el dicho padre Talamantes prestó también al confesante un tomo de los *Establecimientos Americanos* por Raynal, diciéndole que la obra pertenecía al doctor don Ramón de Rozas.” Toribio Medina. *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición en Chile...*, op. cit., pp. 655 y 656.

<sup>281</sup> Las principales diligencias en las que consta el inventario de libros, legajos, mapas, muebles y enseres son: a) la *Certificación de los bienes que se encontraron en la casa y celda del P. Talamantes* del 19 de septiembre de 1808, b) el *Inventario de los papeles que los aprehensores del P. Talamantes condujeron el día de su prisión a la casa del Sr. Oidor D. Guillermo de Aguirre* del 20 de septiembre, c) los *Bienes exhibidos de orden de los Sres. Comisionados para que se le lleven a la prisión al P. Talamantes* del propio día 20, d) el *Inventario de libros y papeles* de 22 de septiembre de 1808, y, por último, e) la *Memoria de los papeles pertenecientes al P. Fr. Melchor Talamantes, Religioso Mercedario de la Provincia de Lima*, del 25 de abril de 1809. Cfr. “Causa instruida...” en *Documentos Históricas...*, op. cit., Cfr AGN, caja 586, dos volúmenes.

posiblemente auxiliado por los diccionarios y gramáticas que obraban entre sus volúmenes.<sup>282</sup>

De manera específica sobre los temas de soberanía, nación, colonialismo, independencia y constitución, pueden mencionarse las siguientes obras: la *Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias*, un tomo sobre *Teología Moral*, un tomo de *Derecho Público* y otro de *Ensayos sobre la Jurisprudencia* sin mención específica de sus autores, el tomo tercero de un libro de Heinecio —casi seguramente los *Elementa iuris naturae et gentium*— el *Espíritu de las Leyes* de Montesquieu, *La Riqueza de las Naciones* de Adam Smith y *La Alcira* de Voltaire, obra dramática sobre la libertad de los americanos.

---

<sup>282</sup> Entre las obras, papeles y enseres encontrados en la biblioteca de Melchor de Talamantes que fueron inventariadas dentro de la causa pueden citarse: Cuatro tomos de la *Recopilación de Las Leyes de Indias*, un *Atlas*, un tomo de *Gramática inglesa*, un compendio de *Gramática Griega*, la *Rusticatio Mexicana* de Rafael Landívar, un tomo de *Diurno*, los *Fastos de la Academia* —que fueron publicados por la Real Academia de Historia—, un tomo en latín de la *Dialogistica lingua latina exercitatio* de J.L. Vivis, un tomo de *Gramática castellana*, *Breviarios*, *Oficios de la Merced*, un tomo intitulado *Entretenimientos sobre la inmortalidad del alma*, *Apología de la Lengua Vascongada*, un tomo de *Diccionario de la Lengua Inglesa*, un tomo de el *Homo Atritus*, un volumen de Kempis, un tomo *Teatro Americano*, que era una descripción de los reinos y provincias de Nueva España, un tomo de *Historia de Teodoro el Grande*, el *Oficio de la Sangre de Cristo*, un volumen de *Observaciones sobre Ortografía*, dos tomos de la *Oratoria* de Quintiliano, un tomo en francés *Tratado sobre la perfección del estado eclesiástico*, un tomo de *La Riqueza de las Naciones*, otro volumen intitulado *Ensayo sobre la Jurisprudencia*, un quinto tomo sobre *Theología Moral*, un tomo de *Derecho Público*, un folio menor en pergamino de Joh Gottlieb Heinecii tomo tercero, cuatro tomos de un *Tratado de Retórica* de Blair, los *Centones Fornerianos*, otro volumen de *Elementos de Agricultura*, otro de *Descripciones de Plantas*, otro en pergamino titulado *Método para enseñar las bellas letras* tomo segundo, otro de *Estatutos del Colegio de Abogados*, otro de *Representaciones del Tribunal de Minería*, tres volúmenes de distintos *Sermones Panegíricos*, un tomo de *Curso de Botánica*, un tomo de *Tribulaciones de los Fieles de Asia*, *Misceláneas de Poesías* de Castro, un tomo en francés de Montesquieu *El Espíritu de las Leyes*, Legajos de Gacetas y Diarios, una caja de instrumentos matemáticos con veinte y nueve piezas de varios tamaños, también un Mapa grande *Carte generale sur le Territoire d'Orléans*, un *Plan Ychnographico de la Ciudad de Valladolid*. Dentro de una baúl cerrado con candado, se encontraron igualmente libros y papeles, que contenían diversos documentos sobre el tema de límites, incluyendo el *Diario de Derroteros Apostólicos y Militares*, *Documentos y la Historia del Nuevo México*, *Documentos de la Historia Eclesiástica y Civil de la Provincia de Texas*, unas *Memorias escritas para la Historia de la Provincia de Texas*, catorce mapas, Varios legajos, carpetas y papeles sobre el tema de límites, “un legajo de varios papeles que se creen prohibidos por el Santo Oficio, manuscritos algunos y dos impresos”, un libro de entradas y gastos, Varias cédulas y órdenes, varios viajes, varios mapas forrados, mapas grandes, varios escritos firmados bajo los seudónimo de Yrsa y de Toribio Marcelino Faraday, diversos decretos, documentos y representaciones. Cfr. “Causa instruida...” en *Documentos Históricos...*, op. cit., Cfr AGN, caja 586, dos volúmenes.

En mérito de lo anterior, tomando en cuenta sus intereses, lecturas y biblioteca, es posible afirmar que fray Melchor de Talamantes fue un pensador con una sólida formación teológica-moral, influida por la segunda escolástica española y por lo mismo arraigada en el método escolástico y en la filosofía perenne aristotélico-tomista.

Pero además, nos encontramos ante un religioso familiarizado con el derecho romano, canónico, natural y especialmente con el derecho indias.

Igualmente, se trata de un intelectual con amplios conocimientos de historia y actualidad política, económica y geográfica, que ha obtenido, al menos en parte, de autores ilustrados.

Por último, puede asegurarse que nuestro personaje se encuentra plenamente familiarizado con el pensamiento del Iluminismo en sus diversas vertientes: a) literaria (Voltaire), b) utópica (Mercier) y c) político-económica (Rousseau, Montesquieu, Smith y Raynal).

### C. SU PROYECTO POLÍTICO PARA MÉXICO Y LA AMÉRICA HISPANA

Por lo que hace a los escritos de fray Melchor de Talamantes relacionados con el tema de 1808, con motivo del registro que se hizo de su celda y estudio se le recogieron los siguientes: 1) *Primeras disposiciones para mantener este reino independiente de la dominación francesa* (una foja sin concluir), 2) *Congreso Nacional del Reino de Nueva España. Expónense brevemente los graves motivos de su urgente celebración, el modo de convocarlo, individuos que deben componerlo y asunto de sus deliberaciones.* (19 fojas, firmado por Yrsa, seudónimo), 3) *Reflexiones sobre las ocurrencias del día* (dos fojas), 4) *Cartas dirigidas al señor gobernador, intendente y brigadier don Roque Abarca* (cuatro fojas), 5) *Representación nacional de las colonias. Discurso filosófico dedicado al excelentísimo Ayuntamiento de la M.N.M.L.I. e Imp. Ciudad de México, capital del reino. Por Yrsa, verdadero patriota* (11 fojas), 6) *Contestación a la Junta de Gobierno de Sevilla de 17 de junio del presente año* (una foja), 7) *Memorias de varios asuntos que deben serlo de obras que es necesario trabajar de intento y publicar* (una foja), 8) *Cuestión importante sobre el regreso de Fernando VII a la España* (tres fojas sin terminar) y 9) *Advertencias Reservadas á los Habitantes de Nueva España acerca del Congreso General* (una foja sin terminar).<sup>283</sup>

<sup>283</sup> Cfr. "Causa instruida..." en *Documentos Históricos...*, op. cit., Cfr AGN, caja 586, dos volúmenes.

En este capítulo nos referiremos principalmente al *Congreso Nacional*, aunque remitiéndonos igualmente a los demás documentos, que indudablemente arrojan luz sobre la intención y extensión de muchos de sus planteamientos.

En primer lugar, conviene destacar la interpretación que el P. Talamantes hace de la situación política de su tiempo, así como el mismo destino final de sus planteamientos. Estos dos puntos los encontramos expresados, en términos inequívocos, en sus *Advertencias Reservadas*, en las que literalmente apunta:

*“aproximándose ya el tiempo de la independencia de este reino, debe procurarse que el congreso que se forme lleve en sí mismo, sin que pueda percibirse de los inadvertidos, las semillas de esa independencia sólida, durable y que pueda sostenerse sin dificultad y sin efusión de sangres.”*<sup>284</sup>

La anterior interpretación de la situación prevaleciente, parte del análisis exhaustivo que presenta el P. Talamantes dentro de su discurso filosófico-político sobre la *Representación Nacional*.

Dentro de dicho interesantísimo discurso, dedica la primera parte a exponer la naturaleza de las colonias, de las leyes coloniales y regionales y de la representación nacional, consagrándose en la segunda a desarrollar los casos en los cuales es lícito a las colonias separarse de su metrópoli.

A lo largo de la primera parte de la *Representación*, fray Melchor advierte en primer lugar la insubsistencia del gobierno colonial por virtud de las abdicaciones, pues: *“no existiendo el rey civilmente en la nación, tampoco pueden existir sus representantes.”*

De ahí deriva fray Melchor la consecuencia de que la representación —o soberanía— es revertida al pueblo, ofreciendo una noción amplia de la misma que justificaría, dentro de su *Congreso Nacional*, la necesidad de convocar a una Asamblea Legislativa para la Nueva España.

En las palabras del propio Talamantes:

*“Se entiende por ella [por representación nacional] el derecho que goza una sociedad para que se le mire como separada, libre*

---

<sup>284</sup> Las citas que se hacen de los textos de Talamantes, están tomadas del tomo VII de la obra de Genaro García y pueden confrontarse con los originales que se ubican en AGN, Historia, caja 586. Para no abultar el aparato crítico, se prescindirá en lo sucesivo su referencia en pies de página.

*e independiente de cualquier otra nación. Este derecho pende de tres principios: de la naturaleza, de la fuerza y de la política (...) [y consiste en] “la facultad de organizarse... de reglar y cimentar la administración pública... de reponer las leyes que faltasen, enmendar las defectuosas, anular las perjudiciales y expedir otras nuevas”.*

Por su parte, en la segunda parte de la *Representación*, Talamantes expone los casos en los que les es lícito a las colonias separarse de sus metrópolis, enumerando los siguientes: 1) Cuando las colonias se bastan a sí mismas, 2) Cuando las colonias son iguales o más poderosas que sus metrópolis, 3) Cuando las colonias difícilmente pueden ser gobernadas por sus metrópolis, 4) Cuando el simple gobierno de la metrópoli es incompatible con el bien general de las colonias, 5) Cuando las metrópolis son opresoras de sus colonias, 6) Cuando la metrópoli ha adoptado otra constitución política, 7) Cuando las primeras provincias que forman el cuerpo principal de la metrópoli se hacen entre sí independientes, 8) Cuando la metrópoli se sometiera voluntariamente a una dominación extranjera, 9) Cuando la metrópoli fuese subyugada por otra nación, 10) Cuando la metrópoli ha mudado de religión, 11) Cuando amenaza en la metrópoli mutación en el sistema religioso y 12) Cuando la separación de la metrópoli es exigida por el clamor general de los habitantes de la colonia.

Aunque, pretendidamente, nuestro personaje pretende en su discurso no pronunciarse respecto de la concurrencia de las anteriores causas en el caso de la Nueva España, da a entender —con absoluta e inequívoca claridad— la presencia de la mayor parte de las mismas —por no decir que de todas— hacia 1808.

A partir de los anteriores antecedentes y por lo que respecta específicamente al *Congreso Nacional del Reino de Nueva España*, tomando como premisa la representación o soberanía política de la que gozan las colonias en los casos en los que les es lícito separarse de su metrópoli, Talamantes se dedica a hacer una amplia exposición de los motivos que recomiendan la convocatoria de una Asamblea Soberana dentro del contexto político de 1808.

Inmediatamente, expone y desarrolla la manera en la que dicha asamblea debiera integrarse y funcionar, refiriendo por último los mismos asuntos sobre los que debiera ocuparse.

Se trata, en definitiva, del primer proyecto de organización político constitucional destinado a organizar la vida independiente de México a partir de la asunción de su propia soberanía.

A lo largo del *Congreso Nacional*, Talamantes despliega su amplio conocimiento de las instituciones políticas y jurídicas inglesas, francesas y nortea-

mericanas. Hace gala igualmente de sus excepcionales dotes y sentido práctico para la organización, que lo llevan a describir, de manera pormenorizada, una serie de necesidades y problemas, a cuyo examen y resolución se encontraría llamado el parlamento soberano propuesto.

El propósito de su *Congreso Nacional* es explícito: busca persuadir a los lectores sobre la necesidad de: a) designar ministros plenipotenciarios para buscar apoyos económicos y militares, b) organizar los recursos financieros del erario para emprender eventuales acciones militares defensivas y de apoyo a la metrópoli, c) legislar en diversas materias para arreglar mejor el comercio, la industria y el gobierno, en una situación en la que no se pueden escatimar los recursos y esfuerzos para salvaguardar la integridad de la colonia y, eventualmente, contribuir a la salvación de la metrópoli.

Ahora bien —razona Talamantes— como el nombramiento de embajadores, los acuerdos y alianzas internacionales en materia militar, económica y de empréstitos, la organización del gobierno, del comercio y de la industria y la propia preparación para la acción militar, son todos actos de soberanía, se impone la impostergable necesidad de convocar un Congreso Nacional o Asamblea Soberana, que supone en realidad una auténtica declaración de la independencia del reino colonial.

En las palabras de Melchor de Talamantes:

*“careciendo de libertad la metrópoli para ejercer su soberanía y obrar expeditamente, oprimida como se halla de las tropas francesas, las grandes posesiones de las Américas, parte importante de la nación, deben entrar en posesión de los primitivos y esenciales derechos de aquélla...”*

Al referirse particularmente al poder legislativo como expresión de la soberanía, Talamantes observa que *“éste es un poder que existe siempre radicalmente en la nación y a los monarcas se ha confiado solamente su ejercicio”*.

Continuando con su exposición, fray Melchor observa que la finalidad inmediata de la instalación del Congreso es la organización del gobierno para la defensa de la nación y eventualmente de la madre patria.

Sin embargo —y esto es fundamental— no se queda con dicha finalidad inmediata, sino que prosigue hasta expresar el fin último y natural de la representación nacional, en términos que resultan muy adelantados para su tiempo.

En efecto, para Melchor de Talamantes el Congreso deberá velar por *“la salud del Estado y el beneficio de la patria... el bien de todos los actuales habitantes, sin distinción de jerarquías, condiciones, naciones y sexos”*.

Sobre la integración del Congreso, muestra nuevamente su amplitud de miras, pues propone que concurren al mismo, tanto los estamentos medievales, cuanto las distintas autoridades políticas y eclesiásticas, lo mismo que diputados y representantes de villas y ciudades.

Así, propone que el Congreso sea integrado, en primer lugar, por el Virrey como su presidente. En segundo lugar convoca a los tenientes del ejército, los presidentes de Audiencias y los intendentes de ejército, así como a los gobernadores de las provincias y los oidores y alcaldes de corte de la capital. Llama también a su asamblea, para la representación de las Audiencias foráneas, a diputados por las mismas. Plantea la conveniencia de que acudan por igual todos los jefes de las primeras oficinas y tribunales del reino. No omite recomendar la asistencia de los títulos —es decir de los nobles— de Castilla. De la misma forma, plantea la elección de diputados, o sea, de representantes de las ciudades y villas. Por el estado eclesiástico, propone la participación del arzobispo y los obispos, de diputados de los cabildos de cada diócesis, pidiendo también la asistencia del cura más digno de cada diócesis, del inquisidor más antiguo, y de los generales y provinciales de las órdenes regulares. No desdeña tampoco a la *auctoritas scientia*, extendiendo por lo mismo la participación a los rectores de universidad. Por último, declara, que en todo caso y en aras de la mayor representatividad, sería prudente considerar a todos “*los demás que fuese oportuno*”.

Por lo que hace al funcionamiento y asuntos sobre los que habría de versar la actividad del Congreso, describe de manera amplia y completa, desde el protocolo para la celebración de los actos religiosos y el juramento de fidelidad al rey, hasta el mismo sello del reino, que según su parecer “*podrá ser un águila sobre un nopal, sosteniendo del pico, inclinado al lado opuesto del nopal, el escudo de armas de la España.*”

Respecto de las responsabilidades específicas de su Congreso, Talamantes proponía que se dedicara a organizar el gobierno, nombrando cuatro secretarios de despacho (negocios militares, civiles, eclesiásticos y de hacienda), para organizar después el ejército, confirmando por último a todos los funcionarios en ejercicio y supliendo tan solo las vacantes que existieran en los diferentes ramos y niveles.

Asimismo, a los efectos de reunir los recursos económicos necesarios para la defensa del reino —y en su caso para apoyar militarmente a la metrópoli— el Congreso debería tomar las providencias necesarias para promover el comercio, ordenando la excavación de minas de azogue y el cultivo de diversas especies, así como, desde luego, fijar los impuestos correspondientes sobre dichas actividades.

Es particularmente notable la recomendación de Talamantes en el sentido de que el Congreso también debería encargarse de designar plenipotenciarios, especialmente cerca del gobierno de Estados Unidos, para que “*reconozcan la independencia del Reino de Nueva España*”, así como para formar una alianza ofensiva, negociar un tratado de libre comercio y terminar la cuestión sobre los límites de Luisiana.

Asimismo, por lo que hace a la articulación de los reinos hispánicos, afirmando los vínculos de fraternidad que unen a las colonias ultramarinas y a la propia metrópoli, concibe su congreso como una asamblea preparatoria respecto de otra mayor que comprendiera el resto de los virreynatos bajo un espíritu de unión.

En sus propias palabras:

*“Y porque lo quatro Virreynatos de América son entre sí independientes y por la considerable distancia... sería imposible hacer en un punto determinado la convocación de los individuos que deben componer el Congreso General; siendo entre ellos el Reyno de la Nueva España el más antiguo é importante de estos dominios, deberá tomar el primero sus resoluciones y participarlas a los otros Virreynatos, para que se conformen a ellas y lleven todos un mismo espíritu de unión...”*

En síntesis: el Congreso Nacional de Melchor de Talamantes es en realidad el primer proyecto de organización constitucional para el México Independiente así como una invitación a la conformación de una especie de Comunidad Hispanoamericana de Reinos.

Lamentablemente, la forma en la que fue conjurado el activismo del partido criollo en 1808 canceló la posibilidad de una emancipación gradual, pacífica y conducida por las vías jurídicas e institucionales, que quizás hubiera asegurado un rumbo menos dramático a los acontecimientos posteriores.

También desafortunadamente, la contundencia con la que fue sofocado este primer intento de búsqueda de una mayor independencia, supuso que el pensamiento y los escritos del padre Talamantes no ejercieran una mayor influencia intelectual sobre las posteriores generaciones de líderes del movimiento emancipador.<sup>285</sup>

---

<sup>285</sup> “Cuando se levantaron en 1810 Hidalgo, Allende, Morelos y los demás próceres, ellos no conocieron el plan de Talamantes. Después quedó arrumbado en un archivo, sirviendo en un principio a la crítica de los enemigos de la independencia” Romero. “Fray Melchor...”, op. cit. p. 40.

No obstante y a pesar de que los acontecimientos históricos descritos impidieron que el *Congreso Nacional* y el propio Talamantes gozaran de una mejor fortuna, a su investigación histórica todavía le compete remediar el injusto olvido de este peruano ilustre, uno de los ideólogos más notables de la emancipación americana, promotor también de la configuración una comunidad hispanoamericana de naciones.



ESTE LIBRO SE TERMINÓ DE IMPRIMIR  
EN LOS TALLERES DE MULTIGRAFIK S.A.C.  
CALLE S/N MZ. 54 LOTE 25 A.H. HUÁSCAR  
(GRUPO 06 SECTOR A) - SAN JUAN DE LURIGANCHO  
CEL. 922 339 040 - MULTIGRAFIK.IMPRESORES@GMAIL.COM.  
ABRIL DE 2019.



La Integración Latinoamericana, como realidad que se ha concretado en múltiples organismos internacionales, uniones aduaneras y foros de cooperación como la OEA, CEPAL, CELAC, MERCOSUR, ALBA, AP, CAN, UNASUR, SICA o CARICOM, entre otras, y también como proyecto para reposicionar política y económicamente a nuestra región en el contexto mundial, requiere de un mayor conocimiento de su historia, arquitectura, funcionamiento, balance y perspectivas.

Para ello, el presente libro ofrece un panorama general del tema, presentando también los itinerarios, logros e insuficiencias de otros procesos de integración, especialmente de la Unión Europea.

Aunque la perspectiva de la obra es principalmente jurídica, se consideran especialmente sus implicaciones internacionales, geopolíticas y económicas, evitando el empleo de tecnicismos, por lo que su lectura es igualmente recomendable para abogados, que para politólogos, sociólogos, economistas o estudiosos de las relaciones internacionales. Adicionalmente, plantea una serie de reflexiones filosóficas e históricas sobre el derecho y el desarrollo de la tradición jurídica occidental, pues la globalización y la integración regional constituyen en realidad un nuevo paradigma para las ciencias jurídicas.

ISBN: 978-612-47979-0-3



9 786124 797903