

Red Internacional de Juristas para la Integración Americana

From the Selected Works of Juan Pablo Pampillo Baliño

2014

Apuntes de la Cátedra de Derecho Comparado

Juan Pablo Pampillo Baliño



Available at: https://works.bepress.com/juan_pablo_pampillo/109/

OBJETIVOS, TEMARIO Y LECTURAS PARA EL CURSO DERECHO COMPARADO

**ESCUELA LIBRE DE DERECHO
QUINTO AÑO, GRUPO “B”**

PROFESOR JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO

CURSO LECTIVO 2013-2014

OBJETIVOS Y METODOLOGÍA

Objetivos del curso.

- a) introducir a los alumnos en el contexto epistemológico y metodológico del derecho comparado y de la comparación jurídica, como un referente fundamental para la creación y la determinación del derecho, que les corresponderá desarrollar como juristas en todos los ámbitos de la actividad profesional,
- b) completar la formación de su criterio jurídico desarrollando el hábito reflexivo de índole comparatista –sincrónico y diacrónico- respecto de todas las soluciones, instituciones, reglas y procedimientos jurídicos,
- c) proporcionar a los estudiantes un andamiaje metodológico adecuado para realizar la comparación jurídica de ordenamientos, instituciones, reglas y principios jurídicos, en el contexto de las realidades sociales y culturales propias de cada tiempo y de cada lugar,
- d) enriquecer su cultura jurídica general mediante la aproximación a los principales rasgos de las diferentes familias jurídicas vivas, promoviendo la mejor comprensión de nuestra propia tradición a través de la contrastación de sus notas características con otras culturas jurídicas, entendiendo mejor la influencia de los contextos sociales y culturales como condicionantes de sus tipicidades y características diferenciales, pero advirtiendo también sus rasgos comunes, cuya comparación entre sí obedece a una necesidad de comprensión, enriquecimiento recíproco y contrapunto dialéctico,

f) desarrollar una mayor comprensión de la necesidad de mecanismos de articulación, armonización y diálogo entre los actores jurídicos dentro de los distintos ordenamientos, a efectos de aprovechar y reconducir la riqueza y la complejidad del pluralismo jurídico de nuestro tiempo en un mundo globalizado.

g) propiciar un acercamiento comparativo al tema que los estudiantes hayan seleccionado o se encuentren en vías de seleccionar para la investigación correspondiente a su tesis profesional y su(s) ámbito(s) de especialización.

Metodología.

a) En general, se parte –como se ha venido haciendo desde el curso de Historia- de la intuición de G. Vico en su Ciencia Nueva: la conveniencia de articular una triple reflexión, filosófica, histórica y comparativa, a efectos de descubrir los principios generales comunes de una jurisprudencia universal, bien que matizándola con los desarrollos de la ciencia del derecho comparado, cuyo desarrollo tiene lugar especialmente a partir del siglo XX y cuyos propósitos –más modestos- son promover la comprensión recíproca y la armonización entre ordenamientos jurídicos. Así pues, en una primera aproximación, la metodología propuesta parte del intento de abordar las similitudes y diferencias entre familias, ordenamientos, instituciones y reglas, desde la triple perspectiva de la filosofía, la historia y la comparación.

b) Adicionalmente, adoptando por analogía al ámbito de la ciencia jurídica la célebre Tesis Undécima de Karl Marx sobre Feuerbach (“los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo”), se pretende invitar a los alumnos a comprometerse, desde el método de la Prospectiva y de la Planeación Estratégica, a la construcción –a partir de la perspectiva amplia que nos ofrece la Ciencia Nueva de Vico- de un derecho más justo y más humano, que regule mejor la convivencia social, promoviendo la realización de todo el hombre para todos los hombres.

c) En tercer lugar, la metodología propuesta será necesariamente híbrida e interdisciplinaria, pues el derecho es una realidad anfibia, que pertenece igualmente al mundo de las realidades sociales empíricas y problemáticas, pero también al de las soluciones culturales, íntimamente vinculadas a las perspectivas axiológicas. Como puso de manifiesto el tridimensionalismo jurídico, en las palabras del iusfilósofo brasileño Miguel Reale, “el derecho es la integración normativa de hechos según valores”, lo que supone la necesidad de estudiarlo desde una triple perspectiva normativa (lógica deóntica), sociológica y cultural-axiológica. Y más allá de la postura iusfilosófica que decida asumirse frente al tridimensionalismo jurídico y las ulteriores escuelas integracionistas –*integrative jurisprudence*-, lo cierto es que la comparación jurídica no puede hacerse únicamente entre normas, sino que debe referirse también a contextos sociales y culturales específicos.

d) Finalmente, en cuarto lugar, se pretende plantear un método comparativo que recoja lo mejor de la evolución de la ciencia del derecho comparado en los últimos cien años (macrocomparación/microcomparación, enfoque factual-funcional *-challenge & response-*, modelos, comparabilidad, *tertium comparationis*, *legal formants*, meta-formantes, criptotipos, valoración y pronósticos, con otros esquemas ordenadores que se han desarrollado en el ámbito de la historia del derecho para la comparación sincrónica.

TEMARIO

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN

LECCIÓN I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO COMPARADO

Objetivo y fin del módulo: Presentar el temario, introducir la materia y su evaluación, acordar el contenido de la Lección IX, dimensionar la íntima relación de los ordenamientos jurídicos con la realidad social y los valores culturales, identificar la importancia y consecuencias del pluralismo jurídico, comprender el desarrollo científico de la ciencia del derecho comparado y la evolución del método comparativo.

A. Panorama general del curso.

B. Derecho, realidad y cultura.

C. El pluralismo jurídico y los derechos locales, nacionales, internacionales, supranacionales y extranjeros (coexistencia, articulación y diálogo).

C. Historia, desarrollo, concepto y funciones del derecho comparado, su enseñanza y su investigación.

D. Orígenes y evolución del método comparativo.

E. Macro-comparación: la noción axial de familia jurídica a partir de las fuentes, principios, fundamentos, estructura, metodología, tradición intelectual, enseñanza del derecho, ejercicio profesional y estilo.

F. Micro-comparación: proyecciones del método comparativo en los diversos ámbitos del derecho público, del derecho privado y del derecho social.

LECCIÓN II. OBJETO Y MÉTODO DEL DERECHO COMPARADO

Objetivo y fin del módulo: Comprender la estructura y dinamismo de los ordenamientos jurídicos, ubicar y clasificar las principales causas de la mutación jurídica, identificar los

cauces o modos de la evolución jurídica, analizar los principales métodos de la comparación jurídica y dimensionar su importancia y eficacia en el contexto del pluralismo jurídico.

A. De nuevo el derecho entre la realidad y cultura.

B. La estructura del derecho (reglas, instituciones, ordenamientos, familias y tradiciones jurídicas).

C. Causas habituales de la evolución jurídica (modificación de los hechos, valores e instrumentos).

D. Cauces habituales de la evolución jurídica (innovación, creación, difusión).

E. La evolución paradigmática de los ordenamientos jurídicos (metodologías y dogmáticas).

F. Identificación y caracterización general de las principales familias jurídicas contemporáneas.

G. Metodología jurídica (para la creación y la determinación del derecho así como para su reflexión) y propuesta metodológica comparatista (enfoque factual-funcional *-challenge & response-*, modelos, comparabilidad, *tertium comparationis*, *legal formants*, meta-formantes, criptotipos, valoración, pronósticos, esquemas ordenadores y estilos jurídicos).

H. Pluralismo jurídico, articulación entre ordenamientos, diálogo entre instancias creadoras y determinadoras del derecho y la nueva importancia los principios jurídicos.

SEGUNDA PARTE

FAMILIAS JURÍDICA CONTEMPORÁNEAS

LECCIÓN III. LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL

Objetivo y fin del módulo: Destacar los principales rasgos de nuestra tradición jurídica, en específico de la familia jurídica romano-germánico-canónica mediterránea, identificando sus perfiles, riqueza y ambivalencia, comprender el desenvolvimiento y agotamiento del paradigma de la codificación estatalista ante las nuevas realidades del mundo contemporáneo, advertir las características generales de la enseñanza del derecho y las profesiones jurídicas y apreciar las características diferenciales de la familia iberoamericana.

A. Caracterización general.

- B. La polivalencia de su sustrato clásico.
- C. Su heterogénea conformación en la Edad Media.
- D. Su paradójico desarrollo durante la Modernidad.
- E. La codificación y la dogmática positivista.
- F. Las familias jurídicas centroeuropea, mediterránea y nórdica.
- G. Fuentes, estructura, dinámica, interpretación y metodología del ordenamiento jurídico.
- H. Evolución histórica de la enseñanza del derecho y profesiones jurídicas
- I. Crisis, agotamiento y alternativas actuales de la tradición jurídica occidental.
- J. ¿Una familia jurídica iberoamericana?

LECCIÓN IV. LA FAMILIA DEL COMMON LAW

Objetivo y fin del módulo: Comprender las circunstancias históricas que dieron lugar a que dentro de la tradición jurídica occidental se desarrollara de manera parcialmente independiente la familia del *common law*, apreciar las verdaderas diferencias y similitudes entre la familia del *common law* y la del *civil law*, advirtiendo su progresivo acercamiento durante el siglo XX, ubicar las más destacadas peculiaridades de esta familia jurídica respecto de sus fuentes, estructura, dinámica, interpretación, enseñanza del derecho y ejercicio de las profesiones jurídicas y dimensionar su extensión en el mundo contemporáneo y su influencia en la conformación del derecho global de nuestro tiempo.

- A. Orígenes históricos y desarrollo
- B. El derecho inglés
- C. El derecho norteamericano
- D. Los derechos canadiense, australiano y neozelandés.
- E. *Common law*, *Statutory Law* y el método del caso y las técnicas de interpretación.
- F. *Jurisprudence* y *Legal Reasoning* como reflexión y como fuente formal del derecho.
- G. Fuentes, estructura, dinámica, interpretación y metodología del ordenamiento jurídico.
- H. Educación y profesión jurídica en la familia jurídica angloamericana.
- I. Acercamiento entre el *common law* y el *civil law* durante el siglo XX.

LECCIÓN V. OTRAS FAMILIAS JURÍDICAS

Objetivo y fin del módulo: Identificar las principales familias pertenecientes a tradiciones y culturas jurídicas distintas de la occidental, apreciar críticamente sus principales realizaciones y limitaciones, valorar la importancia del factor cultural religioso como formante dentro de estas familias para tratar de entender sus virtualidades como criptotipo dentro de nuestra cultura jurídica, reflexionar sobre la vigencia del legado filosófico y jurídico de la extinta familia jurídica soviética, escarbando en el pensamiento marxista leninista y su crítica al capitalismo occidental.

- A. Las familias religiosas, tradicionales o filosóficas: derecho musulmán y derecho hindú.
- B. Referencia general a los derechos hebreo y canónico, así como al derecho eclesiástico.
- C. Las familias híbridas: Israel, Japón, China y África.
- D. Aportaciones de la extinta familia del derecho soviético y, en general, del pensamiento jurídico marxista.

LECCIÓN VI. LA FAMILIA JURÍDICA SUPRANACIONAL

Objetivo y fin del módulo: Dimensionar la importancia de la “glocalización” (globalización y localismos) como doble proceso contrario geopolítico, económico, social y jurídico característico de nuestro tiempo, apreciar la trascendencia de la evolución del derecho internacional durante los últimos cien años destacando especialmente las virtualidades del nuevo derecho supranacional, apreciar el modo y la extensión en que los anteriores fenómenos exigen la transformación de la educación el ejercicio de las profesiones jurídicas.

- A. La globalización jurídica.
- B. El derecho internacional en los siglos XX y XXI.
- C. El nuevo derecho supranacional.
- D. El derecho cooperativo y de la integración jurídica.
- E. ¿Hacia un nuevo derecho global? (ciencia jurídica, jurisdicción y principios jurídicos)
- F. Fuentes, estructura, dinámica, interpretación y metodología del ordenamiento jurídico.

G. Retos para la enseñanza del derecho y profesión jurídica en un mundo global.

TERCERA PARTE

TEMAS SELECTOS DE DERECHO COMPARADO

LECCIÓN VII. LA INTEGRACIÓN JURÍDICA AMERICANA

Objetivo y fin del módulo: A partir de la experiencia jurídica europea y de los diferentes esquemas de integración jurídica vigentes en nuestro continente, tanto a nivel hemisférico como subregional, apreciar las realidades, tendencias y posibilidades para una eventual integración jurídica americana, así como los rasgos de un nuevo derecho común americano.

A. El derecho comunitario y común europeo.

B. El proceso histórico de integración americana (Iberoamérica, Pan-América, Latinoamérica y las Subregiones Norteamericana, Centroamericana, Caribeña, Andina y Austral; la nueva Subregión Asia-Pacífico).

C. Principales organismos de integración regional: SEGIB, OEA, CELAC, ALBA, TLCAN, SICA, CARICOM, CAN, MERCOSUR, UNASUR, AP, APEC, etcétera.

D. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

E. ¿Hacia una integración multinivel?

F. El nuevo *ius commune* americano.

G. Proyecciones en la educación y profesión jurídicas de la integración y derecho común americanos.

LECCIÓN VIII. EL DERECHO IBEROAMERICANO

Objetivo y fin del módulo: Explorar a fondo la tradición jurídica común de los países iberoamericanos investigando la eventual originalidad del desarrollo de su derecho público y privado y reflexionando sobre las posibilidades que las mismas abren para el derecho comparado en nuestra región.

A. Antecedentes, nutrientes y desenvolvimiento histórico del constitucionalismo iberoamericano.

B. Rasgos del nuevo constitucionalismo iberoamericano (formas de estado y de gobierno, democracia y transparencia, división de poderes, control constitucional y protección de los derechos humanos, apertura hacia la integración y control de convencionalidad, derechos indígenas, relaciones entre asociaciones religiosas y estados, educación pública).

C. Historia de la codificación del derecho privado en Iberoamérica.

D. Rasgos del nuevo derecho privado iberoamericano.

LECCIÓN IX. EXPOSICIÓN DE TEMAS SELECTOS POR PARTE DEL GRUPO

CONCLUSIONES Y EPÍLOGO

LISTADO DE FUENTES DE CONSULTA OBLIGATORIAS Y AMPLIADAS PARA EL CURSO DE DERECHO COMPARADO

I. FUENTES GENERALES Y BÁSICAS DE FÁCIL CONSULTA

Ricardo Alonso García. *Sistema Jurídico de la Unión Europea*. 3ª edición. Madrid. Thomson-Civitas. 2012.

Jesús Antonio Álvarez Román. *El Derecho en las Culturas Orientales*. Babilonia, Israel, el Mundo Árabe Islámico. México. Editorial Jus. 1983,

Mauro Cappelletti. *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*. (Cuatro estudios de Derecho Comparado). Traducción de Héctor Fix Fierro. México. Editorial Porrúa. 1993.

Jorge Carpizo. "Derecho Constitucional Latinoamericano y Comparado" en *Boletín de Derecho Comparado*. Número 114. México. IIJ-UNAM. 2005.

Leontin-Jean Constantinesco. *Tratado de Derecho Comparado*. Madrid. Editorial Tecnos. 1981.

René David. *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Traducción de Pedro Bravo Gala. Madrid. Editorial Aguilar. 1973.

Reyes Humberto De las Casas Duarte. *Derecho Islámico Comparado con el Derecho en México y España*. México. Porrúa e Instituto Internacional del Derecho y del Estado. 2004.

Rafael Domingo. *¿Qué es el derecho global?* 2ª edición. The Global Law Collection. Pamplona. Thomson Aranzadi. 2008.

José Noé Gómora Colín. *Influencia del Derecho Inglés en el Sistema Jurídico de Israel*. México. Editorial Porrúa. 2004

Arturo Jaime Lan Arredondo. *Sistemas Jurídicos. México. Oxford University Press*. 2007.

Enrique Linde Paniagua y Pilar Mellado Prado. *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*. Madrid. Editorial Colex. 2003.

José de Jesús López Monroy. *Sistema Jurídico del Common Law*. México. Editorial Porrúa. 2006.

John Henry Merryman y David S. Clark. *Comparative Law. Western European and Latin American Legal Systems. Cases and Materials*. Virginia. The Michie Company. 1978.

John Henry Merryman y Rogelio Pérez-Perdomo. *The Civil Law Tradition. An introduction to the Legal Systems of Europe and Latin America*. California. Stanford University Press. 2007.

Juan Pablo Pampillo Baliño y Ricardo Rabinovich-Berkman, (coordinadores del volumen). *Globalización Jurídica, Derecho Supranacional e Integración Regional* en Juan Pablo Pampillo Baliño y Manuel Munive Páez (Coordinadores Generales). *Obra Jurídica Enciclopédica en Homenaje al Primer Centenario de la Escuela Libre de Derecho*. México. Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho. 2012.

Juan Pablo Pampillo Baliño. *Hacia un nuevo Ius Commune Americano. Reflexiones y propuestas para la Integración Jurídica*. Bogotá. Editan la Pontificia Universidad Javeriana, la Escuela Libre de Derecho y Editorial Ibañez. 2012.

Juan Pablo Pampillo Baliño. *Historia General del Derecho*. México. Oxford University Press. 2008.

Juan Pablo Pampillo Baliño. *La Integración Jurídica Americana. Expresión de un Nuevo Derecho Global*. México. Escuela Libre de Derecho y Editorial Porrúa. 2012.

Juan Pablo Pampillo Baliño. “Reflexiones sobre el Constitucionalismo Latinoamericano” en *Memorias del III Congreso de Teoría Jurídica y Derecho Constitucional*. Bucaramanga. Universidad de Santander. 2012.

Juan Pablo Pampillo Baliño. “Retos y Proyecciones del Derecho Mercantil frente a la Globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática”, en *Panorama Internacional del Derecho Mercantil, Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2006.

Lucio Pegoraro y Angelo Rinella. *Introducción al derecho público comparado*. Traducción de César Astudillo. México. IIJ-UNAM. 2006.

Rogelio Pérez-Bustamante. *Historia Política y Jurídica de la Unión Europea*. Madrid. Edisofer. 2008.

Rogelio Pérez Perdomo. *Los abogados de América Latina. Una introducción histórica*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2004.

Calogero Pizzolo. *Derecho e Integración Regional. Comunidad Andina, Mercosur, SICA, Unión Europea*. Buenos Aires. Editorial Ediar. 2010.

Alexandro Pizzorusso. *Curso de Derecho Comparado*. Traducción Juana Bignozzi. Barcelona. Editorial Ariel. 1987.

Víctor Rojas Amandi. *Las Fuentes del Derecho en el Sistema Jurídico Angloamericano*. México. Editorial Porrúa. 2005.

Roberto Scarciglia. *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*. Madrid. Editorial Dykinson. 2011.

José María Serna de la Garza, (coordinador). *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México. IIJ-UNAM. 2005.

Consuelo Sirvent Gutiérrez. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. México. Editorial Porrúa. 2006.

Eric Tardif Chalifour. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos. (Derecho Comparado)*. México. Editorial Limusa. 2011.

Francisco Tomás y Valiente, Beatriz Bernal, Guillermo Floris Margadant, René David, John N. Hazard y Héctor Fix-Zamudio. *LXXV años de evolución jurídica en el Mundo. Historia del Derecho y Derecho Comparado*. México. IIJ-UNAM. 1979.

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.

José Humberto Zárata et. al. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. México. Editorial McGraw Hill. 1997.

Konrad Zweigert y Hein Kötz. *Introducción al Derecho Comparado*. Traducción Arturo Aparicio Vázquez. México. Oxford University Press. 2002.

II. FUENTES ESPECÍFICAS Y AMPLIADAS

Ricardo Alonso García. *Derecho Comunitario, Derechos Nacionales y Derecho Común Europeo*. Madrid. Editan el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y Editorial Civitas. 1989.

Ricardo Alonso García. *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y Jurisprudencia*, 3ª ed., Thomson Civitas. Madrid, 2006.

Enrique Ayala Mora. *Enseñanza de Integración en los Países Andinos*. Quito. Comunidad Andina. 2007.

Zygmunt Bauman. *La Globalización. Consecuencias humanas*, Traducción de Daniel Zdzunaisky. México. Editorial Fondo de Cultura Económica. México. 2006.

Ulrico Beck. *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Traducción de Bernardo Moreno y Ma. Rosa Borrás. Barcelona. Editorial Paidós. 1998.

Alberto B. Bianchi. *Historia Constitucional de los Estados Unidos*. 2 tomos. Buenos Aires. Ediciones Cathedra Jurídica. 2008.

Alberto B. Bianchi. *Historia de la Formación Constitucional del Reino Unido*. Buenos Aires. Ediciones Cathedra Jurídica. 2009.

Germán J. Bidart Campos y Walter F. Carnota. *Derecho Constitucional Comparado*. 2 tomos. Buenos Aires. Editorial Ediar. 2001.

Paolo Biscaretti di Ruffia. *Introducción al derecho constitucional comparado*. Traducción de Héctor Fix-Zamudio. México. Fondo de Cultura Económica. 1996.

Bernardino Bravo Lira. *El Estado Constitucional en Hispanoamérica 1811-1991*. México. Escuela Libre de Derecho. 1992.

Carlos G. Cabrera Beck. *El Nuevo Federalismo Internacional*. México. Editorial Porrúa. 2005.

Sergio Cámara Lapuente, (coordinador). *Derecho Privado Europeo*. Madrid. Editorial Colex-2003.

Mar Campins-Eritja. *Proceso de Integración en la Unión Europea*. Barcelona. Editorial J.M. Bosch. 1996.

Carlo Augusto Cannata. *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*. Traducción Laura Gutiérrez-Masson. Madrid. Editorial Tecnos. 1996.

Bartolomé Clavero. *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre constituciones mestizas*. México. Siglo XXI. 2008.

Helmut Coing. *Derecho Privado Europeo*, Traducción de Antonio Pérez Martín. Madrid. Edita la Fundación Cultural del Notariado. 1996.

Antonio Colomer Viadel. *Introducción al Constitucionalismo Iberoamericano*. México. Editorial Trillas. 2009.

Francisco R. Dávila Aldás. *Globalización-Integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, Editorial Fontamara, México, 2002.

Germán A. De la Reza. *Integración Económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, Editan la UAM y Plaza y Valdés, México, 2006.

María Dolores Díaz-Ambrona Bajadí, (directora). *Derecho Civil Comunitario*, Editorial Colex, Madrid, 2001.

Xavier Díez de Urduvia. *El Estado en el contexto global*. México. Editorial Porrúa. 2008.

Carlos Humberto Durand. *Derecho Indígena*, Editorial Porrúa, México, 2005.

Neil Duxbury. *Patterns of American Jurisprudence*. New York. Clarendon Press. 1995.

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*, Editorial Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma 'TorVergata'-CNR. México, 2006.

Josef Esser. *Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado*, Trad. Eduardo Valentí Fiol, Editorial Bosch, Barcelona, 1961.

José Eduardo Faria. *El derecho en la economía globalizada*, Trad. Carlos Lema, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

Guido Fassò. *Historia de la Filosofía del Derecho*. Traducción de José F. Lorca Navarrete. Tercera edición. Madrid. Ediciones Pirámide. 1983.

Francisco Fernández Salgado. *El Federalismo en América Latina*. México. UNAM. 2003.

Héctor Fix-Fierro, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo, (editores), *Culturas Jurídicas Latinas de Europa y América en Tiempos de Globalización*, UNAM, México, 2003.

Héctor Fix-Fierro y Sergio López Ayllón. "El Impacto de la Globalización en la Reforma del Estado y el Derecho en América Latina" en *El Papel del Derecho Internacional en América. La soberanía nacional en la era de la integración regional*, Editan la UNAM y The American Society of International Law, México, 1997.

Lawrence M. Friedman. *Breve historia del derecho estadounidense*. México. IJ-UNAM. 2007.

Francesco Galgano. *La globalizzazione nello specchio del diritto*. Bologna. Il Mulino. 2005.

Raúl Granillo Ocampo. *Derecho Público de la Integración*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma. 2007.

Paolo Grossi. *De la Codificación a la Globalización del Derecho*. Traducción de Rafael D. García P. Navarra. Thomson Aranzadi. 2010.

Paolo Grossi. *El Orden Jurídico Medieval*. Traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez. Madrid. Edita Marcial Pons. 1996.

Paolo Grossi. *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Trad. Manuel Martínez Neira, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Romano Guardini. *El Ocaso de la Modernidad. Un intento de orientación*. Madrid. Ediciones Guadarrama.

Juan de Dios Gutiérrez Baylón. *Sistema Jurídico de las Naciones Unidas*. México. Editorial Porrúa e ITAM. 2007

Alejandro Guzmán Brito. *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.

Alejandro Guzmán Brito. “*Mos Latinoamericanus Iura Legendi*” en David Fabio Esborraz (coordinador), *Sistema Jurídico Latinoamericano y Unificación del Derecho, Cuadernos del Curso*

de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina, Editorial Porrúa y Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma 'TorVergata'-CNR., México 2006.

Peter Häberle y Markus Kotzur. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, Traducción de Héctor Fix-Fierro. México. UNAM. 2003.

Peter Häberle, Jürgen Habermas, Luigi Ferrajoli y Ermanno Vitale. *La constitucionalización de Europa*, Miguel Carbonell y Pedro Salazar (editores), UNAM, México, 2004.

Peter Häberle. *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, Trad. Emilio Mikunda, Editorial Tecnos, Madrid, 2002.

Carlos Hakansson Nieto. *Curso de Derecho Constitucional*. 2ª edición. Lima. Editorial Palestra. 2012.

Eva Hanks et. al. *Elements of Law*. Cincinnati. Lexis Nexis. Anderson Publishing Co. / Lexis Nexis. 1994. Part I. The Common Law.

Waldemar Hummer y Markus Frischhut. *Derechos Humanos e Integración*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar. 2004.

Natalino Irti. *La edad de la descodificación*, Trad. ROJO, Luis, Editorial Bosch, Barcelona, 1992.

Guy Isaac. *Manual de Derecho Comunitario General*. Barcelona. Editorial Ariel. 2000.

Carlos Jiménez Piernas, (coordinador). *Iniciación a la práctica en Derecho internacional y Derecho comunitario europeo*, Editan la Universidad Alcalá y Marcial Pons, Madrid, 2003.

Paul Koschaker. *Europa y el derecho romano*. Traducción de José Santa Cruz Teijeiro. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado. 1955.

John H. Lanbein, Renée Lettow y Bruce P. Smith. *History of the Common Law. The Development of Anglo-American Legal Institutions*. New York. Wolters Kluwer. 2009.

Karl Larenz. *Metodología de la ciencia del derecho*. Traducción de Enrique Gimbernat Ordeig. Barcelona. Editorial Ariel. 1966.

Florence Léze, 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.

Enrique Linde. et. al., *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos*, Editorial Civitas, Madrid, 1979.

Sergio López Ayllón. *Globalización, Estado de Derecho y Seguridad Jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.

Giovanni Luchetti e Aldo Petrucci. *Fondamenti di Diritto Contrattuale Europeo. Dallera diciromane al proetto dei Principles of European Contract Law Della Commissione Lando*, Patron Editore, Bologna, 2006.

Araceli Mangas Martín. *La Constitución Europea*, Editorial Iustel, Madrid, 2005.

Guillermo F. Margadant. *La Segunda Vida del Derecho Romano*. México. Edita Miguel Ángel Porrúa. 1986.

Luis Felipe Martí Borbolla. *La Reinención de la Soberanía en la Globalización*. México. Editorial Porrúa. 2007.

Matthew C. Mirow. *Latin American Law. A History of Private Law and Institutions in Spanish America*, University of Texas Press, Austin, 2004.

Mario Melgar Adalid. *La Suprema Corte de Estados Unidos*. México. IIJ-UNAM y Porrúa. 2012.

Marta Morineau. *Una introducción al Common Law*. México. IIJ UNAM. 1998.

Antonio Mostaza Rodríguez et. al. *Nuevo Derecho Canónico. Manual Universitario*. Madrid. Editorial Biblioteca de Autores Cristianos. 1983.

María Teresa Moya Domínguez. *Derecho de la Integración. Mercosur, Unión Europea y Comunidad Andina. Estudio Comparado*, Editorial EDIAR, Buenos Aires, 2006.

Sandra C. Negro, (directora). *Derecho de la Integración*. Buenos Aires. Euros Editores. 2010.

Arturo Oropeza García, (coordinador). *Latinoamérica frente al espejo de su integración, 1810-2010*. México. IIJ-UNAM, SER. 2010

Loretta Ortíz 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 ed., Editorial Themis, México, 1998.

Juan Pablo Pampillo Baliño. “El constitucionalismo mexicano: paralelismos y diferencias con el constitucionalismo colombiano” en *Memorias del X Seminario Internacional de Derecho Constitucional*. Medellín. Universidad de Medellín 2012.

Rébecca-Emmanuéla Papadopoulou. *Principes Généraux du Droit et Droit Communautaire. Origines et concrétisation*, Etablissements Emile Bruylant, Bruselas, 1996.

José A. Pastor Ridruejo. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. 9ª edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2003.

José Manuel Peláez Marón. *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, Madrid, 2000.

Carlos Maria Pelayo Moller. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2011.

Ricardo Rabinovich-Berkman. *Principios generales del derecho latinoamericano*. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2006.

Gregorio Roblés Morchón. *Pluralismo Jurídico y Relaciones Intersistémicas, Ensayo de una teoría comunicacional del derecho*, Thomson-Civitas, Navarra, 2007.

José María Rodríguez Paniagua. *Historia del Pensamiento Jurídico*. Quinta edición. Madrid. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.

Germánico Salgado. *El Grupo Andino. Eslabón hacia la integración de Sudamérica*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. 2007.

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.

Jorge Sánchez Cordero. *Los Informes Doing Business del Banco Mundial. Reflexiones Mexicanas*, IIJ-UNAM, México, 2006.

Jorge Sánchez Cordero, (traductor y editor). *Los sistemas de derecho de tradición civilista en predicamento*, Trabajos de la Asociación Henri Capitant. IIJ-UNAM, México, 2006.

Boaventura de Sousa Santos. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Traducción Carlos Lema. Bogotá. ILSA. 2009.

Giovanni Sartori. *Ingeniería constitucional comparada*. México. Fondo de Cultura Económica. 1996.

José Isidro Saucedo González. *Posibilidades de un Estado comunitario hispanoamericano*, IIJ-UNAM, México, 1999.

Ricardo Schembri Carrasquilla. *Teoría Jurídica de la Integración Latinoamericana*. Sao Paulo. Parlamento Latinoamericano. 2001.

Sandro Schipani. *La Codificazione del Diritto Romano Comune*. Torino. Giappichelli Editore. 1999.

Reiner Schulze. (ed). *Common Frame of Reference Existing EC Contract Law*. Munich. Sellier. 2008.

Reiner Schulze y Reinhard Zimmermann. *Textos Básicos de Derecho Privado Europeo*, Presentación, estudio preliminar y anotaciones por Esther Arroyo I. Amayuelas, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2002.

María Serna de la Garza, (coordinador). *Derecho comparado Asia-México. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, UNAM, México, 2007.

Max Sorensen. *Manual de Derecho Internacional Público*. México. Fondo de Cultura Económica. 1994.

John Alberto Tito. *Modernización e Integración del Derecho Contractual Latinoamericano*. Barranquilla. Uninorte y Grupo Editorial Ibáñez. 2012.

Eric Tremolada Álvarez. *El derecho andino en Colombia*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 2006.

Antonio Truyol. *La Integración Europea. Idea y realidad*. Madrid. Editorial Tecnos. 1992.

Diego Valadés y Miguel Carbonell, (coordinadores). *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*. México. IJ-UNAM. 2004.

José Guillermo Vallarta Plata. *Introducción al Estudio del Derecho Constitucional Comparado*. México. Editorial Porrúa. 2002.

Raoul C. Van Caenegem. *Pasado y Futuro del Derecho Europeo*. Trad. Luis Díez Picazo. Madrid. Civitas. Editorial 2003.

Alfred Verdross. *La filosofía del derecho del mundo occidental*. Traducción de Mario de la Cueva. Segunda edición. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 1982.

José Vidal Beneyto. et al, *Hacia una Corte de Justicia Latinoamericana*, Fundación Amela, Valencia, 2009.

Gregorio Vidal (coordinador), *ALCA, Procesos de integración y regionalización en América*, Editan la Cámara de Diputados, UAM, INTAM y Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.

Edgar Vieira Posada. *La formación de espacios regionales en la integración de América Latina*, Pontificia Universidad Javeriana y Convenio Andrés Bello, Bogotá, 2008.

Rodolfo Luis Vigo. *De la Ley al Derecho*. México. Editorial Porrúa. 2003.

Darío Villarreal Villarreal. *Derecho de los Tratados en las Constituciones de América*. México. Editorial Porrúa. 2004.

Franz Wieacker. *Historia del derecho privado de la edad moderna*. Traducción de Francisco Fernández Jardón. Madrid. Editorial Aguilar. 1957.

Jorge Witker, (editor). *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, UNAM, México, 1993.

Jorge Witker y Arturo Oropeza, (coordinadores). *México-Mercosur. Los retos de su integración*, Editan el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2004.

Antonio Carlos Wolkmer. et. al. *Pluralismo Jurídico*. Sao Paulo. Editora Saraiva. 2010.

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

Danilo Zolo. *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Trad. Roger Campione. Madrid. Editorial Dykinson. 2005.

**APUNTES DE LA CÁTEDRA DE
DERECHO COMPARADO
IMPARTIDA POR EL PROFESOR
JUAN PABLO PAMPILLO BALIÑO¹**

Introducción.

El Derecho Comparado ha sido una materia fundamental para el desarrollo jurídico a lo largo de la historia, pese a su reciente aparición como una asignatura dotada de autonomía científica y método propio.

Como antecedentes remotos del Derecho Comparado se pueden citar dos ejemplos:

- a) Aristóteles, en su *Política*, realizó una comparación de la constitución ateniense con otras 150 constituciones.
- b) En el Derecho Romano, el '*ius gentium*' y el '*ius honorarium*', el primero como el derecho propio de los no romanos y el segundo como el derecho desarrollado por el pretor a partir del derecho de gentes y de su mayor flexibilidad.

Nuestro ordenamiento jurídico deriva del *ius commune* europeo que es la base de la Tradición Jurídica Occidental; el *ius commune* (derecho común) supuso la articulación –y asimilación– de una gran diversidad de *iura propria* (derechos propios) –como los derechos germánicos, el

¹ TOMADOS POR LOS ALUMNOS STEPHANIE GARDUÑO, ANA MARÍA GARCÍA Y ALONSO ZÁRATE UGALDE Y REVISADOS PARA EL EXAMEN POR EL PROFESOR TITULAR Escuela Libre de Derecho / Curso lectivo 2013-2014. Estos apuntes constituyen un documento de trabajo pendiente de ulterior reelaboración.

derecho feudal, los derechos municipales de las ciudades, el *ius mercatorum* y el *ius canonicum*- conformando un ordenamiento plural, pero armónico. En la configuración del *ius commune* también fue muy importante la comparación jurídica, dando lugar a la conformación de un derecho y de una ciencia jurídica netamente europeas.

Cuando el Estado Moderno Contemporáneo, hacia la época de la Codificación (s. XIX), expropió el derecho, nacionalizándolo, la ciencia jurídica y su método de estudio cambiaron por completo. El derecho se identificó reductivamente con la ley estatal y se difuminó el interés en la comparación jurídica a partir de la nacionalización de las fuentes de producción jurídica.

Sin embargo, en nuestro tiempo, particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, la Globalización y con ella la crisis del Estado Moderno, ha venido promoviendo la formación de una comunidad internacional organizada a nivel universal y regional, que ha propiciado un renovado y creciente interés en el Derecho Comparado.

El Derecho Comparado, como materia de estudio, nos presenta dos virtudes:

- a) Una virtud formativa, es decir, auxiliar en la estructuración –formación- de la mente jurídica, habilitándola para recibir más adecuadamente los contenidos –información- del derecho. Las materias jurídicas pueden ser clasificadas en formativas e informativas; las primeras preparan –forman- la mente del jurista como recipiente precisamente idóneo para recibir convenientemente los contenidos e informaciones que proporcionan las segundas.
- b) Una virtud crítica, es decir, conformadora de un discernimiento o criterio jurídico.

El Derecho Comparado, como asignatura formativa y crítica, es también una materia que profundiza en la conciencia del derecho y en la identidad del jurista, permitiéndole adquirir una serie de a) conocimientos, b) habilidades y c) valores, que son los propios del estudioso del derecho.

Tanto la Historia del Derecho como la Filosofía Jurídica comparten esas dos características; pero además, el Derecho Comparado ensancha el horizonte de pensamiento del jurista, llevándolo a entender mejor su propio ordenamiento jurídico, pero también su relación con otras dimensiones de la sociedad y la cultura, como la economía y la política.

El estudio del Derecho Comparado lleva a la reivindicación del jurista como diseñador de las soluciones a un conflicto presentado por la realidad.

Los objetivos principales del estudio del Derecho Comparado son;

- a) Objetivo teórico: el puro conocimiento, es una rama del Derecho y por lo tanto un objeto de conocimiento que tiene valor en sí mismo. El Derecho Comparado sirve para el conocimiento y estructura de los derechos, así como para la comprensión de los ordenamientos nacionales. Es una especie de filosofía del derecho positivo.
- b) Sirve para la formación integral del abogado o del jurista tanto práctica como teórica.
- c) Objetivo práctico: es decir, un instrumento al servicio de los creadores y determinadores del Derecho, del legislador, del juez, del jurista, etc, es decir, sirve como criterio legislativo, judicial y del jurista o doctrinario.

El Método del Derecho Comparado.

La comparación jurídica involucra el análisis y la contrastación de por lo menos dos ordenamientos jurídicos. Puede hacerse y se ha hecho de manera horizontal o sincrónica, es decir, comparando ordenamientos jurídicos vigentes, o de manera vertical y diacrónica, es

decir histórica, o sea comparando ordenamientos jurídicos vigentes con ordenamientos jurídicos históricos o comparando ordenamientos jurídicos históricos entre sí. Por eso se ha afirmado que el Derecho Comparado y la Historia del Derecho son asignaturas hermanas y hasta gemelas, pues su objeto es la comparación jurídica, sincrónica, en el primer caso y diacrónica, en el segundo. Lo cierto es que, sobre todo el Derecho Comparado, necesita de la Historia del Derecho, pues la comparación jurídica entre ordenamientos, para ser completa, requiere de un plano cartesiano que sume la perspectiva sincrónica a la diacrónica o histórica.

Entonces, la comparación jurídica puede ser:

- a) Diacrónica: que es histórica y vertical
- b) Sincrónica: que se comparan ordenamientos jurídicos, positivos y vigentes. Aquí es donde la comparación propiamente dicha se lleva a cabo, aunque en realidad no puede ser, ni debe ser completamente sincrónica, también debe ser histórica.

Estos tipos de métodos de comparación son aplicables a todas las figuras jurídicas, instituciones y elementos.

El Derecho Comparado tiene que ser una materia que abarque la dimensión diacrónica y sincrónica al mismo tiempo.

El origen del Derecho Comparado como rama jurídica autónoma, o ciencia jurídica especializada, data de comienzos del siglo XX, con el Congreso Internacional de Derecho Comparado, celebrado en París en 1900. Precisamente a finales del siglo XIX y principios del XX nació un nuevo movimiento doctrinal jurídico, una corriente reformadora que aporta una dimensión científica al derecho y permite un estudio metódico del mismo que se enriquece con puntos de vista de la sociología, la filosofía y el derecho comparado, lo que

constituirá una gran innovación. Entre las grandes figuras innovadoras estarán Raymundo Saleilles, François Gény, Marcel Planiol y René Demogue.

A partir del Congreso de París surgió la siguiente disyuntiva, que ocupó a los comparatistas durante por lo menos medio siglo: ¿El Derecho Comparado es una ciencia jurídica autónoma o es más bien un método, el método comparativo, aplicable a las demás ciencias jurídicas especializadas? En definitiva, ¿cuál es el objeto de nuestro estudio: el Derecho Comparado como ciencia, o la Comparación Jurídica como método?

En realidad se trataba de una falsa disyuntiva que consistió –como si fuera posible- en separar el método comparativo, como instrumento, del Derecho Comparado, como ciencia.

Al ser método, nos referimos a una aproximación del Derecho, sin embargo también como ciencia es un objeto epistemológico susceptible de ser estudiada por sí misma, es decir, tiene autonomía. Se trata, por lo tanto, de una relación interdependiente, es decir, son dos caras de una misma moneda.

Existe pues una Ciencia del Derecho Comparado, que se ocupa: a) del Método Comparado, b) de los principales Conceptos, c) de la Macrocomparación –a la que posteriormente nos referiremos con mayor amplitud- como aquella que nos permite identificar los elementos conforme a los cuales podemos referirnos a diversas Tradiciones, Familias y Ordenamientos Jurídicos.

Pero también existe un Método Comparativo que nos sirve para la Comparación Jurídica, es decir, un método y una técnica, desarrollados por la Ciencia del Derecho Comparado, que puede ser aplicado dentro del ámbito propio de las demás ramas del Derecho (vgr. el Derecho

Constitucional, o el Derecho Civil), para realizar una Microcomparación, es decir, la comparación entre ideas, métodos, conceptos e instituciones propios de dichas asignaturas específicas y que eventualmente puede dar lugar a la conformación de ámbitos epistemológicos híbridos y especializados, como por ejemplo, la Ciencia del Derecho Constitucional Comparado, la Ciencia del Derecho Civil Comparado, de manera semejante a cuando aplicamos otros Métodos (vgr. el Método Histórico-Jurídico) a las Ciencias Jurídicas Especializadas, teniendo la Historia del Derecho Constitucional o la Historia del Derecho Civil.

La Ciencia del Derecho Comparado representa importantes auxilios para los operadores jurídicos prácticos, ya que Determinar el Derecho no es igual a Aplicar la Ley. No pueden considerarse como actividades equivalentes o idénticas. Es misión de los operadores jurídicos, la determinación del derecho, es decir, encontrar la respuesta a la pregunta cuál es el derecho aplicable. Los jueces, las autoridades administrativas y los notarios son los principales operadores prácticos del Derecho, que realizan una actividad “determinadora” del derecho y no puramente “aplicativa” de la ley; su actividad su es mecánica (legisdicción) sino recreativa (jurisdicción).

El conocimiento del Derecho Comparado es una de las características que distingue a los juristas, que tienen un conocimiento amplio del Derecho

Reivindicación del Jurista; su formación y el Derecho Comparado

Durante la vigencia del *ius commune* europeo, como se verá más adelante, el Derecho, en las Universidades Bajomedievales de los siglos XI a XIII, se estudiaba a través de la *lectio* y de la *quaestio*; por eso los juristas eran capaces de leer con la misma soltura los textos de la cultura y los problemas de la realidad.

- a) La *Lectio*: El mundo de la cultura ofrece soluciones que se vierten en reglas, por lo tanto es importante saber lo que dicen los textos jurídicos, a través de una lectura exhaustiva. Con el tiempo se deformó, terminado como un ejercicio memorístico de las leyes. Sin embargo, originariamente, el *magister* exponía a los estudiantes, distintos temas que fueron objeto de lectura –*lectio*- y a través de ella se preserva y se recrea la cultura, se transmitían los textos –la cultura- jurídicos y con ellos los métodos y las técnicas para cifrar y descifrar los signos, símbolos y señales contenidos en los textos. No era una mera preservación de la cultura, sino que era eminentemente recreativa. Tenemos a la ‘hermeneusis’, que como veremos, es la idea del mensajero del conocimiento por revelación. Se aprende a través de la ‘hermeneusis’, los textos, desarrollando la capacidad de entender el texto en su contexto (preservación de la cultura), pero también la capacidad de descontextualizarlos para aprovecharlos en el propio contexto (recreación y actualización de la cultura), pues la cultura es solución donde la realidad es problema y en ese sentido, la cultura debe adaptarse a la realidad.
- b) La *Quaestio*: Enfocada en el mundo de la realidad, esto es, a los problemas que pretenden ser regulados y solucionados por el Derecho. Es entendida como una lectura de la realidad, por lo tanto se materializa con la formulación de preguntas referentes a problemas concretos. Eran disputas en las que los profesores orientaban a los alumnos para que identificaran la realidad.

Lo cierto es que la *Quaestio* fue relegada a partir de la Codificación Decimonónica en sus dos vertientes (Francesa de 1804 y Alemana de 1900), dada la identificación reductiva del Derecho con la Ley, promovida sobre todo por la Escuela de la Exégesis Francesa. Al producirse dicha identificación reductiva, el Derecho dejó de estudiarse en la realidad (*Quaestio*), agotándose su aprendizaje en uno sólo de los ámbitos de la cultura (*Lectio*), el de la ley, abandonándose otros de la mayor importancia como la Doctrina Científica y los Principios Generales del Derecho.

Así surgieron las Escuelas de Leyes –independientemente de que pasaran a denominarse así, o continuaran ostentando su denominación, para entonces vacía, de Escuelas de Jurisprudencia o de Derecho- donde se educaron los ‘legistas’ o leguleyos, que redujeron sus conocimientos a la ley.

A diferencia del legista, el jurista es un humanista. Bártolo de Sassoferrato consideraba que el estudio y los conocimientos que un jurista tiene del derecho, tienen tres dimensiones:

- a) Una dimensión científica; el derecho como ciencia, como conocimiento causal, explicativa, metódico.
- b) Una dimensión sapiencial o reflexiva, desde las humanidades, particularmente desde la Historia y la Filosofía, que permiten entender las razones, los fundamentos, los por qué, los para qué.
- c) Una dimensión artística, entendida como técnica, el *ars iuris* como el método y la técnica para la instrumentación de los ordenamientos jurídicos, para la creación y la determinación del derecho.

Obviamente, Bártolo partía de Ulpiano quien definía al Derecho como “*Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*”, esto es, la jurisprudencia es el conocimiento de las cosas divinas y humanas, la ciencia de lo justo y de lo injusto, que consiste en el *aequum ab iniquo separantes licito ab illicito discernentes*, es decir, en la distinción entre lo equitativo y lo inequitativo y la separación entre lo justo y lo injusto. (Digesto 1, 1, 10, 2)

Con el conocimiento de lo humano, Ulpiano hace referencia al conocimiento que el jurista debe tener del hombre, de sus grandezas (*divinarum*) y de sus miserias (*humanarum*); sin ser un antropólogo, ni un psicólogo, ni un sociólogo, ni un economista, ni un político profesionales, sin embargo, el jurista debe tener ciertos mínimos conocimientos (*reorum*

notitia) sobre el hombre, su naturaleza y los problemas suscitados por la convivencia. La prudencia del derecho (*iurisprudencia*) no es pues una ciencia de especialistas, sino en todo caso de generalistas-especialistas, pues no se puede reflexionar, enseñar o practicar el derecho fiscal sin saber de finanzas, ni el derecho marítimo sin saber de navegación, pero igualmente, finanzas y navegación deben entenderse dentro del contexto aún más amplio de la convivencia, del entrecruzamiento de los intereses, etcétera. El estudio de lo justo y de lo injusto se traduce en la dualidad de objeto de la ciencia jurídica: lo justo y lo injusto, lo jurídico y lo es antijurídico (*iusti atque iniusti scientia*), para promover y premiar lo primero, para prevenir y sancionar lo segundo.

Por último, la distinción entre lo equitativo y lo inequitativo y la separación entre lo lícito y lo ilícito, se traduce en que la ciencia jurídica tiene ciertas formas (las reglas culturales de lo lícito y de lo ilícito, que son tipos de la juridicidad) y ciertos contenidos (la solución equitativa, es decir, justa en concreto para el problema social). Los romanos tenían las cosas muy claras; el derecho es ciencia nomotética, como después diría Kelsen, ciencia de normas... pero no sólo de normas (después Hart y Dworkin retomaron los principios y los reglas), sino también de principios y de reglas, es decir de formas... pero no sólo de formas sino también de contenidos, pues la norma, la regla y el principio están al servicio de la realidad y no al revés.

Ante la interrogante de lo que tienen que saber o conocer los abogados, Cicerón responde lo siguiente:

- a) De todas las cosas importantes y de todas las ciencias, esto es, un saber enciclopédico.
- b) De todas las cosas atinentes a la ciudad, o sea civiles, jurídicas. .
- c) De todo lo demás (*et quibusdam aliis*) es decir, acerca de todo lo que se puede saber y de otras cosas más).

Pero el jurista, como se dijo, es conocimiento, habilidad y virtud...por ello Cujacio decía que la jurisprudencia es sabiduría y virtud (*virtus seu sapientia*) que cumple con una función social. Retoma la tradición aristotélica en la cual existen tres tipos de conocimientos:

- a) Conocimiento teórico, que son conocimientos que se entienden por medio de la inteligencia.
- b) Conocimiento práctico, que lo conforman las acciones, enderezando el actuar mediante la prudencia (Política y Derecho).
- c) Conocimiento poético, que la conformaban las obras de arte, esto es, un dominio del arte. La acción no se queda en sí misma, se materializa en un objeto.

El Derecho debe ser ordenado, y debe provenir de una persona moralmente ordenada. Alternar lo teórico con lo práctico, técnico y humanista.

Dos métodos jurídicos para los juristas de nuestro tiempo:

- a) **Vico (Historia + Filosofía + Comparación) + Prospectiva**
- b) **Tridimensionalismo -> Integracionismo ->**

Giambattista Vico (Nápoles, 1668 – 1744), en su obra fundamental *Ciencia Nueva*, cuyo título completo es *Principios de una Ciencia Nueva en torno a la Naturaleza Común de las Naciones*, busca diseñar una especie de “Jurisprudencia Universal”. Para ello busca crear un ámbito epistemológico amplio que suponga la conjugación de tres disciplinas articuladas: de la Filosofía del Derecho; del Derecho Comparado (y Derecho de la Integración) y de la Historia del Derecho. (Adicionalmente, se le puede sumar una perspectiva Prospectiva y de Planeación Estratégica).

Notablemente, se trata del mismo método de análisis que se sigue –sin saberlo- el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sede en Luxemburgo) y a través del cual ha venido

desarrollando sus “principios generales comunes”. El Tribunal de Luxemburgo parte a) de la comparación entre los derechos de los 28 Estados de la Unión, b) de la búsqueda de su origen común en la historia de sus tradiciones jurídicas y c) de la reflexión eminentemente iusfilosófica sobre su pertinencia para representar el futuro de la Unión, lo que ellos llaman el principio o test de progresividad.

La ‘Tesis undécima’ de Karl Marx sobre Feuerbach es equivocada (en el ámbito filosófico), pero sugerente (y pertinente) en el jurídico; dice así: los filósofos no han hecho más que interpretar de diversos modos el mundo, pero de lo que se trata es de transformarlo. Fue escrito en alemán por Marx en la primavera de 1845 y publicado por Engels en 1888 como apéndice de su libro *Ludwig Feuerbach y el fin de la Filosofía clásica alemana*. El positivismo, semejantemente, postulaba o propone “un saber para prever, y prever para actuar” Lo anterior es equivocado en lo filosófico, pues la filosofía debe comprender la realidad, no cambiarla, es un saber especular... pero el derecho es un espejo correctivo, no es un saber fenoménico, sino nomotético, deontológico, normativo, correctivo... El derecho si puede describir y cambiar la realidad...

Hay que recordar que existen una clasificación de la ciencia en dos ámbitos científicos: las ciencias descriptivas y las ciencias prescriptivas o normativas, en donde encontramos en esta última a la ciencia jurídica.

Lamentablemente, muchas veces la ciencia jurídica opera como una ciencia apologética, que justifica el *status quo*, lo cual no debería de ser así porque se trata de una ciencia de “deberes”, reajusta la realidad y la cultura. La ciencia jurídica es una ciencia prescriptiva y como tal debería de aportar ideas de lo que “debería ser la sociedad”, trayendo consigo signos de mejoría.

Entonces, Vico da una propuesta metodológica en la comparación jurídica, basada en la Filosofía del Derecho, el Derecho Comparado y en la Historia del Derecho. Pero se propone además una visión prospectiva, más una de planeación- (ciencia con un estatuto epistemológico cuestionado, que supone una serie de desarrollos a partir de la ‘prognosis’, que es el conocimiento anticipado del acaecimiento de un hecho, a partir de la segunda mitad del siglo XX). El elemento ‘prospectivo’ encierra una doble perspectiva o condición, como ciencia y como técnica. Su antecedente se encuentra en la ‘prognosis’ o ‘forecasting’ (determinista), en el mundo anglosajón, en específico, dentro del campo de las matemáticas aplicadas, que buscan adelantar tendencias. Y es justamente el objeto del elemento ‘prospectivo’ como ciencia, el de identificar tendencias a través de estadísticas y uso de variables económicas, adelantando tendencias.

La principal crítica a este elemento, es que el análisis futuro no puede ser tan reduccionista. La sola anticipación de tendencias no es suficiente porque harían falta los escenarios en que se desarrollan los individuos en la realidad, que se verán conformados por una multiplicidad de tendencias, esto es, hay una variedad de escenarios (unos ideales y otros catastróficos). Además, estos modelos matemáticos, sesgaban o se contraponían con un elemento crucial, la libertad humana, como factor imponderable. La libertad humana es un factor que permite conducirse en los escenarios mencionados ya que en cada individuo, constituye una decisión individual. El postulado central de esta ciencia es la ‘esperanza’, entendida como el ejercicio de la libertad.

Por lo tanto, tenemos:

Escenario ideal	Escenarios intermedios entre el ideal y el catastrófico	Escenario catastrófico
-----------------	---	------------------------

Las personas, a través de la técnica de la planeación, podrán: (como sucede en la Administración Pública de los Estados o Corporativa de las Empresas).

1. Identificar los posibles escenarios.

2. Identificar los actores sociales y políticos más influyentes, respecto de las tendencias y escenarios.
3. Establecer programas y acciones que conjunten la voluntad de los actores para realizar determinadas metas.

En base a esto se ha generado la ciencia de la esperanza o de la acción y la técnica de la planeación estratégica.

Entonces, el Derecho tiene que ver con valores, fenómenos sociales, y normas. No todo, en la construcción del Derecho, son puras fuentes formales. Hay que tomar en cuenta los fenómenos sociales, la realidad, como reflejo correctivo del mismo, esto es, qué los generaron y cuáles fueron los valores que los influyeron.

El Derecho tiene tres dimensiones (tridimensionalismo), que es la integración normativa de los hechos según valores –Miguel Reale-. Estas dimensiones, como apuntamos anteriormente son, por lo tanto: la Realidad, los valores, y las normas. El Derecho es anfibio, entre la realidad y la cultura.

El jurista debe ser un cúmulo de conocimientos, experiencias y valores.

Reglas, Instituciones, Ordenamientos, Familias y Tradiciones Jurídicas

Un “ordenamiento jurídico” se expresa como un entramado de reglas y de instituciones, es decir, a través de un conjunto de reglas que proponen soluciones para problemas específicos, problemas de la realidad que varían según la materia de la que se trate.

Los ordenamientos jurídicos integran familias, y estas familias jurídicas poseen distintos ‘estilos jurídicos’ como veremos más adelante.

En orden ascendente, se puede esquematizar la relación de la siguiente manera:

1. Reglas: como fórmulas culturales jurídicas genéricas (que comprenden a las normas, a las reglas en sentido estricto y a los principios (según el sentido que les han venido dando, respectivamente, Kelsen, Hart-Dworkin y Alexy) (que son como el átomo, vgr. la regla que establece la violencia como causa del divorcio necesario)
2. Instituciones: como conjuntos de reglas que presentan una cierta homogeneidad en relación a la materia (que son como moléculas, vgr. la institución del divorcio y más genéricamente del matrimonio, que van desarrollando ámbitos cada vez más dilatados)
3. Ordenamientos jurídicos: como conjuntos articulados de instituciones y reglas (que son como el órgano autónomo, por ejemplo el ordenamiento jurídico mexicano). Algunos comparatistas hablan de sistemas jurídicos en lugar de ordenamientos jurídicos, nosotros preferimos esta expresión por cuanto que no todo orden jurídico es sistemático.
4. Familias Jurídicas: conjuntos de ordenamientos que dentro de una misma tradición cultural presentan una mayor afinidad entre sí (que son como la familia nuclear, en nuestro caso, la familia jurídica iberoamericana, o latinoamericana o más genéricamente hablando la familia del *civil law*)
5. Tradiciones Jurídicas, siguiendo en parte las ideas de Merryman y de otros comparatistas que han enfatizado la importancia de la cultura en el derecho, La noción de “tradición jurídica” se refiere a un concepto cultural e histórico, mientras que el de “familia jurídica” se refiere a un concepto meramente taxonómico o clasificatorio. El primer concepto, que ha venido desarrollándose más recientemente, entronca con la escuela norteamericana “law and culture” y particularmente con Merryman; el segundo fue desarrollado sobre todo a partir del Congreso de París de 1900. (que son como la familia ampliada, en nuestro caso, la Tradición Jurídica Occidental, que

comprende por lo menos a la familia jurídica del *civil law* y dentro de ella la mediterránea y la centroeuropea y a la del *common law*)

Para hacer la comparación entre cada uno de los anteriores elementos (reglas, instituciones, ámbitos, ordenamientos, familias y tradiciones), se requiere de un método. No basta con describir la regla (u ordenamiento, etcétera) nacional y la extranjera; una comparación científica requiere además de referentes metódicos y de contextos (es decir, entender la regla dentro de la institución, ordenamiento, etcétera).

Una de las finalidades más trascendentales de esta disciplina, es la comparación con de un ordenamiento jurídico otros ordenamientos jurídicos. Esto nos permite expandir y ensanchar nuestras perspectivas y horizontes, para así conocer las similitudes, diferencias, o para entender las razones profundas que explican dichas similitudes o diferencias El estudio del Derecho Comparado busca darle al jurista una su importancia perdida, la de ser diseñador de soluciones jurídicas para resolver problemas.

La comparación jurídica fundamentalmente contribuye y auxilia tanto a la creación como a la determinación del Derecho. Genera una habilidad prudencial y recreativa por parte de jueces, autoridades administrativas y notarios, que son operadores jurídicos prácticos. El jurista debe tener un 'estilo' propio, una 'ética' y conocimientos sólidos.

Para que haya comparación, deben de haber por lo menos dos elementos, señalando así sus diferencias y semejanzas. Ahora bien, la comparación no tiene que ser entre ordenamientos nacionales y extranjeros; en los Estados Federales, como el nuestro, puede darse a nivel entidades federativas; así se ha desarrollado, por ejemplo, en USA las leyes uniformes como el *Uniform Commercial Code*, mediante comparación jurídica.

Para comparar reglas que pertenecen a distintos niveles, necesitamos un método para poder determinar las similitudes y diferencias, como ya apuntábamos, entre dos sistemas jurídicos, el propio y el extranjero, en un contexto de realidad y cultura.

Entonces, el Derecho Comparado identifica las semejanzas y diferencias de los elementos que forman la estructura mencionada y explica las razones por virtud de las cuales las instituciones son distintas en las culturas y en el tiempo.

Sirve también para la comprensión de los ordenamientos jurídicos, sus semejanzas y diferencias, que contribuyan a que el Derecho no sea un obstáculo para la comunicación, sino un facilitador de este tráfico, que promueva un enriquecimiento económico y cultural. A través de la comparación jurídica se obtienen los conocimientos para la ‘armonización’ del Derecho.

Dentro de la tradición jurídica europea – occidental existen dos familias jurídicas, la del Civil Law y la del Common Law.

La clasificación entre ambas familias no puede ser tan estricta porque se han venido a complementar uno con otra, es decir, hoy existen conexiones que no existieron en el pasado.

- A) El legalismo dentro del civil law, ha dejado de ser tan estricto como si lo fue durante el siglo XIX. Además, el juez ya está reconocido como creador del Derecho.
- B) Legislación o movimiento codificador dentro del common law, que nace principalmente gracias al estado de bienestar, es decir, a propósito de *Welfare State*, después de la segunda guerra mundial, que se va a preponderar la legislación en los países no sólo de la Europa Continental sino del mundo.

En la actualidad la distinción entre el Civil Law y Common Law es más ‘heurística’, ya que existe una influencia recíproca entre ambas, a partir del siglo XX. Además, las distancias no fueron tan grandes, como se tendrá oportunidad de ver.

Principales Métodos del Derecho Comparado.

No existe un método, sino muchos métodos.

Los más acreditados son:

- a) El de la Macro comparación: que compara ordenamientos jurídicos (sistemas jurídicos), familias jurídicas y tradiciones jurídicas. Es el objeto propio y específico del Derecho Comparado.

- b) El de la Micro comparación: que parte de la Macro comparación como antecedente. Se encarga de comparar instituciones y reglas en específico.

- c) Enfoque factual y funcional: que la función de la cultura es resolver los problemas de la realidad. Binomio ‘problema – solución’, esto es, ‘*challenge* (realidad) y *response* (cultura)’, es decir, el objetivo de la cultura es resolver problemas - Arnold J. Toynbee-. Este binomio hace que el Derecho sea dinámico.

Por un lado tenemos a la Realidad (retos o problemas de los fenómenos sociales) – Al Derecho – y a la Cultura (respuesta o solución inscritos en los ordenamientos jurídicos, conformadas por normas jurídicas). Recordemos que el Derecho es un anfibio, ubicado entre la Realidad y la Cultura. Y por eso es necesario leer la realidad para entender los problemas reales y diseñar soluciones. En México falta una enseñanza jurídica de este tipo, derivado de la supresión de la *Quaestio*, tras la promulgación del Código de Napoleón y el culto a la ley de la Escuela de la Exégesis.

El Derecho no consiste en reglas, sino que las reglas se infieren del Derecho (Labeón D.50.17.1). El Derecho se encuentra en la realidad de y sus conflictos, a partir de ahí se diseñan soluciones a los conflictos.

- d) Comparabilidad - *tertium comparationis*: En primer lugar, para comparar, debe haber un mínimo de comparabilidad. Es equivalente al mínimo común denominador. Se afirma que en los casos en que existía una suma diferencia, la comparación era imposible y, por lo tanto, se creía que era necesaria una mínima semejanza como primer factor para hacer posible la comparación. El segundo factor consistía en definir un *tertium comparationis*, esto es, un modelo a seguir para determinar las semejanzas y diferencias de una institución, en un espacio y tiempo determinado, que proviene de la misma tradición, y así llegar a configurar sus características generales. Esto es, se compara una institución que proviene de una misma tradición jurídica, y se abstraen sus características generales. No se aplica cuando hablamos de instituciones pertenecientes a tradiciones jurídicas distintas -Paolo Biscaretti di Ruffia-

- e) Legal formants o ‘formantes’: que se refiere a las reglas e instituciones que se encuentran recogidos en las fuentes formales del Derecho de manera explícita, como por ejemplo, la jurisprudencia, la legislación, etc). Los ‘formantes’ tienen su origen en la doctrina comparatista italiana y en el pensamiento de Constantinesco.

- f) Meta – formantes: que se refiere a reglas e instituciones reconocidas, en las fuentes formales del Derecho, de manera implícita. Por ejemplo, la teoría de Alexy sobre ponderación y proporcionalidad de los DDHH. El Meta – formante es de origen histórico, es decir, toda la teoría jurídica que hay detrás de una institución, desde sus orígenes.

g) Criptotipos: concepto introducido por la ciencia jurídica comparada italiana por Rodolfo Sacco; son sobre-entendidos de los que parten los juristas, para entender de lo que se habla. Son convicciones, o ideologías, compartidas por un sector, en un lugar determinado, durante un período determinado, dentro de un ordenamiento jurídico o sistema jurídico. Están latentes en la ‘mente’, aunque no se haga mención expresa de los mismos, es decir, son sobreentendidos. Operan en el inconsciente jurídico. Conforman una ‘mentalidad jurídica’. Por ejemplo, la mentalidad jurídica de los abogados mexicanos antes de la reforma constitucional de 1994 y 1997, o incluso antes de la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011. Un criptotipo distinto sería, parafraseando a JE Huges que “la Constitución no dice lo que dice, sino lo que los jueces dicen que dice”; es un criptotipo gestado por la ciencia jurídica norteamericana y adoptada por México, ya que nosotros pensamos que los jueces pueden llegar a legislar materialmente. Knútel, ha declarado que dice que las situaciones conflictivas de derecho privado son constantes, independientemente de los cambios de ambiente, y que las fuentes del derecho romano nos ofrecen soluciones a los problemas jurídicos recurrentes actuales. De ahí que los tribunales internacionales se acuerden hoy de resolver las controversias conforme al Derecho Romano, y uno de los casos más significativos fue en materia de responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, merece destacarse que la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del 25 de febrero de 1968, que en una nota a pie de página se refiere directamente a un texto de Paulo; esto constituye otro ejemplo de criptotipo. En México, el Derecho Romano Clásico no es invocable. Si bien, no existe una norma jurídica que así lo indique pero se tiene conciencia de ello, lo que viene a formar un criptotipo para nosotros.

Desde los anteriores métodos, la aproximación o itinerario metodológico, el factual – funcional, esto es, factual (hechos) y funcional (función social del derecho reconociendo la problemática social), fundado en un binomio de Realidad y Cultura, tiene tres pasos: a) conocimiento del derecho, b) adscripción del derecho al conjunto de la realidad social y de la tradición cultural y c) comprensión funcional de la razón de ser de la regla o institución.

El 'Itinerario' o 'Viaje' que supone el método comparativo, está formado así por tres pasos: a) por el conocimiento del derecho: "*law in the books, law in reality*", esto es, analizar en cada caso concreto la implicación de los formantes y los criptotipos, conocimiento del derecho propio y extranjero, "*law in the books, law in action*", "*law in the minds*"; luego está b) la comprensión, que se refiere a la vinculación de todo el discurso jurídico perteneciente a una determinada cultura jurídica y c) por último, la comprensión específica de la regla o institución jurídica, a partir del problema(s) jurídico(s) en concreto que pretende remediar. Estos dos últimos pasos se entienden mejor relacionándolos con los métodos propuestos para la comprensión histórica de los ordenamientos jurídicos propuesta por el historiador, jurista y iusfilósofo alemán Helmut Coing:

- a) La Concatenación global -integridad ordenamiento jurídico en la integridad de la realidad cultural e histórica del país-
- b) La Concatenación especial – en un momento determinado- y estableciendo una comparación, a través del *tertium comparationis*, para determinar las similitudes y diferencias entre ambas familias.

La noción de 'estilos jurídicos', término acuñado por Konrad Zweigert y Hein Kötz, hace referencia a la combinación de forma y fondo y al conjunto de ideas, métodos, conceptos que se encuentran en el ámbito de los formantes, meta – formantes y criptotipos.

Complementariamente, en la clase se expusieron, brevemente, una serie de binomios o díadas desarrolladas por el profesor desde la Historia del Derecho para identificar, comprender, comparar y criticar los diversos ordenamientos jurídicos. Dichas díadas fueron expuestas en clase, pero dada la brevedad de tiempo para revisar los apuntes, no se pudieron corregir; los apuntes correspondientes a las mismas (no revisados), aparecen al final de este documento. Como complemento, una versión segura de las mismas puede encontrarse en el libro de Historia General del Derecho del Profesor Titular.

Elementos que conforman los Sistemas Jurídicos u Ordenamientos Jurídicos.

Hay que hacer una aclaración, los sistemas jurídicos comparativos son distintos a los ordenamientos jurídicos, ya que no todo ordenamiento es un sistema y viceversa.

Según Leontín-Jean Constantinesco, los ordenamientos jurídicos se integran por partículas, reglas e instituciones, que pueden ser de dos tipos:

- a) Elementos determinantes: que son elementos insustituibles. Son complementarios y correlativos entre sí, esto es, si cambia uno, necesariamente cambiarán los demás (aunque no necesariamente todos, bastará con un solo para que se vea modificado). El cambio en alguno de ellos transforma todo el ordenamiento jurídico. Por ejemplo: la posición del Estado frente a la economía (mercados libres o regulados, economía socialmente planificada, estado de bienestar); el sistema de fuentes; las reglas de interpretación, especialmente la constitucional (por ejemplo, *pro personae*); el Estado de Derecho; la Forma de Estado y de Gobierno.
- b) Elementos fungibles: que pueden cambiar según necesidades accidentales. No son necesarios para el sistema. No repercuten gravemente en el ordenamiento jurídico. Se pueden modificar indistintamente y esto no produce un cambio en todo el ordenamiento jurídico.

La evolución o cambio jurídico: causas y cauces.

Como vimos líneas arriba, el Derecho para Miguel Reale, desde el Tridimensionalismo Jurídicos (derecho = hecho + valor + norma) es la integración normativa de hechos según valores.”

Como consecuencia de la Realidad y Cultura, el Derecho es dinámico y, por lo tanto, se producen cambios. Siguiendo a Alfonso García Goyo se analiza, retomando la filosofía de Reale, respecto del tridimensionalismo jurídico, que el cambio jurídico tiene sus causas:

- a) Cambio de la Realidad: consistente en el cambio de las situaciones de hecho (de los fenómenos sociales), que reencauzarán el Derecho o el sistema en general (por ejemplo, el genoma humano).
- b) Cambio Axiológico: consistente en el cambio de las valoraciones jurídicas. Ya sean los mismos hechos pero con interpretación jurídica diferente, es decir, una revaloración de los hechos. Por ejemplo, el matrimonio para los juristas medievales, para los romanos o para los contemporáneos, o la adopción del cristianismo por el emperador Constantino, que impacta en instituciones jurídicas como la manumisión o la *manus maritalis*.
- c) Cambio Normativo: consistente en el cambio, desarrollo o involución (o permanencia) de naturaleza técnica, formal o instrumental o procedimental. Implica una revaloración de los hechos. Por ejemplo, el control de convencionalidad o el procedimiento formulario. Con los cambios, surgen nuevas necesidades de solución. Como sucedió en Roma con la creación del Pretor peregrino, el procedimiento formulario, la teoría de los estatutos, o en la reforma constitucional de junio de 2011.

Las anteriores causas del cambio jurídico son reconducidas a través de diversos cauces:

- a) Creación Ex novo Es menos indicado, salvo que se trate de sociedades primitivas o se trate de sociedades en las que se requiera la creación de nuevas instituciones jurídicas.
- b) Innovación: consistente en retomar las reglas existentes y aplicarlas a los nuevos casos o a diferentes conflictos, según sea el caso. Esto es lo más óptimo. Hay que distinguir lo nuevo de lo novedoso. Lo nuevo sería por ejemplo la clonación, mientras que lo novedoso sería la contratación electrónica.
- c) Difusión: consistente en que eventualmente se producen en el ámbito de las revoluciones jurídicas. Es la imposición y recepción (o trasplante de reglas o instituciones jurídicas, cuyo límite es la política jurídica, que puede ser legislativa o judicial). La 'imitación extra - lógica' se explica en función de la extrapolación de

figuras de un sistema a otro, retomando los tres cauces de cambio expuestos anteriormente.

Los cambios no se hacen a nivel macro, sino micro, lo que conlleva a la transformación de los ordenamientos jurídicos a través del cambio sufrido por las reglas. Es decir, comúnmente el cambio se lleva a cabo de lo particular a lo general.

Salvo se trate de un cambio o sustitución de paradigmas, que producen modificaciones o mutaciones en toda la estructura. El cambio surge en los ordenamientos jurídicos, como consecuencia de un cambio de paradigmas. Excepcionalmente las estructuras sufren cambios. Aquí, no se parte de las instituciones jurídicas, sino de lo general a lo particular.

Siguiendo a Thomas Kuhn, se dice que eventualmente los cambios se producen en el ámbito de las revoluciones científicas, como Galileo y Ptolomeo. Se puede decir que la regla general es que la evolución o cambio en la ciencia es lento pero continuo. Cuando se produce un descubrimiento en la ciencia se produce una transformación de todo un sistema. Estos cambios de paradigmas científicos también suceden en el mundo jurídico.

Los paradigmas jurídicos son modelos del pensamiento que funcionan en determinado tiempo y lugar. Representan una serie de creencias compartidas implícita (criptotipos) o explícitamente, en una determinada época, por los juristas (buscan ofrecer a los juristas una imagen de lo que es el derecho, decir qué es el conocimiento de lo jurídico y ofrecer a los juristas una serie de herramientas para entender los fenómenos que inciden en lo jurídico): Parte de un modelo jurídico inmerso en un 'criptotipo' del jurista promedio. Al haber un cambio de gran trascendencia, o cambio de paradigmas, se produce un cambio en la mentalidad de los juristas.

Como ya vimos, los criptotipos son ideas aceptadas por la generalidad, que están detrás del entendido (cripta, del lat. *crypta* y a su vez del griego *kryptē*, que etimológicamente significa esconder), o sobreentendidos.

Los cambios excepcionales o de trascendencia, o cambio de paradigmas (recordemos que paradigma viene del gr. *paradigma*, que significa modelo o estructura), se expresan en tres campos o modelos, a saber:

Dogmática Jurídica Contemporánea del Positivismo Legalista Formalista

Modelo.	Descripción.	Esquema ejemplificativo
Filosófico - comprensivo.	<p>Imagen de lo que es el Derecho, de lo que significa.</p> <p>Se parte de la gnoseología Kantiana, que divide el mundo del Ser y del Deber Ser.</p>	<p>En el Positivismo Legalista Formalista, el Derecho = Ley = norma = forma</p> <p>La forma termina estando vacía de contenido.</p> <p>Ergo, el Derecho es una ciencia de formas, que se basa en una estructura hipotética integrada por dos elementos, de un antecedente y de un consecuente.</p>
Epistemológico.	<p>¿Qué es el Derecho? El conocimiento de lo jurídico.</p> <p>El conocimiento del Derecho se realiza por medio de una ciencia, y esta</p>	<p>Ciencia - nomotética/prescriptiva. Ciencia del Deber Ser.</p> <p>Norma = estructura lógico formal, A-B (representa la forma del Derecho)</p> <p>Entendiendo a la norma como una estructura atributiva fundamental vacía, esto es, un continente vacío, al que se le puede introducir cualquier contenido a placer del legislador, es decir, un contenido que puede ser meta jurídico (social, religioso, etc)</p>

	ciencia estudia al juicio de atribución exclusivamente, sin tomar en cuenta su contenido meta jurídico, que son materias de otras disciplinas.	Ámbito de lo meta jurídico, no es materia del Derecho.
Praxeológico.	Herramientas para la aplicación del Derecho.	Dos herramientas: <ol style="list-style-type: none"> 1. Pirámide de los conceptos de Christian von Wolff. 2. Razonamiento lógico formal deductivo, vertical descendiente. Opera a través del silogismo; el caso concreto se subsume dentro de la norma.

Tradiciones y Familias Jurídicas

La palabra ‘tradición’, del lat. *traditio- onis, traere, trade (en inglés)*, entrega-recepción refleja una renovación y relevo continuos.

Los principales criterios de clasificación de los ordenamientos jurídicos en familias y en tradiciones son:

- a) Los “elementos determinantes” de L.J. Constantinesco.
- b) Los “estilos jurídicos” de K. Zweigert.

Según Zweigert los “estilos jurídicos” se conforma a partir de los siguientes datos:
a) familias históricas, b) formas de reflexión jurídica, c) preponderancia de fuentes, d) instituciones características y e) ideología.

Las ‘familias históricas’ es lo que permite distinguir, en primer lugar, las familias jurídicas entre sí, y son aquellas familias cuyos rasgos se encuentran en la genética o en la sucesión de la estirpe.

Las ‘formas de reflexión jurídica’ es la segunda forma de distinguir a las familias jurídicas, sobre todo la del *civil law* y *common law*, ya que el punto de partida de la reflexión jurídica del *civil law* es la idea o concepción general, sistemática y orgánica del Derecho, esto es, al Derecho visto como un conjunto de normas y principios, viendo al Derecho como Cultura. En cambio el *common law* parte de la realidad, del caso concreto para dar una solución adecuada conforme las circunstancias de modo, tiempo y lugar.

Es importante distinguir los rasgos de la reflexión jurídica de Occidente de la de Oriente, ya que la de Occidente parte de una dinámica dialógica, esto es, el Derecho como resultado de una tensión, de un diálogo, debate o dialéctica. En Oriente es todo lo contrario, ya que el Derecho es un valor fuertemente interiorizado en la sociedad, con la prevalencia de un ‘orden’ que en caso de controversia se llegará a un acuerdo que preserve la dignidad del demandado, en una lógica de equilibrio, es decir, no hay un ganador y un perdedor, ambos ganan, por lo tanto el Derecho es un instrumento subsidiario y secundario.

La ‘preponderancia de las fuentes jurídicas de unas sobre otras’ es la tercera forma o elemento de distinción de las familias jurídicas, según Zweigert. En este punto coinciden con Constantinesco en que es el elemento que sirve para diferenciar mayormente una reflexión jurídica de otra.

Las ‘instituciones características de determinado ordenamiento jurídico’ es la cuarta forma de distinción entre familias jurídicas; en el caso del *common law*, el trust es una institución característica, como lo es la gestión de negocios en el derecho romano, la culpa in contrahendo en el derecho alemán, el amparo en México, la judicial review norteamericana, etcétera.

La ‘ideología’, ya sea de matriz política o religiosa, es la quinta forma de distinción, o elemento determinante, ya que influye en la ordenación de los sistemas jurídicos.

En una primera aproximación puede decirse que existen dos tradiciones jurídicas, la occidental y la oriental. Dentro de la occidental existen por lo menos dos familias jurídicas, la del civil law y la del common law.

Ahora bien, dentro de la familia jurídica del civil law (de tradición romano – germánico – canónica) se suele hacer una subdivisión en tres subfamilias:

- a) La Francesa o Mediterránea (Francia e Italia)
- b) La Germánica (Alemania, Austria y Suiza).
- c) La Nórdica (países nórdicos, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Islandia y Suecia)

La taxonomía más influyente en su momento fue la de las familias jurídicas propuesta por René David, autor de la obra “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos”. Ésta autor expone cuatro grandes familias jurídicas dentro de la tradición jurídica occidental. El Civil Law, el Common Law (de Inglaterra, de Estados Unidos, y de ordenamientos jurídicos o sistemas mixtos como el derecho de Israel y de la India), el Soviet Law, así como las de

naturaleza religiosa (Derecho Hebreo, Canónico y Musulmán), incluyendo a híbridos o sistemas mixtos como el Derecho Japonés y Chino.

Hay una cuarta subfamilia dentro del Civil Law, la Iberoamericana, que ha desarrollado instituciones propias e influyentes dentro de la subregión del continente americano respectiva, tales como el Amparo, el constitucionalismo social, el habeas datos, el asilo político, etc.

También se habla de otras familias jurídicas o sistemas denominadas ‘familias religiosas o sistemas religiosos’, tales como:

- a) Derecho Islámico o Musulmán
- b) Derecho Hindú
- c) Derecho de Israel (como país, híbrida por su contenido religioso y su influencia del common law) y el Derecho Hebreo (en países donde hay presencia de personas pertenecientes al pueblo de Israel, es decir, la comunidad judía en el mundo, que se rigen por un estatuto personal)
- d) Derecho Canónico (de la Iglesia Católica) / No hay que confundir con el Derecho Eclesiástico del Estado.

También existen las familias jurídicas o sistemas mixtos o híbridos, tales como los países de:

- a) Canadá (en la región de Quebec que es civil law)
- b) Estados Unidos de Norteamérica (en la región de Luisiana civil law)
- c) Israel (derecho religioso y common law)
- d) Japón (que es un sistema tradicional y a la vez influenciado por el BGB, por lo tanto por el Derecho Romano, tal como sucede en China)

Recapitulando, existen familias jurídicas o sistemas:

- a) De tradición jurídica romano – germánico – canónica
- b) Familias jurídicas o sistemas religiosos
- c) Familias jurídicas o sistemas mixtos

Adicionalmente, desde la segunda mitad del S XX, por lo menos, se ha venido desarrollando una familia jurídica internacional y/o supranacional, como veremos.

El año de 1994, es sumamente importante para el ordenamiento jurídico mexicano, por dos cosas principalmente:

- I) La entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con América el Norte, lo que produjo cambios profundos en nuestro ordenamiento jurídico en materia de transparencia, telecomunicaciones, en materia financiera, bursátil, política, etc. México superó el modelo cerrado al exterior. México tiene más Tratados de Libre Comercio en el mundo en la actualidad.
- II) La reforma judicial de 1994 y 1997. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se convierte en un tribunal constitucional, es decir, hay una atemperación del sistema de fuentes jurídicas. Se pone en el centro a la judicatura del sistema jurídico mexicano. Esto trajo como consecuencia la recepción de las teorías argumentativas en México, superando el modelo formal de Kelsen en las aulas.

Complemento:

También se viene diciendo que dentro de la familia jurídica del Civil Law, hay subfamilias, la Francesa o Mediterránea, la Centro Europea o Alemana (Alemania, Austria, Suiza), y la Nórdica (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Islandia y Suecia), así como una cuarta, la Iberoamericana.

Por ahora solamente nos centraremos en la Mediterránea y en la Centro Europea o Alemana.

A la subfamilia jurídica Mediterránea pertenece el ordenamiento jurídico mexicano, por el fenómeno de la Codificación en Francia y en España. En la subfamilia jurídica Centro Europea encuentra el punto de irradiación en Alemania, Austria y Suiza, como ya vimos.

La Mediterránea, desde finales del siglo XVII, se caracteriza por ser la Escuela Moderna del Derecho Natural Racionalista, y particularmente la criba, la reflexión del iusnaturalismo racionalista que desarrollan dos grandes juristas franceses, Domat y Pothier, que se dedicaron a recoger conceptos fundamentales de la Escuela Moderna del Derecho Natural, estableciendo así una doctrina específica en el campo de la responsabilidad. Gracias a estos juristas, fue posible que en menos de cuatro años resultara el Código de Napoleón. Los principios de la Ilustración tuvieron influencia en el Código Napoleónico, así como el “Derecho Intermedio” de la Revolución Francesa, así como el Derecho del Norte de Francia que era eminentemente consuetudinario, y desde luego, el *Ius Commune Europeo*. Éstos son los elementos configuradores del Código de Napoleón, que inspirado en la ideología de la aristocracia, tiende a ser recibida por el común de las personas. El Código dio lugar a la Escuela de la Exégesis Francesa.

La Centro Europea, se destaca por ser un Derecho Hiperracionalista, altamente conceptualista, que introduce la pirámide conceptual de Wolf. Posteriormente viene el triunfo del Derecho Romanista, que es un Derecho ‘ahistórico’, sobre el cual trabaja la Pandectística a través del modelo del Derecho Natural Racionalista, que tiende a ser más abstracto, más complejo y dirigido a una clase jurídica de abogados, juristas y operadores del derecho y no al común de la población, ya que se caracteriza por su oscuridad. Es un Derecho ‘ahistórico’ porque pretende servir en cualquier momento y en cualquier lugar. Este pensamiento será criticado por Otto von Gierke, por el ahistoricismo que se encuentra abstraído del conjunto de la evolución económica y social de la primera mitad del siglo XX.

La característica de esta subfamilia Germánica fue la de la conformación de un Derecho técnico, caracterizada por un discurso político abstracto, con un lenguaje complejo y deliberadamente oscuro, que dio lugar a una clase jurídica profesoral. Existían una serie de exámenes que presuponen un dominio teórico del Derecho (Ley y conceptos jurídicos, a diferencia de la Exégesis que se refiere a la Ley y los métodos de interpretación). En Alemania va a subsistir una mayor importancia de la doctrina científica que se conservará en el mundo jurídico mediterráneo.

Recapitulando, el Código de Napoleón inicia su influencia en el Mediterráneo a partir de 1804, mientras que el BGB comienza su influencia a partir de 1900, año en que entra en vigor. Ésta última forma de codificación es una influencia científica que se da a través de la clase profesoral alemana, que adquiere un prestigio mundial por su discurso jurídico elevado que irradia fundamentalmente en Italia y España, como doctrina científica.

Más allá de su influencia científica, el BGB, se recibirá en pocos países europeos, sobre todo en Grecia, pero también ejerce influencia particular en países del Lejano Oriente, como apuntábamos antes, en Japón, y en América, en Brasil, a partir del *Esbozo* es decir del proyecto del Código Civil para Brasil de Augusto Teixeira de Freitas en 1860; e indirectamente, el BGB, va a influir en otros países americanos como Uruguay, Paraguay, Colombia y Argentina, en virtud de que Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código Civil de Argentina de 1869, la mayor parte del cual aún continúa vigente, mantuvo una nutrida correspondencia con Teixeira de Freitas, por lo cual se beneficia de su *Esbozo* y, por lo tanto, del BGB, indirectamente.

Recapitulando, dentro de la tradición jurídica occidental, en la familia del Civil Law, dentro de la subfamilia que ha tenido mayor importancia es la Mediterránea, porque hay una tendencia de los ideales burgueses, principios Ilustrados, Derecho Revolucionario y Consuetudinario Francés y, desde luego, el *Ius Commune Europeo*.

Respecto a la tercera subfamilia Nórdica, de los países nórdicos o escandinavos, nos encontramos que hay una influencia tardía del *Ius Commune Europeo*.

Por lo que respecta a sus soluciones concretas –dejando a un lado sus estilos- Zimmermann ha apuntado que son mayores las semejanzas entre el Civil Law y el Common Law, de las que existen entre las subfamilias del Civil Law, esto es, existe una gran diferencia entre ellas.

Por las peculiaridades propias de la subfamilia Centro Europea, en diversas disciplinas teóricas del Derecho, la ciencia jurídica alemana es la dominante en el mundo de la tradición jurídica occidental, materias tales como Filosofía del Derecho y humanistas como la Historia del Derecho, en segundo plano, el Derecho Penal, pero no en los tipos penales sino en la Teoría General del Delito. También hay influencia en las nuevas corrientes de la argumentación jurídica y en los temas de Derechos Humanos, tales como la Teoría de Alexy y la ponderación entre principios. Éstas han sido algunas de las influencias más significativas de la doctrina científica alemana y su irradiación en Europa, Oriente y América.

La Tradición Jurídica Occidental

El ordenamiento jurídico mexicano pertenece a la tradición jurídica occidental, que se gesta en la Edad Media, esto es, no nace en la antigüedad. Se nutre de un vector romanista, que se reforma en la baja Edad Media, en donde se forja en las Universidades. La tradición jurídica occidental se forma hacia el siglo XII, y tiene vigencia hasta nuestros días.

Entre sus principales características se encuentran: a) Se forma, de manera Heterogénea (con derechos germánicos, derecho feudal, *ius mercatorum*, significativamente con *ius canonicum*, especialmente con recuperación del derecho romano y discurso científico del *ius commune*), en la Edad Media, b) se nutre de un Sustrato Clásico (greco-latino) Polivalente (por ende complejo, rico y contradictorio), c) se desarrolla de manera Paradójica durante la

Modernidad (como resultado de la palingenesia del Iusnaturalismo Moderno Racionalista en el Iuspositivismo Voluntarista Legalista, a través del Código y de la Exégesis) y d) su Dogmática Vigente (Positivismo Legalista Formalista) se encuentra en crisis, agotada y en vías de superación).

La jurisprudencia romana clásica tiene su inspiración en la Filosofía y en la Lógica griegas, en su versión estoica y ática, claro está.-

Uno de los vectores de la tradición jurídica occidental se refiere a un ‘sustrato clásico’ de naturaleza polivalente, que tiene su fundamento en el Derecho Romano Clásico y en la Filosofía y Lógica griegas.

Existen varias concepciones de la justicia, ya que por ejemplo, para los sofistas nada es justo y, en cambio, para Aristóteles lo justo es el *Tó Dikaion*, que se estudia en el Libro V de la Ética a Nicómaco. El derecho a partir de la recuperación del Derecho Romano se entiende como *ius* (que en derecho pos clásico era ‘lo justo’ y no igual a la *Lex*). Juvencio Celso hijo, decía que el *ius* era el “arte de lo bueno y de lo justo”. Santo Tomás lo retoma en su tratado de la Ley. Mientras que en los romanos, el Derecho se realiza de forma horizontal, los medievales lo realizan en un plano cartesiano, con una tendencia a la prudencia desde el *ius*.

Que la tradición jurídica occidental sea polivalente, significa dos cosas, rica por diversa y compleja pero hasta contradictoria.

Si nuestra tradición jurídica es ya problemática en sí misma, por lo que respecta a su ‘sustrato clásico’ y también en lo que respecta por su conformación bajomedieval, en donde converge con el vector clásico, tales como el Derecho Feudal, el Derecho Germánico, el Derecho Estatuario, *ius commune europeo* (en donde encontramos diversas técnicas de interpretación). Se puede decir que se conforma en la Edad Media de manera más heterogenia.

A partir del siglo XVI, empiezan las críticas contra la dogmática del *ius commune europeo* vigente. Es justamente el siglo de la transición de la Edad Media a la Época Moderna. La Época Moderna considera a la Edad Media precisamente como una etapa media de transición.

Con motivo de la Modernidad el *ius commune europeo* empieza a ser objeto de crítica por parte del *Mos Galicus*. La metodología triunfante durante la modernidad ascendiente es la metodología de la Escuela del Derecho Natural Racionalista, de tal manera que el Derecho Natural se positiviza. Con esta positivización del Derecho Natural Racionalista se produce una ‘palingenesis’. El Ius Positivismo es como el “negativo” fotográfico del Ius Naturalismo.

La pirámide de los conceptos de Christian von Wolff, está conformada por una serie de principios abstractos, eternos, universales y tienen ocasión para positivarse. Su sustituye el principio racionalista por la norma.

Se produce, entonces, una palingenesis, esto es, una inversión de sentido, por lo que del Derecho Natural Racionalista se pasa a un Derecho Positivista Voluntarista a través del Código y de las Escuelas del Código (Exégesis y Pandectística).

Recapitulando, vimos dos fases de la tradición jurídica occidental, el vector clásico y su formación en la baja Edad Media, hasta la transición a la Época Moderna en el siglo XVI, con la aparición de la Escuela del Derecho Natural Racionalista y el cambio a Derecho Positivista Voluntarista, pero esto será hasta el siglo XIX.

Hacia la segunda mitad del siglo XX, la ‘dogmática’ del Positivismo Formalista entra en crisis por la proliferación de metodologías jurídicas que van del Realismo Jurídico, pasando por el Estimativismo, el Iusnaturalismo, el Integracionismo, las Teorías de la Argumentación, el Neoconstitucionalismo, el Garantismo, etc., sin que se conforme todavía una nueva ‘dogmática jurídica’.

Lo propio de la dogmática jurídica del Positivismo Formalista – Voluntarista – Legalista es el culto a la Ley, y este protagonismo de la Ley empieza a ceder papel a dos fuentes del Derecho, que son la “jurisdicción (entendida como labor jurisdiccional) y la doctrina científica”.

Una de las características de la tradición jurídica occidental en su comienzo, en su vector clásico, era la de ser un Derecho de Juristas y no de Legistas.

Entonces, a partir de la segunda mitad del siglo XX, se figura el decreciente papel de la Ley, y la elevación de la Doctrina y Jurisprudencia. Estamos en un periodo de crisis y agotamiento de la Dogmática Jurídica del Positivismo Legalista.

Sin embargo, no se ha formado una nueva dogmática jurídica, estamos en transición de que se forme una nueva.

Dentro del ámbito particular de la familia jurídica del *Common Law*, hay una crisis a partir del siglo XX, pero en sentido inverso, esto es, una participación mayor de la legislación, es decir, un acercamiento más al *Civil Law*.

Reinhard Zimmermann, jurista alemán, ha identificado que existen diferencias por lo que respecta a los ‘estilos jurídicos’ de los juristas anglo-norteamericanos y los continentales, los primeros están más inmersos en el casuismo, y el segundo en la legislación y la doctrina; pero fuera de esto, en un 80% son idénticas. Nunca fueron tan abismales las diferencias como se creyó.

En Inglaterra hubo una recepción teórica y llegó a la práctica en el funcionariado de la Cancillería, a través del sistema del “*Equity Law*”, que es eminentemente canonístico y romanístico. Desde antes, la primera literatura jurídica científica angloamericana, de Glanvill y de Bracton, organizó el conjunto de precedentes y costumbres según los conceptos y divisiones del derecho romano.

Los motivos de la diferencia entre el Civil Law y Common Law se remontan en dos momentos jurídicos distintos. En la recepción del *Ius Commune Europeo*, ambos lo reciben, pero en el sistema anglicano solamente a nivel universitario. Donde hay diferencia entre estas dos familias jurídicas es que en el siglo XIX no se recibió la Codificación en Inglaterra, por lo que el Derecho anglo – norteamericano sigue siendo un Derecho Medieval en materia de propiedad y derechos reales; es un Derecho que conservó por así decirlo una estructura medieval –y por ende casuista, jurista, jurisdiccionalista- semejante a la *del Ius Commune Europeo* aunque con la particularidad de la mayor importancia de los jueces por encima de

los juristas, por esto es predominantemente casuística y práctica, a diferencia del Civil Law, en donde hay una mayor importancia respecto del jurista.

Como ya se apuntaba líneas arriba, la codificación del Derecho Privado y la constitucionalización del Derecho Público no se recibe en el Derecho anglo – norteamericano. En USA hay constitucionalismo pero sin codificación.

Una de las características más destacables de la tradición jurídica occidental, respecto de sus dos familias jurídicas, ha sido la riqueza y complejidad de su metodología que procede de la polivalencia clásica y la heterogeneidad medieval.

Por ejemplo, el método de la Teología bíblica consistía en establecer las aporías entre el Nuevo y Viejo Testamento. A partir de la “civilística” y armonística, que fue la principal aportación de los glosadores, se desarrolló el método de los conciliadores o posglosadores, que fue la analogía, por lo que se dice que el método de los conciliadores de acomodar el Derecho como cultura al Derecho como realidad.

En donde se quedó estancada la familia jurídica del Common Law, fue en lo que respecta a la interpretación de textos jurídicos legislados. A partir del primer tercio del siglo XX, se establece un desarrollo del *Statutory law* o *statute law*, por lo que se dice que los jueces norteamericanos no saben interpretar las leyes. Existe un tratado del Juez Scaglia, acerca de interpretación de leyes, que es pobre respecto a la argumentación jurídica del Civil Law.

Uno de los puntos esenciales para comprender la tradición jurídica occidental se encuentra en las diversas maneras de preservarla y aprender el Derecho. Es una ‘cantera’ que encuentra su punto de radiación en las Universidades.

La Universidad Medieval tenía los métodos de enseñanza siguientes, la *Lectio* (lectura de textos) y la *Questio* (la cuestión), así como la *Disputatio* (la disputa).

La Universidad Napoleónica y su correlativa en Alemania, suprimieron la *Questio*, y esto llevó a comprender la perfección de la cultura del Legalismo jurídico.

A principios del siglo XIX, en 1804, se da el Código paradigmático de Napoleón, y el último Código paradigmático fue el BGB, *Bürgerliches Gesetzbuch*, que comenzó a redactarse en

1881, entrando en vigor en 1900. Se recuerda que la Pandectística Alemana fue una doctrina jurídica europea posterior al humanismo jurídico y anterior a la codificación, que alcanza su apogeo en Alemania en el siglo XIX. La escuela Pandectística trataba de analizar los textos del Derecho Romano siguiendo el método de la dogmática jurídica, es decir, buscando la extracción de principios, así como la deducción de conceptos nuevos, basados en la abstracción a partir de conceptos anteriores. También se recuerda que la Escuela Histórica precedida por Von Savigny y Puchta decantará en la Escuela de la jurisprudencia de conceptos, precedida por Von Ihering y su jurisprudencia de intereses.

Hasta la segunda mitad del siglo XX, se cree que se van a cumplir los problemas de la enseñanza del Derecho, copiando a los norteamericanos, por se dice que ésta es más heredera de la tradición jurisprudencial y judicialista que la anglicana, que le copiara el sistema de enseñanza del Derecho de las Universidades.

En el mundo de la tradición jurídica occidental hay que destacar la pervivencia de un modelo educativo equivocado.

En el mundo anglicano, la situación fue distinta, ya que la enseñanza del Derecho se daba en escuelas judiciales, llamadas "*Inns of Court*", posteriormente, y como veremos más adelante, por influencia norteamericana se propugnó por un sistema mixto entre los *Inns* y las Universidades.

En las Universidades anglicanas, bajo el método de la *Lectio*, se desarrolla éste en base a los *Case Books* (que contienen extractos de casos legales en los que la ley fue aplicada en tales o cuales circunstancias. Entonces el estudiante o incluso el profesional en derecho puede hacer el "análisis o estudio de casos", para así familiarizarse con la terminología o para establecer qué regla o qué doctrina fue aplicada en tales circunstancias, así como para tomar conocimiento sobre cómo la corte evaluó los argumentos y las razones esgrimidos por los abogados) y a los *Year Books* (que fueron reportes o compilaciones de casos y de decisiones judiciales en Inglaterra, del siglo XIII hasta el siglo XVI). Los *Case Books* se siguen utilizando actualmente como manuales para los estudiantes de Derecho. Por lo tanto, existe una clase clínica, esto es, práctica, casuística, y es justamente una de las grandes diferencias

que existe con la enseñanza en el Civil Law. El Doctor está convencido de que lo óptimo sería tomar préstamos educativos.

El fenómeno de la Globalización ha contribuido al acercamiento de las tradiciones y de las familias jurídicas.

En virtud de este ‘acercamiento’, se ha producido en el continente europeo una convergencia de los planes educativos o de enseñanza universitaria. El Proceso o Plan de Bolonia, de 1999, es un proyecto de unificación de los estudios jurídicos europeos. Italia es el único que no ha seguido este plan.

Curiosamente existe un menor interés en los juristas norteamericanos en el Derecho Continental que el que existe de los ‘continentales’ respecto del Derecho Norteamericano.

(No tan confiable, anoté: ...En la tercera generación de los glosadores, la diáspora, el peginraje académico, se disemina el *Ius Commune*, en la persona de Baccarios.)

Se dice que la organización gremial de abogados y jueves llevó a un modelo de enseñanza práctica de los jueces.

En Inglaterra se dice que no se produjo una recepción inmediata en la práctica, pero al final esto no es del todo exacto porque en las universidades (Oxford y Cambridge), en el siglo XIV surge el *Equity Law*, tendientes a procurar y flexibilizar otras alternativas de defensa ante los tribunales que no podían hacerse efectivas con los “*Writs*” del Common Law, que eran ‘*forms of action*’, mediante fórmulas cerradas que eran *numerus clausus*, esto es, formas de accionar, que daba origen a un derecho, y mediante una pretensión o ‘*pleading*’ se fijaba el ‘*Writ*’ respectivo.

La ‘Cancillería’ estaba detentada por un religioso o jerarca de la Iglesia, que era de confianza absoluta del monarca.

El Derecho Canónico y el Derecho Romano, del *Ius Commune Europeo*, en los que se basa el *Equity Law*, nos encontramos con que se produce una recepción práctica del en el Common Law. A través del *Equity Law* y de la doctrina académica se puede decir que hay una recepción práctica.

Jeremias Bentham, propuso una ordenación de los principios del Common Law, recogidos en una 'legislación', proponiendo de cierta forma una codificación, pero no con el modelo de la codificación continental.

Como ya se venía diciendo, se aprecia desde la segunda mitad del siglo XX un acercamiento pronunciado entre el Civil Law y el Common Law, por lo que la diferencias mayores entre estas dos grandes familias jurídicas se ha venido estrechando.

Actualmente existe una metodología protodogmática del Derecho Comunitario o del Derecho Común Europeo, aún no ha sido capaz de presentar, convincentemente, una característica del Derecho generalizada, o por lo menos aceptada por muchos. Desde un punto de vista epistemológico y metodológico, resulta insatisfactorio que todavía no exista un planteamiento dogmático que pueda considerarse como generalmente admitido por los teóricos y prácticos del Derecho.

Recapitulando, derivado de la crisis del Positivismo Legalista, la creación de una nueva dogmática jurídica alterna al positivismo se encuentra en actual conformación.

El Doctor señala que es difícil saber cuándo una tendencia dogmática es predominante en la mentalidad de los juristas pertenecientes a una familia jurídica en la actualidad, esto es así por los 'criptotipos' o categorías lingüísticas implícitas u ocultas en una lengua (mentalidad, ideología, imaginario colectivo), a diferencias de los fenotipos que son explícitos.

Estamos en un tiempo que se caracteriza por un cambio, una crisis prolongada de 60 años. En América Latina no ha sucedido todavía, pero en Europa, sí, pero no es definitivo. En relación con los criptotipos, nunca se podrá pensar de la misma manera por todos, siempre habrá matices.

Esta crisis y esta superación de la misma, a partir de la configuración de una dogmática jurídica alternativa, sólo se dará definitivamente si encuentra un vehículo para la preservación trans-generacional, esto es, a través de una profunda reforma a la enseñanza del Derecho.

Recapitulando, la educación jurídica Centro Europea es más rigurosa y detenida, en la formación de juristas con un currículo de muchos años. En Alemania, es común que en las universidades, los profesores sean doctores; éstos siguen carreras profesoriales, primero como

profesor adjunto, luego como titular. La clase profesoral son doctores en Derecho expertos en la materia, ya que también se dedica a ello en la vida práctica. También hay un componente importante en la investigación jurídica.

En las subfamilias jurídicas Centro Europea, Mediterránea, Nórdica e Iberoamericana, existe una tendencia a ser un requisito esencial en la vida práctica la colegiación obligatoria, generalmente. Esto es respetar al derecho y no una instrumentación del sector público del Derecho.

La Familia Jurídica del Common Law

El término ‘Common Law’ es un término equívoco y, por lo tanto, tiene tres significaciones:

- a) Se refiere a una familia jurídica de la tradición jurídica occidental, que tiene como contrapartida el Civil Law.
- b) Se refiere a una jurisdicción obligatoria y única, durante el siglo XI a XIV con los ‘*Writs*’ (que como ya vimos, son fórmulas, parecidas a las del Pretor, que enuncian tipos de acciones, esto es, formas típicas de accionar, cerradas, que conforman *numerus clausus*), y comparte existencia con el *Equity Law* hasta el siglo XIX, donde se conjugan a través de la Fusión. Hoy ya no es una jurisdicción independiente, sino un ámbito dentro del derecho angloamericano, que contiene algunas materias que tradicionalmente le fueron propias, en distinción con la *Equity*. El *Equity Law* se desarrolla a partir del siglo XIV como una jurisdicción regia extraordinaria, depositada en la figura del Canciller o ‘*Lord Chancellor*’ y después en las Cortes del Canciller o ‘*Courts of Chancery*’, que lo auxiliarán, derivado de la esclerosis del formalismo y, por lo tanto, de la crisis del *Ius Commune Europeo*; por lo tanto, se instituyen los ‘remedios’ o “*remedies*” o “*reliefs*”, que remedian las injusticias cometidas en sede el Common Law. El *Equity Law* sobrevive hasta el siglo XIX, en que a partir de una Ley, se unifican ambas jurisdicciones, *Equity*- Common Law, y a partir de una reforma judicial queda insubsistente la diferencia entre competencias.
- c) Se refiere al conjunto de ‘*decisional law*’ o ‘*judgments*’ que se diferencia así del *Statutory Law* (que como ya vimos, es un derecho legislado a través del Parlamento

o a través del Consejo de Estado en Inglaterra, y en Estados Unidos de Norteamérica a través del Congress y a través de reglamentos o '*regulations*' dadas por las distintas 'agenciess' o administración pública descentralizada; esto a partir de la segunda mitad del siglo XX).

Así como vimos con el Civil Law, que se subdividía a su vez en distintas subfamilias, el Common Law se divide en dos subfamilias principalmente:

- a) Common Law de Inglaterra
- b) Common Law de Estados Unidos de Norteamérica

Otros países influenciados por el Common Law, han desarrollado sus propios ordenamientos jurídicos, tales como la India, Israel o Canadá, Australia, Sudáfrica, etc..

Cabe aclarar que la evolución histórica del Common Law en Inglaterra y en Estados Unidos de Norteamérica ha sido distinta, en virtud de la cual se han ejercido influencias recíprocas.

El sistema de fuentes lo integran los '*jurisprudence*' que son un conjunto de textos jurídicos de reflexión profesoral del Derecho. Son fuentes directamente aplicables, pero con matices, ya que en Inglaterra se consideran de mayor importancia los juristas antiguos, esto es, desde Glavil y Bracton, paando por *Lord Chief Justice* Edward Coke, así como también el jurista Sir William Blackstone, con su obra más importante que fue '*Commentaries on the Laws of England*', que son considerados como autoridad moral y son citados en juicio, como se dijo.

En Norteamérica, '*jurisprudence*', es una denominación sumamente ambigua, que comprende muchas cosas, como un tratado de Derecho o reflexión jurídica. No se distingue entre filosofía, ciencia y técnica.

Es muy interesante ver en el mundo anglo – norteamericano el surgimiento de una corriente parecida al Positivismo, con influencia de la Jurisprudencia Analítica que se desarrolló en Inglaterra en el siglo XIX, por la obra de John Austin, y luego surge un formalismo jurídico el cual el precursor es Christopher Columbus Langdell, quien fue el famoso Dean que desde la '*Harvard Law School*' sentó las bases de la moderna educación jurídica norteamericana. El Realismo Jurídico preconiza en el mundo norteamericano con el *Chief Justice* Oliver Wendell Holmes Jr. Posteriormente tenemos el '*critical legal studies*' de Duncan Kennedy.

También tenemos el ‘*Law & culture, & religion, & racism*’ que son estudios que nos dan el pensamiento americano, que son réplicas de corrientes que constituyen complementos reflexivos interesantes para la cultura jurídica, y a partir de su reflexión, cambiar la óptica del Derecho.

Por lo que respecta a la historia del Derecho Inglés:

Empieza a desarrollarse a partir del siglo XI, y se proyecta hasta el siglo XXI.

Existen antecedentes antes del siglo XI, con la conquista Normanda de Guillermo el Conquistador o Guillermo I de Inglaterra, que fue el primer Rey de Inglaterra normando, con un reinado que se extendió desde 1066 hasta su muerte en 1087.

El Common Law, como ya se apuntaba líneas arriba, surge como única jurisdicción hasta el siglo XIV, en el que se desarrolló el *Equity Law*.

En el siglo XIX, es un momento muy importante, en donde se consolida la reforma judicial y, por consiguiente, se fusionan ambas jurisdicciones. También se ha señalado que a principios del siglo XX se cambia la forma de enseñanza del Derecho en Inglaterra y en Estados Unidos.

También se ha mencionado que en Inglaterra, los estudios jurídicos se realizaban en los ‘Inns of Court’; como resultado del desorden de la Revolución Inglesa de Oliver Cromwell hasta la Revolución Gloriosa, esto es, en el siglo XVII, se desarticulan pero sobreviven, y surge la institución del ‘*apprenticeship*’, que es el aprendizaje realizado en bufetes de abogados. A partir del siglo XIX. Surgen escuelas de Derecho en Estados Unidos, ya que antes era personalista y práctica, como si se tratara de un oficio medieval (maestro – aprendiz). Hacia la segunda mitad del siglo XIX las Universidades se comen a las Escuelas de Derecho y así surge el modelo de universidad, presidido por Harvard, que con las reformas de Langdell, se marcan las pautas principales de la enseñanza del Derecho (*case method*).

A partir de la década de los 30, en Estados Unidos se da un auge de la legislación, pero a partir de la década de los 60 del siglo XX, ocurre algo en Inglaterra pero no en Estados

Unidos, que fue el ingreso del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte a la Comunidad Europea, antes Comunidad Europea del Carbón y del Acero, hoy Unión Europea, lo que produjo el inicio de un diálogo constructivo entre el Common y el Civil Law.

El modelo de la escuela de Derecho de Harvard hace sentido en aras de una naciente República, ejerciendo hegemonía etnocéntrica, esto es, el pensamiento de que los norteamericanos son los mejores, y todo el mundo debe saber de ellos, y ellos no necesitan saber del mundo; esto representa un prejuicio. La cultura occidental es etnocéntrica. Esto da lugar, también, a que sea un Derecho eminentemente nacionalista, ignorando el Derecho Internacional y despreciando el estudio del *Comparative Law*. Lo único que se dignan a saber es el Common Law norteamericano.

En la actualidad, se encuentra en crisis la educación jurídica en Estados Unidos, esto se puede solucionar, a partir de la globalización y el estudio de otros sistemas jurídicos racionales.

Recapitulando, tenemos un primer período de formación de la familia jurídica del Common Law, que va del siglo XI al siglo XIV.

Preexiste a la formación de esta familia jurídica, un conjunto de derechos consuetudinarios de tradición germánica y, por otro lado, una romanización tenue, así como el Derecho Canónico.

Como ya se había señalado antes, existen situaciones previas al siglo XI, como lo fueron las iniciativas normandas de Guillermo el Conquistador, para centralizar y concentrar el poder, y a partir de esto surgen los '*Writs*' y la formación de los Tribunales Regios.

Los '*itinerant justice*', eran jueces nómadas que recorrían un circuito judicial, que conformaban jurisdicciones que actuaban en nombre del monarca, por razones de economía, para visitar e inspeccionar las casas de los vasallos, y también de castigar a los ofensores, es decir, era una jurisdicción predominantemente penal, que se decidía el caso a través de un veredicto del jurado.

Los jurados eran una institución característica de este tipo de jurisdicción, y se encargaban de investigar el crimen.

Por otro lado tenemos a los '*serjeants of the law*', que fueron, desde el siglo XIV, los antecesores de los '*barristers*', que como veremos más adelante, tuvieron exclusiva jurisdicción en las '*Court of Common Pleas*', la más importante en esta primera etapa.

El segundo período de desarrollo del Common Law, comprende del siglo XIV al siglo XIX. Se caracteriza por la esclerosis de este sistema para proveer al sistema de justicia de dos elementos, eficacia y eficiencia. Se empiezan a incumplir los mandatos de los tribunales regios que se les imponían. Muchos miembros de la pequeña y mediana burguesía acudían de nuevo al monarca, arguyendo que los tribunales regios no les hacían caso. Así que el monarca designó, como ya vimos, a una persona de su confianza, al Canciller, que fungía como autoridad para resolver los casos, y que posteriormente le auxiliaron las Cortes de la Cancillería.

La esclerotización, como venimos apuntando, deriva de que en un primer momento, a partir de un '*pleading*', especie de alegación formal de una de las partes, se definía cuál era el '*Writ*' para el caso concreto.

Hasta aquí llega revisión y ordenación preliminar del Profesor Titular

En un principio se crearon diversas formas de acción (*writs*), así como diversos procedimientos y medios de prueba. Pero con el paso del tiempo se fueron perfeccionando estas acciones, por lo que se volvieron más formales y más rígidas. Se decía que un caso dependía de la capacidad técnica del '*serjeant of the law*' que la justicia material per se, esto es, del fondo del caso.

Recapitulando, era a través de los '*remedies*', que se trataba de remediar, en nombre de Dios y por vía de la misericordia, alguna injusticia dictada por los tribunales regios, a través del *Lord Chancellor*.

Así como sucedió en la época clásica de la jurisprudencia romana, solamente se tenía un derecho si se tenía una acción, esto es, a través de una fórmula hipotética dada por el Pretor. En el caso del Common Law, los '*Writs*' eran establecidos por los precedentes, es decir, por las resoluciones de los tribunales regios, y posteriormente compilados en el *Statute of Westminster II* (estatuto de Westminster dos), de 1285.

Entonces, las razones de la esclerosis del Common Law derivó de la inseguridad generalizada en los siglos XIV a XVI, y también por sus insuficiencias, ya que el sistema judicial regio estaba limitado por los '*Writs*', y que todas las cuestiones de eran materia de prueba eran remitidas al jurado, y esto representaba un problema ya que no existía una técnica depurada. Todo esto será subsanado por la Cancillería.

Existía también inseguridad respecto de los writs, pues cualquier defecto en los mismos podía dar lugar a perder el negocio; de ahí la importancia de los '*bills*' y las '*petitions*' de la Cancillería había mayores facilidades para obtener los medios de prueba, así como se propugnaba por un procedimiento más ágil y expedito, requiriendola comparecencia de las partes materiales, quienes podrían ser interrogados por el Lord Chancellor. La Cancillería encontró en los '*remedies*' darle la vuelta al formalismo del Common Law.

Los '*equitable remedies*' o '*equitable relief*' pertenecen a esa clase de conceptos casi intraducibles por la falta total de correspondencia entre el Derecho anglosajón y nuestro Derecho.

A pesar de que las principales nociones del Derecho contractual o '*contract law*' anglosajón fueron desarrolladas por los tribunales del Common Law o '*common law courts*', los tribunales de equidad o '*courts of equity*' desarrollaron también ciertas medidas o recursos complementarios para tratar de suplir las carencias del Derecho desarrollado por los primeros. Los tribunales encargados de aplicar el Common Law se limitaban, generalmente, a reconocer que ciertos contratos podían ser considerados nulos o carentes de fuerza ejecutiva o '*unenforceable*' en determinadas circunstancias o, como mucho, a conceder determinadas

sumas de dinero en concepto de indemnización por daños y perjuicios o *'damages'* o a compensar el lucro cesante *'loss of profit'* derivado de un incumplimiento contractual o *'breach of contract'*. Pero, en ciertas ocasiones, estas medidas resultaban inadecuadas o insuficientes, razón por la que los tribunales de equidad desarrollaron otra serie de medidas resarcitorias como las denominadas *'specific performance'*, *'injunction'* o *'rectification'*.

a) *'Remedie del Specific performance'*: se trata de una orden de un tribunal que obliga a una de las partes a cumplir los compromisos asumidos en el contrato tal y como se estipularon, es decir, que obliga al estricto cumplimiento de lo pactado. Podría traducirse por orden expresa de cumplimiento o cumplimiento exacto del contrato. Algunos diccionarios lo traducen también como ejecución forzosa o cumplimiento material.

b) *'Remedie del Injunction'*: el tribunal puede ordenar también a una de las partes que haga una determinada acción explicitada en el mandato del tribunal, o que se abstenga de realizar cualquier otra. Podemos ver diferentes traducciones tales como interdicto, auto preventivo, requerimiento judicial, etc. Todas ellas son meras aproximaciones.

c) *'Remedie del Rectification'*: mediante esta medida resarcitoria el tribunal puede considerar que un documento, o una parte del contrato, no reflejan correctamente la intención de las partes y puede obligar a una de ellas a que lo cumpla, pero con una cierta rectificación en lo pactado para tratar así de reflejar esa intención inicial.

El diseño de uno de los instrumentos jurídicos más característicos del Derecho anglosajón, es el *'trust'*, o también conocido en el español como *'feudo de uso'*. Es un instrumento que preexiste a la Cancillería, para darle vuelta al vasallaje el Derecho Feudal, respecto de la herencia del primogénito. Esto es, todos los bienes se transmiten a una persona que se le tiene confianza, y celebran un contrato de uso, por el cual esta persona es *'detentataria'* de la heredad, para que cuando muera, se transmita al primogénito la mayor parte, pero también a los demás hijos y a la esposa, para compensarlos. Entonces la figura del *'trust'* se daba por dos razones principalmente; una era la de conservar la propiedad y transmitirla, y la otra para evitar impuestos fiscales derivado de la transmisión de la heredad al primogénito.

Otra de las características que reviste el procedimiento ante la Cancillería era la de admitir juicios universales, como los concursales o de quiebra (Derecho de las quiebras o *Bankruptcy law*).

Entonces, con la introducción de la Cancillería se empieza a prescindir de los '*itinerant justice*' o '*justice in Eyre*'.

Ahora se dice que es una jurisdicción descentralizada, que giran en torno a los "*justices of the peace*" que eran oficinas judiciales para conservar la paz del monarca y del Reino. Lo integraban hombres de bien, legos más no juristas propiamente, que eran auxiliados por un '*Lord Clerk Register*', tanto en la jurisdicción criminal (originaria de los *Court of King's Bench*) y en la jurisdicción civil, para remitir la resolución de los jurados a los tribunales regios.

Las pruebas son presentadas ante la Cancillería. Hasta el siglo XIX, serán conocidas por el *Lord Chancellor*, que es una especie de Procurador General de la República, que a partir de los siglos XVI y XVII, será el presidente del '*House of Lords*'.

El Canciller podía conocer de manera inmediata todos los casos.

Se decía que John Scott Eldon –*Lord Eldon*-, fue *Lord Chancellor* en 1801, y no acababa de estudiar todos los casos que se le sometía a su conocimiento.

Abajo del Canciller estaba el '*Master of the rolls*', que era el encargado de custodiar los registros o rollos, o sellos –gran sello- de la Corte de la Cancillería. Debajo de ellos estaba el grupo de los '*clerks*', '*Clerk of the Crown in Chancery*'.

Lo descrito anteriormente sucedía solamente en Londres, ya que fuera de él se comisionaba a personas distintas para que pudieran recibir las pruebas.

Entonces, a través de los '*case law*' o sistema de precedentes, la función judicial es materialmente legislativa.

El surgimiento posterior de las Cortes de la Cancillería o '*Courts of Chancery*', generó fricciones entre los tribunales regios y la Cancillería, por los costos de la administración de justicia.

Teníamos por un lado a la ‘*Court of Common Pleas*’ o ‘*Common Bench*’, que conocía de acciones civiles, entre particulares que no incumbía al monarca. Esta corte regia reaccionó mal con el surgimiento de la Cancillería, en cambio el ‘*Court of King's Bench*’, que conocía de asuntos criminales, reaccionó bien. La primera reaccionó mal porque las *Courts of Chancery*, que auxiliaban al *Lord Chancellor*, eran tribunales civiles. Y por otro lado teníamos a las ‘*Star Chamber*’ o cámara estrellada ubicada en el Palacio de Westminster, y fue fundado en 1487 y abolido en 1641. Su objetivo principal eran los casos de calumnias y traición, es decir, jurisdicción penal.

En este sentido se produce un choque de trenes hacia el primer tercio del siglo XVII, que protagonizan el ‘*Chief Justice*’ Sir Edward Coke, y en el otro extremo estaba, su rival, Francis Bacon, que fue consejero privado o parlamentario, *Lord Chancellor* y *Master of the rolls* posteriormente. El conjunto de eventos que van a protagonizar los dos rivales, se traduce en la rivalidad por un lado el monarca y por otro lado el parlamento. El parlamento surge como desmembramiento de la *curia regis*.

Se dice que los tribunales regios se alinean con el parlamento, mientras que el Canciller va a tener sus intereses alineados con el monarca, esto es el choque de trenes referido anteriormente, que se traduce en un choque de intereses.

En 1616 el Rey Jaime I es capaz de preservar la supremacía de la Cancillería respecto de los tribunales regios del Common Law. A la par de que hay una supremacía del parlamento sobre el monarca. De hecho se establece que el parlamento va a limitar a los tribunales del Common y del *Equity Law* a través de la legislación, esto es, a través de la existencia de dos jurisdicciones que se desarrollan a través de los sistemas de administración.

Sir Edward Coke, tiene una iniciativa en el parlamento de tomar una idea audaz, consistente en que dentro del ‘*Court of King's Bench*’ se desarrollase una figura muy importante en la actualidad en el Derecho Procesal Penal Constitucional, el *habeas corpus*, esto es que se ponga en inmediata disposición a una persona a la autoridad correspondiente y se le informe sobre la naturaleza y causa de su acusación, es decir, evitar detenciones arbitrarias. Esta idea decantó en la Ley del Habeas Corpus de 1640. Aunque ya se había contemplado esta idea en la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215.

Entonces, la extensión, la medida y la protección del *Equity Law*, depende de un solo hombre, el Canciller, y auxiliado por las Cortes de la Cancillería.

Entonces, existían tres cortes regias, de las cuales la más importante era la '*Court of Common Pleas*'.

La '*Court of King's Bench*' llevaba cuestiones criminales y civiles, respecto de responsabilidades derivados de daños causados por violencia.

Por otro lado tenemos a la '*Court of Exchequer*', que se centraba en asuntos de recaudación fiscal.

Los '*itinerant justice*' se van articulado en torno a los '*Eyre Courts*'; los '*Eyre*' entendidos como circuitos. Se superponen a las jurisdicciones locales. Es una jurisdicción criminal, que se desarrolla '*in situ*', es decir, en nombre del Rey, en las distintas localidades o circuitos. Conformaran un procedimiento semejante al procedimiento semejante al procedimiento formulario en dos fases, una *in iure*, en la que a la parte demandada se le concede un '*Writ*', a través de la fijación del '*pleading*'.

El sistema del '*pleading*', o sistema de alegaciones, mediante pretensiones, que va a ser el origen y centro del Common Law.

Lo propio y característico de la actividad de los representantes de las partes, los '*serjeant of the law*', es discutir la procedencia de los '*Writs*' ante el juez. El pretor concedía una acción a partir del reconocimiento de las partes que cayeran en la hipótesis de la fórmula, influenció este sistema.

Entonces, existían en este procedimiento, dos fases, el primero a través del '*pleading*' y una segunda fase, enfocada a la parte del '*evidence*', que quedaba confiada a los jurados.

Cabe mencionar que los jurados se desarrollan por los '*Eyre Court*', en los juicios del orden criminal. Se deslinda de la '*ordalía*' pues se generaliza el uso de los jurados como método característico de la determinación e investigación de los hechos del caso.

Esto daba lugar a un sistema costoso donde las partes contrataban a un abogado y se entendía con los '*sergeants of the law*', que suponía gastos para Londres o Westminster, y el veredicto

de los juzgados podían ser tomada por los jueces itinerantes, para luego ser remitida a las cortes regias, todo esto por razones de economía.

Desarrollando estos ejes de esta etapa formativa del Common Law, respecto de los 'Writs', fueron desarrollándose en primer lugar, como un conjunto de formas de acción normativa que tenían por objeto de individualizar y tipificar las diversas cuestiones derivadas de la repetitividad de la misma.

Existían distintos tipos de 'Writs', *writ of right* (para la protección del derecho de la propiedad inmobiliaria; el *writ of debt* (cobro de deudas liquidez); el *writ of trespass* (propio y característico del King's Bench, consistente en restituir a una persona violentada por hechos ilícitos, siempre que esos años fueran *vit et armis*, cuasidelito de daño patrimonial, esto es, que haya sido producida por violencia y por las armas); así como el *writ of novel disseisin* (equivalente a la actio publiciana o plenaria de posesión).

Fueron más de treinta 'writs' desarrollados durante los siglos XI y XII. En el siglo XIII, es aprobado el Estatuto de Westminster II, en donde se reconoce por un lado que los 'Writs' desarrollados se dan por buenos pero no se le permite a la monarquía desarrollar nuevos. Existían 'writs' con *simili causam*, esto es una protección por analogía de los intereses de las partes que no entrasen dentro de los parámetros formales del 'writ'; se protegen intereses análogos.

Cada 'writ' representaba diferentes formas de acción, y cada uno tenía procedimientos diferenciados, con plazos y formalidades distintos. Los medios de prueba también eran diferentes para cada 'writ'. Por ejemplo, en el *writ of debt*, la prueba idónea era la testimonial, sobre la palabra del acreedor o del deudor.

Cada vez más el primer Common Law fue sofisticando, haciéndose cada vez más complejo y las partes tuvieron, por consiguiente, la necesidad de los 'sergeants of the law'.

Recapitulando, la *Court of Common Pleas*, era de jurisdicción privada, pero universal.

El *King's Bench*, era de jurisdicción contenciosa, administrativa, siendo una jurisdicción mixta, ya que en segundo lugar fungía como jurisdicción criminal de alzada. El

incumplimiento de una obligación o de un contrato, un hecho ilícito, sin necesidad de que sea *vis et armis*, esto es, cualquier *trespass* puede ser conocido por *King's Bench*.

La *Court of Exchequer*, era una jurisdicción contenciosa administrativa pero en la rama fiscal, esto es, en el cobro de impuestos, que era función de la Oficina del *Exchequer*.

En la *Court of Common Pleas*, sólo pueden litigar los '*serjeants of the law*'. Que se decía que esta profesión jurídica no pasaba de treinta personas en Londres.

Los '*solicitor*' sí podían litigar ante el *King's Bench*, y ante el *Exchequer*, pero nunca ante la *Court of Common Pleas*.

A partir de los siglos XV y XVI, las grandes transformaciones de Europa, esto es, el tránsito de la Edad Media a la Época Moderna. Se presentaron nuevas 'súplicas' ante el monarca, en el que no se reconoció determinada situación por las cortes regias, se resolvía el caso velando por la justicia y la caridad. Estas cuestiones de caridad se pusieron al conocimiento del Lord Chancellor.

Los *Court of Chancery*, empezaron a desarrollar una jurisdicción paralela a la de las cortes regias. El *Common Pleas* no reconoció el papel del *Lord Chancellor*.

Lo interesante del surgimiento de la jurisdicción del *Equity Law*, tuvo el efecto de generar una reacción en los otros tribunales regios, que se tradujo en una mayor celeridad.

La *Supreme Court of Judicature*, como veremos más adelante, no se estableció con la finalidad de unificar materias, sino para absorber tribunales.

Los '*Inns of courts*' surgen por un motivo práctico de facilitar la estadía en Londres, con motivo de las cortes de Westminster, a los '*serjeants of the law*', que adquirieron inmuebles para empezar a admitir aprendices, procurándoseles una educación judicial para el ejercicio de la profesión. Tanto los '*serjeants*' como los aprendices hacían su vida en común.

Una actividad vinculada a la enseñanza del Derecho es respecto de quienes tienen el gobierno de los '*Inns*' que son los '*benchers*', esto es, los miembros del '*Bench*', que es el órgano de administración. Para ser '*bencher*' es necesario ser '*barrister*', y que se haya dedicado al

servicio de la justicia, como jueces de paz o como Como los '*barrister*' alcanzaron un monopolio en el ámbito judicial, estos pertenecían a una clase privilegiada.

La educación de los aprendices o pupilos era una educación desarrollada de manera *intuitu personae*, en dos formatos, uno dentro del salón de clases y otro de manera individual para reunirse con sus aprendices y desarrollarse en la práctica, en el foro. Los ejercicios académicos duraban cinco años.

Antes de llegar a los '*Inns of courts*' era importante desarrollarse en los '*inns of chancery*', para luego elegir el '*inn of courts*' de su preferencia.

La enseñanza del Derecho se hacía de la siguiente manera: a través de lecturas autodidactas, a través del aprendizaje individual, acudiendo a los *readings* y *lectures*, así como participando en los grandes eventos académicos, y también en los juicios simulados.

Las cortes se dividían en tres partes, el *Bar*, el *Bench* y el *Crib*, en donde el pueblo estaba detrás de la barra, y sólo pueden atravesarla los '*barrister*'. En el *Crib* se ubicaban los alumnos y aprendices, y gracias a estos se desarrollaron los *Year Books*, a partir de los apuntes de los aprendices.

Los primeros *Year Books*, consistían en antologías de casos que no recogían las sentencias. Era la dinámica del '*pleading*' y no las sentencias *per se*, lo que constituía el objeto de los *Year Books*. Eran socorridos libros de texto, casuísticos, que dieron lugar a otras formas literarias. Estos evolucionaron posteriormente. Dieron lugar al desarrollo de los '*abridgements*', que eran manuales donde se extractaban los caos guía, más influyentes, que en un tercer momento dieron lugar al surgimiento de los '*digest*', para clasificar las materias, y estos a su vez dan lugar a las *legal encyclopedias*, donde se establecen los precedentes, que se reúnen a través de volúmenes como digestos. Los casos guías están tematizados a través de categorías y subcategorías.

Surgió otro género Liberio, también, que fueron los tratados. Los dos primeros eran los de Granvil y Bragton, que fueron escritas por otras personas, y no sabemos en realidad qué es lo que quieren decir estas obras. Unos dicen que fue el resultado del desarrollo educativo. Granvil fue un manual de Derecho, surgido en Oxford y Cambridge, para crear una cátedra

en estas universidades de Derecho Inglés. Bragton fue lo contrario, ya que buscó crear una escuela que fuera antecedente de los '*Inns*', donde se enseñara Derecho Romano y Canónico.

Estos tratados fueron escritos en latín. Era una profesión elitista la de ser jurista, ya que se necesitaba hablar latín, idioma de la clase letrada, y en segundo lugar se hablaba inglés por lo que respecta a las relaciones entre '*barrister*' y magistrados. Pero a partir del siglo XI, surge el '*french law*', que se habló hasta el siglo XVIII, esto es, un francés jurídico que evolucionó distintamente al francés de Francia, tomando préstamos del latín y del inglés, y así creando un idioma ininteligible.

Por lo tanto, el latín es la lengua de todos los escritos. En el '*case law*' se aprende el '*french law*', porque se da en la dinámica del '*pleading*'. En cambio, el inglés se utilizaba para el sistema probatorio.

En este momento, la profesión jurídica estaba dividida en '*serjeants*' y '*advocates*'.

Cuando profesión jurídica se desarrolla en el siglo XIX, y surge en la profesión jurídica, por otro lado, el grupo de los '*civilians*', porque estudiaban el *Corpus Iuris Civilis*, y pertenecían al gremio eclesiástico, que realizaba funciones administrativas, diplomáticas, porque la corona requería a los '*civilians*' en el ámbito diplomático, y jurisdiccionales en el ámbito de la Iglesia Católica, y que se reunían en el Arzobispado de Canterbury.

Los '*civilians*' se encontraban divididos en dos grupos, la de los *civilians* de lujo, conformado por los doctores en Derecho y los legos, que tenían conocimientos jurídicos prácticos.

Un ámbito de gran importancia para los ingleses ha sido el mar, la armada, la flota y la marina mercante. Son cuestiones que dan lugar a disputas internacionales, de las cuales no sirven los adoctrinados en el '*case law*'.

El *Admiralty Law*, esto es, las cuestiones relativas al Derecho del Mar, serán del conocimiento de los '*civilians*'. Y a partir del siglo XVI, con la reforma anglicana, los '*civilians*' sufren un gran revés, aunque seguirán sirviendo

Recapitulando, la educación jurídica y la formación de los profesionales tienen tres etapas:

a) Enseñanza en los *'Inns'*, que era práctica, en mano de los *'sergeants'* y *'barrister'*, a través del estudio de precedentes.

b) Los *'Inns'* desaparecen en el siglo XVII. En la actualidad ya no son escuelas, sino asociaciones profesionales.

c) Con motivo de la Revolución Gloriosa, la formación de los *'barrister'* se produce a partir del siglo XVIII y XX, a través de una enseñanza personalísima, obteniendo el estudiante del *'Bench'* su autorización para desempeñarse en la vida judicial.

Surge la *'doctrinalización'*, una vez desarrolladas las instituciones de la jurisdicción del *Equity Law*, desarrollada arbitrariamente por los Cancilleres.

Se desarrolla una confección de los *Year Books*, así como *Agreements and reports*, que ordenan el *'case law'*, para que las aparentes arbitrariedades, vea disminuida a través de la estructuración de reglas.

El parlamento castigó a la Cancillería, limitando a su presupuesto, y esto ocasionó que fuera lenta la labor de la Cancillería.

Esto dio lugar que hacia el siglo XIX, las diferencias entre jurisdicción internas entre los tribunales regios, encontraron un principio de resolución para ponerse de acuerdo para distribuirse la carga de trabajo y no una delimitación formal por materia. Empieza a carecer de sentido esta división.

A partir de la década de los 50 del siglo XIX, el que tenga lugar la fusión de la jurisdicción del *Equity Law* y del *Common Law* (tribunales regios), a una sola jurisdicción, esto es, mediante una sola administración de justicia y un solo procedimiento.

Justamente, en 1848 en Nueva York se produce una legislación que una la jurisdicción civil y el *Equity Law*.

En 1873, se produce el *'supreme court of judicature act'* en el que se organiza el sistema judicial Inglés, estableciendo las altas cortes y las cortes de apelación, así como la supresión

de facultades al '*House of Lords*'. En virtud de esta acta, la *Court of Chancery*, la *Court of King's Bench*, la *Court of Common Pleas*, la *Court of Exchequer*, así como la *High Court of Admiralty*, la *Court of Probate* y la *Court of Divorce and Matrimonial Cases*, se consolidan dentro de la *Supreme Court of Judicature*.

También se da un '*supreme court of judicature act*' en 1875.

Antes de que las universidades absorban la educación jurídica, existe una división de la profesión jurídica entre los '*barristers*' y los '*solicitors*', que estos últimos, se enfrentan con la gran mayoría de los casos y que sólo en casos especiales por su complejidad o especialización, requiere la intervención de un especialista, que en este caso sería el '*barrister*'.

Recapitulando, la familia jurídica del Common Law, se desarrolla en Inglaterra, hacia la baja Edad Media, fundamentalmente en tres períodos:

- a) Un período formativo, que va del siglo XI al siglo XIV (Con los '*Writs*', los *Central Courts*, que funcionaban efectivamente a través de las oficinas locales de los '*justices of the peace*').
- b) Un período intermedio, que va del siglo XIV al siglo XIX (Con instituciones como el *Lord Chancellor*, la *Court of Chancery*, el *Equity Law*, que como ya se ha apuntado, fue una jurisdicción paralela al *Common Law*, hasta su fusión a finales del siglo XIX)
- c) Y una etapa contemporánea, que va del siglo XIX hasta nuestros días (Caracterizado en que el juez desarrolla antes de un juicio, una labor materialmente legislativa, en donde tipifica los intereses que se convierten en derechos, a través del '*oral pleading*', esto es, las pretensiones, en un inicio, definían un '*Writ*', y estos fueron compilados en el Estatuto de Westminster II, en el siglo XIII, y no permite la creación de nuevos, situación, que como apuntábamos en el período intermedio, el Common Law se esclerotiza)

También apuntábamos, que el *Lord Chancellor* y las *Courts of Chancery* fueron necesarias por la esclerosis del Common Law, sin sujeción a formas, esto es, un procedimiento que

incluye la presentación de pruebas, que no se hacen ante el jurado como en *King's Bench*, sino directamente ante la Cancillería, así como la creación de los '*remedies*' o '*reliefs*'.

El Equity Law y el Common Law, vinieron a ser jurisdicciones incompletas que por necesidad se fusionaron.

En Estados Unidos de Norte América, como resultado de la herencia colonial, las trece colonias asumen el Common Law, pero lo asumen de manera distinta, ya que a diferencia de la empresa colonizadora iberoamericana que era única, la Corona Española, en el mundo angloamericano, la colonización se produjo de manera distinta ya que había empresas protestantes, puritanas, mercantiles, católicas, etc.

Sin embargo, el Common Law, impuesto como resultado del coloniaje, se aplicó de forma similar que el Derecho Indiano en las colonias españolas, esto es, de forma modificada y atemperada.

Los padres fundadores de las colonias norteamericanas, tenían una profunda religiosidad, ya que desde su óptica puritana, obedecían más la Ley de Dios que la Ley del Common Law, y eran pocos los abogados que ejercían la profesión.

No había desmembramiento de la función jurisdiccional igual que en Inglaterra, eran los gobernadores de las colonias, quienes aplicaban el Common Law. Este Common Law estaba alimentado por la práctica, por las costumbres y por la Biblia, es decir, era un Common Law más flexible.

Estados Unidos de Norteamérica, permanece dentro de la órbita del Common Law, pero de una forma peculiar. El Derecho Penal pertenece a la familia jurídica del Common Law de Inglaterra, y después de su emancipación se adoptó el sistema de precedentes y de estatutos legales ingleses, tanto en el Derecho Privado como en el Derecho Penal, pero se separaron notablemente respecto del Derecho Público y del Derecho Constitucional, ya que en Norteamérica hubo una constitucionalización del Derecho Público más pronunciada.

En efecto, los norteamericanos son promotores del modelo y referente del constitucionalismo moderno y contemporáneo. Es la existencia de una ley fundamental, con un contenido orgánico y dogmático.

Nosotros sabemos más Derecho Constitucional norteamericano de lo que imaginamos, derivado de su influencia en la Constitución de 1824, en cuanto a la división del poder, la forma de Estado Federal y la forma de Gobierno Republicana, el establecimiento de derechos humanos, y un principio de legalidad que rige en materia civil y penal, así como el '*judicial review*' (que tuvo sus orígenes en el caso *Marbury vs. Madison*, en 1803).

Desde la independencia, en Estados Unidos surge un movimiento de largo alcance respecto de la familia del Common Law, que fue la fusión del *Equity* y del Common Law. En el período colonial se recibió el Common Law, y en estas colonias se ejercieron dos sistemas, uno en la que los gobernadores ejercían de manera diferenciada ambas jurisdicciones, y otra en la que los gobernadores ejercían una de las jurisdicciones y una oficina local, parecida a la Cancillería, ejercía la otra jurisdicción.

El gobernador, dependiendo de la materia, adjudicaba asuntos a la oficina conforme a las reglas del Equity y del Common Law, es decir, no había una diferenciación tajante en las materias, lo que se propugnó por unir ambas jurisdicciones y desaparecer las diferencias entre las mismas. Esto fue desarrollado en Nueva York gracias a David Dudley Field II, un prominente jurista gringo, que elaboró un proyecto de unificación de los procedimientos de ambos sistemas, que fue copiado por el resto de la Unión, esto es, el *Field Code* de 1850 del estado de Nueva York. A partir de esto, se dice que en Inglaterra se inicia en el parlamento la discusión sobre unir estas dos jurisdicciones, por el éxito de la fusión de ambos Derechos en Nueva York, y después en toda la Unión.

En Inglaterra, por otro lado, la Cancillería se había vuelto deficiente para el siglo XIX, derivado a la carga excesiva de trabajo con la que lidiaban.

Entonces, se van produciendo una serie de reformas en la década de los 50 del siglo XIX, y en la década de los 70 del mismo siglo, se establecen las dos '*judicatures acts*' de 1873 y 1875, referidas anteriormente, por virtud de las cuales se establece la creación de una '*Supreme Court of Judicature*', con las mismas jurisdicciones de los tribunales regios, como ya veíamos líneas arriba, así como las cortes que integran la estructura actual (Aldmiralty Law, Divorce and Matrimonial Cases, y el Queen's Bench, derivado del reinado de Isabel

II). Entonces, la Supreme Court of Judicature tiene tres jurisdicciones, la civil, la criminal y la familiar, principalmente.

Adicionalmente hay un *Court of Appeals*, que se encarga de los recursos de alzada, de los '*justices of the peace*' y de los otros jueces.

'*House of lords*', se reservó una competencia extraordinaria, que hoy en la actualidad no existe.

En Inglaterra, actualmente, las fuentes del Derecho son las siguientes:

- a) *Decisional Law* o *Case Law*, regido por el principio del '*stare decisis*', esto es, que lo decidido o adjudicado permanence en lo futuro y no se cambia. Este principio es mayor en Inglaterra que en Estados Unidos. En caso de conflicto entre un precedente, es decidido por el pleno del a Corte Suprema.
- b) *Statutory Law*, que a partir del siglo XX existe en Inglaterra, y que de manera creciente ha ganado terreno, se traduce en los '*Act of Parliament*' por virtud de la supremaía del Parlamento a partir del siglo XVII. Ergo, el '*statutory law*' se encuentra por encima del '*decisional law*'. Lo anterior es un tanto cuanto formal, ya que en la realidad de las cosas, el Derecho se encuentra más desarrollado por el '*decisional law*', ya que son los jueces los que interpretan los estatutos.
- c) '*Costumes*' o '*uses*', que en el ámbito del Derecho Privado han sido parte de reelaboración de su integridad, ya que son excepcionales en el mismo salvo en Derecho Mercantil que tienen un lugar considerable. En Inglaterra existe un ámbito en que las costumbres tienen un lugar preminente que es en el ámbito del Derecho Constitucional. Dice el Doctor, que muchos de los principios y mecanismos constitucionales se observan por costumbre y se des observan por *consuetudo*.
- d) '*Jurisprudence*', que es una expresión ambigua, ya que significa dos cosas:
 - i) Como doctrina científica
 - ii) Como Filosofía del Derecho referida a la función judicial. La doctrina es fuente indirecta pero importante. En Inglaterra tiene más valor mientras más antiguas

sean las doctrinas y los juristas que las dijeron. Sirve para reforzar los argumentos o bien, encontrar una nueva solución a un caso no resuelto anteriormente. Todos los autores antiguos, que eran iusnaturalistas, que van desde Sir William Blackstone hasta los actuales, que a partir de los siglos XVIII y XIX se desarrolla el positivismo a través de Jeremías Bentham y John Austin, que de cierta forma han minado el '*natural law*'. Pero sigue existiendo en la conciencia colectiva inglesa (criptotipo) de que el Derecho no se agota en el Derecho escrito. Si bien, ha quedado superado el '*natural law*', se puede tomar de base al '*legal reasoning*', que al fin de cuentas es una interpretación natural del Derecho.

Hasta nuestros días subsiste la diferencia entre los '*barrister*' y los '*solicitor*'. Los primeros son miembros de la profesión, así como del monopolio y representación de las partes ante las *High Courts* –altas cortes-, es decir ante la '*Supreme Court*'. En cambio, los segundos tienen negada esta jurisdicción pero pueden litigar las '*county court*' y ante los '*justices of the peace*'; los '*barrister*' también pueden representar en estas jurisdicciones.

Se dice que los '*barrister*' son procuradores y los '*solicitor*' son abogados, y excepcionalmente procuradores.

Como se recordará, a partir de la Revolución Inglesa de Oliver Cromwell y de la Revolución Gloriosa, desaparecen como instituciones de enseñanza superior, más no gremiales, los '*Inns of courts*'. Hoy en día subsisten pero como asociaciones profesionales solamente, ya que en Inglaterra hay una colegiación obligatoria a través de los mismos '*Inns of courts*'.

Entonces, ya los '*Inns*' no se dedican a la educación jurídica, ésta se aprende a través del '*aprendishment*', esto es, la enseñanza pupilar, un patronazgo individual entre '*barrister*' y el aprendiz. Pero esto no pasa en Estados Unidos, ya que aquí no existen los '*barrister*' propiamente dichos, ya que estos no eran necesarios tras su independencia, en la que a partir de, se va haciendo cada vez más normal que alrededor de los tribunales, un grupo de abogados o buffet se dedique a enseñar el Derecho en sus casas o en sus oficinas. Estos son los '*paralegals*', en donde en despachos domésticos, familiares o de amigos, existe un grupo de personas que enseñaban Derecho. Estos '*paralegals*' empiezan a crecer de tal forma que se empiezan a desarrollar Escuelas de Derecho, basado en la enseñanza de los casos prácticos,

precedentes y simulación de juicios. Hacia la segunda mitad del siglo XIX, dos fenómenos educativos convergen en paralelo; por un lado se empiezan a desarrollar importantes universidades, públicas o privadas, y por otro lado empiezan a surgir estas Escuelas de Derecho. Para el año de 1850, todas estas escuelas se han incorporado en la lógica del ámbito universitario, y todo inicio cuando una universidad compró una Escuela de Derecho, situación que se amplificó.

Dice el Doctor, que se sigue una tradición como nuestra Libre de Derecho, fundada por abogados prácticos.

El fundador de la moderna educación jurídica norteamericana fue Cristóbal Colón Langdell, denominado el 'Bartolo' gringo. Derivado del éxito de su reforma educativa, tuvo una enorme injerencia en la reforma educativa inglesa, lo que ocasionó que la enseñanza del Derecho se diera en universidades como Oxford y Cambridge.

En Inglaterra, hay que optar por alguna de las dos profesiones (*barrister* o *solicitor*), y la diferencia estriba en que hay escuelas para unos y escuelas para otros, con diferentes grados de dedicación de tiempo y grado de dificultad, presentado exámenes distintos.

No es una licenciatura la carrera de Derecho, es un doctorado, en el que se obtiene el título de *-juris doctor-*, que es equivalente a una licenciatura. Existe una diferencia entre los '*undergraduates*' y los '*graduates*'. Primero se tiene que estudiar una carrera breve de dos años, una mezcla entre preparatoria y universidad, que puede ser en Arte, Sociología, Economía, Ciencia Política, Retórica o Derecho, y posteriormente se cursa un posgrado de tres años para obtener el grado de *-juris doctor-*. No hay que confundirlo con el grado (SJD) que es el grado propio de los doctores profesores de Estados Unidos. El orden es el siguiente, el '*undergraduate*', de 2 años, el '*juris doctor*', 3 años, el '*master of law*', y después el doctor en '*juridical science*'. El *juris doctor*, es un grado entre profesoral y de posgrado, no equivalente al doctorado en el resto del mundo, y es prerequisite para presentar un examen en la barra y ser admitido en varios estados de la unión americana.

Que el jurista sea universitario, significa que es generalista en primera instancia, esto es, que tiene conocimientos generales, en primer lugar, y en segundo lugar, Langdell desarrolla el *case method*, siendo éste el mayor orgullo de Harvard, aunque fue conocido por los romanos

y los medievales, y por lo tanto Langdell lo redescubre. Se dice que todos las clases son preparadas previamente por los alumnos, y el maestro no enseña magisterialmente, sino que a partir de la resolución de casos funge como moderador de sus resoluciones. Se retoma el *'muting'* de los *'Inns'*, esto es, la simulación de juicios. La conformación de los *'statements of law'*, se parecen a los *'abridgments'*, como continuación de la reflexión científica que le sigue al *'law reporting'*, esto es, que se organizaban temáticamente los casos, de diferentes materias, y se comentaban; son intentos de organización de casos.

En México se ha mercantilizado la enseñanza del Derecho, por la razón de que no se necesita más que estudiar Derecho a través de una infraestructura elevada, tales como un sistema bibliotecario elevado.

Langdell, es el fundador de la facultad de Derecho de Harvard, donde la centralidad se encuentra en una biblioteca, ya que le debe a aportaciones grandes de dinero que exigía Landgell.

En la currícula de Landgell, se buscó alinear los estudios jurídicos con la profesión jurídica. Está asociada con el gremio de instituciones jurídicas donde se trata de que las Escuelas de Derecho tenga una virtud capacitadora sobre necesidades forenses, es decir, refrendar estudios jurídicos, la licencia o cédula profesional para ejercer la profesión del abogado.

En Estados Unidos no existe la división *'barrister'* o *'solicitor'*. Los *juris doctor* son admitidos en la práctica a través del examen de la barra que es el local, se convierte en *lawyers* o *attorneys*, así como los *'law clerks'* o *'paralegals'*, que son pasantes perpetuos.

Por lo que respecta a las fuentes del Derecho norteamericano se encuentran en primer lugar el *'judicial review'*, con el *'stare decisis'* matizado, esto es, se puede modificar con razones justificativas, esto es conocido como *'over rolling'*.

En Estados Unidos, existe la técnica del *'distinguish'*, esto es una técnica para cambiar o modificar el precedente de facto. En Inglaterra no existe la técnica del *'distinguish'*. Existe un *'stare decisis'* es también vertical y horizontal.

En Estados Unidos hay una división de jurisdicciones conforme cada entidad federativa conforma la unión americana, esto es, existen tantos Derechos como entidades federativas.

Existe el *'leading jurisdiction'* o jurisdicciones líderes que emiten criterios que tienen una *'persuasive Authority'* y no son obligatorias, pero tienen autoridad (como Nueva York), y también existe la jurisdicción federal. Durante la primera mitad del siglo XX, se pensó si debería de existir un Common Law igual para toda la unión; la Corte Suprema dio un sentido negativo, ya que en un sistema Federal sólo puede haber un Derecho federal y uno de cada una de las entidades federativas que conforman la unión americana, más no uno general para todos los estados, esto es, por la división de las formas de gobierno.

En los Estados Unidos, es mucho más importante el cuerpo del *'statutory law'*, conformado por los *'acts of congress'*. Existe, además, un cuerpo reglamentario, los *'regulatory law'*, que proviene de agencias gubernamentales, equivalente a la administración pública descentralizada, y que son similares a los reglamentos.

Desde el siglo XX, a partir del segundo tercio, surgen dos movimientos muy importantes, uno codificador, en algunas entidades federativas; hay códigos civiles en algunos estados, y un movimiento hacia el Derecho uniformado, donde hay una comisión de juristas y jueces de cada entidad, donde promueven la armonización legislativa, como por ejemplo el *'Uniform Commercial Code'*, lográndose a través de representantes de cada entidad y en forma de propuesta de Código modelo, para que cada estado lo incorpore a su legislación, dejando intacta la autonomía de las entidades federativas.

Binomios o díadas comparativas

Por otro lado, existen “binomios” que influyen en la tipología u ordenación de los sistemas jurídicos, y son:

- A) *Auctoritas – Potestas*: Parten del pensamiento del romanista Álvaro D'Ors, que analiza la constitución política romana, a partir del *Senatus Populus Que Romanorum* ya que la fuente de *auctoritas* fue principalmente el Senado romano allí denominada como *Auctoritas Patrum*.

Se decía que la juridicidad de una decisión descansaba en la fuerza del pueblo y en la autoridad de los sabios.

Se retoma la filosofía aristotélica – tomista en la que el hombre es entendimiento y realidad, por lo tanto, el Derecho debe ser obligatorio porque convence al entendimiento con buenas razones y si no es capaz de obtener voluntariamente una conducta espontánea se coacciona esa voluntad con el poder.

Se distingue el poder de la fuerza lisa y llana, siendo la primera una fuerza socialmente reconocida.

En cambio, la autoridad es el saber socialmente reconocido. Se le da crédito de cierta autoridad moral a los senadores y posteriormente a los juristas.

Se dice que había una simbiosis entre la *jurisdictio* del Pretor y la sapiencia del Jurista, en la cual el Jurista veía respaldada su *responsa* por la *potestas* del Pretor y viceversa, ya que los juristas contaban de un prestigio tal que abonaba en favor del poder del Pretor, y a la vez tenía como consecuencia desacreditar al mismo Pretor si obraba mal.

Como consecuencia de lo mencionado anteriormente, el Derecho parte de las razones o de la imposición de las razones si no existe espontaneidad en su cumplimiento, esto es, un equilibrio entre la sapiencia y la obligatoriedad del Derecho –autoridad y poder-, para hablar de un ordenamiento jurídico justo íntegramente.

Como por ejemplo, la obligatoriedad del Derecho Civil Napoleónico, germen del positivismo formalista, descansó en su coercitividad. Por lo tanto se distinguen los ordenamientos jurídicos que descansan en un equilibrio entre autoridad y poder, o ya sea en la autoridad o en el poder.

B) Realidad - Cultura: Se refiere a las relaciones que existen entre los ordenamientos jurídicos con la realidad y la cultura.

La “interpretatio” (mundo de la realidad), *in – ter- pretio*, se refiere a que el intérprete era el tercero que dentro de un conflicto, por ejemplo, respecto del precio del objeto de

un contrato de compraventa, hacia la estimación de la *res venditae*, entre el *venditor* y el *emptor*. Constituyó una especie de arbitraje en el que el tercero servía para solucionar los conflictos entre las partes.

La “hermeneusis” (mundo de la cultura), que por un lado *Hermes*, dios olímpico mensajero y por otro *gnosis*, que es el conocimiento por revelación, es decir, el mensajero del conocimiento por revelación. Esto es, por un lado se encuentran los dioses y por el otro lado los hombres, y en medio de esta relación se encuentra Hermes que funge como mensajero entre ambos. Por un lado existe un emisor de un mensaje, un mediador y por el otro lado un destinatario, razón por la cual el *Corpus Iuris Civilis* fue releído por los posglosadores, que permitió la creación del *Ius Commune Europeo*, de naturaleza casuística.

El Derecho tiene una naturaleza anfibia, ubicado entre el mundo de la realidad y la cultura.

En el Derecho existen dos momentos, uno en el mundo de la realidad que comprende los hechos, que empleando el método del caso, se recurrirá, posteriormente, a la cultura para comprender lo factual.

Los ordenamientos jurídicos primitivos, por ejemplo, están volcados más a la realidad. Existieron otros ordenamientos jurídicos de pueblos en decadencia, donde la cultura jurídica se esclerotiza, se empieza a dar expresiones jurídicas tales como sucedió en Roma con el Edicto Perpetuo de Salvio Juliano, o en Bolonia con la Magna Glosa de Acursio, o en Francia con el Código Civil Napoleónico, que de cierta forma dieron a entender que el Derecho se ubicaba más en la cultura que en la realidad. Ante tal situación, el jurista pierde la capacidad para leer la realidad.

Por lo tanto existen ordenamientos jurídicos inclinados más a la realidad, como es el caso del Common Law, por ser eminentemente casuístico, y otros a la cultura como el Civil Law y, además, otros capaces de leer la realidad a través de la cultura (no dio ejemplo).

Por ejemplo, el Derecho norteamericano es casuista por ser un Derecho formado por la actividad de los jueces. Hacia el siglo XX surge el ‘realismo jurídico’ con el juez Oliver

Wendell Holmes Jr., siendo uno de los representantes más importantes Roscoe Pound afirmando que “*the Law must be stable and yet it cannot stand still*”, esto es, el derecho debe ser estable, pero tampoco puede permanecer inamovible en virtud de que la estabilidad sin cambio es decadencia, y el cambio sin estabilidad es anarquía.

En el mismo ámbito del Derecho norteamericano, tiene importancia el ‘precedente’ que se rige por el principio: *Stare decisis et non quieta movere*, esto es, estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto, que da permanencia en la resolución de los casos.

Como paréntesis, con la formación de los *Year Books* en Inglaterra, en la baja Edad Media, del siglo XIII al XVI, se dio inicio a una “precedentitis” y por lo tanto a un positivismo.

Convine mucho al momento de clasificar a las familias jurídicas, las relaciones que guardan entre el mundo de la realidad y el de la cultura, y por lo tanto es necesario tener la capacidad de analizar la realidad a través de la ‘interpretación’ y una ‘hermeneusis’ para interpretar la cultura.

C) Tópica – Sistemática: Eso es la relación entre los argumentos y la estructura.

Theodor Viehweg, con su obra “Tópica y Jurisprudencia”, *Topik und jurisprudentz*, publicada en Múnich en 1953, se da a la tarea de contestar al cuestionamiento formulado por él mismo, a partir de la lectura de Hans Kelsen y de Ulrich Klug, si lo que dicen ellos es cierto o no.

Le da respuesta suponiendo que es cierto en la teoría y en la praxis.

Una de las maneras de interpretar el derecho es a través de una interpretación sistemática (pensamiento de Kelsen - Klug). La función del jurista es conocer la pirámide normativa, conocer la realidad y una vez conocida, subsumirla en la norma. La otra forma de interpretar es a través de la tónica.

En el Derecho Romano y en el *Ius Commune* no había pirámide normativa.

El Doctor cuenta la historia de Bártolo de Sassoferrato y de Francesco Tigrino. Bártolo era un jurista preocupado más por la realidad, en donde el papel de la cultura es al servicio de la realidad, y por lo tanto la cultura sirve para resolver los casos concretos. Hay una preocupación por descubrir la realidad.

Lo que existe son muchos lugares comunes, tópicos, *topoi*, pero lo que importa es cuál de esos puede dar una respuesta satisfactoria a los casos concretos. Viehweg dice que con esto se demuestra que el Derecho no fue siempre sistemático. Antes se argumentaba el Derecho de manera tópica, que es una forma de argumentar distinta al análisis lógico deductivo – vertical descendente. Un caso puede resolverse de muchas maneras, por eso es importante contraponer el diálogo, esto es, la dialéctica. Kelsen y su sistemática son monologales.

La tópica es dialogal, es decir, lo importante es buscar la mejor respuesta al caso concreto. El modo de argumentar de la sistemática de Kelsen – Klug es como una cadena, en donde su fuerza recae en cada uno de sus eslabones, y si uno se rompe, la cadena se viene abajo.

La tópica son múltiples argumentos dialogados, cada uno es una cadena y forma un entramado más resistente, como una telaraña.

Si un ordenamiento jurídico estuviera conformado por un sistema de certezas, con respuestas únicas, últimas y definitivas, con principios axiomáticos necesarios, sería factible el análisis lógico deductivo – vertical descendente, pero como no es así, se está en el terreno de lo verosímil y lo plausible, por lo tanto sirve más la tópica.

La tópica funciona más para ordenamientos jurídicos horizontales y “porosos”, a diferencia del esquema jerárquico positivista formalista. Estos ordenamientos jurídicos son más flexibles, capaces de adecuarse al caso, por lo tanto, son menos predecibles y dan menos certeza jurídica.

Debe de haber un intermedio entre la sistemática y la tópica, entre la dureza y la flexibilidad, para ser un ordenamiento jurídico más justo íntegramente.

Recapitulando, entonces puede haber ordenamientos jurídicos, sistemáticos, tópicos y un equilibrio entre los dos.

D) Pluralismo – Monismo: Es el binomio referente a las fuentes jurídicas de los ordenamientos jurídicos.

Monismo, como su nombre refiere, es una fuente jurídica la principal dentro de un sistema jurídico, por ejemplo, la legislación. Existen ordenamientos que, inmersos en el mundo de la cultura, tienen una fuente preponderante, esto es, la Ley, como sucedió en la constitucionalización del Derecho Público y en la codificación del Derecho Privado. La jurisprudencia y las sentencias tienen su obligatoriedad y validez *secundum legem*. Existe hoy en día una mayor invasión del Derecho Constitucional en el ámbito del Derecho Privado. La Constitución es el puente entre el derecho internacional y el derecho privado, con lo que cada vez se habla más de un Derecho global.

En el Pluralismo, se reconocen junto con la Ley, los Tratados Internacionales, las sentencias judiciales, la doctrina científica, principios del Derecho Comparado, que rompieron con el monopolio de la Ley.

Los ordenamientos jurídicos monistas son más pobres, pero son mucho más sencillos para su operación, siendo más fácil aprenderse la Ley únicamente, por ejemplo.

Los ordenamientos jurídicos pluralistas son ricos, pero complejos para su operación, por lo tanto, requieren de una clase jurídica sumamente culta e informada.

Podemos decir que, hipotéticamente hablando, los ordenamientos jurídicos mejores, son en los que existe un equilibrio entre el pluralismo y monismo, esto es, un pluralismo moderado.

E) Justicia – Orden: Se refiere al valor o la finalidad primordial de los ordenamientos jurídicos, ya sea esta la Justicia (o en concreto la Equidad) o el Orden (que es una especie de justicia en abstracto).

Es la plasticidad, la flexibilidad y la rigidez, vis a vis, con la mayor certidumbre de unos y la menor certidumbre de otros.

Los elementos del binomio, del lado derecho, están relacionados entre sí. Lo mismo sucede con los del lado izquierdo. Es decir, la autoridad, la realidad, la tónica, el pluralismo y la justicia, frente al poder, la cultura, la sistemática, el monismo y el orden.

Toda esta tipología sirve para identificar y comparar a las familias jurídicas a partir de un criterio objetivo, que no permite ubicarlas en cada uno de los extremos de los binomios. Su virtud, comprensiva y crítica, nos permite identificar y comprender dónde se encuentra un ordenamiento jurídico determinado, como el nuestro, y equilibrarlo a través de reformas constitucionales.