

DEL MOS EUROPAEUS AL MOS AMERICANUS IURA LEGENDI. UNA PROPUESTA DE REFUNDACIÓN DE LA CIENCIA NUEVA PARA LA INTEGRACIÓN JURÍDICA AMERICANA

Juan Pablo PAMPILLO BALIÑO

Profesor e investigador.
Secretario (con licencia) de Postgrado
de la Escuela Libre de Derecho de México
pampillo@eld.edu.mx

A quienes han soñado y trabajado por hacer de nuestro continente un mejor lugar para vivir, en los sesenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la creación de la Organización de los Estados Americanos [VIRGILIO, «*Carpent tua poma nepotes*» (Tus nietos recogerán los frutos)]

RESUMEN

El presente artículo busca, a partir del fenómeno de la globalización y de la integración regional, desde una perspectiva metodológica comprensiva (historia, filosofía, derecho), esbozar los principales ámbitos jurídicos para la integración americana a partir de la consideración de la experiencia europea.

Palabras clave: Derecho de la integración, derecho comunitario, derecho americano, globalización, Ciencia Nueva.

ABSTRACT

This article aims, on the basis of the phenomenon of globalisation and regional integration and from a comprehensive methodological perspective (history, philosophy, law), to outline the main legal areas for American integration. This is done by considering the European experience.

Keywords: Integration Law, Community Law, American Law, globalisation, New Science.

ZUSAMMENFASSUNG

Ausgehend vom Phänomen der Globalisierung und der regionalen Integration, unternimmt der vorliegende Artikel den Versuch, aus einer methodologischen nachvollziehbaren Perspektive heraus (Geschichte, Philosophie, Recht) die wichtigsten juristischen Bereiche der amerikanischen Integration – unter Berücksichtigung der europäischen Erfahrungen - zu skizzieren.

Schlüsselwörter: Integrationsrecht, Gemeinschaftsrecht, amerikanisches Recht, Globalisierung, Neue Wissenschaft.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: HACIA UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO.— II. HISTORIA, ACTUALIDAD Y FUTURO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA OCCIDENTAL.— III. PROPUESTAS PARA UN *MOS AMERICANUS*.

I. INTRODUCCIÓN: HACIA UN NUEVO PARADIGMA JURÍDICO

El presente estudio pretende identificar y proponer uno de los temas más importantes de la jurisprudencia del siglo XXI: la «integración americana» a partir de un nuevo «derecho común»¹.

La ubicación de dicho tema parte de un intento de comprensión de nuestra «tradición jurídica» desde la «triple perspectiva» de la filosofía, la historia y la ciencia del Derecho. El objeto de dicha comprensión consiste en diagnosticar el estado actual de nuestra «dogmática jurídica», buscando a su vez anticipar los perfiles —y coadyuvar en el diseño— de una «metodología superadora» de la misma².

¹ Dos versiones anteriores del presente artículo fueron publicadas en la *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 32, México, RLD, 2008, y *Ars Iuris, Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 40, México, 2009. Es también la continuación natural de una línea de investigación a la que llevo dedicándome desde hace algún tiempo y cuyo último hito se encuentra en J. P. PAMPILLO BALIÑO, «Del Derecho comunitario al *Mos Europaeus*», en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 31, México, ELD, 2007.

² Mis principales conclusiones sobre el particular se encuentran en los libros *Filosofía del Derecho. Teoría global del Derecho*, México, Porrúa, 2005, e *Historia General del Derecho*, México, Oxford University Press, 2008. Adicionalmente, por lo que respecta a la perspectiva filosófica, remito al lector interesado a los artículos «Orígenes, desenvolvimiento, crisis y alternativas de la Universidad Contemporánea», en *Iuris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*, núm. 16, México, Anáhuac, 2005; «Sobre el pensamiento contemporáneo en torno a la justicia», en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 30, México, ELD, 2006, y «La filosofía de la historia del Derecho y el futuro de la tradición jurídica occidental», en *Problemas actuales de la historia del Derecho en México*, México, Porrúa-Tecnológico de Monterrey, 2007. En relación a la perspectiva histórico-jurídica, me remito fundamentalmente a «Nociones generales y esquemas ordenadores introductorios al curso de Historia General del Derecho», en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 28, México, ELD, 2004; «Del *ius mercatorum* bajomedieval al moderno Derecho comercial internacional», en *Anuario de la Cultura Jurídica Mexicana*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2005; «En torno al concepto romano de *ius* en Juvencio Celso hijo, o brevísima vindicación

La actual crisis y agotamiento —filosófico, científico y práctico— de la «dogmática jurídica contemporánea» y su cada vez más evidente superación dentro del ámbito europeo ofrece a los juristas y jueces americanos de nuestro tiempo una extraordinaria oportunidad para la conformación de un nuevo «Derecho jurisprudencial y científico».

Conviene tener en mente que la tradición jurídica occidental —que se configuró hacia la Baja Edad Media— ha venido desarrollándose históricamente a través de diversas dogmáticas jurídicas.

Por «dogmática jurídica» puede entenderse —en general— un conjunto de ideas, métodos, conceptos y técnicas que cumplen fundamentalmente con tres funciones: *a)* una teórica o filosófica, que consiste en ofrecer una comprensión general del Derecho; *b)* otra científica, por virtud de la cual se fundamenta epistemológicamente y se estructura metodológicamente la jurisprudencia como estudio del Derecho, y por último, *c)* una praxeológica, a través de la que se desarrollan las técnicas que emplean los operadores prácticos (abogados, jueces, notarios, legisladores, etc.) para la instrumentación de los ordenamientos jurídicos.

Junto a las dogmáticas jurídicas vigentes, dentro de la tradición jurídica occidental se han desarrollado también diferentes metodologías.

Las «metodologías jurídicas» son igualmente conjuntos más o menos homogéneos de ideas, métodos, conceptos y técnicas que critican las deficiencias y limitaciones de las dogmáticas jurídicas, buscando eventualmente sustituirlas como dogmáticas alternativas.

La tradición jurídica occidental se ha desenvuelto a partir de la interacción entre diversas dogmáticas y metodologías jurídicas.

Entre las principales dogmáticas jurídicas pueden destacarse el *mos Italicus*, vigente del siglo XII al siglo XVIII, y la dogmática contemporánea, vigente en nuestro continente hasta nuestros días, producto principalmen-

de la importancia de los estudios romanísticos para el jurista actual», en *Estudios Jurídicos*, México, Sociedad de Alumnos de la Escuela Libre de Derecho, 2005; «¿Qué es el *Corpus Iuris*?», en *Iuris Tantum. Revista de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*, núm. 17, México, 2006. Finalmente, por lo que toca a los estudios dogmáticos, mis principales conclusiones relacionadas con el tema del presente estudio se hallan en «Retos y proyecciones del Derecho mercantil frente a la globalización. Un intento de aproximación filosófica, histórica y dogmática», en *Panorama internacional del Derecho mercantil. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, 2 tomos, México, UNAM, 2006; «Los principios generales comunes en la jurisprudencia europea», en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 21, México, AMEDIP, 2007; «Panorama y diagnóstico de la justicia constitucional en México», en *Estudios Jurídicos en Homenaje a Jesús Rodríguez Gómez*, México, Porrúa-Academia de Jurisprudencia y Legislación-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, y «Del Derecho comunitario...», *op. cit.*

te de la codificación y del formalismo jurídico —cuyos perfiles más acabados delineó H. Kelsen— que se ha denominado dogmática positivista³.

Fueron metodologías críticas del *mos Italicus*, el *mos Gallicus* y la escuela moderna del Derecho natural racionalista, y —sobre todo desde la segunda mitad del siglo XX— han puesto de relieve las insuficiencias de la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista diferentes metodologías como el naturalismo, realismo o antiformalismo jurídico, el estimativismo, el tridimensionalismo e integralismo, las teorías de la argumentación jurídica y el neoconstitucionalismo o garantismo, entre muchas otras⁴.

Ahora bien, conviene resaltar que, más allá de la función crítica que han cumplido las metodologías jurídicas de nuestro tiempo, prácticamente todas ellas han confluído en la conformación de un «nuevo Derecho europeo», que —como observaba desde hace varios años mi maestro Ricardo Alonso— supone una notabilísima interacción entre el «Derecho comunitario», los «Derechos nacionales» y un «nuevo Derecho común»⁵.

Más aún, entre las características de dicho nuevo Derecho europeo destacan muy especialmente la supranacionalidad y el pluralismo jurídico, así como la reivindicación de la función judicial y de la ciencia jurídica como fuentes formales creativas de Derecho⁶.

Dentro del anterior contexto, el sentido del presente trabajo es proponer algunos derroteros que podrían seguirse por la «ciencia jurídica americana» para la elaboración de una «dogmática continental».

³ Sobre la dogmática del *ius commune* europeo pueden verse las obras clásicas de P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, traducción de José Santa Cruz Teijeiro, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, y F. WIEACKER, *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, traducción de Francisco Fernández Jardón, Granada, Comares, 2000. Sobre la dogmática del positivismo legalista formalista pueden consultarse, en general, K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, traducción de Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966, y J. M. RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico*, 2 tomos, 8.^a y 7.^a ed. respectivamente, Madrid, Sección de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1993.

⁴ Sobre estas últimas corrientes puede consultarse, además del libro de RODRÍGUEZ PANIAGUA anteriormente citado, el completo esbozo de L. RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963. Remito también a mi *Historia...*, *op. cit.*, pp. 297 y ss. Específicamente sobre el neoconstitucionalismo, cfr. M. CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, 2003, y sobre el garantismo puede verse el opúsculo de L. FERRAJOLI, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, traducción de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006.

⁵ Cfr. R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y Derecho común europeo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense-Civitas, 1989.

⁶ Cfr. PAMPILLO, «Del Derecho comunitario...», *op. cit.* En general sobre el Derecho comunitario, como un primer acercamiento, puede acudirse a la reciente obra de R. ALONSO GARCÍA, *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Madrid, Thomson Civitas, 2007.

Cabe observar preliminarmente que la elaboración de una dogmática jurídica continental americana no es ninguna quimera. En efecto, los actuales procesos económicos, políticos, sociales y culturales de la globalización han venido promoviendo un mayor acercamiento regional a través de bloques continentales, lo mismo que puede apreciarse también, claramente, dentro de nuestro ámbito americano⁷.

⁷ La bibliografía sobre la globalización y sus diversos aspectos económicos, políticos, sociales y jurídicos es prácticamente inabarcable. En un intento de orientar al lector interesado cabe referirlo a las siguientes obras generales y de fácil acceso: J. BASAVE *et al.* (coords.), *Globalización y alternativas incluyentes para el siglo XXI*, México, Facultad de Economía de la UNAM-UAM, 2002; Z. BAUMAN, *La globalización. Consecuencias humanas*, traducción de Daniel Zadunaisky, México, Fondo de Cultura Económica, 2006; U. BECK, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, traducción de Bernardo Moreno y Ma Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 1998; J. RAMÓN CAPELLA, *Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y del Estado*, Madrid, Trotta, 1999; M. CARBONELL y R. VÁZQUEZ (coords.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa-UNAM, 2001; J. I. CATALINA AYORA y J. M. ORTEGA PEROL (coords.), *Globalización y Derecho*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003; G. DE LA DEHESA, *Comprender la globalización*, 3.^a ed., Madrid, Alianza Editorial, 2007; X. Díez de URDANIVIA FERNÁNDEZ, *El Estado en el contexto global*, México, Porrúa-Universidad de Anáhuac, 2008; J. EDUARDO FARIA, *El Derecho en la economía globalizada*, traducción de C. Lema, Madrid, Trotta, 2001; A. GIDDENS, *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, traducción de Pedro Cifuentes, México, Taurus, 1999; M. KAPLAN, *Estado y globalización*, México, UNAM, 2002; S. LÓPEZ AYLLÓN, *Globalización, Estado de Derecho y seguridad jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004; M. MORENO HERNÁNDEZ (coord.), *Globalización e internacionalización del Derecho penal*, México, CEPOLCRIM, 2003; G. SOROS, *Globalización*, traducción de Rafael Santandreu, Barcelona, Planeta, 2002; J. E. STIGLITZ, *El malestar en la globalización*, traducción de Carlos Rodríguez Braun, México, Taurus, 2002; D. ZOLO, *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, traducción de Roger Campione, Madrid, Dykinson, 2005. Igualmente la literatura que se ha producido sobre la integración jurídica, y particularmente sobre la integración americana, es sumamente extensa. Algunas obras generales que pueden consultarse son: F. R. DÁVILA ALDÁS, *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Fontamara, 2002; G. A. DE LA REZA, *Integración económica en América Latina. Hacia una nueva comunidad regional en el siglo XXI*, México, UAM-Plaza y Valdés, 2006; E. ENRÍQUEZ RUBIO, *Un marco jurídico para la integración económica de América Latina*, tesis profesional, México, Escuela Libre de Derecho, 1969; H. FIX FIERRO *et al.* (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM, 2003; P. HÄBERLE y M. KOTZUR, *De la soberanía al Derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro, México, UNAM, 2003; P. HÄBERLE, J. HABERMAS, L. FERRAJOLI y E. VITALE, *La constitucionalización de Europa*, en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), México, UNAM, 2004; L. LEÓN (coord.), *El nuevo sistema internacional. Una visión desde México*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-Fondo de Cultura Económica, 1999; F. PACHECO MARTÍNEZ, *Derecho de la integración económica*, México, Porrúa, 2002; José GREGORIO VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, Cámara de Diputados-UAM-INTAM- Porrúa, 2006; J. WITKER (coord.), *El Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA)*, México, UNAM, 2004; J. WITKER y A. OROPEZA (coords.), *México-Mercosur. Los retos de su integración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004.

México, incluso por su situación geopolítica, es en realidad la bisagra del continente americano e incluso el puente natural con España y la Unión Europea.

El desarrollo de un «Derecho continental comunitario» o «cooperativo» semejante —aunque también distinto— al Derecho europeo resultará necesario para facilitar y garantizar el flujo de personas, capitales, mercancías, servicios y conocimiento, asegurando a su vez el respeto a los derechos humanos, con el objeto de contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de todos los hombres⁸.

Ahora bien, la «integración jurídica americana», la elaboración de un «Derecho comunitario» y la conformación de una «jurisprudencia común» para la armonización jurídica —que constituyen el tema de este artículo— pueden encontrar una perspectiva epistemológica particularmente apropiada en la *Ciencia Nueva* de G. Vico⁹.

⁸ Una aproximación general a este tipo de nuevo Derecho comunitario o cooperativo, revulsiónador del Derecho internacional clásico, supranacional, tendente a promover la integración regional, tanto en sus aspectos económicos de flujo de factores de la producción, como también garante de los derechos fundamentales y, en definitiva, comprometido con el mejoramiento de la calidad de vida, puede verse en P. HÄBERLE, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, traducción de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002.

⁹ Quisiera resaltar que esta nueva fase dentro de mis investigaciones ha sido posible gracias a una serie de benéficas influencias recibidas durante los últimos meses, entre ellas, desde luego, la relectura de la *Ciencia Nueva* de G. VICO. Quiero reconocer también la importancia de los esfuerzos italo-latinoamericanos —en buena parte deudores de la convocatoria de P. Catalano y de S. Schipani— que han venido acumulándose durante los últimos años, principalmente dentro de los más de veinte números de la *Revista Roma e América, Diritto Romano Comune, Revista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e In America Latina*. Dentro de dichos esfuerzos ocupan un lugar especial los dos espléndidos libros cuyo aprovechamiento ha sido crucial para la redacción del presente ensayo: *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho* y *Sistema jurídico latinoamericano y derecho de los contratos*, ambos en *Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, coordinados ambos por David FABIO ESBORRAZ y publicados conjuntamente por Porrúa y el Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma «Tor Vergata»-CNR. En segundo lugar, quisiera agradecer también al matemático doctor Wojciech Szatczneider el haberme introducido en el cálculo y análisis estocástico de las probabilidades, así como a Miguel Ángel Fernández, quien con sus sugerencias bibliográficas me ayudó también a ordenar algunas ideas sobre la prospectiva. Igualmente, deseo mencionar que en esta nueva etapa de mi reflexión han sido particularmente benéficas mis conversaciones y correspondencia con Emilio Suñé Llinás (Universidad Complutense de Madrid), Xavier Díez de Urdanivia (Universidad Autónoma de Coahuila), Bárbara Palli (Universidad de Estrasburgo), con los profesores pisanos Franco Bonsignori, Paolo Passaglia, Roberto Romboli, Nicola Pignatelli y Aldo Petrucci, así como las recomendaciones bibliográficas y atinadas sugerencias de Francisco Javier Villalón Ezquerro.

En efecto, la propuesta de Giambattista Vico (1668-1744), insigne abogado, filósofo e historiador napolitano, resulta —como se verá— de una gran actualidad, más allá de que haya sido, desafortunadamente, pasada por alto hasta ahora.

A lo largo de la historia de la ciencia nos encontramos con ciertos momentos estelares en que diversas disciplinas se desmembran o se agrupan entre sí para formar, a partir del empleo de métodos novedosos o depurados, nuevos ámbitos del conocimiento¹⁰. Así, por ejemplo, la Antigüedad clásica, gracias especialmente a la titánica labor de Aristóteles; lo mismo la Baja Edad Media, a través de la Universidad; igualmente hacia los albores de la Modernidad y como resultado del racionalismo se produjo un florecimiento de las ciencias exactas y, qué decir del siglo XIX, igualmente fértil en la conformación de nuevas disciplinas científicas...

Sin embargo, no todos los empeños científicos han tenido igual fortuna. En ese sentido, Vico fue un fundador incomprendido, a quien nadie secundó en su llamado para fundar «una ciencia nueva» que, sin embargo, me parece absolutamente necesaria para la conformación de una nueva dogmática jurídica.

En efecto, la obra de Vico intitulada *Principios de una Ciencia Nueva*, en torno a la naturaleza común de las naciones, proponía un «nuevo paradigma científico»: la configuración epistemológica de una disciplina que «lleve en un solo aliento la filosofía y la historia de las costumbres humanas, que son las dos partes que integran esa especie de jurisprudencia de que aquí se trata, que es la jurisprudencia del género humano; de suerte que la primera parte de ella explique una concatenada serie de razones, y la segunda narre una serie perpetua, o sea no interrumpida, de los hechos de la humanidad, de acuerdo con dichas razones»¹¹.

De la anterior manera, Vico impugnaba —nadando a contracorriente— el excesivo abstraccionismo, dogmático y racionalista, del iusnaturalismo moderno (Grocio, Puffendorf) y se adelantaba en más de medio siglo a los planteamientos alternativos de F. K. von Savigny y de la escuela histórica alemana, intentando de paso conciliar lo mejor de ambas posiciones sólo aparentemente irreductibles.

Más aún, se proponía convertir en objeto de su estudio la identificación y elaboración de «principios jurídicos comunes» para «todas las naciones»

¹⁰ Ante la inmensa bibliografía sobre historia de la ciencia véase, por todos, la obra esquemática y accesible de J. L. COMELLAS, *Historia sencilla de la Ciencia*, Madrid, Rialp, 2007.

¹¹ G. VICO, *Principios de una Ciencia Nueva en torno a la naturaleza común de las naciones*, traducción de José Carner, México, Fondo de Cultura Económica, 1978, p. 73.

—siendo en esto pionero de la ciencia del Derecho comparado que se configura apenas durante el siglo XX—, precisamente en la época del mayor ascenso de los nacionalismos.

Todavía más, Vico prefiguraba ya la cuestión de hacer compatibles los ordenamientos jurídicos locales con un ordenamiento jurídico común a toda la humanidad, que es precisamente el tema suscitado por la globalización y el pluralismo jurídico de nuestro tiempo. Y, por si lo anterior fuera poco, pretendía desarrollar su jurisprudencia común precisamente a través de los principios jurídicos, sobre los cuales se ha volcado la doctrina iusfilosófica y científica de nuestro tiempo desde apenas unos cincuenta años.

Quizás la misma ambición de su proyecto —que pretendía en realidad federar tres disciplinas tremendamente amplias, complejas y distintas, como lo son la historia, la filosofía y el Derecho—, más allá de la notable anticipación de sus ideas, pueda explicar, en alguna medida, el que hasta ahora la propuesta de Vico no haya sido retomada.

Sin embargo, en nuestro tiempo, me parece que la conformación de un ámbito científico —ya sea autónomo o interdisciplinario— dentro del que colaboren filósofos, historiadores y juristas —más aún, junto a ellos, prácticos, romanistas y comparatistas, como lo ha mostrado la experiencia de las academias europeas fundadas hacia finales del siglo XX¹² no es ya una ensoñación utópica, sino una realidad cuyos primeros frutos —por cierto, extraordinarios— están a la vista de todos¹³.

De la anterior manera, el sentido de recordar aquí la *Ciencia Nueva* de Vico —más allá de cumplir un deber de justicia dándole su lugar a quien la posteridad todavía no se lo ha reconocido— estriba en la conveniencia de retomar sus planteamientos como un «paradigma científico» extraordinariamente adecuado para diseñar una «nueva dogmática jurídica americana» que bien pudiera denominarse —recogiendo una expresión similar acuñada por Guzmán Brito¹⁴ como *mos americanus iura legendi*, es

¹² Sobre dichas academias europeas, su conformación, métodos y trabajos, véase la obra de S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado Europeo*, Madrid, Colex, 2003.

¹³ En efecto, son el resultado de esfuerzos interdisciplinarios, por ejemplo, los *Principios del UNIDROIT*, los *Principles of European Contract Law*, el *Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos*, los *Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil* y el *Common Core of European Private Law*, entre muchos otros. Cfr. J. ADAME GODDARD, *El contrato de compraventa internacional*, México, McGraw-Hill, 1994; S. CÁMARA LAPUENTE (coord.), *Derecho Privado...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss.; Instituto Internacional para la Unificación del Derecho, *Principios UNIDROIT. Sobre los contratos comerciales internacionales*, México, IIJ-UNAM-Centro Mexicano de Derecho Uniforme, 2004.

¹⁴ Cfr. A. GUZMÁN BRITO, «*Mos Latinoamericanus Iura Legendi*», en D. FABIO ESBORRAZ (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho. Cuadernos del Curso de*

decir, como un «modo americano de comprender, crear, aplicar y enseñar el Derecho».

Ahora bien, para la construcción de un «Derecho comunitario americano» y para la consecuente «armonización normativa» dentro de nuestra región no basta tan sólo con retomar los planteamientos de Vico. Es necesaria, indudablemente: a) la historiografía jurídica, que nos acerca a los orígenes comunes de nuestros ordenamientos; b) la filosofía del Derecho, que somete a una segunda revisión la conveniencia de mantener ciertos principios tradicionales o de reformularlos en aras de ajustarlos a una nueva realidad económica, política y social, y de reajustarlos a las nuevas aspiraciones culturales de nuestro tiempo, y, desde luego, es imprescindible también c) el análisis científico-jurídico, y en especial de Derecho comparado, que supone el punto de partida de todo intento de integración.

Sin embargo, la historiografía jurídica, la filosofía del Derecho y la ciencia jurídica no son suficientes dada la magnitud del empeño.

Pienso que es necesario agregar todavía a la propuesta epistemológica de Vico los resultados de una nueva disciplina, que durante los últimos años ha venido desarrollándose notablemente y que hoy es cada vez más utilizada en el contexto de la dirección de empresas y de la elaboración de las políticas públicas. Me refiero a la «planeación prospectiva o estratégica», también denominada ciencia del futuro, ciencia de la esperanza, prospectiva o ciencia de los futuros posibles¹⁵.

Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina, México, Porrúa-Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma «Tor Vergata»-CNR, 2006. Previamente publicado en la Revista *Roma e America* en 1996. En cierto sentido, una interesante premonición de este gran tema se encuentra en Á. D'ORS, *Una introducción al estudio del Derecho*, 3.^a ed., Madrid, Rialp, 1977, cuando observaba el insigne romanista: «Un intento de conjugar la tradición romanística continental (franco-alemana) con la anglosajona no se ha hecho todavía, y podría parecer una meta reservada a la jurisprudencia de los pueblos hispanoamericanos...» (p. 61). Véase también del mismo autor: «Hacia un nuevo Derecho común», en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, Rialp, 1980.

¹⁵ Nuevamente aquí la bibliografía es abundantísima, encontrándose frecuentemente revueltas las obras serias y científicas con una especie de sensacionalismo agorero rayano en la ciencia ficción. Para orientación del lector interesado, me remito tan sólo a unas pocas obras que son igualmente útiles y de fácil acceso: Y. DROR, *Enfrentando el futuro*, traducción de Juan José Utrilla, México, Fondo de Cultura Económica, 1990; M. GODET, *De la anticipación a la acción. Manual de prospectiva y estrategia*, Barcelona, Marcombo, 1993; T. MIKLOS y M.^a E. TELLO, *Planeación prospectiva. Una estrategia para el diseño del futuro*, México, Centro de Estudios Prospectivos de la Fundación Javier Barrios Sierra y Limusa, 1992. Del propio Miklos puede consultarse el artículo de T. MIKLOS, «Planeación prospectiva y estratégica»; véase también F. J. MÚJICA, «Pronóstico y prospectiva en los estudios de futuro», y X. GOROSTIAGA, «Hacia una prospectiva participativa. Esquema metodológico», estos artículos se encuentran en *América Latina y el Caribe en el siglo XXI*, México, UNAM-

Los estudios sobre planeación estratégica fueron preconizados por la escuela anglosajona del *forecasting* o prognosis —fundada por los matemáticos Helmer y Dalk—, que asumía que los fenómenos económicos, sociales, culturales y tecnológicos eran previsibles a partir del estudio de su comportamiento anterior, el mismo que permitiría predecir sus «tendencias».

Sin embargo, este planteamiento inicial era un tanto «lineal» en razón del empleo de las tendencias; además, postulaba un relativo «determinismo» que no consideraba suficientemente el factor de la libertad humana; peor aún, su mismo propósito limitado, circunscrito a la elaboración de «pronósticos», resultaba hasta cierto punto insatisfactorio y hasta frustrante cuando se constataba una prognosis decepcionante.

De ahí que las insuficiencias del *forecasting* motivaran el surgimiento de una segunda escuela, anticipada por Gastón Berger y Bertrand de Jouvenel, y cuyos planteamientos fueron desarrollados fundamentalmente por Michel Godet y Eleonora Barbieri Massini. Esta segunda corriente, denominada «prospectiva», fue la que dio lugar a la planeación estratégica, también llamada ciencia de la esperanza o de los futuros posibles.

Para esta escuela, más que tendencias existen «futuros posibles», que son el resultado de la «acción humana» que se proyecta sobre una «realidad compleja», en la que son consideradas —además de las propias tendencias— otras variables de más difícil ponderación, como la incidencia de diversos «actores sociales» con base en su comportamiento e intereses.

Así las cosas, frente a la linealidad del *forecasting*, la prospectiva parte de la consideración de una amplia serie de posibilidades —futuribles— sin dejar de lado tampoco a las tendencias, pero reconociéndole un papel fundamental a la libertad humana mediante la consideración del comportamiento de los colectivos.

Ahora bien, lo fundamental de la prospectiva consiste en no quedarse con un mero pronóstico, sino en pretender configurarse a sí misma como una especie de «ciencia de la acción».

Retomando una profunda aspiración de la filosofía —expresada por los clásicos como el tránsito del logos a la praxis, del *ethos* al *pathos*, por Comte como un «saber para prever y un prever para obrar» y por Marx como un llamado, más que a «interpretar el mundo», a «transformarlo»—, la prospectiva pretende, a partir del reconocimiento de la impor-

Porrúa-Cámara de Diputados-Universidad Autónoma de Zacatecas, 2004. Finalmente, puede también verse con provecho el libro de F. MOJICA SASTOQUE, *La prospectiva. Técnicas para visualizar el futuro*, Bogotá, Legis, 1991.

tancia de la libertad y de la acción humana —individual y colectiva—, ofrecer un análisis del presente, desde el pasado y hacia el futuro, que sirva para la definición de «metas», el planteamiento de «objetivos» y la definición de «acciones».

En efecto, el hombre puede, a través de los actores sociales —estado, medios de producción, academia, sociedad civil—, organizar una acción estratégica haciendo realidad los «futuros posibles deseados», tratando de alejarse de los futuros catastróficos y acercándose lo más posible a los utópicos o deseados.

Así pues, el «planeamiento metodológico» propuesto para el desarrollo de una dogmática jurídica americana consiste en el diseño de un «ámbito científico» que integre la filosofía jurídica, la historia del Derecho, la ciencia jurídica y la prospectiva.

En síntesis: dentro del presente artículo me propongo, a partir de mis investigaciones previas del Derecho europeo contemporáneo y del modelo científico de Vico, enriquecido con las aportaciones de la prospectiva, aportar algunas ideas que puedan servir para orientar y promover los esfuerzos académicos y de investigación tendentes a la integración americana como un espacio privilegiado para la superación de las limitaciones de la dogmática jurídica contemporánea, así como también como un instrumento adecuado para promover el desarrollo y el mejoramiento de la calidad de vida dentro de nuestra región, garantizando a su vez el respeto a los derechos humanos.

II. HISTORIA, ACTUALIDAD Y FUTURO DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA OCCIDENTAL

Más allá del valor que la «historiografía jurídica» tiene por sí misma, conviene destacar que, al menos desde la segunda mitad del siglo XX, numerosos historiadores del Derecho han coincidido en la necesidad de acentuar su enorme «importancia práctica», retomando en parte los orígenes dogmáticos de dicha disciplina debidos a Savigny¹⁶.

Baste con citar a Paolo Grossi, quien ha visto, con razón, que los historiadores son, al menos en cierto sentido, «présagos del futuro», o a Raoul C. von Caenegem, quien ha observado que la «historia del Derecho no se

¹⁶ Cfr. B. AGUILERA BARCHET, *Introducción jurídica a la historia del Derecho*, Madrid, Civitas, 1996.

ocupa solamente del pasado, concluso y finito, sino más bien del pasado del futuro del Derecho»¹⁷.

En términos esquemáticos y siguiendo los derroteros indicados por la moderna historiografía jurídica —que ha seguido como su obra fundacional el libro de F. Wieacker de 1953, tomando del mismo su denominación de escuela: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit)*—¹⁸, puede decirse que la tradición jurídica occidental es «aquella cuyo sustrato es la jurisprudencia romana, cuyo origen y conformación se encuentra en el *ius commune europeo* y cuyo desenvolvimiento actual se debe, primordialmente, a la difusión de la obra codificadora»¹⁹.

Para la moderna historiografía jurídica, la persistencia del «Derecho romano» y su continuada influencia sobre nuestra tradición jurídica es una de las «claves» para el entendimiento de su devenir histórico, concentrándose principalmente en el desenvolvimiento del Derecho privado.

Ahora bien, explicitando las anteriores ideas, nuestra tradición jurídica es —en tanto que *continuum* que perdura hasta nuestros días—²⁰ el producto de la ciencia bajomedieval del Derecho común, cuya vigencia, en tanto que ordenamiento jurídico, se proyectó hasta el siglo XVIII para sufrir una curiosa palingenesia y transmutarse a través de la Codificación.

En efecto, nuestra tradición jurídica surge en la Edad Media a partir del aprovechamiento heterogéneo de diversos elementos contradictorios entre sí: la tradición formal romanista, los derechos materiales germánicos de la Alta Edad Media, la ciencia del *ius canonicum* —en especial sus técnicas de interpretación equitativa— y las mismas reelaboraciones metodológicas de los juristas del *mos Italicus*, que a través de complejas glosas y aparatos recogieron una amplia variedad de herramientas hermenéuticas (filológicas, lógicas y retóricas), conformando un discurso teórico-prácti-

¹⁷ P. GROSSI, «Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro Derecho europeo», en Anuario de Historia del Derecho Español. t. LXVII, vol. I, Madrid, 1997, pp. 63 y 64, y R. C. VAN CAENEGEM, *I sistmi giuridici europei*, Milán, Società editrice il Mulino, 2003, p. 149. La traducción de la cita es mía.

¹⁸ WIEACKER, *Historia...*, *op. cit.*, y AGUILERA, *Introducción...*, *op. cit.* Sobre la recepción en nuestra escuela de esta corriente historiográfica, cfr. J. DEL ARENAL FENOCHIO, «La renovación de la Historia General del Derecho en la Escuela Libre de Derecho: su sentido romanista», en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 17, México, ELD, 1993.

¹⁹ Cfr. PAMPILLO, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 32 y ss.

²⁰ Sobre los problemas que presenta la anterior noción de tradición como continuidad cultural, véase P. GROSSI «Modelos...», *op. cit.*, p. 67, y M. BRETONE, *Derecho y tiempo en la tradición europea*, traducción de Isidro Rosas Alvarado, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 171 y 172.

co que se convirtió —a través de la recepción— en ordenamiento jurídico común vigente hasta el siglo XVIII.

Lo notable es que dicha tradición se nutre de un sustrato clásico —filosofía griega y jurisprudencia romana— extraordinariamente polivalente, como lo evidencian las mismas nociones —todas clásicas y todas aparentemente irreconciliables entre sí— de *logos* (razón), *nomos* (norma puesta), *dike* (justicia), *tò dikaión* (derecho, lo justo), *physis* (naturaleza dada), *ius* (derecho, lo justo), *lex* (ley), *directum* (derecho, lo dirigido) y *cháritas* (caridad), cuya riqueza estriba en su misma diversidad²¹.

Más aún, es notable también que dicha tradición se haya conformado —como se dijo— de manera precisamente heterogénea desde sus orígenes: romanos-germánicos-canónicos-medievales²².

Todavía más, es notable igualmente su palingenesia a través de la Codificación, que, paradójicamente, es el resultado del triunfo de la metodología racionalista y iusnaturalista, que habría de desembocar —siguiendo un itinerario circular contra sí misma— en un positivismo voluntarista²³.

En otras palabras, nuestra tradición jurídica es «polivalente» en cuanto a su «sustrato», «heterogénea» en cuanto a su «conformación» y «paradójica» en cuanto a su «desenvolvimiento» hasta nuestros días.

Y, en definitiva, polivalencia, heterogeneidad y paradoja son quizás las tres palabras que mejor expresan la ambigüedad, diversidad, complejidad y riqueza de nuestra tradición jurídica, cuyas síntesis más acabadas han sido capaces de integrar sus diferencias y armonizarlas entre sí.

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

En efecto, tanto responde a la tradición romanista del Derecho occidental el *ius commune* europeo como el ordenamiento jurídico casuista y tópico, cuya obligatoriedad se encontraba fundada principalmente en su misma razonabilidad y cuya finalidad era la consecución de la justicia a través de la equidad material, como el Código Civil alemán (BGB) de 1900,

²¹ Sobre el sustrato clásico de la ciencia jurídica occidental y su ambivalencia, cfr. PAMPILLO, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 67 y ss.

²² Sobre la heterogénea conformación de la tradición jurídica en la Edad Media, cfr. *ibid.*, pp. 137 y ss.

²³ Sobre este paradójico desarrollo del Derecho occidental durante la Modernidad, cfr. *ibid.*, pp. 209 y ss.

que era más bien todo lo contrario, un ordenamiento jurídico sistemático y abstracto cuya obligatoriedad se encontraba fundada en la voluntad potestataria del Estado y cuya finalidad era principalmente la preservación de la seguridad jurídica. Igualmente, tanto responden al elemento germánico de nuestra tradición el *ius mercatorum* medieval como el Derecho social del siglo XIX y el mismo ordenamiento antijurídico de la Alemania del III Reich, fundándose todos ellos en los mismos principios de facticidad, corporativismo, personalismo, orden, seguridad y patrimonialidad, tan característicos de la *gefoldschaft* germánica.

Sin embargo —a mi parecer—, los momentos estelares dentro del decurso histórico de nuestra tradición jurídica se han caracterizado por una excepcional capacidad para conjugar e integrar, para abarcar armónicamente todos sus elementos polivalentes, heterogéneos y paradójicos, atemperándolos entre sí.

Y de dicha difícil atemperación se ha seguido, precisamente, la producción de ordenamientos jurídicos equilibrados: *a)* entre la equidad material concreta y la justicia formal abstracta, *b)* entre la estructuración tópicocasuística y la sistemática-abstracta, *c)* entre la obligatoriedad fundada en la razonabilidad (*auctoritas*) y la sostenida por la voluntad coactiva (*potestas*), *d)* entre la riqueza —pero también la complejidad— de un pluralismo relativamente anárquico y la simplicidad —pero también pobreza— de un monismo asfixiante, y *e)* entre la espontaneidad jurídica del Derecho consuetudinario y natural y la artificiosidad de un Derecho absolutamente positivado a través de la legislación²⁴.

Ahora bien, lo cierto es que a partir de la palingenesis de nuestra tradición mediante la codificación, la «estatalización del derecho» y la nacionalización de la ciencia jurídica operada desde comienzos del siglo XIX —y todavía vigente entre nosotros hasta el presente—, el Derecho occidental convirtió la parte (potestad-ley estatal-norma-forma) en el todo (Derecho) a través de un proceso de «identificación reductiva del Derecho» con la ley y de «eulogización» de esta última²⁵.

²⁴ Cfr. PAMPILLO, «Nociones generales...», *op. cit.*

²⁵ A lo largo del presente epígrafe, para delinear los contornos de la dogmática jurídica contemporánea, destacando sus rasgos absolutistas, sigo sobre todo las ideas de P. GROSSI tal y como están expuestas en sus obras: «Absolutismo jurídico y Derecho privado en el siglo XIX», en Doctor Honoris Causa. Paolo Grossi, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona, 1991; *Mitología jurídica de la modernidad*, traducción de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003. También me baso en la clásica exposición de WIEACKER, *Historia...*, *op. cit.*, pp. 417 y ss. Tomo también varias ideas de J. A. DE LA TORRE RANGEL, *Del pensamiento jurídico contemporáneo. Aportaciones críticas*, México, Escuela Libre de Derecho-Porrúa, 1992.

Me explico: la expropiación del Derecho por el Estado promovida tanto por la ciencia jurídica francesa (iusnaturalismo moderno racionalista-codificación-exégesis) cuanto por la alemana (historicismo-pandectística-codificación-jurisprudencia de conceptos), y la ulterior recepción de sendas codificaciones paradigmáticas, propició el surgimiento de una cultura jurídica de corte legolátrico que desembocó en una eulogización del concepto de la ley.

La eulogización de la ley, es decir, el proceso cultural por virtud del cual el concepto de ley, más allá de su significación real, vino a convertirse en una especie de «mito» o fetiche que generaba simpatías y provocaba adhesiones²⁶, desembocó en la formación de una «mentalidad» y posteriormente de toda una «dogmática positivista, legalista, formalista».

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

Dogmática legalista por cuanto pretendía la identificación reductiva del Derecho con la ley, resultado de la expropiación nacionalizadora del Derecho por el Estado, convalidada por la propia ciencia jurídica contemporánea, reduciendo los contenidos de la ciencia del Derecho estrictamente al Derecho positivo legislado vigente y suprimiendo por ende la validez de las demás fuentes jurídicas, a las que no se les concedió «iurisferancia» (ius=derecho/feri=creación), o si acaso se les reconoció alguna, se trató de una virtualidad enteramente subordinada que se ejerce por delegación expresa y en todo caso necesariamente *secundum legem*.

Formalista por cuanto que llegó a considerar que el Derecho se agotaba en sus meras formas. La idea, figura o noción del Derecho se convirtió en una idea, figura y noción meramente formal; el Derecho se concebía como una sola forma, más específicamente, como una forma legal positivada investida de obligatoriedad jurídica²⁷. Más aún, el formalismo suponía

²⁶ R. TAMAYO Y SALMORÁN, *Introducción al estudio de la Constitución*, t. I, México, Dirección General de Publicaciones de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1979, pp. 79 y 80.

²⁷ Como observa el profesor GROSSI: «La ley se convierte así en pura forma, en acto sin contenido, es decir —para explicarnos mejor—, un acto cuyo carácter legal no depende nunca de su contenido concreto, sino siempre y sólo de su procedencia del único sujeto soberano. El cual se identifica cada vez más con un legislador...» (*Mitología jurídica...*, *op. cit.*, p. 33).

también la relegación y desprecio de los contenidos del Derecho. La juridicidad se pretendió así derivar de la forma, considerando que el Derecho sería jurídico (valga la tautología) y por ende obligatorio, con entera independencia de sus contenidos sociales, políticos, económicos, éticos y, por supuesto, jurídico-materiales. No importaban pues los «qués materiales», sino los «cómos formales». Constatada pues la observancia de las formas, se presumían —y se siguen a veces presumiendo— *iuris et de iure* legítimos y justos sus contenidos, incluso en el caso extremo de que no lo fueren.

En resumen, a partir de la mitificación de la ley como eulogismo, que parte de la presuposición en ella *a*) de los contenidos justos naturales (fundamento jurídico) y *b*) de ser expresión fidedigna de la voluntad general (fundamento político), la sola forma legal, la apariencia formal y externa de la ley, que en sus orígenes había sido diseñada, paradójicamente, como garantía preservadora de dichos contenidos y de dicha voluntad, pasó a convertirse en lo esencial y definitivo del Derecho.

Ahora bien, como ha observado Grossi, la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista es constitutivamente una dogmática autoritaria, es una dogmática eminentemente absolutista. En efecto —según el historiador del Derecho florentino—, la codificación, la exégesis y el positivismo, con su «legolatría acrítica», condujeron a un fenómeno que él denomina bajo el apelativo de «absolutismo jurídico»²⁸.

La reducción del derecho a la ley supuso para el Derecho y para la jurisprudencia una pérdida de autonomía y estabilidad que afectaron a su vez la propia «viabilidad espistemológica» de la ciencia del Derecho. Como observara en su momento Von Kirchmann, el Derecho legal positivo como objeto de comentario por parte de los exegetas carece de estatuto científico, tanto en razón de la contingencia política de su objeto, cuanto en razón de la naturaleza eminentemente técnica del propio comentario²⁹.

²⁸ Cfr. GROSSI, «Absolutismo jurídico...», *op. cit.*, pp. 11 y ss.

²⁹ No resisto transcribir, en su parte conducente, la célebre exposición de Kirchmann: «La ley positiva es rígida; el Derecho, progresivo. Por eso la verdad misma de aquélla se convierte con el tiempo en falsedad. Su sustitución por una ley nueva no es nunca realizada sin violencia; le falta la flexibilidad continua, y, por tanto, suave, del Derecho natural./ La ley positiva es abstracta; su necesaria sencillez destruye la riqueza de las formas individuales [...] / En su determinación última, la ley positiva es mero arbitrio. Que la mayoría de edad deba comenzar a los veinticuatro o a los veinticinco años; que el plazo de la prescripción deba ser de treinta o de treinta y un años [...] / Finalmente, la ley positiva es el arma sin voluntad, igualmente sumisa a la sabiduría del legislador y a la pasión del déspota [...] / De ser sacerdotisa de la verdad, la ley positiva se convierte en sierva del azar, del error, de la pasión, de la sinrazón [...] / ¿Cuál es el contenido de tanto comentario y tanta exégesis? ¿Cuál el de tantas monografías, cuestiones y meditaciones, de tantas disertaciones y colec-

Finalmente, y para colmo de males, el absolutismo jurídico del positivismo legalista formalista, como ha observado Franz Wieacker en su ya clásica exposición sobre el tema, dejaba al Derecho «especialmente indefenso frente a su vinculación formal a las voluntades de poder de un legislativo éticamente irresponsable»³⁰. Y aunque, como observa el propio Wieacker, «la ulterior degeneración del positivismo tras la destrucción de la democracia del Estado de Derecho no era previsible en el siglo XIX», hacia el siglo XX el «positivismo degenerado», resultado del rompimiento del poder legislativo con las bases éticas de la comunidad histórica y de la propia desintegración de las democracias, posibilitó la aparición de las «leyes de contenido arbitrario» o «leyes injustas», que sumieron al positivismo en una honda y definitiva crisis que arrastra hasta nuestros días³¹.

Para mediados-finales del siglo XIX, la naciente mentalidad protodogmática del positivismo legalista formalista supuso: *a*) una reducción de todo el Derecho al querer político del Estado, mediante las formas legales; *b*) la cancelación de la iurisferancia de toda fuente jurídica extralegal; *c*) la politización del Derecho privado con la consecuente pérdida de autonomía y de estabilidad de lo jurídico, así como en detrimento de sus contenidos tradicionales, incluidos aquéllos provenientes del perfil romanista de la tradición jurídica occidental; *d*) el planteamiento epistemológico sobre la misma viabilidad científica de la jurisprudencia, como ciencia del Derecho positivo legislado, y *e*) la desprotección de los contenidos jurídicos del Derecho que quedaron a merced de la voluntad arbitraria del legislador.

El naciente positivismo legalista formalista provocó, por otro lado, la reacción crítica de las denominadas corrientes del «naturalismo jurídico» o «antiformalistas»³². Dicho movimiento pretendió destacar la factualidad del Derecho según la diversidad de sus distintas escuelas (sociologismo,

ciones de casos prácticos? [...] Su objeto es la ignorancia, la desidia y la pasión del legislador. Ni siquiera el genio se niega a ser instrumento de la sinrazón, ofreciendo para justificarla toda su ironía, toda su erudición. Por obra de la ley positiva, los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida; desviándose de la sana, establecen su nido en la enferma. En cuanto la ciencia hace de lo contingente su objeto, ella misma se hace contingencia; tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura» (J. H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia*, traducción de Antonio Truyol Serra, 3.^a ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pp. 26-29).

³⁰ WIEACKER, *Historia...*, *op. cit.*, p. 419.

³¹ *Ibid.*, pp. 419 y 507 y ss.

³² Sobre las distintas escuelas y pensadores que se integraron a esta amplia corriente de pensamiento jurídico véase a G. FASSÒ, *Historia de la filosofía del Derecho*, traducción por José F. Lorca Navarrete, t. III, 3.^a ed., Madrid, Pirámide, 1966, pp. 161 y ss.

jurisprudencia de intereses, escuela del derecho libre, marxismo) y pensadores (Ehrlich, Ihering, Kantorowicz), pero convirtiendo —en contrapartida— al ordenamiento jurídico en un medio para la consecución de ciertas finalidades más bien sociales, económicas y políticas. En tal virtud, dicha reacción, además de reivindicar la importancia de los contenidos jurídicos, destacó también la incapacidad de la ley para reorientar por sí sola la conflictividad jurídica, buscando rehabilitar el papel creativo de los operadores jurídicos prácticos y muy significativamente de los jueces.

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

Precisamente en razón del anterior relajamiento, desorientación material y metodológica y de su propia instrumentalización del Derecho, el naturalismo propició una «re-contra-reacción» —legítima, por cierto— del formalismo jurídico, que mediante la impugnación de sus teorías buscaría devolverle a la ciencia del Derecho un estatuto epistemológico propio, depurando su método de sus contaminantes extrajurídicos.

Dicha dirección científica, fundamentalmente centroeuropea, encabezada por las Escuelas de Marburgo y de Viena, encontró sin duda alguna su más destacado exponente en uno de los teóricos del Derecho más influyentes de la Modernidad: Hans Kelsen³³.

El pensamiento kelseniano, que llevó a su máximo esplendor la dogmática jurídica del positivismo legalista formalista, se estructuró a partir de las siguientes líneas generales: *a)* la ubicación de la ciencia del Derecho en el ámbito del deber ser universal y formalizado desde el pensamiento lógico trascendental kantiano; *b)* la definición de la norma jurídica como juicio lógico formal («juicio hipotético de atribución»), como objeto propio y específico de la ciencia jurídica; *c)* la depuración objetiva y metódica de la ciencia del Derecho, deslindándola de cualquier contenido ético, político o social, considerado como «metajurídico»; *d)* la identi-

³³ Sobre el pensamiento de Kelsen pueden verse las obras de FASSÒ, *Historia...*, *op. cit.*, t. III, pp. 227 y ss.; LARENZ, *Metodología...*, *op. cit.*, pp. 90 y ss.; RECASÈNS, *Panorama...*, *op. cit.*, t. I, pp. 137 y ss.; RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia...*, *op. cit.*, t. II, pp. 585 y ss.; H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho*, 2.ª ed., México, Editora Nacional, 1981, y *Teoría general del Estado*, traducción de Luis Legaz Lacambra, México, Editora Nacional, 1979.

ficación del Derecho con el Estado y la asignación a éste de la misión de crear, mediante sus mandatos, los nexos de atribución, y *e*) la estructuración sistemática del ordenamiento jurídico como una pirámide normativa y formal, cuya validez descansa sobre la «norma hipotética fundamental» como norma presupuesta.

Intentando, desde nuestra perspectiva histórica privilegiada, una valoración crítica del pensamiento kelseniano podemos observar: *a*) su relatividad y limitaciones filosóficas al partir del criticismo gnoseológico kantiano; *b*) el excesivo formalismo que le llevó a convertir a la sola norma lógico formal como objeto exclusivo de la ciencia del Derecho; *c*) la abdicación de los contenidos jurídicos de la ciencia del Derecho, so pretexto de su pretendida metajuridicidad; *d*) la insistencia desmedida en la importancia de la norma sancionadora, que deja de lado las funciones directrices y educativas del Derecho, y *e*) la estructuración del Derecho según una visión sistemática y formal, esclerosante y anquilosada.

Definidos los perfiles de la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista, parece observarse que, al menos desde mediados del siglo xx, dicha dogmática ha entrado en una fase de crisis y agotamiento por virtud de la cual ya no puede, sino de manera muy deficiente y limitada, cumplir con sus funciones filosóficas, epistemológica y praxeológicas.

En primer lugar, como resultado de los «horrores legalizados» —y por ende «juridizados»— sufridos por la humanidad durante la primera mitad del siglo xx, desde la segunda posguerra aparecieron una serie de nuevas corrientes y direcciones iusfilosóficas tendentes a descubrir las limitaciones de la idea del Derecho ofrecida por la dogmática jurídica contemporánea³⁴.

Muchos positivistas matizaron sus puntos de vista originales, y así, al lado del formalismo y del naturalismo fue reclamando su lugar una nueva actitud, estimativista y «axiológica», que desde las coordenadas filosóficas del neokantismo culturalista de los valores (Hartman, Sheler, Lask, Radbruch) se uniría a las voces de los «neotomistas» y «neoiusnaturalistas» para replantear el irrenunciable «contenido moral», ético o valorativo.

Esta amplísima corriente de pensamiento ha comprendido, a su vez, como sus más características direcciones durante la segunda mitad del siglo xx: *a*) el estimativismo de corte neokantiano (E. Lask, G. Radbruch); *b*) el iusnaturalismo protestante de corte racionalista (J. Elull); *c*) el neotomis-

³⁴ En general seguiré a lo largo del presente epígrafe las obras ya citadas de Fassò, Larenz, Recaséns-Siches y Rodríguez Paniagua.

mo católico, que ya desde el último tercio del siglo XIX venía cobrando creciente fuerza (V. Cathrein, F. Utz, J. Maritain, J. Hervada, M. Villey); *d*) un grupo relativamente heterogéneo de quienes compartieron, en definitiva, la inquietud de devolverle al Derecho ciertos contenidos éticos indisponibles (G. del Vecchio, H. Welzel, H. Coing, K. Engisch, A. Kaufmann, A. Verdross), y *e*) la corriente renovadora de los derechos humanos, como ciertos derechos mínimos, sustantivos y contenutísticos, a ser garantizados formal y materialmente mediante la legislación internacional primero y nacional después, con la preocupación fundamental de su protección, sobre todo a través de figuras como el *ombudsman* o mediante instrumentos ampliamente perfeccionados a lo largo de la segunda mitad del siglo XX propios de la justicia constitucional y la justicia supranacional (N. Bobbio, L. Ferrajoli)³⁵.

Paralelamente a las anteriores corrientes —formalismo, antiformalismo y estimativismo—, puede observarse como ya desde el primer tercio del siglo XX, a consecuencia del auge del positivismo lógico y de la filosofía analítica (Ayer, Carnap, Wittgenstein), pero sobre todo durante la segunda mitad del siglo, merced a la extraordinaria influencia ejercida por la filosofía hermenéutica (H. G. Gadamer, Paul Ricoeur), irrumpe en el ámbito de la filosofía del Derecho un renovado interés por la lógica y la «argumentación jurídicas». De esta manera, nuevos y estimulantes estudios sobre la lógica formal (U. Klug), la lógica deóntica (G. H. von Wright y G. Kalinowski), la tópica (Th. Viehweg) y la nueva retórica (Ch. Perelman), además de enriquecer los instrumentos y las técnicas de la argumentación actuales, han contribuido al reconocimiento de la «contextura dialogal» del propio Derecho³⁶.

³⁵ Sobre la protección de los derechos humanos y la justicia constitucional contemporánea pueden consultarse con provecho las obras generales de T. BUERGENTHAL *et al.*, *La protección de los derechos humanos en las Américas*, Madrid, Civitas, 1990; M. CAPPELLETI, *La justicia constitucional*, traducción de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987; E. LINDE *et al.*, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, Civitas, 1979, y A. F. ZALDÍVAR, «El juicio de amparo a la luz de la moderna justicia constitucional», en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 15, México, Escuela Libre de Derecho, 1991. Mención especial y aparte merece la obra de J. A. DE LA TORRE RANGEL, *Derechos humanos desde el iusnaturalismo histórico analógico*, México, Porrúa-Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2001, donde aborda este importante tema desde la perspectiva iusnaturalista-clásica-histórica-personalista-analógica-liberacionista, de una manera especialmente sugerente y aprovechable. Puede considerarse como representante de esta corriente de pensamiento también a F. A. VÁZQUEZ PANDO, «Algunas reflexiones sobre la Constitución mexicana a la luz de algunos tratados internacionales sobre derechos humanos en que México es parte», en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 11, México, ELD, 1987.

³⁶ Un panorama general puede encontrarse en M. ATIENZA, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

Finalmente, dentro del debate iusfilosófico de los últimos años cabe destacar que, ya desde la década de los cuarenta, algunas de las mentes más penetrantes de su época supieron captar que tanto el formalismo cuanto el naturalismo y el estimativismo tenían su profundo «momento de verdad». Más aún, que su momento de verdad se esfumaba, precisamente, tan pronto como pretendían reducir el todo a una de sus partes, pues si el Derecho tenía un momento de positividad, de efectividad y de validez, no podía agotarse tampoco en su sola validez formal, ni en su sola factualidad, ni en su sola validez material o intrínseca.

De esta manera, durante la segunda mitad del siglo xx se abrió paso, junto con la corriente reivindicadora de la justicia material, una «corriente tridimensional», triádica o triatómica del Derecho, que en México alcanzó su más acabada expresión en la sugerente «Teoría de los Tres Círculos» debida al iusfilósofo Eduardo García Maynez,³⁷ anticipada en alguna medida por el pensamiento de Rafael Preciado Hernández³⁸.

Sin embargo, dicha «corriente tridimensional», que buscó definir al Derecho a partir de la correlación dialéctica entre sus hechos, sus valores y sus formas, encontró en realidad su más acabada expresión, en mi concepto, en la pluma del brasileño Miguel Reale, quien definió expresivamente al Derecho como «una integración normativa de hechos según valores»³⁹.

El tridimensionalismo, también llamado por algunos «integracionismo» o integralismo, ha venido evolucionando en los últimos años a través de nuevas teorías, tetratómicas —como la de Pérez Luño, que agrega el elemento historia—⁴⁰ y pentatómicas⁴¹.

Adicionalmente, más allá de la crítica iusfilosófica y científica a la dogmática jurídica contemporánea del positivismo legalista formalista, desde la segunda mitad del siglo xx se han puesto en evidencia también sus limitaciones e insuficiencias desde un punto de vista más bien práctico, mostrando las deficiencias del positivismo para la reconducción jurídica de la problemática social de nuestro tiempo.

³⁷ Cfr. E. GARCÍA MAYNEZ, *La definición del Derecho. Ensayo de perspectivismo jurídico*, 2.^a ed., Jalapa, Universidad Veracruzana, 1960.

³⁸ Cfr. R. PRECIADO HERNÁNDEZ, *Lecciones de filosofía del Derecho*, México, Jus, 1947.

³⁹ M. REALE, *Teoría tridimensional del Derecho*, traducción de Ángeles Mateos, Madrid, Tecnos, 1997, p. 98.

⁴⁰ E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Sevilla, Mergablum, 1998.

⁴¹ Es el caso de la «teoría global del Derecho»; ésta añade una perspectiva antropológica buscando, desde la filosofía de la historia y la filosofía hermenéutica, enriquecer también una aproximación realista-moderada sobre el Derecho, en diálogo con las principales corrientes iusfilosóficas de nuestro tiempo. Cfr. PAMPILLO, *Filosofía...*, *op. cit.*

Sin que podamos detenernos aquí en los diferentes aspectos de la gran crisis práctica de la dogmática positivista, es posible subrayar, en primer lugar, que la crisis de la praxis positivista es, en buena medida, una de las principales proyecciones de la «crisis de la Ley del Estado».

Efectivamente, la soberanía nacional, como fundamento del Estado Moderno, jalonada actualmente entre la integración regional y los localismos redivivos, está propiciando el surgimiento de una nueva «poliarquía política» que ha supuesto a su vez, entre otras muchas cosas, un nuevo «policentrismo jurídico» que ha venido a multiplicar las fuentes extraestatales de creación jurídica ⁴².

En efecto, la descomposición del concepto moderno de soberanía, sujeto a las tensiones centrífugas de la globalización y a las fuerzas centrípetas de los localismos, ha supuesto también la disgregación del monopolio creativo del Derecho por medio de la ley, tan característico de la dogmática jurídica contemporánea.

En el ámbito de las «fuerzas globalizantes» nos encontramos, desde la costumbre comercial internacional —nueva *lex mercatoria*— y el Derecho unificado de las leyes modelo, hasta la más reciente legislación penal internacional, pasando por las inéditas técnicas de supranacionalidad armónica europea a que me referiré más adelante. Así las cosas, no solamente ya en el ámbito del Derecho privado dispositivo, sino inclusive en el del Derecho público, sancionador y hasta constitucional, se observa que el Estado ha venido perdiendo significativamente el monopolio legiferante que hace apenas cincuenta años ejercía de forma ilimitada ⁴³.

En contrapartida, en el ámbito de las «fuerzas localistas» nos topamos con la recuperación de los usos y costumbres ancestrales pertenecientes a las comunidades étnicas, así como con un pujante resurgimiento de los regionalismos autonómicos. El legítimo y creciente reclamo de las regiones, de las comunidades históricas y de las etnias indígenas, que exigen el reconocimiento de su autonomía para regirse según sus propios derechos,

⁴² DÍEZ DE URDANIVIA, *El Estado...*, *op. cit.*

⁴³ Sobre la evolución del Derecho internacional privado en este ámbito, en general pueden verse B. KALLER DE ORCHANSKY, *Nuevo manual de Derecho internacional privado*, Buenos Aires, Industria Gráfica, 1994, y L. PEREZNIETO CASTRO, «El futuro del Derecho internacional privado en México», en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 17, México, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2005, pp. 59-68. Sobre el nuevo Derecho penal internacional, M. MORENO HERNÁNDEZ (coord.), *El Estatuto de Roma. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y sus implicaciones en el Derecho nacional de los países latinoamericanos*, México, Cepolcrim-Ius Poenale, 2004.

es pues el otro polo de la nueva riqueza y variedad de fuentes del policentrismo jurídico de nuestro tiempo.

Esto es lo que algunos autores han denominado «glocalización» (globalización + localismos)⁴⁴, fenómeno este que ha dado lugar al desdibujamiento de la «imagen piramidal» de un ordenamiento jurídico estatal jerarquizado, perfilándose en su lugar una imagen sustitutiva como de «redes horizontales» colaborativas⁴⁵, si bien, personalmente, yo prefiero servirme de una figura intermedia que es la del «rombo invertido discontinuo».

Además, por lo menos desde comienzos del siglo XX ha empezado a progresar una «tendencia descodificadora», particularmente acusada en los ámbitos del Derecho mercantil y administrativo. Dicha tendencia, además de poner de relieve las limitaciones de los códigos como leyes estatales completas para la regulación sistemática de dilatados ámbitos de las relaciones jurídicas, ha supuesto a su vez una revitalización de la misma costumbre como fuente del Derecho.

Igualmente, a lo largo de las últimas décadas, la creciente desconfianza en la Ley del Estado, en su conformación como un derecho oficial y en su propia capacidad evolutiva para reformular jurídicamente los nuevos y crecientemente sofisticados problemas sociales de nuestra época, ha generalizado la «práctica de la autorregulación»⁴⁶.

Por añadidura, debe tenerse en cuenta la progresiva desconfianza en los mecanismos estatales de administración de justicia, dada la percepción de su lentitud, ineficiencia y burocratismo, que ha propiciado el surgimien-

⁴⁴ Por todos, observa M. Carbonell: «Paradójicamente, la globalización genera no solamente prácticas supranacionalizadoras, sino también efectos disgregadores [...] Algunos autores señalan este doble efecto de la globalización (hacia arriba, pero también hacia abajo) y sostienen que sería mejor hablar de “glocalización”, para dar cuenta de la combinación de energías...» [M. CARBONELL, «Globalización y Derecho: siete tesis», en L. T. DÍAZ MÜLLER (coord.), *Globalización y derechos humanos*, México, UNAM, 2003, p. 3].

⁴⁵ Cfr. LÓPEZ AYLLÓN, *Globalización...*, *op. cit.*, pp. 95 y ss. Sobre el particular, véase también la interesante reflexión iusfilosófica que hace G. ROBLES MORCHÓN, *Pluralismo jurídico y relaciones inter sistémicas. Ensayo de una teoría comunicacional del Derecho*, Navarra, Thomson-Civitas, 2007.

⁴⁶ En efecto, desde los estatutos industriales y comerciales privados hasta los cada vez más frecuentes contratos autorregulados de la tradición anglosajona, el número de relaciones jurídicas de Derecho dispositivo sustraídas del ámbito de aplicación de la Ley estatal ha venido creciendo notablemente. Además, las partes intervinientes dentro de una determinada relación jurídica contractual, sobre todo en el ámbito del comercio transfronterizo, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, cada vez de manera más recurrente prefieren que sus estipulaciones sean interpretadas conforme a principios distintos de los establecidos por la Ley del Estado, remitiendo, en cuanto a Derecho aplicable al fondo del mismo, a una enorme diversidad de normas extraestatales, por lo menos dentro del ámbito del Derecho dispositivo.

to y la proliferación de «instancias privadas e informales de resolución de conflictos» tales como la mediación y el arbitraje, cuyo uso universal y generalizado resulta altamente indicativo de la magnitud de la crisis a que venimos refiriéndonos⁴⁷.

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

En resumen: la crisis de la dogmática jurídica contemporánea ha sido una crisis integral que comprende y abarca al «positivismo», al «legalismo» y al «formalismo» característicos de dicha dogmática. Tras de su degeneración durante la primera mitad del siglo xx, dicha dogmática ha experimentado una profunda crítica iusfilosófica a lo largo de toda la segunda mitad de dicha centuria. Pero además, ha mostrado una progresiva ineficiencia para la reconducción jurídica práctica de los nuevos problemas sociales. Igualmente, muestra una creciente incapacidad para comprender las nuevas disciplinas jurisprudenciales —como el Derecho informático, el Derecho medioambiental, el Derecho al patrimonio cultural de la humanidad y un muy largo etcétera—, caracterizadas —como ha observado lúcida-mente respecto del Derecho en la dimensión del ciberespacio mi maestro Emilio Suñé Llinás⁴⁸— por la intervención de la sociedad civil, por la pre-

⁴⁷ Sobre los fenómenos de la «descodificación, alternatividad e informalidad» puede consultarse la sintética y atinada exposición de P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «El Derecho internacional privado ante la globalización», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, Madrid, 2001, pp. 37-87. Específicamente sobre los medios alternativos de solución de conflictos, véase a F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, «Mecanismos alternativos de solución de controversias. Nota sobre el creciente desarrollo del área», en *Ars Iuris. Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, núm. 30, México, Universidad Panamericana, 2003, pp. 39-68.

⁴⁸ Cfr. E. SUÑÉ LLINÁS, «Del Derecho informático al Derecho del ciberespacio y a la Constitución del ciberespacio», en *Iuris Tantum. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Anáhuac*, núm. 17, México, 2006. Más en extenso puede consultarse el capítulo 9 de su notable *Teoría Estructuralista del Derecho*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2006. Véase también, respecto del papel de la sociedad civil en nuestro tiempo, al profesor SUÑÉ, *La sociedad civil en la cultura postcontemporánea*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad

ponderancia del elemento consuetudinario y por la necesaria globalidad de sus soluciones. Más aún, el positivismo legalista formalista ha sido rebasado por unas prácticas argumentales tópicas y retóricas que desbordan sus estrechos cauces, reconociéndole un papel cada vez mayor a la función jurisdiccional y a la doctrina jurídica.

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

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

Pero además, el desmoronamiento del positivismo, las nuevas propuestas filosóficas de nuestro tiempo y las novedosas prácticas jurídicas de las últimas décadas, junto con el surgimiento y desarrollo del Derecho comunitario europeo, no sólo evidencian el fin de la dogmática contemporánea, sino que claramente nos proporcionan sugerentes indicios y claves respecto de la propia fisonomía de la dogmática jurídica del porvenir.

Y dicha dogmática jurídica *in satús nascens* me parece, en primer lugar, que se está conformando como una dogmática comprensiva, reconstructiva, recompositiva y reintegradora del Derecho y de sus complejidades, a partir de la propia comprensión del hombre y de su misma pluridimensionalidad⁴⁹.

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

La nueva dogmática deberá, pues, ser capaz de desenvolverse eficientemente en medio del nuevo «pluralismo jurídico», conformándose de manera tal que pueda servirse de diversas y heterogéneas fuentes formales del Derecho para desarrollar sus propias soluciones. En tal virtud, conven-

de Derecho de la Universidad Complutense-Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1998.

⁴⁹ Cfr. PAMPILLO, *Filosofía...*, *op. cit.*

drá que se conforme —según la expresión ya generalizada de Zagrebelsky— como una «dogmática dúctil»⁵⁰.

Por último, pueden retomarse también algunas ideas expuestas por el destacado iusfilósofo argentino Rodolfo Luis Vigo, quien en una disertación sugestivamente intitulada *De la Cultura de la Ley a la Cultura del Derecho* señala como algunos de los rasgos del nuevo Derecho y de la nueva cultura jurídica: *a)* el regresar del normativismo al principalismo, reseñando los célebres debates entre Kelsen y Esser y entre Hart y Dworkin; *b)* el desplazarse desde la validez jurídica formal hacia la validez ética material, abandonando así el formalismo y conduciéndose hacia modos de pensamiento más bien material; *c)* el retomar el camino de la tópica abandonando el de la sistemática; *d)* el superar el legalismo en aras de un constitucionalismo superior, vigilado por la judicatura mediante el control constitucional; *e)* el superar el cientificismo puro para involucrarse con otros saberes jurídicos, superando así un cierto juridicismo para abrirse a otros saberes complementarios; *f)* el regresar desde la seguridad jurídica hacia la justicia; *g)* el reivindicar la complejidad y la trascendencia de la función judicial frente a la irrelevancia y la sencillez que caracterizaron a la jurisdicción como consecuencia de la codificación; *h)* el devolver al saber jurídico su condición más bien práctica que teórica; *i)* el buscar superar el paradigma de la soberanía nacional para revulsionarse hacia un Derecho globalizado y supranacional, y finalmente, *j)* el buscar evidenciar que el Derecho no es un fin en sí mismo, sino más bien un instrumento al servicio del hombre y de su vida⁵¹.

IV. PROPUESTAS PARA UN MOS AMERICANUS

Como se apuntaba anteriormente, *a)* la conformación del «Derecho comunitario europeo», desde el Tratado de París de 1951 hasta la fecha, a través de los diversos tratados internacionales que se han venido sucediendo —especialmente los de Roma, el Acta Única Europea, Maastricht, Ámsterdam y Niza—; *b)* la actividad de la «estructura supranacional europea» —Consejo, Comisión, Parlamento— y, en especial, del Tribunal de

⁵⁰ «La exigencia de una dogmática jurídica “líquida” o “fluida”, que pueda contener los elementos del Derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida...» (G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 17).

⁵¹ R. L. VIGO, *De la Ley al Derecho*, México, Porrúa, 2003, pp. 3-24.

Justicia de las Comunidades Europeas, junto con c) los desarrollos de la «ciencia jurídica europea», constituyen —a mi parecer— algunos de los desenvolvimientos más significativos de la tradición jurídica occidental en nuestros tiempos⁵².

De hecho, en la actualidad, la doctrina europea viene refiriéndose a un «nuevo Derecho europeo», producto de la colaboración entre diversas instancias, entre las que cabe destacar muy especialmente a la judicatura y a la doctrina⁵³.

Y es que, en efecto, en Europa existe actualmente un nuevo Derecho común. Y la polifonía de este nuevo ordenamiento jurídico europeo supone el acompasamiento de tres instrumentos fundamentales: a) los Dere-

⁵² Cfr. PAMPILLO, «Del Derecho comunitario...», *op. cit.* Más en extenso me refiero al tema en *Historia...*, *op. cit.*, capítulos 12 a 15. En general, sobre el proceso de integración europea, la estructura institucional de la Unión Europea y el Derecho comunitario, pueden verse las siguientes obras: ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario...*, *op. cit.*; ALONSO GARCÍA, *Sistema...*, *op. cit.*; K.-D. BORCHARDT, *El ABC del Derecho comunitario*, 5.ª ed., Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2000; M. CAMPINS-ERITJA, *Proceso de integración en la Unión Europea*, Barcelona, J. M. Bosch, 1996; M.ª D. DÍAZ-AMBRONA BAJADÍ (dir.), *Derecho Civil Comunitario*, Madrid, Colex, 2001; G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, 5.ª ed., Barcelona, Ariel, 2000; M. JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, Bosch, 1996; E. LINDE PANIAGUA y P. MELLADO PRADO, *Iniciación al Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2003; D. LÓPEZ GARRIDO, *La Constitución Europea. Estudio. Texto completo. Protocolos y Declaraciones más relevantes*, Albacete, Bomarzo, 2005; A. MANGAS MARTÍN, *La Constitución Europea*, Madrid, Justel, 2005; J. M. PELÁEZ MARÓN, *Lecciones de Instituciones Jurídicas de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 2000; D. RUIZ-JARABO COLOMER, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa-Civitas, 1993, y A. TRUYOL, *La integración europea. Idea y realidad*, Madrid, Tecnos, 1992. Sobre la jurisprudencia del Tribunal puede consultarse con gran provecho a R. ALONSO GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Estudio y Jurisprudencia*, 3.ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2006. En general sobre el Derecho privado europeo objeto de desarrollo científico-doctrinal pueden consultarse las siguientes obras: R. SCHULZE y R. ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho privado europeo*, presentación, estudio preliminar y anotaciones por E. ARROYO e I. AMAYUELAS, Madrid, Marcial Pons, 2002; CÁMARA, *Derecho Privado Europeo...*, *op. cit.*; H. COING, *Derecho Privado Europeo*, traducción de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, y M.ª D. DÍAZ-AMBRONA BAJADÍ (dir.), *Derecho Civil Comunitario*, Madrid, Colex, 2001. Desde México, sobre la integración europea, remito a los artículos de L. ORTIZ AHLF, «Derecho comunitario y Derecho internacional», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 4, UNED-COLEX-Universidad Iberoamericana, 2003, y R. PÉREZ JOHNSTON, «La creación de los Estados Unidos de América, ¿un modelo de integración para la Unión Europea?», en M.ª E. AYLLÓN y D. GARCÍA FERNÁNDEZ (coords.), *Temas selectos de Derecho constitucional*, México, Porrúa-Universidad Anáhuac, 2006.

⁵³ En este sentido fue pionera la obra de R. ALONSO GARCÍA, *Derecho Comunitario...*, *op. cit.* Véase también a R. v. CAENEGEM, *I sistemi...*, *op. cit.*, y a J. L. DE LOS MOZOS, *Estudios sobre Derecho de contratos, integración europea y codificación*, Madrid, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, 2005.

chos nacionales —y más ampliamente los derechos regionales y particulares como los de las Comunidades Autónomas en España o los *Länders* en Alemania— o *iura propria*; *b*) el Derecho comunitario, incluyendo a los principios generales comunes creados por el Tribunal de Justicia, o *ius communitatis*, y *c*) el nuevo Derecho común europeo, o *ius commune*, producto de las reelaboraciones que actualmente comprometen los mejores trabajos de una renaciente ciencia jurídica europea.

Así las cosas, el nuevo Derecho europeo ha propiciado el surgimiento de auténtico *mos europaeus*. Y dicho «modo europeo de comprender, enseñar, crear y aplicar el Derecho» está actualmente conformando un ordenamiento jurídico abierto, producto de la doctrina y la jurisprudencia.

Entre las principales características de dicho *mos europaeus* destacan las siguientes: *a*) la primacía de lo jurídico; *b*) la superación de la teoría clásica de la división de poderes y su sustitución por la separación de funciones con base en la colaboración, la representatividad y el equilibrio institucional; *c*) la poliarquía política, el policentrismo jurídico y la pluralidad de fuentes; *d*) la coexistencia armónica con base en la influencia recíproca entre ordenamientos jurídicos regionales, nacionales y supranacionales; *e*) la mayor complejidad material y procesal en la aplicación del Derecho por parte de los operadores jurídicos prácticos; *f*) el empleo de la legislación como una fuente del Derecho más entre muchas otras, con el consecuente auge de la costumbre, pero, sobre todo, de la doctrina y de la jurisprudencia; *g*) el recurso a una argumentación jurídica prudencial hermenéutico-interpretativa, con un fuerte matiz tópico, que viene a atemperar los excesos de sistematicidad de la dogmática contemporánea; *h*) el desarrollo de métodos de interpretación jurídica más depurados y sofisticados; *i*) el aprovechamiento multidisciplinario de la ciencia del Derecho comparado, de la historia del Derecho y del Derecho romano; *j*) la creciente importancia de los principios jurídicos, y *k*) la actualización proyectiva de la tradición jurídica occidental, con sus diversos nutrientes germánicos, romanos, canónicos, medievales y modernos⁵⁴.

Ahora bien, volviendo al comienzo del presente ensayo, dentro del «contexto» de *a*) la crisis y agotamiento de la dogmática positivista legalista, *b*) las nuevas metodologías jurídicas alternativas y *c*) el nuevo Derecho común europeo, me parece que vale la pena intentar algunas reflexio-

⁵⁴ De nueva cuenta remito al lector interesado a mi artículo «Del Derecho comunitario...», *op. cit.*, y, con más información y bibliografía, a mi libro *Historia...*, *op. cit.*, capítulos 14 y 15.

nes en torno a un eventual «Derecho continental americano», mismo que podría aprovecharse —según se dijo— de algunos de los avances logrados en el ámbito europeo, bien que salvadas, evidentemente, sus debidas distancias⁵⁵.

Dicho Derecho sería el resultado de la conclusión del proceso de integración regional, que a nivel continental ha venido gestándose a partir de la segunda mitad del siglo xx como una de las principales proyecciones del fenómeno de la globalización y que —con sus intermitencias y fracasos— ha cobrado una nueva importancia durante los últimos veinte años como consecuencia del «nuevo orden mundial» derivado de la caída del muro de Berlín⁵⁶.

Sobre la globalización y sus proyecciones en el ámbito jurídico⁵⁷, anteriormente se bosquejó cómo han afectado al Estado moderno contemporáneo y a la dogmática jurídica positivista, debiendo solamente recordarse que la globalización ha traído consigo también el resurgimiento de los localismos. De aquí que algunos autores se refieran —como se dijo— a la «glocalización» (globalización + localismos), que se ha traducido también en el fenómeno de las «integraciones regionales».

Como observa con razón Marcos Kaplan: «El Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria»⁵⁸. De hecho, dicha dia-

⁵⁵ Como observa Häberle: «Europa ofrece al mundo la etapa textual más elevada en materia de integración, y quizá algún texto puede desplegar una cierta función de ejemplo para otras partes del planeta, por ejemplo para el desarrollo de un *ius commune*...» (P. HÄBERLE, «México y los contornos de un Derecho constitucional común americano: un *ius commune americanum*», en P. HÄBERLE y M. KOTZUR, *De la soberanía al Derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*, traducción de Héctor Fix Fierro, México, UNAM, 2003, p. 81.

⁵⁶ Sobre el nuevo orden mundial, que ha sido denominado expresivamente por Joseph Nye como «uni-multipolar-complejo», sus implicaciones jurídicas en el ámbito del Derecho internacional y sus repercusiones en el ámbito continental, puede verse la monografía de E. LAGOS, *Algunas tendencias del Derecho internacional a principios del siglo XXI*, cuya versión electrónica puede encontrarse en el sitio oficial de la OEA, www.oas.org/legal.

⁵⁷ En general, retomando la definición propuesta por López Ayllón, puede entenderse por globalización «un conjunto de procesos que implican una transformación en la organización temporal y espacial de las relaciones y transacciones sociales, y que generan flujos y redes de actividad e interacción (económica, política y cultural) entre Estados, regiones y continentes» y cuya base misma es «la infraestructura de comunicación y las tecnologías de información» (LÓPEZ AYLLÓN, *Globalización...*, *op. cit.*, p. 153). Por su parte, el referido autor explica la globalización jurídica como «la posibilidad que tiene un sujeto de pertenecer y estar sometido simultáneamente a diversos espacios normativos», lo que se explica mediante «la generación de espacios normativos horizontales» integrados por «órdenes jurídicos autónomos dentro y fuera de las fronteras nacionales» (*ibid.*, pp. 89-92).

⁵⁸ KAPLAN, *Estado y globalización...*, *op. cit.*, p. 411. En el mismo sentido observa Peter

léctica —que viene jalonando al Estado y a la dogmática legalista— obedece en buena medida a aquella realidad destacada por Daniel Bell hace casi treinta años: «El Estado nacional es demasiado pequeño para resolver los grandes problemas de la vida y demasiado grande para los pequeños problemas de la vida»⁵⁹. Y lo mismo podría decirse del Derecho producto de la dogmática contemporánea del positivismo legalista formalista.

Lo cierto es que la integración regional, como articulación económica, política y jurídica de diversos Estados, ha dado lugar al surgimiento de diferentes bloques, estructurados a partir de una base geográfica y cultural, con el propósito de lograr objetivos comunes⁶⁰.

En efecto, además de la integración europea —a la que nos hemos referido— y de la americana —que es la que aquí nos interesa— conviene retener también la existencia del Acuerdo de Cooperación Económica Asia-Pacífico (APEC), la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) en Asia del Este, Asociación del Sur de Asia para la Cooperación Regional y la Unión Aduanera Sudafricana en el Sur de África y la Asociación Sudasiática de Cooperación Regional (SAARC)⁶¹.

Ahora bien, por lo que a nosotros concierne, la idea y los proyectos de la integración regional —tanto continental panamericana como subcontinental latinoamericana— se remontan a los comienzos del siglo XIX, al sueño bolivariano, a la doctrina Monroe, al Congreso de Panamá de 1826 y a la Conferencia Internacional de los Estados Americanos de 1899⁶².

Häberle: «La creación de comunidades en regiones y continentes como en Europa, América y Asia, en sus comienzos también en África, debe entenderse como un intento de oponer a la globalización un pedazo de autoafirmación proveniente de las culturas jurídicas de las regiones grandes y pequeñas. Globalización y autoafirmación cultural a partir del “espíritu de las regiones” se corresponden de manera dialéctica» (P. HÄBERLE, «México...», *op. cit.*, p. 80).

⁵⁹ Vale la pena, a diez años de distancia, volver igualmente a las reflexiones de Bell sobre el siglo XX publicadas en México. Cfr. D. BELL, «Las muchas facetas del siglo XX», en *Letras Libres*, México, octubre de 1999.

⁶⁰ Manfred Mols define a la «integración regional» como «un segmento mundial unido por un conjunto común de objetivos, basados en nexos de tipo geográfico, social, cultural, económico y político, que presentan una estructura formal constituida por convenios intergubernamentales» [M. MOLS, «La integración regional y el sistema internacional», en S. NISHIJIMA y P. H. SMITH (coords.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración regional en las Américas y la Cuenca del Pacífico*, México, CIDAC-Porrúa, 1997, p. 37].

⁶¹ Cfr. M. MOLS, «La integración regional y el sistema internacional», en NISHIJIMA y SMITH (coords.), *¿Cooperación o rivalidad? Integración...*, *op. cit.* Véase también J. M. SERNA DE LA GARZA (coord.), *Derecho comparado Asia-México. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM, 2007.

⁶² Sobre la integración americana, sus orígenes, desarrollos, estructuras y tratados, además de la bibliografía anteriormente citada y la que se citará específicamente más adelante, pueden consultarse en general las siguientes obras: PACHECO, *Derecho de la Integración...*

El proceso ha sido largo y —hay que reconocerlo— en buena medida decepcionante. Incluso ahora, casi al declinar la primera década del siglo XXI, el mapa geopolítico y económico de la región sigue siendo desalentador.

Actualmente nuestro continente está marcado por las divisiones internas, la existencia de más de ochenta acuerdos sectoriales; la proliferación de más de cuarenta protocolos, tratados y declaraciones; el fracaso de importantes proyectos como el Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA) y el Plan Puebla Panamá (PPP); la superposición de diversos esquemas de integración, muchas veces contrapuestos, a nivel Caribe, Centroamérica, Sudamérica, América del Norte y Panamericanos, y la terrible persistencia, en el ámbito latinoamericano, de los flagelos de la pobreza, la desigualdad, el narcotráfico, la corrupción y algunos —afortunadamente, cada vez menos— gobiernos aún pendientes de transitar a la democracia y de liberalizar su economía⁶³.

La anterior realidad explica los constantes llamados, hechos reiteradamente desde hace más de veinte años por diversas instancias intergubernamentales, en el sentido de «superar la distancia entre los resultados obtenidos», «entre las declaraciones» «y su traducción en medidas y

op. cit.; ENRÍQUEZ RUBIO, *Un marco jurídico...*, *op. cit.*; I. GÓMEZ-PALACIO, *Derecho de los negocios internacionales*, México, Porrúa, 2006; KAPLAN, *Estado y globalización...*, *op. cit.*, pp. 417 y ss.; WIKER y OROPEZA, *México-Mercosur...*, *op. cit.*; WITKER, *El Área de Libre Comercio...*, *op. cit.*; J. WITKER (ed.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993; M. KAPLAN, «Ascenso y crisis del Estado latinoamericano», en LEÓN, *El nuevo sistema internacional...*, *op. cit.*; L. ORTIZ AHLF, F. A. VÁZQUEZ PANDO y L. M. DÍAZ, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio de América de Norte y sus acuerdos paralelos*, 2.^a ed., México, Themis, 1998; G. VIDAL (coord.), *ALCA. Procesos de integración y regionalización en América*, México, Cámara de Diputados-UAM-INTAM-Porrúa, 2006; F. R. DÁVILA ALDÁS, *Globalización-integración. América Latina, Norteamérica y Europa*, México, Fontamara, 2002.

⁶³ Con toda razón observa Oropeza García: «Después de más de dos siglos de pensar en una sola América (1805-2007), y de cerca de cincuenta años de hablar de su integración formal en América Latina (1960-2007), muchos de los estudiosos sobre el tema, y de manera especial los nuevos estudiantes de las áreas económico-sociales que se acercan a él, se preguntan con un gran dejo de escepticismo si vale la pena invertir su tiempo en un largo periodo sembrado de buenos deseos y de múltiples instituciones, pero que al final nos dan como saldo una región dividida, conformada a través de cinco esquemas formales de integración (Sistema de Integración Centroamericana SICA, Asociación Latinoamericana de Integración ALADI, Comunidad del Caribe CARICOM, Mercado Común del Sur MERCOSUR y Comunidad Andina CAN), pulverizada en su comercio zonal con más de cincuenta tratados de libre comercio, que de manera conjunta arrojan un comercio intraregional de tan sólo 15 por 100 de promedio» [A. OROPEZA GARCÍA, «Latinoamérica en su laberinto o los retos de su integración», en J. WIKER y A. OROPEZA (coords.), *México-Mercosur. Los retos de su integración*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2004, pp. 213 y 214.

acciones concretas»⁶⁴, y dentro del ámbito científico, para promover «la unificación y ordenación» de un entramado complejo que duplica y desperdicia los esfuerzos.⁶⁵ Lamentablemente, éstos llamados siguen siendo de una urgente actualidad⁶⁶.

Hoy por hoy, nuestro complejo y entrecruzado Sistema Interamericano comprende fundamentalmente los organismos y tratados que se esquematizan en el cuadro de la página siguiente.

A la luz de lo anteriormente expuesto, me parece que el estado actual de la integración americana nos permite sacar en limpio las siguientes conclusiones preliminares: *a)* la «glocalización» es un fenómeno presente en nuestro continente; *b)* en los últimos sesenta años, pero especialmente desde la década de los noventa, se ha verificado un importante avance en materia de integración regional, tanto a nivel continental como subcontinental, y *c)* actualmente, los distintos esquemas de integración americana se encuentran traslapados entre sí y atrofiados por su misma complejidad estructural y operativa, no habiendo podido contribuir aún al mejoramiento de la calidad de vida en la región.

Más aún, pudieran también adelantarse, a manera de hipótesis de trabajo, que: *a)* no se perciben en el horizonte inmediato las condiciones políticas ni económicas para avanzar y profundizar en la integración regional, y *b)* sin embargo, actualmente se aprecian diversos elementos que en el futuro mediano hacen factible y probable una integración más completa y eficiente.

Sobre lo primero, bastaría decir —para no desviarnos demasiado de nuestro tema— que todavía está pendiente la consolidación dentro de

⁶⁴ En 1986 observaba el Instituto para la Integración de América Latina: «Para que la potencialidad del mercado ampliado pueda ser aprovechada, existe la necesidad de superar la distancia actual entre los resultados obtenidos en la cooperación, consulta y coordinación, y sus potencialidades. En otros términos, entre las declaraciones y decisiones adoptadas a nivel político y su traducción en medidas y acciones concretas» (INTAL, *El proceso de integración en América Latina en 1986*, Buenos Aires, INTAL-BID, 1987, p. 253).

⁶⁵ Desde hace casi cuarenta años decía con razón Ernesto Enríquez Rubio: «El sistema institucional que actualmente rige en el área [latinoamericana] muestra una pluralidad de organismos de muy diversa índole que dispersan y desperdician los esfuerzos. Como primera medida se requiere la unificación y ordenación» (E. ENRÍQUEZ RUBIO, *Un marco jurídico...*, *op. cit.*, p. 141).

⁶⁶ Como ha observado recientemente López Ayllón: «La situación actual de la integración regional en el continente americano es un muy complejo entramado de acuerdos cuya convergencia es incierta y cuya compatibilidad presenta problemas significativos» (LÓPEZ AYLLÓN, *Globalización...*, *op. cit.*, p. 66).

Abreviatura	Nombre	Objeto	Países miembros
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración	Más de ochenta acuerdos sectoriales para promover la integración que sustituyeron a una entidad anterior (ALALC) en 1980.	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
CAN	Grupo Andino o Comunidad Andina	Unión Aduanera a partir de 1992, aunque los tratados originales son de 1969.	Bolivia, Colombia, Perú, Ecuador y Venezuela.
CARICOM	Comunidad y Mercado Común del Caribe	Unión Aduanera firmada en 1973.	Miembros originales: Barbados, Guyana, Jamaica y Trinidad y Tobago.
G3	Grupo de los Tres	Tratado de Libre Comercio firmado en 1994 e incorporado a ALADI.	México, Venezuela y Colombia.
MERCOSUR	Mercado Común del Sur	Unión Aduanera firmada en 1991 y en vigor desde 1994.	Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay.
OEA	Organización de Estados Americanos	Organismo Internacional Multilateral Regional Continental creado para fortalecer la cooperación hemisférica, defender los intereses comunes y debatir los grandes temas de la región. Comprende a su vez la compleja articulación de diversos organismos especializados y diversas entidades, entre las que se pueden destacar: el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Comisión Económica para la América Latina y el Caribe de la ONU (CEPAL), la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, la Comisión Interamericana de Mujeres, el Comité Jurídico Interamericano, las Cumbres de las Américas, el Instituto Indigenista Interamericano, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Panamericano de Geografía e Historia y la Organización Panamericana de la Salud.	Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba*, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.
SICA	Sistema de Integración Centroamericano o Mercado Común Centroamericano	Unión Aduanera que se orienta hacia un Mercado Común desde 1960.	Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Costa Rica.
TLC o TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte	Zona de Libre Comercio en vigor desde 1994.	EUA, Canadá y México.

* Suspendida desde 1962.

nuestra región de tres elementos que han sido cruciales en la integración europea y que incluso se exigen como prerrequisito para el ingreso o adhesión de nuevos Estados dentro de la Unión: *a)* la consolidación de la democracia; *b)* el respeto de los derechos humanos fundamentales y del Estado de Derecho, y *c)* las condiciones y garantías de una libertad económica que permita el flujo de los factores de la producción (personas, bienes, servicios y capitales)⁶⁷.

Y si bien es verdad que durante los últimos años, el subcontinente latinoamericano ha avanzado significativamente en su camino hacia la democracia, ha liberalizado su economía abandonando viejas políticas proteccionistas, alcanzando también un mayor equilibrio macroeconómico —incluso en medio de difíciles crisis— y poco a poco ha fortalecido las instituciones de su Estado de Derecho,⁶⁸ no es menos cierto —además de algunas tristemente notables excepciones— que en los mismos países donde se detectan los anteriores avances está pendiente todavía la consolidación cultural y definitiva de los mismos⁶⁹.

⁶⁷ Cfr., por todos, E. LINDE PANIAGUA *et al.*, *Principios de Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2005, pp. 85 y ss.

⁶⁸ Como observa con razón López Ayllón: «Se configuró así una transición hacia un Estado latinoamericano bajo los paradigmas globales de democracia y mercado [...] Actualmente, todos los países del continente son miembros de la OMC. Simultáneamente, la integración regional anunciada desde los sesenta dejó de ser retórica para dar lugar a diferentes acuerdos de integración regional que han nacido en los últimos años o encontrado nueva vida» (LÓPEZ AYLLÓN, *Globalización...*, *op. cit.*, p. 66). Igualmente destacan Carbonell y Salazar: «En la última década del siglo XX se desató en varios países latinoamericanos una epidemia de congresos constituyentes que produjeron cartas constitucionales “liberales, sociales y democráticas”: Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), República Dominicana (1994), Panamá (1994), Argentina (1994), Uruguay (1997), Ecuador (1998), Venezuela (1999) [...] en los inicios del siglo XXI casi todos los países de la región cuentan con Constituciones que, en términos formales, responden a la “democracia constitucional” de tradición europea...» [Prólogo a la obra de P. HÄBERLE, J. HABERMAS, L. FERRAJOLI y E. VITALE, *La constitucionalización de Europa*, en M. CARBONELL y P. SALAZAR (eds.), México, UNAM, 2004].

⁶⁹ Lo anterior con independencia de las limitaciones de la democracia y de la economía de mercado. Por lo que hace a la democracia, cada vez más se advierte la superación de una concepción meramente procedimental de la misma en aras de una noción sustantiva y material que impida la tiranía de las mayorías sobre las minorías (Habermas, Bobbio). Respecto de la economía de mercado, que en buena medida ha propiciado una profundización de la pobreza y la desigualdad en la región, han surgido también recientemente —tras el agotamiento del socialismo a partir de 1989— diferentes planteamientos alternativos, entre los que pueden destacarse las consideraciones hechas por Francisco Villalón Ezquerro desde la década de los noventa sobre la «economía de la gratuidad», que parte de la noción ancestral mesoamericana del *altépetl*. Para Villalón, la economía de la gratuidad no supone una limitación a la libertad de mercado, sino que parte del mismo ejercicio de dicha libertad en forma dinámica, lo que se traduce en la sustitución de la compraventa

Pero además, siendo enteramente realistas, puede decirse sencillamente, para no entrar en demasiadas complicaciones, que ha faltado y falta una voluntad política auténtica, determinante y sostenida, para terminar de recorrer el camino hacia la integración⁷⁰. Piénsese tan sólo en el fracaso del ambicioso proyecto del ALCA, así como en el de la geográficamente más limitada iniciativa del PPP, recientemente relanzada como Proyecto de Integración y Desarrollo de Mesoamérica, apenas este verano de 2008.

Sin embargo, a pesar de la falta de condiciones que en lo inmediato permitan continuar y concluir la integración americana, dentro del actual entorno mundial no debe despreciarse el consejo que nos ha hecho recientemente P. Häberle: «es preciso llevar a cabo todo lo necesario para que un continente como América Latina, con su riqueza multiétnica y multicultural, se reafirme también en la era de la globalización»⁷¹. Es conveniente retomar las consideraciones hechas, hace más de cuarenta años, por Luis Pazos: «la integración de los países iberoamericanos no es en la actualidad un proceso basado sólo en factores sentimentales o sociológicos, sino un proceso necesario y lógico para nuestro desarrollo y progreso en todos los órdenes»⁷².

Aquí es precisamente donde entra la propuesta epistemológica planteada desde el comienzo del presente artículo. En efecto, aunque en el presente no parezcan concurrir los factores que permitan la consumación de la integración regional americana en el corto plazo, en el horizonte mediano dicha integración se percibe como un «futurible» probable; más aún, como un «futurible» deseable si promueve —como se anticipó que debiera hacerlo— el «mejoramiento de la calidad de vida» y la «promoción de los derechos humanos».

Y los retos que dicha integración supone desde un punto de vista jurídico recomiendan la «investigación científica» y la «colaboración académica» por parte de los estudiosos de la región.

por la donación como paradigma del Derecho contractual, presentando también interesantes implicaciones en materia societaria, comunitaria, intelectual y sucesoria.

⁷⁰ En palabras escritas por Glenn hace más de diez años: «No hay por el momento una voluntad política para armonizar el derecho en todo el continente, ya que, en principio, no existe esa voluntad política en Estados Unidos, país que podría impulsar la armonización; asimismo, no es ésa la voluntad política de México ni la de Canadá» (H. P. GLENN, «Derecho Civil, *Common Law* y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1997, p. 512).

⁷¹ HÄBERLE, «México...», *op. cit.*, p. 3.

⁷² L. PAZOS, *Boletín del Instituto de la Integración Iberoamericana*, núm. 1, año 1, México, 12 de noviembre de 1972.

En dicho sentido, y para concluir con el presente ensayo, me gustaría señalar algunos de los aspectos —perspectivas y temas— de una investigación que pudiera favorecer la integración regional y la consecuente armonización jurídica.

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

De hecho, refiriéndose en general a la integración regional, la doctrina ha puesto de relieve la necesidad de una «aproximación analítica interdisciplinaria», que debe comprender, por lo menos, los distintos aspectos —económicos, políticos, sociales y culturales— de la misma⁷³.

Así pues, en primer lugar, el diseño de un Derecho comunitario y las pautas para la armonización jurídica deberán partir de una amplia consideración de las «condicionantes sociales y culturales», así como de los «efectos» que el orden jurídico habrá de ejercer sobre los mismos⁷⁴.

Ahora bien, por lo que hace al acercamiento propiamente jurídico, la propuesta epistemológica parte —como se recordará— del «paradigma de Vico», es decir, historia jurídica + filosofía del Derecho + ciencias jurídicas, con especial consideración de la comparación jurídica. Adicionalmente se propuso —según se recordará— la federación de un cuarto ámbito científico, el de la prospectiva.

De la anterior manera, la arquitectura del Derecho comunitario —*ius communitatis*— y de la armonización jurídica de los Derechos de la región —*ius commune*— debiera partir de la «acción concertada» —planeada estratégicamente a través de la colaboración entre «instituciones de enseñanza e investigación jurídica» del continente—, tendente a la construcción de un «futuro deseable» —integración como unión en la diversidad

⁷³ MOLS, «La integración regional...», *op. cit.*, p. 37.

⁷⁴ En este sentido, la investigación jurídica debiera partir de las obras que desarrollan exposiciones de conjunto sobre la evolución de la economía, la política y la cultura en la región. Sobre las relaciones de mutuo condicionamiento recíproco entre Derecho, sociedad y cultura, así como respecto de la influencia imperativa del ordenamiento jurídico sobre la realidad y los valores, véanse en general las obras de R. TREVES, *La sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, traducción de Manuel Atienza, María José Añón y José Antonio Pérez Lledó, Barcelona, Ariel, 1998, pp. 209-212, y G. ROBLES MORCHÓN, *Sociología del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, Civitas, 1997, pp. 180 y 181.

para el mejoramiento de la calidad de vida, la garantía de los derechos humanos, la consolidación de la democracia participativa y la economía abierta, competitiva, sustentable e incluyente— a partir de la identificación de los diferentes «futuros posibles», entre los que figura —como se ha venido insistiendo— la integración regional, dentro del proceso mundial de globalización.

Dicha aproximación interdisciplinaria, que idealmente debiera partir —mediante la planeación estratégica prospectiva— del establecimiento de «proyectos regionales de colaboración interinstitucional», permitiría: *a*) a través de la «historia jurídica», conocer mejor los orígenes, antecedentes, evolución, desarrollo, afinidades y divergencias de los Derechos que conforman nuestra tradición jurídica; *b*) mediante la «filosofía del Derecho» y a partir de la ubicación histórica de los principios e instituciones tradicionales, reflexionar sobre su vigencia e idoneidad para convertirse en reglas comunitarias y/o comunes, en la medida en la que se ajusten a la realidad contemporánea y la reajusten conforme a los valores culturales vigentes y deseados, y *c*) con base en las «ciencias jurídicas especiales», o ramas de la jurisprudencia técnica —Derecho civil, constitucional, mercantil, medioambiental, etc.—, y, especialmente, a través de un estudio de «Derecho comparado», identificar las similitudes, las diferencias y los aspectos comunes respecto de cada una de las figuras jurídicas, así como en relación con las diversas reglas que las conforman⁷⁵.

El esfuerzo que supone la anterior aproximación parecería de entrada —y apenas acabamos de referirnos a las solas perspectivas— inabarcable, máxime si consideramos el número de treinta y cinco países que actualmente pertenecen a la OEA, respecto de los cuales habría que estudiar su

⁷⁵ La importancia del Derecho comparado y del método comparativo es fundamental para la integración y la armonización jurídica. Véase el excelente artículo de K. ZWEIFERT, «El Derecho comparado al servicio de la unificación jurídica», en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, núm. 25, año 9, México, UNAM, 1956. Entre nosotros, cfr. H. FIX-ZAMUDIO, «Setenta y cinco años de evolución del Derecho comparado en la ciencia jurídica mexicana», en *LXXV años de evolución jurídica en el Mundo. Historia del Derecho y Derecho Comparado*, vol. II, México, UNAM, 1979. En el mismo volumen vale la pena también el capítulo escrito por R. DAVID, «El Derecho comparado en el siglo XX: balance y perspectivas». Más reciente es la comunicación de H. FIX-ZAMUDIO, «Tendencias actuales del Derecho comparado», en *Metodología del Derecho Comparado. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2005. También con actualidad, y en relación con el tema de la integración americana, Häberle nos ha recordado que «la fuerza creadora de la comparación jurídica actúa en dos planos y en dos formas: la comparación jurídica en manos del juez (constitucional y del constitucionalista), y como comparación jurídica al servicio de la política jurídica» (HÄBERLE, «Mexico...», *op. cit.*, p. 15).

tradición jurídica histórica y sus elementos comunes actuales, vertiendo los resultados en «esquemas» que pudieran darnos cuenta de los «principios comunes» por institución jurídica.

Sin embargo, la experiencia europea, que actualmente desarrolla sus trabajos de integración jurídica a partir de veintisiete países miembros de la Unión —y que nos lleva en este asunto más de veinte años de ventaja—, ha probado ya que esto es posible y que los resultados son de una utilidad extraordinaria.

Piénsese, por ejemplo, en los Principles of European Contract Law de la Comisión Lando, que comenzó a trabajar en 1980 y que ha publicado entre 1995 y 2002 las primeras partes de su proyecto. Su método —que han seguido el propio Ole Lando y el profesor Reinhard Zimmermann, entre otros muchos juristas— ha pretendido un acercamiento entre la tradición continental romanista y la anglosajona mediante la discusión por temas, a partir de una ponencia previamente preparada —sobre problemas e instituciones en materia de obligaciones y contratos— con base en un análisis de Derecho comparado, para después elaborar un borrador que, junto con los artículos —principios y soluciones— correspondientes, incluiría una nueva versión explicativa de sus orígenes, grado de convergencia en el plano europeo e idoneidad para resolver los conflictos jurídicos de su especie en el futuro⁷⁶.

Considérese igualmente como una iniciativa similar a la anterior el Anteproyecto de Código Europeo de los Contratos, elaborado por la Academia de Privatistas Europeos bajo la batuta del jurista italiano Giuseppe Gandolfi, en el que participaron destacados romanistas, historiadores del Derecho, juristas y comparatistas como el propio Gandolfi, A. Trabucchi, J. L. de los Mozos y F. Wieacker, por sólo mencionar algunos⁷⁷.

En fin, por sólo citar un tercer proyecto, conviene mencionar uno realmente distinto a los demás y único en su género, emprendido por el Grupo de Trento o del Common Core of European Law. Este grupo de trabajo se ha propuesto «desenterrar el núcleo común» del Derecho europeo, bus-

⁷⁶ Sobre los trabajos de este grupo véase F. MARTÍNEZ SANZ, «Principios de Derecho europeo de los contratos (comisión Lando)», en CÁMARA, *Derecho privado europeo...*, *op. cit.*, pp. 193 y ss. Véase también G. LUCHETTI y A. PETRUCCI, *Fondamenti di Diritto Contrattuale Europeo. Dalle radici romane al progetto dei Principles of European Contract Law Della Commissione Lando*, Bolonia, Patron Editore, 2006.

⁷⁷ Cfr. G. GARCÍA CANTERO, «El anteproyecto de código europeo de contratos (proyecto Gandolfi o Grupo de Pavía)», *op. cit.*, pp. 205 y ss. Véase también G. GANDOLFI, «Per la redazione di un “codice europeo dei contratti”», en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, núm. 3, Milano, Giuffrè, 1995.

cando confeccionar un «mapa geográfico fidedigno del Derecho privado europeo», conformando para ello una especie de «cartografía jurídica» a partir de la identificación de problemas, soluciones e instituciones, con base en cuestionarios, sobre el Derecho (leyes, reglamentos, sentencias, doctrina) de todos los países europeos⁷⁸.

Como puede suponerse, los anteriores trabajos requieren, por su magnitud y complejidad, de la colaboración interdisciplinaria, de la clara definición de metas y objetivos y de la distribución racional del trabajo.

Pero, en definitiva, son esfuerzos que en nuestro tiempo, además de ser practicables y utilísimos —como están probando serlo en Europa—, están devolviéndole a la academia y a los juristas privados el *ius faciendui iuris*, es decir, la «jurisferancia» o capacidad de proponer y crear Derecho⁷⁹.

Ahora bien, además de las anteriores perspectivas metodológicas (prospectiva, historia, filosofía, ciencias jurídicas especiales y método comparativo), conviene ofrecer algunas propuestas para «orientar temáticamente» las investigaciones tendentes a promover la integración y la armonización jurídicas de la región.

A este respecto se impone, en primer lugar, como «prerrequisito» de la integración y de la armonización normativa, la necesidad de extender y consolidar la «democracia», de fortalecer el «Estado de Derecho» garantizando el respeto de los «derechos humanos» y de promover una «economía abierta y equilibrada», que, además, reduzca la intolerable desigualdad y la pobreza en la región.

Democracia, derechos humanos, estado de derecho, economía abierta e incluyente, son temas que deben seguir siendo objeto de estudio, especialmente de investigaciones comparadas y de esfuerzos de difusión que sirvan para consolidar una cultura democrática, jurídica y solidaria dentro de la región⁸⁰.

⁷⁸ Véase a S. CÁMARA LAPUENTE, «El núcleo común del Derecho privado europeo (proyecto de Trento)», *op. cit.*, pp. 227 y ss.

⁷⁹ En este sentido, y en relación precisamente con la unificación jurídica americana a partir del Derecho romano, el profesor Guzmán Brito observa que: «El absolutismo legislativo de los modernos Estados ha impedido a los juristas desarrollar aquella misma labor que sus antepasados de gremio realizaron en tiempos anteriores», realidad frente a la cual la armonización jurídica puede «lograr que los juristas asuman el papel de ser los verdaderos depositarios del *ius faciendui iuris* a través de su actividad privada de estudiosos cuyas conclusiones sean recibidas selectivamente por quien tiene el poder de establecer formalmente lo jurídico» (A. GUZMÁN BRITO, «La función del Derecho romano en la unificación jurídica de Latinoamérica», en *Unificación...*, *op. cit.*, pp. 180 y 181).

⁸⁰ En materia jurídica, pienso en la conveniencia de proseguir y difundir estudios monográficos sobre la justicia constitucional, como los desarrollados por Héctor Fix-Zamudio

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

En este ámbito, nuevamente, la investigación se encuentra también adelantada. En materia de «Derecho público», Peter Häberle nos ha ofrecido un interesante panorama de los principales rasgos del *ius publicum commune europeo*, que en buena medida son aplicables al Derecho público americano, como son: el reconocimiento de la libertad personal, la búsqueda de la justicia, la independencia de la jurisdicción, la neutralidad confesional e ideológica del Estado y la estructura de un Estado constitucional democrático, con una jurisdicción constitucional que garantice el Estado de Derecho⁸¹.

Más aún, el propio Häberle ha observado como elementos de «Derecho común», recogidos en el Derecho constitucional de la «comunidad latinoamericana», que constituyen como ciertos «rasgos de familia con fuerza distintiva»: *a)* el reconocimiento de la multietnicidad y de la multiculturalidad; *b)* el mandato de superación del analfabetismo; *c)* las cláusulas sobre protección del patrimonio cultural; *d)* los detallados apartados relativos al sistema educativo; *e)* en materia de justicia constitucional el juicio de amparo, y *f)* una detallada regulación de las relaciones entre la Iglesia y el Estado⁸².

En la misma dirección, Jorge Carpizo ha propuesto añadir a los anteriores elementos comunes los siguientes, que son en buena medida el resultado de las reformas experimentadas por el Derecho público de la región en los últimos veinte años: *a)* fortalecimiento de las instituciones democráticas; *b)* sistemas de justicia constitucional mixtos (europeo-centralizado + americano-difuso); *c)* generalización del *habeas data*; *d)* acogimiento de la figura del *ombudsman*; *e)* autonomía del ministerio público; *f)* mayor equilibrio entre poderes legislativo y ejecutivo; *g)* mayor independencia y profesionalización del poder judicial; *h)* reconocimiento de la supremacía

(*Latinoamérica: constitución, proceso y derechos humanos*, México, Porrúa, 1988) y Eduardo Ferrer McGregor (*Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte, 2002, y *Derecho Procesal Constitucional*, México, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte), así como continuar esfuerzos panorámicos como el intentado recientemente por Jorge Carpizo («Derecho constitucional latinoamericano y comparado», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 114, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005).

⁸¹ Cfr. HÄBERLE. «México...», *op. cit.*, pp. 17 y ss.

⁸² Cfr. HÄBERLE. «México...», *op. cit.*, pp. 57-66.

del Derecho internacional, destacando la aceptación por parte de más de veinte países de la región de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; *i*) la judicialización de los actos y conflictos electorales, y *j*) las funciones de fiscalización realizadas a través de un órgano específico con autonomía técnica⁸³.

Por lo que respecta al ámbito del «Derecho privado», también se aprecia una interesante «línea de investigación» que ha venido destacado especialmente la «transfusión» del «Derecho romano en América»⁸⁴.

Dicha transfusión se habría producido, durante la época de la hegemonía ibérica, a través de las Siete Partidas en los países dependientes de España y de las Leis Imperiais en el caso de Brasil. Pero además, dicha influencia romanista habría perdurado a lo largo de buena parte siglo XIX hasta la codificación⁸⁵, permaneciendo incluso a través de los códigos —muchos de ellos elaborados por juristas con una sólida formación romanista—⁸⁶ mediante el recurso subsidiario para la «integración legal» a la «equidad» y a los «principios generales del Derecho»⁸⁷.

Esta línea de investigación, que busca, según el profesor Schipani, en el *ius Romanorum commune* un elemento «sistemático-histórico de unificación en devenir expansivo»⁸⁸, se basa en la profunda influencia de la «cultura romanista», que ha dado lugar, según Catalano, a un «bloque romano-

⁸³ Cfr. CARPIZO, «Derecho constitucional latinoamericano...», *op. cit.*, pp. 972-985.

⁸⁴ Junto a los conceptos tradicionales de difusión y recepción —ampliamente usados por la historia del Derecho y por la ciencia jurídica compadrada—, la transfusión supone «la comunicación sucesiva entre varias fuentes, y la transfusión del Derecho romano es el paso de fórmulas jurídicas procedentes de las fuentes del Derecho romano a través de las fuentes del Derecho, especialmente la doctrina, la ley y las decisiones judiciales» (A. DÍAZ BIALET, «La “transfusión” del Derecho romano en América Latina», en *UNIF*, p. 76).

⁸⁵ Sobre el Derecho intermediario de transición entre la independencia y la codificación, dentro del cual subsiste la importancia del Derecho romano, véase para México el estudio clásico de M. DEL REFUGIO GONZÁLEZ, *El Derecho civil en México, 1821-1871. Apuntes para su estudio*, México, IJ-UNAM, 1998. Sobre la codificación en México véase el libro de Ó. CRUZ BARNEY, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, IJ-UNAM, 2004.

⁸⁶ Es el caso, por ejemplo, de Andrés Bello en Chile, de Dalmacio Vélez Sarsfield en Argentina, de Augusto Teixeira de Freitas y Clóvis Beviláqua en Brasil y de Miguel S. Macedo en México.

⁸⁷ Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, «Codificaciones latinoamericanas, tradición jurídica y principios generales del Derecho», en *Revista Roma e América. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e In America Latina*, Mucchi, 1996.

⁸⁸ S. SCHIPANI, «El Derecho romano en el Nuevo Mundo», en D. FABIO ESBORRAZ (coord.), *Sistema jurídico latinoamericano y unificación del Derecho. Cuadernos del Curso de Máster en Sistema Jurídico Romanista y Unificación del Derecho en América Latina*, México, Porrúa-Centro di Studi Giuridici Latinoamericani Università di Roma «Tor Vergata», 2006.

ibérico-precolombino» que sería «el núcleo de un Derecho común americano» caracterizado ante todo por «el mestizaje»⁸⁹.

Un tercer ámbito de estudio podría ser el del mismo Derecho internacional y supranacional de la globalización y de la integración regional.

El estudio del mismo resulta necesario no solamente en tanto que objeto directo de la integración jurídica regional, sino también en cuanto que existe una relación de influencia recíproca entre los Derechos estatales, el Derecho internacional y el nuevo Derecho supranacional⁹⁰.

Respecto del Derecho supranacional de la globalización, valdría la pena considerar en primer lugar —además de los breves apuntamientos hechos anteriormente—, como ha puesto de relieve Danilo Zolo desde una «perspectiva crítica», que dicho Derecho debiera estar en un contacto muy directo con las realidades —económicas, políticas, sociales y culturales— que regula. Es decir, que debiera concebirse desde una especie de «teoría impura del Derecho» que no hiciera de lado, sino que, antes bien, pusiera en el centro sus contenidos metajurídicos. Igualmente, como observa el profesor Zolo, dicho Derecho debiera «rechazar la idea monista y normativista» de un «único y omnicompreensivo ordenamiento jurídico», debiendo dar cabida a una serie de «fuentes descentralizadas de producción y aplicación del Derecho». Por último, destaca el connotado iusglobalista italiano que dicho Derecho de la integración debiera ser «un Derecho supranacional mínimo», que «según una lógica de subsidiariedad» permita «una especie de regionalización policéntrica»⁹¹.

En segundo lugar, creo que vale la pena destacar que el nuevo «Derecho extra estatal», global, transnacional y deslocalizado (*lex mercatoria*, jurisdicción internacional, derechos humanos, *soft-law*, estándares, códigos de ética, contratos autorregulados, derecho de la integración, doctrina y un muy largo etcétera), es un Derecho que, sin embargo, deberá aplicarse y ejecutarse, en algún momento, localmente.

⁸⁹ P. CATALANO, «Identidad jurídica de América Latina: Derecho romano y sistema latinoamericano», en *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, núm. 15, México, ELD, 1991, pp. 111 y ss.

⁹⁰ Como expresan con exactitud Fix Fierro y López Ayllón: «existe una relación de retroalimentación e intercambio continuos entre los Derechos nacionales y el Derecho internacional [...] Así, si es cierto que está surgiendo una cultura global o mundial, lo cierto es que ésta existe también como parte de las culturas locales, en intercambio continuo con éstas. Algo similar nos parece que ocurre con el Derecho» (H. FIX-FIERRO y S. 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*, México, UNAM-The American Society of International Law, 1997, p. 328.

⁹¹ ZOLO, *Los señores...*, *op. cit.*, pp. 121-133.

En dicho sentido, como ha observado López Ayllón, los «tribunales constituyen una de las anclas de la globalización», pues «todos los fenómenos globales acaban por tener una expresión localizada, que en ocasiones se traduce en una acción judicial. Los jueces tienen así un papel central en el reconocimiento, creación y aplicación del Derecho “global”»⁹².

Precisamente en razón de lo anterior, las investigaciones que se hagan sobre los derechos globales deberán ir acompañadas de una intensa difusión de sus contenidos y métodos, en la medida en que su aplicación requiere de su conocimiento por parte de los operadores jurídicos locales.

Por último, respecto del Derecho supranacional de la integración, valdría la pena retomar algunas de las propuestas hechas por el profesor Häberle en el sentido de promover la discusión e impulsar la inclusión en los Derechos nacionales de los Estados de la región de diversas cláusulas que pudieran ir preparándola y haciendo viable para el futuro⁹³.

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

Y en la creación, desarrollo y aplicación tanto de dicho Derecho cooperativo como de los principios que permitan la armonización jurídica regional, los juristas pueden y están llamados a jugar un papel fundamental.

Para ello sería deseable la planeación estratégica de colaboraciones académicas y de investigación entre diversas instituciones de la región, que desde una «perspectiva multidisciplinaria» (prospectiva, historia jurídica,

⁹² LÓPEZ AYLLÓN, *Globalización...*, *op. cit.*, p. 158.

⁹³ Entre los impulsos que recomienda se encuentran: *a)* la inclusión del objetivo de la integración americana recogida en el preámbulo de las Constituciones, por su alto contenido axiológico; *b)* la inclusión de una orientación específica sobre el particular respecto de la política exterior; *d)* el recogimiento de algunos valores esenciales del Estado y entre ellos la unificación; *e)* la matización del principio de soberanía; *f)* vías de incorporación más expeditas para un Derecho comunitario de la integración, y *g)* especialmente, el reconocimiento de los «principios generales del Derecho», derivados de la comparación de las constituciones de la región, como fuente subsidiaria del Derecho constitucional estatal. Cfr. HÄBERLE, «México...», *op. cit.*, pp. 66-70.

filosofía del Derecho, ciencias jurídicas particulares y, en especial, ciencia del Derecho comparado) pudieran abocarse al estudio de un «abanico de temas» (realidades sociales y culturales, prerequisites de la integración, principios comunes de Derecho público y de Derecho privado y Derecho supranacional), a fin de sentar las bases científicas de un Derecho comunitario para la región.

Laus Deo