

SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS APUNTES Y ESQUEMAS

CIENCIAS SOCIALES
Y HUMANIDADES

textosuniversitarios

José Manuel López Libreros



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA
DE AGUASCALIENTES

**SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS:
APUNTES Y ESQUEMAS**

SISTEMAS JURÍDICOS COMPARADOS: APUNTES Y ESQUEMAS

José Manuel López Libreros

Sistemas jurídicos comparados: apuntes y esquemas

Primera edición 2024
(versión electrónica)

D.R. © Universidad Autónoma de Aguascalientes
Av. Universidad No. 940
Ciudad Universitaria
C.P. 20100, Aguascalientes, Ags.

D.R. © José Manuel López Libreros

ISBN 978-607-8972-91-3

Hecho en México / *Made in Mexico*



editorial.uaa.mx



libros.uaa.mx



libreriavirtual.uaa.mx



revistas.uaa.mx

Esta obra ha sido evaluada por pares académicos ciegos que avalan la calidad académica del trabajo.

Para Adriana e Inés

Índice

9	Introducción
	CAPÍTULO 1
13	Nociones básicas
15	1. Concepto y naturaleza del derecho comparado
17	2. Evolución de la comparación jurídica
19	3. Función y objetivos del derecho comparado
22	4. Derecho comparado como ciencia o método
23	5. Derecho comparado y otras disciplinas
25	6. Conceptos generales
29	7. Clasificación de los sistemas jurídicos
31	8. Familias jurídicas contemporáneas
	CAPÍTULO 2
	La comparación de los sistemas jurídicos en contexto de globalización
37	9. Globalización y sus efectos jurídicos
39	10. Crisis del monismo jurídico y emergencia del pluralismo legal
42	11. Relación de “lo público” y “lo privado” en la comparación jurídica
44	12. Redes, gobernanza, derecho trasnacional y diálogo judicial
46	13. Aproximaciones y métodos de la comparación jurídica
48	14. Funcionalismo: comparar lo comparable
49	15. Propuesta de secuencia metodológica en la comparación jurídica
50	16. Problemática en los procesos de comparación jurídica
53	
	CAPÍTULO 3
	Los sistemas jurídicos de Occidente
55	17. Familia romanista: antecedentes históricos
57	18. Recepción e influencia romana en los dere- chos nacionales y el proceso de codificación
61	

- 65 19. Fuentes jurídicas de la familia romanista: predominio de la ley y de la doctrina
- 68 20. Familia del *Common Law*: antecedentes históricos y conformación del derecho inglés
- 71 21. Fuentes jurídicas inglesas: un derecho casuístico y jurisprudencial. Constitución, *case law*, leyes y doctrina
- 74 22. Conformación del sistema-jurídico político estadounidense: influencia del constitucionalismo y federalismo
- 77 23. Las fuentes del derecho de los Estados Unidos: un *common law* específico a las necesidades estadounidenses. Constitución, leyes, jurisprudencia y *Restatements of the law*

CAPÍTULO 4

La Familia jurídica Supranacional: la Unión

- 85 **Europea**
- 87 24. Unión Europea: antecedentes históricos
- 90 25. Características del proceso de integración europeo
- 92 26. Principios de la integración comunitaria
- 94 27. Instituciones de la Unión Europea: Consejo Europeo, Consejo, Parlamento, Comisión, Tribunal de Justicia
- 96 28. Fuentes jurídicas del derecho comunitario: derecho originario y derecho derivado
- 98 29. Competencias y políticas comunitarias

- 101 **Textos**
- 103 Referentes históricos
- 108 Sobre el contexto de la comparación jurídica
- 117 Aspectos de metodología en la comparación jurídica

- 125 **Esquemas**
- 127 Derecho comparado
- 128 Globalización
- 129 Procesos de comparación jurídica
- 130 Familia jurídica romanista
- 131 Familia jurídica *common law*
- 132 Sistema jurídico político inglés
- 133 Sistema jurídico político estadounidense
- 134 Unión Europea

- 135 **Bibliografía y referencias**

Introducción

¿Existe un solo sistema jurídico? ¿Hay diferentes formas jurídicas de resolver los mismos problemas? ¿Qué hace que los sistemas jurídicos sean semejantes o diferentes? ¿Cómo se puede llevar a cabo un proceso de comparación jurídica? Preguntas como éstas se han venido realizando en los últimos tiempos para identificar la naturaleza contingente del derecho, temas que han sido objeto del análisis filosófico jurídico, sin que a la fecha se llegue a una determinación final.

Desde que se instauró la Paz de Westfalia, la soberanía emergió como una característica sustancial de los Estados y, dentro de estos, la emisión de las normas jurídicas que determinen su actuar. En la medida en que la sociedad internacional se ha ido integrando, se ha demostrado que los diferentes órganos políticos deben de cooperar e incorporarse en la esfera internacional a efecto de poder solventar problemas comunes. Más aún, con el avance tecnológico, cada vez es más evidente la interacción y fricción entre distintos sistemas jurídicos encaminados en la solución de problemas procedentes del tráfico jurídico. Esto ocurre, sobre todo, en países que comparten ciertos valores, cuyos modelos y mecanismos para concebir y solventar los problemas cotidianos suelen coincidir en lo sustancial, aunque no necesariamente en la forma de solución. En concreto, cabe preguntarse, ¿qué consecuencias jurídicas tiene una crisis de pareja en México, Francia, China? En el fondo los problemas serían semejantes: separación de las personas, manutención, disolución de algún tipo de sociedad y reparto de bienes, en caso de que existan hijos, la guardia y custodia de los mismos, etcétera. Lo que sin duda va a variar será la forma en la cual se afrontan esos problemas. O bien, pensemos en la celebración de un contrato de compraventa y las consecuencias de su incumplimiento, ¿los derechos y obligaciones serán distintos si varían los sistemas jurídicos involucrados? ¿Podrían ser semejantes? De encontrarse diferencias, ¿en qué se sustentan?

Situaciones como las descritas cada vez son más comunes en los sistemas jurídicos, por ende, los diferentes operadores, sean personas que se dediquen a la abogacía, a la academia, la legislatura, la judicatura, la política, el activismo, etcétera, suelen encontrarse con la necesidad de hacer estudios y análisis que permitan el contraste de soluciones jurídicas a problemas semejantes. Se trata no sólo de una cuestión científica o de interés jurídico, sino de una necesidad

imperante dentro del funcionamiento de la sociedad. Así, pensemos, si los derechos humanos son consustanciales a la persona y, a su vez, todas las personas tienen ese derecho, ¿qué hace que las prerrogativas sean diferentes según el sistema jurídico de que se trate? Por ello, el desarrollo que se hagan otras jurisdicciones sobre conceptos como democracia, derechos humanos, Estado de derecho, puede tener incidencia en otros sistemas jurídicos como referente del avance del derecho.

Dentro de este contexto, deviene necesario identificar las características básicas de los distintos sistemas jurídicos; la clasificación que de los mismos existe dentro de propuestas taxonómicas (familias, tradiciones); la manera en cómo se dan los procesos de intercambio de lo jurídico a través de la armonización o unificación; el diálogo judicial, y la incidencia que tienen los procesos de recepción de normas e instituciones que se van fraguando en el ámbito internacional, en otros sistemas jurídicos, a efecto de perfeccionar el propio. De ahí la importancia del análisis comparado del derecho así como de los distintos sistemas jurídicos que existen en la actualidad.

La materia de Sistemas Jurídicos Comparados se incluye dentro de la currícula del Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho (2021) de la Universidad Autónoma de Aguascalientes y se imparte en el décimo semestre. Dicho documento describe a Sistemas Jurídicos Comparados como aquella “materia de naturaleza teórico práctica, que proporciona conocimientos sobre las características básicas de las familias jurídicas contemporáneas, con especial énfasis en los sistemas jurídicos occidentales, habilitándole en la aplicación de diferentes técnicas de comparación jurídica, para proponer soluciones jurídicas innovadoras a problemas comunes”.

Estos apuntes se desarrollan a través de cuatro unidades temáticas y veintinueve temas secuenciales. En la primera unidad se abordan conceptos básicos de la comparación jurídica, naturaleza, evolución y clasificación de los sistemas jurídicos contemporáneos en grandes familias jurídicas. Respecto a la segunda unidad se estudia la comparación jurídica en un contexto de globalización, por lo que se analiza qué es la globalización y cómo ha impactado en el mundo jurídico el cambio de paradigmas, así como algunos referentes metodológicos a tomar en consideración en el proceso comparativo. Analizado lo anterior, en la tercera unidad se abordan los antecedentes históricos, características básicas, sistema de fuentes y referentes de los formantes legales occidentales, concretamente, de la familia romanista y la del *common law*, y dentro de ésta última, el estudio se centra en el derecho inglés y estadounidense. Finalmente, en la cuarta unidad se expone el proceso de integración comunitario europeo y la emergencia del derecho supranacional, como evidencia de la interacción jurídica y política en la Unión Europea.

El objetivo del presente trabajo es ofrecer al alumnado un manual como material básico de referencia que sirva para el estudio de los sistemas jurídicos comparados, precisamente para cumplir con los objetivos generales y específicos de la materia de estudio. Por la naturaleza esencialmente didáctica, se incluyen los objetivos y contenidos temáticos de las unidades, así como una serie de preguntas de control para cada tema y referencias de información, lo mismo que esquemas por unidad. De igual manera, se hace una compilación de textos, en inglés o traducidos a este idioma, que aborden temas clave de la materia, a efecto de que el alumnado pueda recurrir a

ellos para obtener mayor información sobre el derecho comparado, los sistemas jurídicos y la metodología en la comparación. En la medida que se estimó procedente, se refieren a las citas de los textos en los cuales se puede extender el estudio de los temas en exposición.

El libro que ahora se presenta es producto de un trabajo continuado dentro del Departamento de Derecho del Centro de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma de Aguascalientes, trabajo que, dicho sea de paso, ha sido resultado del apoyo decidido de las autoridades académicas y administrativas de esta institución, cabe señalar que la obra fue sometida a un riguroso proceso de dictaminación a doble ciego. Gracias a todas las personas que directamente se involucran en la academia, pero, sobre todo, al alumnado del programa en Derecho, principales destinatarios de este material.

NOCIONES BÁSICAS

1

Al concluir esta parte del curso, el alumnado: expresará e identificará las características, conceptos e importancia de la comparación jurídica, así como los elementos que distinguen a los sistemas jurídicos contemporáneos dentro de su clasificación en familias.

1. Concepto y naturaleza del derecho comparado.
2. Evolución de la comparación jurídica.
3. Función y objetivos del derecho comparado.
4. Derecho comparado como ciencia o método.
5. Derecho comparado y otras disciplinas.
6. Conceptos generales.
7. Clasificación de los sistemas jurídicos.
8. Familias jurídicas contemporáneas.

1. Concepto y naturaleza del derecho comparado

En los procesos cognitivos el comparar ayuda a entender la realidad. El contraste de objetos materiales, eventos, situaciones, estados del pensamiento, cultura, lengua, u objetos sociales “constituye una de las modalidades fundamentales del pensamiento” (Ajani *et al.*, 2011, p. 19). Cada vez más somos partícipes de una sociedad internacional interconectada, con valores y riesgos globales, en la que los Estados, organizaciones internacionales, las entidades políticas, los actores como empresas e, incluso, los propios individuos participan. En este sentido, el aumento cuantitativo y cualitativo de los intercambios jurídicos y un proceso incesante de transculturización ha puesto en evidencia la necesidad de identificar los puntos de conexión y de fricción entre los diversos sistemas jurídicos.

En la práctica jurídica cotidiana se evidencia la interacción de leyes, reglamentos, tratados, resoluciones de organizaciones internacionales, sentencias, recomendaciones, normas suaves de organizaciones, por citar algunas fuentes, que van matizando la manera en cómo se reconoce, aplica y ejecuta el derecho en el ámbito local. Así, lo que sucede en otras latitudes jurídicas también

genera efectos en otros ámbitos, nutriendo o modificando el derecho local. **En este sentido, el jurista actual requiere ya no sólo de conocer el derecho local sino también entender la dinámica de relaciones que se da entre las fuentes propias con las internacionales, e incluso, las que genera la sociedad con la práctica, con lo que se entiende y reconoce como derecho en otras latitudes y más allá del ámbito estatal.** Cuando se abren las perspectivas a nuevos horizontes, jurídicamente hablando, y se hace eco de otras realidades, se potencian las posibilidades de entender con mayor claridad nuestro ordenamiento interno, comprender aquellos puntos que resultan oscuros o con lagunas de nuestro sistema local, así como la interacción entre el derecho internacional, comunitario o supranacional en la vida cotidiana de las personas.

La actividad de la comparación jurídica es diferente al derecho comparado, pero se incluye dentro de este último. Como parte de la actividad cotidiana del jurista se realizan procesos de comparación, basados en análisis y reflexión crítica de textos jurídicos, instituciones y procedimientos, sea para fines científicos o para cumplir objetivos pragmáticos, como es la solución de un caso en concreto; y es precisamente en este contexto donde resalta el derecho comparado y el estudio de los diversos sistemas jurídicos. A todo esto, conviene preguntarse ¿qué es el derecho comparado? Para González Martín, siguiendo a Vergottini, “[1]a **comparación jurídica, y por ende el derecho comparado, es la operación intelectual del contraste entre ordenamientos jurídicos, institutos y normativas de diferentes ordenamientos que, si se lleva a cabo de manera sistemática y según los cánones del método jurídico, asume las características de las disciplinas científicas**” (González Martín, 2010, p. 239). Toda comparación requiere, consciente o inconscientemente, un objeto, un proceso y un método; características que se presentan en los análisis que realizan constantemente los juristas. De ahí la virtud de la definición, que conjuga el elemento científico con el técnico-pragmático. De manera general, podemos señalar que el derecho comparado se trata de una disciplina de las Ciencias Jurídicas que estudia el derecho positivo vigente en las distintas entidades políticas y organizaciones (estados u organizaciones internacionales) a través de una serie de métodos que permiten el contraste crítico de las normas, instituciones y procedimientos, en sus interacciones, analogías y discrepancias. En sí, **la comparación jurídica debe sujetarse al método para lograr el fin, pero cuando se aspira a responder en abstracto al qué, cómo, por qué o de qué manera se compara, estaremos en presencia de una disciplina científica.**

¿Por qué comparar ayuda a entender la realidad?

¿Qué es el derecho comparado?

¿Es lo mismo derecho comparado que comparación jurídica?

2. Evolución de la comparación jurídica

En el desarrollo e historia de las sociedades siempre se ha recurrido a la comparación jurídica para regular las relaciones. La realidad y la proyección histórica demuestran que los pueblos, de manera formal o informal, han tenido contacto y han intercambiado instituciones, figuras y normas que les facilitan las relaciones jurídicas en lo interno y con otras culturas. Baste mencionar cómo el autor Watson refiere a los procesos de trasplante legal llevados a cabo por culturas europeas y orientales, con la transmisión y recepción de instituciones, con fines semejantes, aplicables en y entre los diferentes pueblos.

Lo anterior es así ya que, como se apuntó en el concepto antes referido, el derecho comparado tiene elementos de científicidad mientras que la comparación jurídica es pragmática. Además de la transculturización, existen razones de eficiencia por las cuales se fijan las mejores prácticas y las normas para la consecución de los fines sociales (Mattei, 1994; Mattei y Monti, 2001).

Como ejemplos de procesos de comparación jurídica, las civilizaciones griega y romana usaron el contraste para desarrollar sus normas. La cultura griega, cuna de la civilización occidental, utilizó la comparación de diversos sistemas y normas para identificar la mejor manera de contar con una constitución y de organizar una entidad política como las ciudades. Por su parte, los romanos, que contaron con el derecho como una aportación a la civilización occidental, crearon un complejo orden normativo, cuyos contenidos fueron objeto de un análisis científico. El derecho civil, la creación por los jurisconsultos y pretores del derecho honorario, y el desarrollo del derecho de gentes, son ejemplos de cómo a través del ingenio y la comparación se consolidó un sistema normativo que reguló la creciente complejidad social romana. En este sentido, el *Corpus iuris*, máxima obra jurídica de todos los tiempos, implicó un intenso proceso de comparación jurídica de las fuentes vigentes en los territorios romanos.

En la Edad media, durante la segunda vida del derecho romano, se comparó el *Corpus iuris* para justificar la superioridad de las normas medievales; también, en esta época, surgen los estudios de los glosadores y postglosadores. Hacia el Renacimiento, aparecen los Estados modernos, por lo que los juristas se interesaron por los derechos nacionales y su comparación con el derecho romano, o del *common law* con el derecho continental. En la Época moderna, con el resurgimiento del iusnaturalismo, ya no interesó tanto la norma positiva, no obstante, se continuaron realizando estudios comparados, especialmente por lo que supuso el contraste de las normas naturales con las leyes; no obstante en esta época se presenta el estudio de Montesquieu *El espíritu de las leyes*. Para el siglo XIX, se admite la trascendencia de los estudios de derecho comparado, así, para 1896, se crea la Sociedad de la Legislación Comparada, y se celebra en 1900 su primer Congreso, con ilustres juristas de distintas latitudes, y es el que supone el punto de partida del derecho comparado como nueva disciplina jurídica autónoma; en este momento histórico es que se comienza su estudio sistemático, al cuestionarse la comunidad jurídica sobre la naturaleza, fines, objetivos y métodos de la disciplina comparativa.

La integración y cooperación internacional y el constitucionalismo de la posguerra recurren al derecho compa-

rado. Con la culminación de la Segunda Guerra Mundial, se inicia una nueva etapa derivada principalmente del proceso de integración en Europa. En los últimos años, y como consecuencia de la globalización jurídica, ha habido un aumento exponencial de los estudios en materia comparada, esto se debe a varios factores históricos, políticos y sociales, de los que podemos señalar los siguientes: 1. Modernización de los medios de comunicación y avance de las tecnologías, puesto que se genera un mayor intercambio económico, social y cultural entre países, dándose relaciones jurídicas a nivel regional, internacional e incluso global. 2. El acercamiento de los países hace que, además, se atiendan de manera internacional asuntos comunes, por ejemplo, en materia de protección al medio ambiente o en relación con el trato de las inversiones. 3. Afirmación de valores a nivel internacional, principalmente en materia de derechos humanos; prueba clara son los diversos instrumentos internacionales que son recibidos por la normatividad local. 4. Tendencia a la creación de estructuras y organismos supranacionales, como lo pueden ser la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Unión Europea (UE), los tratados comerciales y de inversión, etcétera. Aun y cuando existen procesos de integración de distinto calado, el postulado de la soberanía estatal sigue presente, por lo que en la interacción de los sistemas se ha dado más un acercamiento entre éstos a través de la armonización (acercamientos normativos respetando las diferencias existentes) que la unificación jurídica.

El estudio de los sistemas y las familias jurídicas es sólo una parte introductoria al derecho comparado. El estudio comparado de los sistemas jurídicos ha ocupado la actividad de la academia mexicana, en la que se han hecho grandes aportaciones. En este sentido, baste señalar que los organismos creados en el siglo pasado, como el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, nacieron con una vocación comparativa. Ahora bien, ya como una materia dentro de la formación de la licenciatura, el estudio se remonta a los años noventa del siglo pasado, con la asignatura de Sistemas Jurídicos Contemporáneos. El surgimiento de esta materia tuvo mucho que ver con los procesos de apertura y participación activa del Estado mexicano en la escena internacional y, en especial, por el proceso de integración trilateral norteamericano que se lanzó con el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); la razón de lo anterior se debe a la preocupación por contar con personas capacitadas para entender, al menos de manera básica, el derecho de los socios comerciales; para tales efectos, se integraron las materias de Derecho Comparado y de Sistemas Jurídicos en los planes de estudio de pregrado en el área jurídica.

¿Qué importancia tiene la comparación jurídica en desarrollo de la juridicidad de los pueblos?

¿Cómo ha evolucionado la comparación jurídica?

¿Qué elementos han generado el aumento del análisis comparativo en la actualidad?

3. Función y objetivos del derecho comparado

El derecho comparado tiene una naturaleza crítica, pragmática, subversiva. Recordemos que la comparación jurídica es principalmente un análisis lógico, reflexivo y de contraste, y no un conjunto de derecho positivo. Sobre ello, De Vergottini comenta que el derecho comparado “supone una operación lógica de análisis de los sistemas e instituciones jurídicas; de consideración de los resultados obtenidos; de su conformación y para ellos, un resumen conclusivo del que surgen apreciaciones críticas, dando paso al sentido del juicio comparativo” (1987, p. 217). En sí, la vocación del proceso comparativo es la de dotarse de herramientas para mejorar los sistemas jurídicos existentes, todo ello con una visión crítica y reflexiva que evite la simple copia de instituciones y procedimientos; es decir, que se entienda cómo funcionan éstos dentro de un marco complejo y de qué manera se pueden adaptar de un sistema a otro.

Cuando se habla de un sentido crítico y abierto, el jurista debe de entender que se requiere apertura de miras y conocimiento de otras culturas para importar lo que es útil y exportar lo que en su sistema jurídico ha generado buenos resultados; implica resistir la tentación a la extrapolación de figuras jurídicas sin el respectivo análisis. Como propone Niboyet, la comparación jurídica debe ser el resultado de un enfoque metodológico y crítico, no de un trabajo acrítico (Marchal Escalona, 2017). En este orden de ideas es que la comparación jurídica necesariamente involucra una reflexión profunda y significativa sobre, al menos, dos sistemas jurídicos diferentes. Si, por el contrario, el proceso se limita únicamente a señalar las características de un único sistema, estaríamos ante una mera descripción del derecho (extranjero, quizá) y no tanto ante una expresión del derecho comparado. La comparación debe prevalecer partiendo de una perspectiva pragmática, no meramente teórica, para que sus resultados sean de alguna utilidad, una “comparación viva” realizada por la demanda de los actores públicos y privados (Basedow, 2014, p. 214), y debe tener una aplicación concreta en la solución de problemas reales. Pero, además, la comparación debe dotarse de una visión subversiva, romper paradigmas y el *status quo* para perfeccionar los sistemas jurídicos en las mejores prácticas y la máxima garantía de los derechos de las personas; se erige entonces como una herramienta para mejorar los sistemas jurídicos, hacerlos más eficientes, eficaces e incluso competitivos.

El derecho comparado tiene varias finalidades, entre las cuales se encuentran: 1) conocer el propio derecho, 2) entender su relación dentro de un ámbito globalizado de interacción, 3) generar acciones tendientes a la armonización, codificación y/o unificación normativa, 4) perfeccionar los sistemas jurídicos, y favorecer el desarrollo de la ciencia jurídica. El derecho comparado ayuda a conocer el derecho nacional puesto que sirve para contrastar las instituciones y soluciones adoptadas en el ámbito local frente a lo que se ha realizado en otro sistema jurídico; así, la figura jurídica del divorcio incausado con la que cuentan muchas entidades federativas mexicanas se puede contrastar con la forma y procedimientos de otras latitudes, por ejemplo, la española. Cabe señalar que muchas de las instituciones y figuras jurídicas que actualmente se aplican en los países tienen

una referencia a la experiencia de otros países, como el caso del impuesto al valor agregado de cuño francés, el *ombudsman* surgido en Suecia, el sistema competencial del federalismo estadounidense, el desarrollo de los derechos humanos y sus garantías, y un largo etcétera.

El derecho comparado nos ayuda a conocer nuestro derecho, entenderlo en el contexto globalizado y a perfeccionar los sistemas. Una máxima jurídica es *ubi societas, ibi ius*, que implica que el derecho refleja y es consustancial a la sociedad que rige. Es de esperar que ante problemas sociales semejantes existan soluciones jurídicas parecidas en cuanto al fondo, aunque variables por la forma o el contexto (económico, social, político). Así, por ejemplo, la certeza en una enajenación inmobiliaria está garantizada por instituciones y procedimientos en diversos sistemas jurídicos (parecidas en cuanto al objetivo) pero variables en cuanto a la forma, por ejemplo, la institución del registro público o algunas formas de contratos privados en el mundo angloamericano. Podríamos formular un razonamiento semejante en relación con una crisis de relación de familiar (matrimonio, concubinato, etcétera) y las consecuencias que de ahí se derivan para las personas, para los hijos, con relación a los bienes; en cuanto al fondo, encontraremos que son semejantes los fines, pero variables las formas de protección y los factores culturales.

A través de la comparación jurídica se entiende la dinámica e interacción entre sistemas jurídicos. Además, el proceso comparativo permite analizar y comprender la interacción que los sistemas jurídicos juegan dentro de una sociedad cada vez más interconectada, de valores y riesgos globales, por lo que facilita el entendimiento de los cambios sociales y su repercusión jurídica, así como la participación de sujetos como los Estados o las organizaciones internacionales, y actores como las empresas, grupos de presión, comunidades que afectan la manera en cómo se genera y aplica el derecho. Debido al intenso tráfico jurídico, los sistemas jurídicos deben contar con posibilidades de coordinarse o hacerse compatibles unos con otros, a efecto de que respondan a la compleja realidad de un mundo globalizado. Así, se presentan los procesos de armonización, codificación y también unificación normativa, tanto a nivel regional como global, bien a través de políticas guiadas por las entidades correspondientes, pero, también, de manera fáctica y por exigencia natural de los intercambios. Como ejemplo de ello encontramos la diseminación de los derechos humanos en las distintas constituciones nacionales y en instrumentos internacionales o en las instituciones y procedimientos propios de la *lex mercatoria* que facilitan la interacción de los comerciantes (*incoterms*, reglas uniformes internacionales, etcétera).

Como resultado de la comparación, se facilita el perfeccionamiento de los sistemas jurídicos, y, además, el proceso comparativo sirve para determinar la influencia de los sistemas en otras latitudes. El éxito del desarrollo legislativo de una norma no es aislado y tampoco es privativo de un orden jurídico en concreto, sino que se nutre de otras realidades, antecedentes y referentes, por lo que, al comparar con sistemas jurídicos que tienen un punto de partida común, se determina si han habido préstamos, recepción, trasplante o cualquier otra figura que identifique los avances en la juridicidad para colmar alguna laguna

y, en este sentido, si ha sido exitoso adoptarla a una determinada realidad social.

Además, la comparación jurídica también aporta a la formación de una ciencia universal del derecho, ya que con ella se favorece superar los criterios, métodos y formas meramente locales en favor de modos globales. Lo anterior no significa que lo local tenga que ser superado, ni que valga menos que lo internacional, sino todo lo contrario, que desde la visión comparativa se promocióne aquello que represente una mejora al entendimiento y gestión del derecho en pleno respeto de la especificidad e historia de cada una de las sociedades y pueblos. En este sentido, el monismo jurídico no debería ser el fin *per se* de la comparación, sino, por el contrario, la identificación de las diferencias y mecanismos para hacer compatibles los sistemas jurídicos en la regulación de los intercambios. Por esto, la uniformidad se logra sólo en ámbitos en los cuales existe concordancia de valores y principios, como en ciertas figuras comerciales, financieras, pero también en materia de derechos humanos, y además, debido a las diferencias culturales es que la armonización es una opción viable para salvar las diferencias entre sistemas jurídicos.

En los ámbitos en los cuales se puede generar un acercamiento entre sistemas, se da un **proceso de codificación internacional**. Para que sea fructífero, requiere que se presenten algunos elementos: **a) la creación de un lenguaje jurídico uniforme, b) arbitrar en sentido semejante las interpretaciones de las obligaciones, c) que se generen circunstancias sociales, políticas, económicas adecuadas, y finalmente, d) una técnica adecuada de codificación (pacto, convenio, tratado)** (González Martín, 2005, pp. 216-224). Como ejemplo de lo anterior, se puede pensar en el Derecho Uniforme del Comercio Internacional (DUCI) (Illescas Ortiz y Perales Viscasillas, 2003), que cuenta con tratados internacionales multilaterales que sientan conceptos, instituciones y procedimientos, los cuales son aplicados por las autoridades nacionales competentes que comparten líneas doctrinales en materia de comercio internacional. O bien, el *Ius Constitutionale Commune* que, en materia de derechos humanos, se ha ido generando en los países latinoamericanos por su pertenencia al Pacto de San José en el entorno de la Organización de los Estados Americanos (OEA) (Bogdandy *et al.*, 2020; Pampillo Baliño, 2012).

¿Qué implica que el derecho comparado sea crítico, subversivo, pragmático?

¿Cómo ayuda la comparación jurídica al entendimiento de las normas en un contexto globalizado?

¿De qué manera ayuda el derecho comparado a perfeccionar los sistemas jurídicos?

4. Derecho comparado como ciencia o método

Al ser el derecho comparado una disciplina jurídica relativamente reciente que emergió hacia el 1900, resultó normal que los juristas se cuestionaran sobre su naturaleza, objetivos, fines y metodología. Hoy en día, se puede señalar que el debate sobre si el derecho comparado es ciencia o método se encuentra superado, en especial, porque ha quedado manifiesto que derivado de las relaciones e interacciones entre sistemas jurídicos la comparación es necesaria para la solución de problemas comunes y no sólo una curiosidad científica. Dentro de las críticas que se le realizan al derecho comparado y que, a decir de los autores, la alejan de la científicidad se encuentran: a) que los juristas extrapolan soluciones jurídicas a realidades que no son idénticas; b) que no existe una rama del derecho como tal, no hay por ejemplo, normas equivalentes al derecho positivo y el derecho comparado; c) que las apreciaciones de los juristas suelen ser subjetivas, ya que no existe un método único.

Por otra parte, hay autores que afirman que la ciencia jurídica y el método van de la mano, por lo que sin problema se podría hablar de una “ciencia jurídica comparativa”, una disciplina que analiza el método jurídico-comparativo y su aplicación al enorme campo del derecho. **Existe un consenso doctrinal que reconoce tanto un método comparativo como una ciencia autónoma de los derechos comparados.** En este sentido, retomamos la afirmación de Fix-Zamudio, quien, siguiendo al comparatista Constantinescu, señaló lo siguiente: “[...] no es incompatible la idea de disciplina científica con la de método jurídico, ya que si bien es verdad que el llamado derecho comparado es un instrumento de conocimiento del derecho y, por tanto, un método jurídico, también lo es la necesidad de elaborar los conceptos y principios que se derivan del uso de dicho instrumento, que no puede aplicarse de forma indiscriminada. Por ese motivo, se ha llevado a cabo un conjunto de estudios sistemáticos que integran lo que podemos calificar como ciencia jurídica comparativa” (Fix-Zamudio, 2005, p. 26).

La comparación jurídica como ciencia responde a una serie de problemas que se refieren a la función (¿para qué se compara?), al método (¿cómo se compara?) y al objeto (¿qué se compara?). Podemos señalar que el objetivo primario de la comparación es generar el conocimiento científico, y, como objetivo secundario, el uso de los resultados para iniciativas de reformas, interpretación de normas por autoridades y resoluciones judiciales. En cuanto al objeto, este puede ser tan diverso como sistemas o instituciones (todo aquello que puede ser materialmente comparable dentro del ámbito de lo jurídico). Y, finalmente, en cuanto al método en la comparación, sin que exista uno sólo aplicable a todos los casos, la forma en cómo se realice debe tener una secuencia lógica y apegada al método científico aplicado a las ciencias sociales.

¿El derecho comparado es ciencia o método?

¿Qué críticas se le pueden realizar al derecho comparado como ciencia?

¿Es compatible el método y la ciencia dentro de la comparación jurídica?

5. Derecho comparado y otras disciplinas

El derecho comparado es una disciplina autónoma que también tiene presencia en las demás áreas de las ciencias jurídicas. Esta característica de horizontalidad permite que los principios, métodos y técnicas sean usadas en ámbitos concretos, como el derecho de obligaciones, familiar, de sociedades, penal, constitucional, etcétera. De hecho, basta que revisemos la gran mayoría de los manuales prototípicos de las disciplinas para que nos percatemos de que en los capítulos introductorios suele hacerse una referencia a lo que la institución, norma o procedimiento comparte con otros sistemas, así como del origen y evolución de la misma en diversos ordenamientos jurídicos. Por ahora, referiremos la relación del derecho comparado con el **derecho internacional privado, derecho internacional público, historia del derecho y la sociología jurídica.**

Por lo que toca al **derecho internacional privado**, se trata de una disciplina cuyo objetivo de conocimiento es la relación que existe entre los sistemas jurídicos generados por el tráfico jurídico internacional de las personas físicas y morales, en la que se prevén los puntos de contacto y posibles colisiones y mecanismos para resolver las mismas a través de reenvíos y declaración de normas aplicables. Así, derivado de ese intercambio y los puntos de contacto, como la nacionalidad, el domicilio o el lugar de celebración de actos, se dirime qué norma sustantiva, procesal y competencial aplica. En ocasiones, se requiere la comparación de figuras jurídicas o procedimientos para poder favorecer la interacción entre sistemas jurídicos. Un ejemplo: el *trust* inglés y las distintas características que puede tener en un sistema romanista. O bien, que en la aplicación de instituciones extranjeras exista cierta coincidencia con el concepto de orden público del sistema local, pensemos en un caso de adopción de menores por matrimonios del mismo sexo. En este orden de ideas, a través de las necesidades del intercambio jurídico en temas tan variados como la restitución internacional de menores o la compraventa internacional de mercaderías, se han codificado obligaciones en tratados internacionales que generan la unificación o armonización normativa.

Con relación al **derecho internacional público**, implica una rama del derecho que regula el comportamiento de sujetos como el Estado, las organizaciones internacionales, otras formas asociativas de carácter político y, eventualmente, el individuo, mediante un conjunto de normas positivizadas por los poderes normativos de la comunidad internacional (Diez de Velasco Vallejo, 2009). Así, como resultado de la interacción de sujetos soberanos y la creación de organizaciones internacionales se generan fuentes jurídicas costumbre, los tratados, los principios generales, la jurisprudencia o la doctrina, declaraciones, recomendaciones, etcétera, que son recibidas al interior de los Estados de la comunidad internacional. Es el caso que muchas de las determinaciones que se adoptan en el ámbito internacional, sean mediante el *hard law* o el *soft law*, se basan en normas que son reconocidas o negociadas por los sujetos internacionales a través de procesos comparativos que, a su vez, facilitan el reconocimiento y la ejecución de las fuentes tanto en el ámbito internacional como en el interno. En el derecho internacional público se requiere de la comparación para reconocer aquello que constituye el orden público internacional, al favorecer la iden-

tificación de las fuentes y valores que resultan esenciales para la sociedad internacional. A su vez, para conocer el sentido y alcance de instituciones, como en materia de derechos humanos, hay que comparar sistemas jurídicos nacionales en su interacción con la esfera internacional; como ejemplo, tanto México como Argentina son parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos, por ende, resulta relevante para ambos países las resoluciones que se dicten por la Corte Interamericana en la interpretación del Pacto de San José, o bien, aquellas determinaciones que las cortes nacionales hagan en su calidad de jueces interamericanos al aplicar el *Ius Constitutionale Commune* interamericano mediante el control de convencionalidad. En esta tesitura, el diálogo entre un tribunal internacional con uno nacional sobre la interpretación de instrumentos internacionales puede generar factores de unificación en el derecho local.

La **historia del derecho** es básica en los procesos comparativos, ya que al realizar el ejercicio comparativo es útil conocer los antecedentes y naturaleza de las instituciones en análisis, lo que a su vez obliga a conocer el contexto histórico, social y cultural del sistema jurídico que estudia. En sí, el origen y la proyección histórica de normas, instituciones y procedimientos son elementos claves para realizar una comparación y un análisis de los procesos de recepción y trasplante en los diversos sistemas jurídicos. Prueba de ello, es el estudio del derecho romano, tanto como sistema jurídico como por el origen de sus instituciones, y la influencia que ha tenido en la configuración del derecho local en países de ascendencia latina y los procesos de codificación, o bien, en el actual desarrollo de un derecho europeo de las obligaciones y los contratos en el entorno de la Unión Europea. Cabe señalar que mientras los estudios de derecho comparado son sincrónicos, sobre normas, instituciones procesos del derecho vigente, la historia se ocupa de una comparación diacrónica. No obstante, la comparación jurídica y la histórica van ligadas, al grado de que en ocasiones no se percibe diferencia alguna (Losano, 1982, pp. 312–314). Igualmente resulta relevante el análisis del papel que el derecho juega en la sociedad y cómo este orden normativo se relaciona con las estructuras sociales y de poder, ámbitos en los cuales los métodos y conocimientos propios de la **sociología jurídica** resultan relevantes para otorgar datos de interés al comparatista. Lo anterior es especialmente palpable al analizar el derecho desde una perspectiva cultural y de la eficiencia en la regulación de las relaciones.

¿Qué relación tiene el derecho comparado con otras disciplinas jurídicas?

¿Cómo incide el derecho comparado en el orden público internacional?

¿Qué utilidad tienen los antecedentes históricos en los procesos comparativos?

6. Conceptos generales

Para el estudio del derecho comparado, se requiere de algunos conceptos que resultan básicos, tales como sistema jurídico, familia jurídica, tradición legal, fuentes y derecho positivo o vigente, formante legal, armonización, unificación, trasplante legal, entre otros. Sobre la materia de sistemas jurídicos comparados, se puede intuir que precisamente se trata de hacer una comparación jurídica sobre diversos sistemas jurídicos, sus fuentes, procesos creativos, aplicación de normas, etcétera. Cabe señalar que, para la filosofía y teoría jurídicas, un problema de estudio es determinar qué es un orden normativo, el sistema normativo y, dentro de éstos, identificar los que califican como “jurídicos” frente a los que no (distinguir entre derecho, moral, ética). En otras palabras, delimitar qué es un sistema jurídico es un problema vigente del estudio de derecho, en el cual existen diversas soluciones y posturas, como las naturalistas, positivistas, sociológicas, críticas, entre otras.

Sin pretender solucionar el problema científico, y más con una visión práctica, daremos algunas notas de sobre lo que implica un “sistema”. En el plano etimológico, el vocablo “sistema” proviene del griego y significa “reunir”, supone un conjunto ordenado de normas, procedimientos y principios para hacer funcionar una cosa. Por su parte, lo “jurídico” atañe al derecho y, a su vez, refiere a normas heterónomas y coercitivas que se crean y aplican en un lugar y tiempo determinado. Ahora bien, podemos preguntarnos si por derecho entendemos lo que se consagra en las leyes, lo que los abogados y jueces interpretan, o bien, lo que se enseña desde la academia. En este sentido, baste referir que **el sistema jurídico se relaciona con lo que los operadores jurídicos (abogacía, judicatura, legislatura, academia) identifican como derecho positivo y vigente.** Los elementos que conforman un sistema jurídico son la estructura, sus fines y a la organización a la que éstos sirven (Rojas Amandi, 2005, p. 1). Como resultado del orden westfaliano, el sistema jurídico se vincula con un territorio y un poder determinado, por lo que habría tanto sistemas como órdenes políticos, sean internacionales, supranacionales, nacionales, locales, entre otros. Para Hart (2012), desde una postura positivista, el sistema jurídico se conforma básicamente de normas primarias, secundarias y, dentro de las últimas, las normas de reconocimiento, cambio y adjudicación. El derecho, como los ordenamientos éticos o morales, contiene normas primarias que autorizan realizar ciertas conductas a la colectividad. Ahora bien, el sistema jurídico se diferencia de otros ordenamientos por conformarse con normas de reconocimiento que aseguran a la colectividad que tales disposiciones pertenecen a un sistema determinado. Según el autor citado, las normas secundarias características de los ordenamientos jurídicos permiten establecer condiciones para cumplir con las normas primarias, determinar cuándo y de qué manera éstas son aceptadas, expulsadas o reformadas y, en caso de incumplimiento, cómo identificar la transgresión.

Sumado a lo anterior, podemos señalar que el **sistema jurídico** para efectos de nuestra materia es el **conjunto de normas e instituciones que integran el derecho positivo vigente en una determinada colectividad, generalmente concuerdan con un Estado u organizaciones de Estados.** Cabe señalar que

estas reglas normativas deben ser lo suficientemente desarrolladas para que sean vinculantes para una colectividad. El concepto de sistema jurídico es más amplio que el que se utiliza en Filosofía, ya que aquí se hace referencia a la manera en cómo se hacen las normas jurídicas, los derechos y obligaciones de los ciudadanos, la forma de organización jurídico-política de la comunidad e, incluso, la manera en cómo se enseña, practica y se concibe el derecho. Normalmente, vemos que la historia, el desarrollo del sistema jurídico, la jerarquía de fuentes, el método de trabajo del jurista y las instituciones legales, son referente para constituir aquello que aglutina un sistema jurídico.

Es importante considerar que **los elementos del sistema jurídico son dinámicos y complejos**. Dinámicos, puesto que evolucionan conforme lo hace la sociedad y en dicho proceso se perfeccionan o desaparecen elementos del sistema; pensemos por ejemplo en el derecho de los países socialistas convertidos hoy en día al capitalismo. Complejos, ya que en diversos ámbitos (personal, por materia, geográfico) pueden evidenciarse la interacción de dos o más sistemas jurídicos; pensemos en la protección multinivel en materia de derechos humanos, donde la dignidad de la persona es objeto de protección simultánea por normas locales, estaduales, supranacionales o internacionales.

En el mundo existe una infinidad de sistemas jurídicos, por ende, para facilitar su estudio se clasifican a través de grupos de sistemas. La **“familia jurídica” se puede concebir como el conjunto de sistemas jurídicos que tienen elementos institucionales, filosóficos, valores y una jerarquía de fuentes, y que son análogos o coincidentes**. Como elemento de clasificación de las distintas familias jurídicas, se ha propuesto una “unidad cultural” referente a coincidencias en la civilización y en la cultura de los distintos países. Este criterio se integra por un mínimo común denominador que agrupa a los sistemas según: 1) una historia y tradición común, en cuanto a la formación, evolución y características que debe tener la norma jurídica; 2) una filosofía y concepción de valores comunes, y 3) una prelación de fuentes del derecho, también común (González Martín, 2010, p. 25). Cabe señalar que además del criterio de la unidad cultural existen otros, tales como geográficos, por lengua, por afinidad histórica, etcétera.

En una visión más amplia y entendiendo al derecho como un elemento cultural de la sociedad, se sostiene que el derecho de los países es un subsistema dentro de la propia cultura de los pueblos a los que sirve. Bajo la anterior premisa el análisis comparativo debe de incluir no sólo a los sistemas, sino a todos los elementos que la tradición le compone. Siguiendo a Merryman, la tradición jurídica va más por cómo se vive el derecho que simplemente la información contenida en las fuentes; el referido autor señaló sobre la tradición legal, que no son sólo normas, sino, además, “un conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del derecho, acerca de papel del derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse perfeccionarse y enseñarse el derecho” (Merryman, 1989, p. 17). Así, mientras la unidad cultural que conforma a las familias jurídicas se centra en gran medida en las fuentes, de una manera estática, la visión de la tradición jurídica es dinámica y evolutiva.

Las fuentes del derecho las podemos analizar desde el punto de vista material (desde el organismo que las expide y el producto resultante), o bien, desde una perspectiva formal (como la expresión propia del derecho y los procesos de creación de las normas jurídicas). En el derecho comparado es muy importante detectar cuáles son las fuentes formales de un determinado sistema jurídico, así como la prelación que se tiene; esto es así, ya que los diversos sistemas jurídicos pueden asignar funciones distintas a la ley, la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, entre otras. Así, por ejemplo, las fuentes formales son distintas, al menos en su número, si se trata de un derecho codificado como el mexicano o el guatemalteco, o bien de un derecho de tipo consuetudinario, como el sistema inglés o el estadounidense. En el sistema codificado, el derecho legislado es la fuente principal o, al menos, la más numerosa; en cambio, en el *common law* la jurisprudencia (que se desarrolla sobre la fuerza del precedente) es la fuente más importante. A su vez, en un sistema jurídico religioso el libro revelado es la ley y no puede ser modificado por los humanos, aunque en algunos casos sí puede ser interpretado; o bien, en otros sistemas jurídicos la ley es sólo un modelo que puede ser derogado por la costumbre; mientras que en otros la codificación es preferente respecto de otras fuentes.

La comparación jurídica se ocupa del derecho positivo, lo que en efecto la juridicidad es, y no tanto lo que debería de ser, que es objeto de estudio de la filosofía y de la política jurídica. En esta tesitura, interesa el derecho vigente por cuanto es la realidad de una sociedad, aunque también se pueda identificar en las fuentes una carga filosófica o política (Losano, 1982, p. 33). Ahora bien, por derecho vigente podemos entender aquél que es obligatorio en una época y tiempo determinado, por haber sido emitido por la autoridad política o por quien detenta la potestad para tales efectos; mientras que el derecho positivo es aquél que es efectivamente acatado por la colectividad. Reconocer entonces cuáles son los procesos creativos de la juridicidad, así como la forma en que la fuente resultante es adoptada por las personas, debe ser el objeto material de la comparación jurídica. Cabe aclarar que la realidad de los intercambios jurídicos nos obliga a pensar que la juridicidad ya no sólo se genera por la autoridad política, sino que hay diversos sujetos y actores, como los pueblos originarios, los grupos económicos y corporativos empresariales o las organizaciones internacionales, que también generan normatividad. De tal suerte que **una posición crítica que acepte un pluralismo jurídico, y no sólo el monismo, nos acercará más a la posibilidad de un estudio comparativo que integre aquello que efectivamente suponga la regulación jurídica de las relaciones sociales.**

Dentro de cada sistema jurídico existen operadores que se encargan de generar e interpretar qué son las normas jurídicas. Así, **en cada sistema jurídico hay “formantes legales” (legisladores, jueces, académicos, abogados) que constituyen comunidades que tienen determinada idiosincrasia sobre lo que es el derecho** y que, dependiendo de las características de cada sistema jurídico, predominan unos sobre otros. En este sentido cabe preguntarse ¿es el derecho lo que dice la ley, o bien lo que fija el juez? ¿Es derecho lo que se dice en los libros? Con estas preguntas como orientación, podemos identificar que en la familia romanista predomina la ley y la doctrina, es decir, la visión del legislador y de

la academia, mientras que, en el entorno casuístico del mundo angloamericano, se erige el juez como principal actor. Precisamente, para entender el sentido dinámico de la comparación jurídica se acude a la idea de los formantes que, a final de cuentas, son quienes materializan las normas de conducta que se califican como jurídicas (Monateri, 2012, pp. 7-8).

Derivado de la interacción entre Estados, empresas y personas, se requiere que los sistemas jurídicos regulen de manera eficiente las situaciones jurídicas que se desprendan. Esto es evidente en los sistemas jurídicos que tienen distintas competencias, por ejemplo, las locales y las federales, o bien, respecto de la relación en niveles diferentes, como lo supranacional y lo nacional. En este contexto surgen los procesos de armonización que suponen la búsqueda activa de soluciones de coordinación a efecto de que, respetando las características, la soberanía, las competencias y jurisdicción, se facilite la resolución de asuntos comunes entre los sistemas jurídicos de distintas entidades políticas (Lerner, 2004). Además, existen procesos de unificación normativa en los cuales las diversas jurisdicciones adoptan la misma solución para un problema legal común (Lerner, 2004, p. 293). Esta última forma de interacción, la unificación, implica un proceso político de mayor calado por lo que resulta más compleja su adopción por las distintas entidades soberanas, por ello, en el ámbito internacional y nacional se favorece más la armonización que la unificación.

A lo largo de la historia las culturas, como producto del influjo y colaboración, han intercambiado formas de solución jurídica a problemas comunes. Estos “trasplantes”, como apunta Watson (1993), se pueden evidenciar en las instituciones jurídicas mercantiles que se han ido recibiendo desde el medievo hasta conformar una *lex mercatoria*, o bien, el federalismo estadounidense que se implantó en el constitucionalismo de la postguerra mundial.

¿Qué significa, sistema, familia y unidad cultural?

¿Es lo mismo la unidad cultural que la tradición legal?

¿Qué implica armonizar y qué supone unificar el derecho?

7. Clasificación de los sistemas jurídicos

La gran variedad de sistemas jurídicos en el mundo obliga a su clasificación para un adecuado análisis, por lo que esta tarea taxonómica se ha vinculado con el desarrollo del derecho comparado como disciplina teórica y práctica. Sin duda el reunir a través de grupos a los diversos sistemas jurídicos facilita su análisis de lo general a lo particular, por lo que cumple con una importante función didáctica. Es importante señalar que no existe un criterio taxonómico uniforme, en los estudios comparatistas se han utilizado criterios clasificatorios como el orden social (papel de la religión), el papel del derecho en la sociedad, la forma en cómo se crea el derecho (y la función de las fuentes del derecho: costumbre, ley, jurisprudencia), o bien, respecto de la estructura de las reglas jurídicas.

En relación con la taxonomía de los sistemas jurídicos, hay que señalar que **no existe una única forma de clasificar y que, además, los sistemas jurídicos evolucionan y pueden relacionarse con más de una familia jurídica.** Incluso, una precaución a tomar en cuenta es que tradicionalmente la división de los sistemas jurídicos parte de una visión europea, principalmente francesa y alemana, y que se basa en elementos del derecho privado. En la medida en que los sistemas interactúan de manera constante se evidencia la necesidad del análisis en los puntos de convergencia y divergencia, por lo que, en este sentido, un acercamiento a través del criterio de familia jurídica es útil al análisis comparado.

Tomando en cuenta una base de unidad cultural, respecto de aspectos análogos o coincidentes, se propone la división en familias jurídicas en función a las instituciones que le conforman, la organización normativa, el análisis de sus fuentes, la orientación filosófica y los valores que subyacen en las normas. En el mundo jurídico latinoamericano se ha recalado la propuesta sobre la clasificación de las familias tomando en cuenta la unidad cultural de los sistemas jurídicos, formulada por René David y Jaufret-Spinosi (2010), y que incluye a la familias jurídicas romanista, del *common law*, socialista, sistemas religiosos o tradicionales, familias mixtas o híbridas, y a éstas se puede añadir la supranacional. Existen críticas al criterio de familia jurídica antes señalado, ya que se estima demasiado centrado en el ámbito privado, por ser muy apegado al formalismo jurídico y porque resulta insuficiente para analizar los intercambios de instituciones y figuras jurídicas entre los entes que las aplican. Al respecto cabe cuestionar si, pese a las diferencias culturales e históricas, el derecho mexicano y el suizo comparten la misma clasificación. De esto se puede inferir que, no obstante tener raíces comunes, pueden haber elementos diferenciadores y que, por ende, esta clasificación puede ser insuficiente para, por ejemplo, reflejar la incidencia europea del derecho en regiones de América Latina o Asia. Esto podría solucionarse con la creación de subgrupos de familias.

Con otra postura, **Mattei (1997) enfoca su aportación taxonómica centrada en las tendencias sociales que afectan el comportamiento social a través de incentivos dependiendo del ámbito que predomine, sea político, legal o religioso.** Esta propuesta implica un análisis amplio de los sistemas jurídicos dentro de contextos predominantes sin referir a una postura pri-

vatista, sino por el contrario, respecto de un elemento común y central que determina desde un punto de vista que trasciende lo meramente privado, público o social.

¿Para qué se requiere una taxonomía de los sistemas jurídicos?

¿Existe un criterio uniforme sobre los elementos que conforman las familias jurídicas?

¿Qué crítica se le puede formular a las familias jurídicas que proponen René David y Jaufret-Spinozi?

8. Familias jurídicas contemporáneas

La familia jurídica romanista deriva de la tradición romano-canónica, se basa en derecho escrito y codificado, y es la que mayor influencia ha tenido en los sistemas jurídicos del mundo occidental. Gran parte de los sistemas jurídicos europeos, y los que cuentan con vínculos históricos por procesos de colonización, se clasifican dentro de esta familia. Su denominación deriva del vínculo histórico que le liga con el pueblo romano y el derecho que emergió a lo largo de su dilatada existencia por ser una reinterpretación del derecho romano (“neorromanista”), en atención a la relación con el derecho germánico (“romano-germánica”) y con el desarrollo del derecho canónico (“romano-canónica”); de igual manera, surge por los vínculos con el continente europeo y los pueblos que ahí emergieron (“continental”), y se expandió durante el proceso de recepción de la codificación napoleónica (“sistema francés”); a su vez, en contraste con el mundo anglosajón se le refiere como *civil law*. Pertenecen a esta familia los sistemas jurídicos con base en el derecho justiniano heredado del *Corpus iuris*, el *Corpus iuris canonici* generado por la Iglesia católica que toma como base los postulados del derecho romano y los procesos de codificación civil con base francesa o alemana.

En los sistemas pertenecientes a la familia romanista, predomina la norma escrita, por lo que la ley y concretamente el código son las principales fuentes normativas. Las normas escritas, abstractas y generales existen para regir hacia el futuro sobre los hechos que puedan suceder y se basan en criterios de justicia y equidad. Cabe señalar que el código se entiende como un producto jurídico dotado de sistematicidad, coherencia y visión totalizadora que está provisto de una importante carga política y filosófica, como resultado de una postura liberal en la que se clarifica la norma, se glorifica al legislador y se limitan las posibilidades de interpretación extensiva como una garantía frente a posibles actos arbitrarios de las autoridades. Si bien existen otras fuentes en estos sistemas jurídicos éstas representan un papel secundario, así, la costumbre se aplica en la medida en que se le reconozca a través de leyes. Por otra parte, históricamente la jurisprudencia ha jugado un papel residual al ser el juez sólo la “boca del legislador”. En este sentido, la jerarquía normativa reconoce a la ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina y principios generales del derecho.

La familia jurídica del *common law* aglutina a los sistemas jurídicos que se basan en el derecho inglés, donde predomina la jurisprudencia y la resolución casuística de los asuntos jurídicos. También conocida como angloamericana o insular, esta familia agrupa al derecho emergido en Inglaterra y a los sistemas jurídicos que históricamente se han basado en este derivado de conquistas e intercambios culturales. A decir de Rabasa, esta familia engloba a sistemas jurídicos que “obedecen a una formación histórica y tradicional, más que científica” (1982, p. 27). Su surgimiento se ubica con la conquista de los territorios británicos por el normando Guillermo I, llevada a cabo hacia el 1066 a. C.; una vez lograda la conquista y reclamado el trono de los reinos existentes, se produjo una centralización administrativa y judicial que supuso el surgimiento de tribunales itinerantes que impartían justicia en nombre de la Corona a través del análisis de las costumbres locales

y la identificación de todo aquello que fuese lo común. De esta manera, a través de la actividad de los jueces se fue aplicando la justicia a los casos concretos –por ello, los sistemas jurídicos pertenecientes a esta familia son eminentemente jurisprudenciales, consuetudinarios y casuísticos– en los que el derecho se fue creando a través de las resoluciones judiciales que generaban precedentes legales.

Dentro de los sistemas del *common law* el juez tiene un lugar privilegiado como operador jurídico, pues posee un gran poder para sentar los precedentes al interpretar las leyes aplicadas a los casos concretos que ante él son ventilados. Su expansión se debió a la influencia del Imperio británico y los procesos de conquista llevados a cabo en Norteamérica, el Caribe, Pacífico Sur, Medio Oriente y algunos países de Asia y África, muchos de los cuales conforman la *Commonwealth*, e integran una mancomunidad de naciones vinculadas histórica y culturalmente con Inglaterra. Actualmente, Estados Unidos basa su sistema jurídico en el *common law*, aunque con importantes diferencias respecto del derecho inglés, ya que ha tenido una evolución propia.

Es importante tomar en cuenta que tanto la familia jurídica romanista como la del *common law* se basan en postulados y valores occidentales, por consiguiente, los ideales de justicia son semejantes mientras lo que difiere en sí es la forma en la que se administran los procesos para lograrla. Entre ambas conforman la mayor influencia en los sistemas jurídicos en el mundo, no obstante, la familia romanista ha tenido mayor expansión debido a la facilidad que implica la recepción de un código frente a la dificultad técnica que supone el manejo de los precedentes legales. Si bien en una predomina la ley escrita hecha por el legislador e interpretada por los doctrinarios, y en otra, la jurisprudencia dictada por los jueces que refiere a elementos caracterizadores, no se desconoce que en los países del derecho civil cada vez hay más interacción de la judicatura y que en los sistemas angloamericanos la ley ha adquirido un papel preponderante.

La familia socialista agrupa a los sistemas jurídicos que tienen como antecedente la Revolución bolchevique rusa de 1917 y que se sustentan en los postulados filosóficos del marxismo-leninismo sobre la socialización de los medios de producción y la reivindicación de los derechos del proletariado. Desde un punto de vista metodológico, se recurrió al materialismo dialéctico como fundamento teórico del análisis de una sociedad. Esta teoría de análisis supone que el hombre, en la medida en que va dominando la naturaleza a través de la creación y uso de instrumentos, va completando etapas en las que sustituye relaciones de producción (desde el comunismo primitivo, el esclavismo, el feudalismo, capitalismo, hasta llegar al comunismo como meta final). Dentro de estos postulados, el derecho se consideraba como una superestructura gestionada por las élites dominantes en contra de los intereses del proletariado, por ende, tendiente a desaparecer en el proceso histórico antes referido. No obstante, en los sistemas socialistas existen normas y principios jurídicos que regulan las relaciones entre las personas y con el gobierno, donde predomina la postura que se dicta desde los partidos políticos centrales. Por los objetivos político-económicos que se persiguen, los sistemas jurídicos socialistas tienen una *vis* transformadora de la sociedad, promueven la socialización de los bienes, establecen límites importantes a la propiedad privada y enaltecen la partici-

pación del Estado en prácticamente todas las actividades jurídicas y sociales, debido a lo cual predomina una visión pública de partido frente al interés particular de las personas.

Especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, el mundo se guio por las dos perspectivas imperantes –por un lado el bloque socialista y por el otro el capitalista–, situación que impactó en los sistemas jurídicos y en la manera en cómo se generaba el derecho internacional. Dicotomía tal que evolucionó una vez que se derribó el Muro de Berlín y los otrora países socialistas en el entorno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y países aledaños se acercaron a los postulados de las sociedades democráticas capitalistas. Actualmente son pocos los países cuyo sistema jurídico se califica como socialista, dentro de estos destacan China, Cuba, Vietnam, Corea del Norte, Angola, Mozambique y Laos. Los países que han pertenecido a esta familia suelen tener un partido fuerte en el poder cuya estructura se replica en la administración, por ello predominan las fuentes escritas y la interpretación de las mismas se hace conforme a los postulados políticos. De igual manera, los países euroasiáticos comparten vínculos históricos romanistas. La jerarquía normativa de los sistemas socialistas se basan en: ley, jurisprudencia, costumbre, doctrina.

Los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia religiosa o tradicional se caracterizan por fundarse en postulados filosóficos o religiosos, y muchos de ellos, cimientan las normas jurídicas en libros sagrados generalmente revelados por la divinidad a algún profeta. Esta situación los agrupa como familia ya que en sí no cuentan con una tradición o historia común, encontrándose el derecho islámico, el judío, e incluso algunas creencias basadas en filosofías orientales. A diferencia del mundo europeo, donde hubo un proceso histórico de secularización del derecho, en los sistemas religiosos existe identidad entre normas jurídicas y religiosas, y esto se debió precisamente a que las culturas asiáticas y africanas estaban ampliamente arraigadas a cuestiones religiosas y no se produjo un proceso de occidentalización tan profundo. La familia religiosa más grande es la que corresponde a la comunidad musulmana, que aglutina al menos cincuenta países, los cuales siguen de manera más o menos estricta los postulados religiosos del Islam y su libro sagrado, el Corán, como preceptos jurídicos que regulan la vida humana y social, presentándose una mezcla de normas jurídicas, éticas, morales y religiosas. Dentro del contexto de los sistemas jurídicos religiosos también se cataloga al derecho hebreo, que se sustenta en la Torá y la Biblia, al igual que algunos sistemas jurídicos orientales sustentados en posturas filosóficas como el confucianismo.

La familia supranacional es de reciente cuño y se deriva de los procesos de integración económicos, sociales, políticos y, claro está, jurídicos que se han ido conformando después de la postguerra mundial, siendo el proceso de mayor calado el desarrollado la Unión Europea. El dilatado proceso de integración se ha consolidado en la Unión Europea, una organización internacional *sui generis* que integra a veintisiete Estados europeos unidos por una tradición e historia común y que se refleja en el derecho comunitario. Los tratados constitutivos, sus reformas, así como el desarrollo de un derecho a las necesidades de la integración, han generado un sistema político y jurídico propio, diferente al de los Estados miembros, dando lugar a las instituciones

comunitarias y al derecho comunitario europeo, mismos que generan las normas que rigen gran parte de los derroteros de la vida de las personas y pueblos europeos en temas como los derechos humanos, democracia, el libre mercado, la libertad de circulación de factores productivos, la protección de los consumidores, entre muchos otros. El proceso de integración de la Unión Europea no se destina a conformar un megaestado, sino que se trata de un procedimiento de integración funcional y de vocación federalista que se basa en el respeto de la identidad y cultura de los Estados y pueblos que le conforman. El proceso de integración ha sido profundo en el ámbito económico y financiero, lo que ha convertido a la Unión Europea en un referente internacional. Ahora bien, el mismo avance no se identifica en las relaciones internacionales, donde se pone en evidencia las dificultades de coordinar esfuerzos por los Estados y las instituciones comunitarias. La relación entre derecho comunitario, internacional y nacional se delimita por la aplicación de principios como la atribución, subsidiariedad, solidaridad y cooperación, transparencia, supremacía del derecho comunitario, proporcionalidad, entre otros.

En general, **se puede señalar que las funciones ejecutiva y legislativa de las instituciones comunitarias no obedecen a la tradicional división de poderes, ya que existe una colegialidad en la toma de decisión.** En la estructura institucional las formas políticas y de cooperación conviven con las comunitarias, conformadas por el Consejo Europeo, el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Dentro de la jerarquía normativa del derecho comunitario se encuentra el derecho originario (tratos y sus protocolos y anexos), derecho derivado (reglamentos, directivas, decisiones) y principios generales del derecho, jurisprudencia, así como los tratados internacionales y demás fuentes del derecho internacional público. Además, existen toda una serie de principios básicos derivados de las tradiciones constitucionales y políticas comunes, como en el caso del respeto a los derechos humanos, el fomento a la democracia y el desarrollo del mercado, que unen a los países que conforman la Unión Europea.

Dentro de los sistemas de carácter mixtos o híbridos se encuentran aquellos que comparten las características de uno o más sistemas jurídicos; entidades políticas, provincias o territorios estatales que no logran ubicarse taxonómicamente en alguna de las familias ya anteriormente referidas. Como ejemplo de coexistencia de dos o más tradiciones jurídicas en un mismo territorio, tenemos a Luisiana en Estados Unidos, el territorio libre de Puerto Rico, Escocia que pertenece al Reino Unido, o bien, Filipinas. De igual manera se podría colocar como sistema mixto a Japón, que mezcla una tradición milenaria con un constitucionalismo de la postguerra.

¿Cuáles son las familias jurídicas contemporáneas?

¿Qué elementos tienen como unidad cultural las familias jurídicas contemporáneas?

¿Qué es un sistema jurídico mixto?

Complementos

Grupo de investigación sobre sistemas jurídicos: Université d'Ottawa, *JuriGlobe*, <http://www.juriglobe.ca/esp/>
Constituciones del mundo, proyecto de investigación de las instituciones University of Texas, University of Chicago, University College London: *Constitute*, <https://www.constituteproject.org/?lang=en>



**LA COMPARACIÓN
DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS
EN CONTEXTO DE GLOBALIZACIÓN**

2

Al concluir esta parte del curso, el alumnado: 1) expresará e identificará las repercusiones que los procesos de globalización han generado en los sistemas jurídicos; e 2) identificará las características básicas de la metodología para la comparación jurídica.

9. Globalización y sus efectos jurídicos.
10. Crisis del monismo jurídico y emergencia del pluralismo legal.
11. Relación de “lo público” y “lo privado” en la comparación jurídica.
12. Redes, gobernanza, derecho trasnacional y diálogo judicial.
13. Aproximaciones y métodos de la comparación jurídica.
14. Funcionalismo: comparar lo comparable.
15. Propuesta de secuencia metodológica en la comparación jurídica.
16. Problemática en los procesos de comparación jurídica.

9. Globalización y sus efectos jurídicos

La globalización es un proceso histórico que abarca prácticamente todo el quehacer humano y que deja en evidencia la interconexión e interdependencia existente entre las diversas sociedades, en especial, aquellas que comparten valores y principios occidentales. El aumento en el intercambio acelerado del tráfico internacional de personas y empresas se debe al avance científico y tecnológico de las comunicaciones y de los transportes, que ha acercado a las personas y a los pueblos de distintas latitudes y orígenes culturales. El proceso globalizador ha generado la emergencia de una nueva sociedad global, en la que surgen junto con el Estado otros actores a la escena internacional, como las organizaciones internacionales, las organizaciones no gubernamentales de calado internacional, las comunidades en redes, las empresas trasnacionales, e incluso individuos de relevancia global, como los líderes en el ámbito tecnológico, comercial, religioso, político, social o cultural. En este sentido, la vida cotidiana de las personas ya no sólo se delimita por su apego a normas jurídicas

o determinaciones de autoridades políticas, sino también por las acciones y decisiones de otros actores no públicos.

La globalización, en todos sus ámbitos, ha hecho que exista una mayor interacción entre países y entidades políticas y, por este motivo, entre los sistemas jurídicos. Además, los agentes económicos intervienen cada vez más en las decisiones políticas, repercutiendo en la forma en cómo se regulan las relaciones sociales. Se puede afirmar que el proceso globalizador ha tenido un fuerte impacto en el terreno del derecho, en el funcionamiento de las instituciones, en los procesos de creación de normas, el desarrollo de la cultura legal, la reconfiguración de un espacio de lo público, etcétera, situaciones que al mismo tiempo han recalado en la estructura fundamental de los sistemas jurídicos. Como se ha señalado, la globalización genera presiones hacia arriba y hacia abajo, con efectos en la autonomía local que se reflejan en el ámbito jurídico y en la necesidad de dotarse de nuevos paradigmas (por ejemplo, en derechos humanos o la organización y funcionamiento de los poderes públicos) (Carbonell y Vázquez, 2009, pp. 21–22).

En el ámbito institucional, el Estado se ha fragmentado y han surgido nuevas formas de organización de las que emergen una serie de actores que compiten con el Estado en la creación normativa y la interpretación y solución de problemas jurídicos (Picciotto, 1997). Así, por ejemplo, la estructura del Estado se relaciona con el derecho y procedimientos de organizaciones internacionales que en ocasiones tienen competencias normativas, administrativas o judiciales, cuyas determinaciones son recibidas en el ámbito nacional. En esta tesitura, el compromiso firmado por un Estado al participar en un convenio de protección de derechos humanos auspiciado por una organización internacional implica la creación de una estructura supranacional. Por lo que toca a la cuestión cultural, y derivado de la integración jurídica, es cada vez más común que los operadores de distintos sistemas se involucren con instituciones y procedimientos de cuño distinto al propio. En este contexto globalizado, emergen nuevos procedimientos e instituciones jurídicas que sirven para la solución de problemas globales, tales como las que derivan del derecho transnacional (contratos, arbitraje), o bien, los pactos propios del derecho internacional privado que establecen procedimientos específicos para la restitución internacional de menores, por citar algunos ejemplos.

Debido a los avances en las tecnologías de la comunicación, el foro se ha trasladado de la plaza al mundo cibernético. Se está creando **un ámbito de lo público en el cual prácticamente cualquier persona puede participar y opinar, y ya no sólo bajo la conducción del Estado, sino también en el contexto de organizaciones y redes privadas** (Slaughter, 2016). La estructuración del mundo jurídico global no permite que se continúe limitando el análisis de las relaciones entre los diferentes productores de derecho, sus competencias y su normatividad en términos de simple soberanía o de jerarquía institucional. Es importante tomar en cuenta que lo global no excluye lo local, sino que son ámbitos complementarios, además, los problemas de calado global deben de articularse con las características y necesidades propias de lo local (Bauman, 2013).

Cabe señalar que, a juicio de muchas personas, los postulados liberales no han generado beneficios palpables a las personas como

sí a los grandes capitales. **Los contextos recientes de crisis económica, sanitaria y política no han sido favorables para que se continúe con el proceso acelerado de apertura global, por el contrario, las relaciones comerciales e internacionales se encuentran en un proceso de evidente retroceso y, en su caso, de ralentización (slowbalisation).** En este sentido, varios sucesos han detonado las demandas de protección local y la menor cooperación internacional, entre estos: el problema de seguridad tras el 11 de septiembre, la crisis económica y financiera que se ha derivado desde 2008, los incesantes flujos migratorios del Sur al Norte, las guerras económicas entre Estados Unidos y China, el *Brexit*, la Guerra de Ucrania. Como consecuencia, ha florecido en los Estados el populismo, posturas conservadoras y proteccionistas que, sin duda, demandan más acción del Estado y menos interacción con lo global. Pese a lo anterior, el endurecimiento del escenario internacional no hace más que reafirmar la necesidad de encontrar mecanismos de cooperación por las vías institucionales y del derecho, ya que los problemas con los que se enfrenta la sociedad siguen siendo de interés global.

¿Qué efectos jurídicos se derivan de la globalización?

¿Qué implica el fenómeno de doble dirección?

La globalización, ¿se recibe de manera homogénea por la sociedad?

10. Crisis del monismo jurídico y emergencia del pluralismo legal

A partir del Renacimiento, con el surgimiento de los Estados contemporáneos, se generó la idea de que las unidades políticas soberanas contenían en sí el derecho dentro de un territorio para ser aplicado por una autoridad central respecto de una determinada población. Así, la idea monista del derecho se conformó en una garantía jurídica en la que el Estado a) detentaba el monopolio del poder, b) era el único que generaba las normas jurídicas, y c) representaba y coordinaba los destinos de la sociedad. En este sentido, fuera del Estado no habría derecho, por lo que se rechazó cualquier disposición que no emanase del poder político. Las realidades de los pueblos o de grupos como los comerciantes, que contaban con usos y costumbres propios no emitidos por el poder político, caerían fuera del ámbito de “lo jurídico”, o en su caso sólo se les otorgaría naturaleza de jurídico a sus actos si se generaba algún mecanismo de recepción por parte del orden normativo.

Cabe señalar que este proceso ha sido más acentuado en los sistemas jurídicos cerrados, como los romanistas, en el cual el dato que deriva de la ley es la fuente determinante para configurar la norma (el juez sólo aplica la ley); caso contrario de los sistemas jurídicos abiertos, como los angloamericanos, donde los jueces tienen mayor libertad para integrar la norma jurídica con distintas fuentes en la solución de los casos concretos. No obstante la rigidez de la postura hegemónica monista, con los intercambios jurídicos en la posguerra mundial, el avance de la globalización y las reivindicaciones culturales de los pueblos, se generó un desgaste y se puso en evidencia la insuficiencia del orden estatal para controlar dentro de su ámbito soberano la regulación de las relaciones jurídicas.

Hay indicios de que el paradigma del monismo jurídico se encuentra en crisis y es insuficiente para explicar la creación de la juridicidad. La posición antes hegemónica del Estado como entidad política se ha venido desdibujando para dar lugar a procesos de integración internacional y supranacional, incluso participando organismos, corporaciones y comunidades que, sin ser el Estado, también generan juridicidad. De igual manera, cada vez más los fenómenos sociales sobrepasan las fronteras físicas y hacen más complejo el control de los temas que, por consecuencia, generan situaciones que tienen que atenderse desde una perspectiva más amplia que la del Estado, con valores y principios internacionales. Baste pensar en la protección de los derechos humanos, en la salud y las pandemias, las crisis económico-financieras, o bien, los problemas de seguridad de los Estados. Como resultado de la interacción global, conceptos péticos de los sistemas jurídicos se van erosionando en cuanto a significado y efectos, de tal suerte que hay que repensar conceptos como soberanía, constitución, fuentes del derecho, entre otros. Si bien se puede señalar que debido a la globalización el derecho se desnacionaliza, como paradoja, la globalización también genera presiones y reivindicaciones desde lo local. De tal suerte que las soluciones a los problemas globales implican una actuación local y, en otras ocasiones, los ámbitos locales repercuten en la esfera internacional.

Como ejemplos de un pluralismo que no puede justificarse por posturas tradicionales del monismo, podemos referir a la juridicidad emanada de organizaciones internacionales, públicas o privadas, como las normas de las comunidades indígenas o la propia *lex mercatoria* que refiere a los usos de los mercaderes. Contrario a una postura monista encontramos una posición pluralista en la que existe un multicentrismo de producción y decisión de la juridicidad. Una referencia a este tipo de normas es el *soft law*, fenómeno jurídico que refiere a normas que, pese a no tener capacidad coercitiva, favorecen la interacción entre agentes económicos y sociales, y que además son evidencia del proceso de vaciamiento de contenido del derecho público en favor del ámbito privado (Peters y Pagotto, 2006), producto de la contracción de las atribuciones tradicionales del Estado. En otras palabras, lo que antes regulaba el Estado ahora lo hace el sector privado. Dentro de esta misma tendencia, se puede referir la creación de centros de resolución de conflictos a través de la mediación internacional, o bien, de esquemas transnacionales de contratación que no por necesidad implican la intervención del Estado. En un contexto de mundialización, el paradigma imperante del modelo jurídico positivista que postulaba la certeza y seguridad de la norma fundada en el Estado se debilita por la imposibilidad de resolver los problemas que se le presentan a la sociedad contemporánea.

¿Cuáles son los postulados del monismo jurídico y por qué está en crisis?

¿Qué implica un sistema jurídico abierto y uno cerrado?

¿Qué es el pluralismo jurídico?

11. Relación de “lo público” y “lo privado” en la comparación jurídica

Tradicionalmente, el ámbito de lo jurídico se ha atribuido a dos esferas, la pública, donde intervienen los intereses e imperio del Estado, y la privada, en la que prevalece la coordinación entre particulares. Esta división ha sido especialmente identificada en el ámbito romanista, tan es así que ya desde el *Corpus iuris* de Justiniano se hace referencia a esa clasificación. Cabe señalar que la comparación jurídica se da en todos los ámbitos del derecho, tanto en la rama privada, como en la pública o social; no obstante, el impulso originario de la comparación se generó a través del área privada y muy vinculada con la rama civil. Esto se debe a antecedentes históricos y fácticos en la conformación de los diversos sistemas jurídicos, bajo el razonamiento de que “lo público” pertenecía a la esfera soberana de cada Estado, mientras que lo particular sí podía ser objeto de análisis por no recaer en el ámbito soberano. Con ello, se limitaron los incentivos para formular comparación jurídica en ámbitos como el constitucional o político (Lerner, 2004, p. 341). Esta lógica predominó en tanto se iban desarrollando los trabajos que dieron la naturaleza al derecho comparado, como pueden ser los estudios que desde la sociedad de la legislación comparada se realizaron en el 1900. Contrario a lo público, “lo privado” ha obedecido a una dinámica de intercambio entre operadores legales, en especial en las relaciones de coordinación de personas privadas y corporaciones así como las propias del comercio.

La causa de interés principal del análisis comparativo se centró en las similitudes y diferencias entre los ámbitos del derecho privado, especialmente del derecho civil, y en concreto, la cercanía o lejanía de las figuras jurídicas de los códigos. Es decir, en el ámbito privado se presenta una interacción natural en el intercambio de figuras, instituciones y normas, como en los contratos y las obligaciones, que conlleva a preguntarse sobre sus elementos básicos y su recepción e influjo en los diversos sistemas. En este sentido, la necesidad de solucionar problemas entre particulares lleva a la búsqueda de las mejores opciones y la coordinación de sistemas jurídicos. Ahora bien, cabe señalar que también en el ámbito de lo público se realizan ejercicios de comparación, con métodos y fines que le caracterizan (Pegoraro, 2016), como se puede ver en el análisis de las constituciones, procedimientos o instituciones del Estado, en el ámbito internacional (Bogdandy, 2020; Bogdandy *et al.*, 2020) o el local (Fix-Zamudio, 2015).

En la medida en que se ha ido avanzando en el proceso globalizador y se instalan en el ámbito de lo jurídico una serie de principios y valores que se identifican con las ideas liberales, democráticas y de mercado, el Estado ha ido cambiando su naturaleza, organización y forma de relación con los ciudadanos. En esencia, las políticas neoliberales imperantes desde los años ochenta del siglo pasado propugnan por la menor intervención del aparato burocrático y la mayor libertad de las fuerzas del mercado; como paradigma económico imperante, muchos Estados occidentales se han adherido a estos principios, lo que generó un aligeramiento del Estado en cuanto a ámbitos de competencia y a la burocracia destinada a tales efectos. Este **fenómeno ha producido que algunos ámbitos que eran regulados por**

el orden público ahora lo sean por el privado; así, fenómenos como la desregulación (intervención menor del Estado y con efectos técnicos) o la autorregulación (no intervención estatal para que lo hagan los privados) permiten que haya nuevos centros de generación normativa fuera del ámbito y control estatal, y más cercanos a las vicisitudes del mercado.

A este proceso se le ha catalogado como de vaciamiento normativo del derecho público (Hernández Cervantes, 2014, p. 192).

Aunado a lo anterior, la evidente interdependencia y concentración de cadenas de valor en los procesos productivos implica que se genere un tráfico intenso en las relaciones de los actores económicos. Más tratados comerciales, más tránsito de mercancías y circulación de inversiones a través de las fronteras, suponen también conflictos a superar entre las personas, empresas y organizaciones de diverso origen. En este contexto, el ámbito privado ha ido ofreciendo soluciones más eficientes y eficaces a la problemática del intercambio global, vía celebración de contratos internacionales que regulan las relaciones jurídicas y, en caso de conflicto, a través de medios alternos de solución de controversias más allá de la adjudicación tradicional jurisdiccional que utilizan procedimientos de mediación y arbitraje. De esta manera, apoyándose en este tipo de institucionalidad de naturaleza privada, la prevención y solución de conflictos se gestiona a través de procedimientos que pueden no ser injerencia directa del Estado.

Dentro de este mismo contexto, **algunos sectores del derecho privado se han relacionado con principios de derecho público, situación que se debe precisamente al proceso de emergencia del Estado constitucional, democrático y de derecho, y de dotar de plena vigencia a los derechos establecidos en la constitución garantizados en ésta, en leyes o actos de autoridad.** Un ejemplo de lo anterior lo tenemos en el derecho de familia, cuyos principios, normas y procedimientos se sujetan al nuevo paradigma de los derechos humanos; o bien, en materia mercantil, donde impera la libertad contractual de los sujetos, pero limitada dentro de lo que implican los parámetros de respeto a los derechos humanos. Dentro de esta dinámica, y en concreto por lo que respecta a los derechos humanos, se identifica una doble vertiente, por un lado, la influencia que el constitucionalismo tiene en las esferas internacionales, y, por otra, la recepción de fuentes internacionales en los Estados-nación que establecen un rasero común a los países participantes.

¿Cómo impacta la liberalización económica en el ámbito de lo jurídico?

¿Qué son la desregulación y la autorregulación?

¿Cómo interacciona la esfera internacional con la nacional en la conformación del derecho?

12. Redes, gobernanza, derecho trasnacional y diálogo judicial

Con el proceso de globalización e interacción de una miríada de actores jurídicos se producen nuevos centros y formas de crear e interpretar la juridicidad, que implican retos tanto teóricos como prácticos para gestionar las presiones internacionales y las demandas locales que generan sobre las leyes y su ejecución (Serna de la Garza, 2016). De esta manera la institucionalidad jurídica que emerge de un mundo diverso e interconectado, esencialmente descentralizado, con valores y preocupaciones comunes, adquiere las cualidades de la sociedad a la cual regula. El derecho, centrado en formas estrictas, adquiere ahora formas flexibles o dúctiles que le permiten resolver los problemas que demanda el tráfico jurídico actual. **El edificio normativo, representado por la pirámide kelseniana de fundamentación de normas, ahora interactúa con una compleja red de conexiones y relaciones.**

Siguiendo a Slaughter (2018), la visión del mundo actual obedece a dos dinámicas, por un lado, a la de un tablero de ajedrez donde actúa cada entidad política soberana, y, por otro, a una compleja red de relaciones, donde no sólo participan los Estados, sino otros actores, como empresas, sociedad civil, grupos de presión, individuos específicos, etcétera; a efecto de entender estas interacciones, es conveniente un análisis en función a redes interconectadas. Esta interacción jurídica es patente con mayor intensidad en los ámbitos de interés internacional, como el comercio, los derechos humanos, la salud, la seguridad o el medio ambiente. Sobre estos sectores se van generando esquemas jurídicos multinivel, es decir, se van conformando distintas “capas normativas” que son coincidentes con el esquema de protección sobre un mismo objeto: la persona y su dignidad. Utilizando la analogía cartográfica, De Sousa Santos (1991) explica la relación de las esferas supranacional, internacional, nacional, local o regional como distintas escalas de representación de la realidad jurídica.

En el contexto de interacción, el concepto de “gobernanza” emerge como una nueva forma de relación entre sujetos públicos y privados, entre estados, empresas, ciudadanos, organizaciones, entre otros (Rhodes, 1996). Así, la gobernanza se entiende como el ejercicio de la autoridad política y administrativa en todos los niveles que se requieren para manejar los asuntos, incluyendo mecanismos, procedimientos, instituciones por medio de los cuales los ciudadanos y grupos de presión articulan sus intereses, hacen valer sus derechos, cumplen con sus obligaciones y arreglan sus diferencias. La gobernanza se relaciona con el déficit de representación democrática de las instituciones, la transparencia y la participación de los ciudadanos en la administración y toma de decisión de los asuntos que les atañen dentro de un contexto de Estado democrático y de derecho. La regulación de las relaciones en un contexto de interconexión supera incluso divisiones típicas del derecho, como es el caso de las ramas privada y pública del derecho internacional, que convergen de manera creativa para que los operadores jurídicos ofrezcan soluciones en el escenario actual. **Es por ello que en dicho contexto emerge el derecho trasnacional, en el que se incluyen diversas formas de juridicidad, sea pública o privada, que permitan prever,**

crear y solucionar los problemas derivados del tráfico jurídico internacional acelerado. Ejemplo de esto son los contratos creados por grandes corporativos jurídicos, que dan soporte y seguridad jurídica a las nuevas realidades, a la par de que sortean los límites estatales, o bien, por medio de nuevas formas de solución de controversias sin someter a jurisdicciones tradicionales, como los arbitrajes (Gessner, 2013, p. 213).

Como resultado de la interacción entre sistemas jurídicos en distintos niveles, los procesos de adjudicación de asuntos por las cortes nacionales e internacionales suponen un diálogo judicial en la aplicación e interpretación de fuentes jurídicas comunes. En este sentido, se produce una comunicación entre cortes, principalmente las de rango constitucional, que favorece un diálogo judicial bajo un mismo lenguaje técnico y jurídico, basado en las fuentes jurídicas existentes en la materia y sin importar el origen, local o internacional. Por ejemplo, en materia de derechos humanos, la jurisprudencia y criterios que se fijan por los tribunales especializados –europeo, americano o africano– inciden en la jurisprudencia de los países que pertenecen a dichos sistemas regionales de protección. En este sentido, a través de la comparación jurídica se trasladan al ámbito nacional, y, a veces, del nacional al internacional, teorías y doctrinas que influyen en la creación e interpretación de los cuerpos normativos a los que pertenecen.

¿Por qué se dice que el derecho se está conformando en redes?

¿Cómo interactúan los tribunales en la aplicación de criterios internacionales compartidos?

¿Qué caracteriza al derecho transnacional?

13. Aproximaciones y métodos de la comparación jurídica

En el derecho, como parte de las ciencias sociales, no existe un método único de investigación que arroje la certeza de los mismos resultados. Si bien es aplicable el método científico, lo es con las peculiaridades de lo social, no de las ciencias exactas. En realidad, una de las principales críticas que hacen los escépticos del derecho comparado es la falta de un método único. Esta carencia de un acuerdo sobre cómo hacer la investigación provoca, en parte, que los juristas se pierdan al hacer el ejercicio comparativo (Van Hoecke, 2015). Cabe señalar que existe una paradoja en las investigaciones jurídicas: se han criticado conceptos bien establecidos en la comparación jurídica (familia jurídica, objeto de comparación) y, por el contrario, comparar el derecho interno se ha convertido en una necesidad en un mundo globalizado. Por todo ello, resolver esta cuestión es importante para los comparatistas y para el desarrollo de la disciplina.

Es importante reafirmar que el **derecho comparado no es el resultado del mero emparejamiento de normas jurídicas de diferentes sistemas, sino que es el producto de una reflexión crítica y del análisis de diferentes soluciones jurídicas hacia un problema específico común** (González Martín, 2010, p. 21). La mirada comparatista apunta a las raíces del derecho, a su estructura y función, y toma en consideración tanto el conjunto de preceptos legales como las instituciones que los operan en el día a día (Somma, 2015, p. 12). Si bien existen varios acercamientos a la metodología de la comparación lo cierto es que no existe una única forma de comparar y que, en su caso, el comparatista utiliza diversas herramientas para llevar a cabo el proceso (Van Hoecke, 2006). Las tendencias más conocidas de análisis en la comparación jurídica son la institucional, la formal (*black letter*), la funcional, así como la perspectiva de las culturas jurídicas. Cabe señalar que en el proceso de comparación jurídica en muchas ocasiones se combinan distintos métodos y técnicas. En este sentido, el proceso comparativo sería escueto si sólo se basara en la letra de la norma, por lo que, para una visión más rica, se requiere identificar el contexto de creación (social, político, económico), la interpretación que se ha dado de la misma por las autoridades competentes (como los jueces), o bien, si es una norma que es acatada por la sociedad.

¿Existe un único método para hacer la comparación jurídica?

¿Qué paradoja se presenta en los procesos de comparación jurídica?

¿Qué métodos se pueden usar en la comparación jurídica?

14. Funcionalismo: comparar lo comparable

Los comparatistas Zweigert y Kötz dudan de la existencia de una única metodología de comparación jurídica lógica y autosuficiente, es más, prefieren la inspiración y el sentido común al rigor metodológico. De ahí que propongan un enfoque funcional, en el que la comparabilidad conlleva el requisito de que haya una variable común a cada instancia y que la variable tenga semejante significado (Örücü, 2007). Para Zweigert y Kötz, la premisa es que es posible comparar diferentes leyes, aunque tengan distinta estructura legal o doctrinal, siempre y cuando cumplan la misma función social o económica. Según los autores citados, el *tertium comparationis* es la función del derecho, es decir, buscar sólo lo que es comparable, teniendo en cuenta que los sistemas jurídicos se enfrentan a problemas similares y llegan a resultados semejantes. Si el problema social es el despido improcedente, la solución tomada puede diferir de una entidad a otra, “del funcionamiento del derecho administrativo y de la necesidad –para la validación del despido– de contar con la aprobación de un organismo (por ejemplo, en los Países Bajos) mientras que resulta de la jurisprudencia de los tribunales de derecho civil o laboral en otra (por ejemplo, Alemania)” (Basedow, 2014, p. 831).

La metodología funcional tiene tres pasos básicos: 1. Planteamiento del problema sin dejarse influir por el propio sistema jurídico del comparador, 2. Exposición objetiva, una por una, de las formas en que los diferentes sistemas jurídicos resuelven el problema jurídico, y 3. Evaluación del análisis precedente desde una perspectiva puramente funcional. Ahora bien, ¿cómo elegir las mejores soluciones compatibles? El resultado proviene tanto del pensamiento funcional como del sistemático. Al respecto, se ha señalado que el enfoque del funcionalismo puede ser una herramienta poderosa, sin embargo, la falta de un concepto unificado de “función del derecho” conlleva al comparatista a resultados diferentes, es decir, que identificar qué función cumple una figura jurídica en un sistema y el equivalente en otro no deriva en una resolución unívoca. Como ejemplo de lo anterior, el *trust* angloamericano, en cuanto a su función comparable con el derecho mexicano, con un fideicomiso, con una asociación en participación, con figuras cercanas al mandato y representación, entre otras, depende del enfoque del comparatista. Desde un punto de vista crítico, Michaels afirma: “[e]n resumen, el ‘método funcional’ es un triple error. En primer lugar, no hay un (‘el’) método funcional, sino muchos. En segundo lugar, no todos los métodos supuestamente funcionales son ‘funcionales’ en absoluto. En tercer lugar, algunos proyectos que pretenden adherirse a él ni siquiera siguen ningún ‘método’ reconocible” (Michaels, 2006, p. 342).

¿Qué implica el funcionalismo en la comparación jurídica?

¿Qué es el enfoque funcional en la comparación jurídica?

¿Cuáles son los pasos básicos de la metodología funcional?

15. Propuesta de secuencia metodológica en la comparación jurídica

Debido a que el proceso de comparación jurídica es una operación lógica de contraste, requiere ceñirse a algunos lineamientos o secuencias lógicas para que el resultado que se obtenga puede ser fiable. Ya se ha señalado que una de las grandes críticas a la comparación jurídica como disciplina autónoma es la inconsistencia de sus resultados por no contar con un método unitario. En este sentido, los funcionalistas Zweigert y Kötz (2002) apuntan que el comparatista debe ceñirse a un método, pero que este no puede fijarse de antemano o *a priori*, sino por el contrario, se elige un método y hay que probar su utilidad al caso concreto; incluso, señalan los autores, el sentido común puede ser una guía importante para el resultado comparativo. Conviene tener en mente que la comparación jurídica conlleva un contraste crítico de al menos dos sistemas jurídicos. Es por ello que, si el estudio se limita a la descripción de un sistema, se estaría haciendo, como mucho, un análisis de legislación nacional o extranjera, mas no un proceso de comparación. En cuanto a los niveles de comparación, ésta se puede producir en el ámbito macro, micro, horizontal o vertical.

La comparación jurídica se puede dar a niveles macro y micro. Por lo que toca a la primera, la macrocomparación, el proceso comparativo, en lugar de centrarse en problemas específicos, se basa en métodos de consulta de materiales legales, procedimientos existentes para prever y resolver disputas, y el papel que desempeñan los actores en el sistema legal. Generalmente, aplica al comparar entre dos familias jurídicas en el ámbito privado, o bien en el público, el contraste de formas de Estado. Por su parte, la microcomparación implica el análisis de problemas concretos o segmentos específicos del sistema, es decir, el estudio de aquellas instituciones a las que se recurre para resolver problemas reales o particulares. Como ejemplo, al analizar en general los sistemas electorales de dos o más países se estaría realizando una comparación macro, mientras que, si se analiza un elemento concreto de dichos sistemas electorales, como pudiese ser los requisitos de elegibilidad de las personas dentro de un proceso electoral, se estaría haciendo un análisis micro. Cabe señalar que en muchas ocasiones se tienen que realizar ambas comparaciones dentro de una misma investigación, ya que se requiere conocer los procedimientos mediante los que se resuelven los conflictos para así entender un sistema en su totalidad. De igual manera, **puede realizarse una comparación en un plano vertical u horizontal.** La comparación también puede ser vertical, que es más cercana a la descripción de dos sistemas (uno al lado del otro), pero sin gran aporte crítico; suele utilizarse para revisar cómo estándares internacionales se han ido adaptando en distintos sistemas jurídicos. O bien, puede ser horizontal cuando la comparación suponga el análisis de un mismo nivel de las normas e instituciones objeto de comparación. Resulta pertinente que la comparación parta de un conocimiento al menos básico de los fundamentos de los sistemas en contraste y, además, que se haga con rigor metodológico para evitar resultados que pudiesen ser considerados arbitrarios. Por ello, el conocimiento de

los fundamentos de las familias jurídicas y de las técnicas y métodos de comparación resulta trascendente para generar un juicio comparativo.

Una **propuesta metodológica que se ha recibido en la academia latinoamericana es la que realizó el comparatista italiano Cappelletti (1993a)**, conforme a los pasos que se refieren a continuación. Para el autor italiano, se parte de un a) *Tertium comparationis*, consistente en detectar un problema de la vida real a resolver, es un paso prejurídico, pues sólo se centra en los aspectos sociales, económicos o políticos que implica el conflicto o problema. Posteriormente, b) el trabajo se enfoca en encontrar las soluciones jurídicas de los diferentes sistemas jurídicos aplicados al problema concreto, se trata de un paso jurídico que obliga a reconocer las fuentes, instituciones y procedimientos de los sistemas en análisis. Una vez hecho lo anterior, c) se detectan las razones de las analogías y las discrepancias, justificaciones para las similitudes y las diferencias en la solución adoptada en cada sistema jurídico (de nueva cuenta, un paso metajurídico que involucra explicaciones históricas, sociológicas, económicas, políticas, entre otras). Después, d) se investigan las tendencias jurídicas para determinar si son convergentes o divergentes en la aplicación de las soluciones jurídicas encontradas. De ahí se pasa a una valoración cualitativa, que implica e) evaluar los resultados y analizar las soluciones jurídicas en un aspecto filosófico-social: su eficacia o ineficacia, su justicia o injusticia, si es progresista u obsoleto, etcétera; cabe señalar que esta valoración requiere del uso de herramientas y técnicas de otros campos (como la estadística, la entrevista dirigida, entre otras). Finalmente, f) se evalúa la evolución de las instituciones con una proyección hacia el futuro, para así vislumbrar el alcance que las mismas puedan tener.

Para los funcionalistas, en el proceso comparativo hay que tomar una serie de precauciones (Zweigert y Kötz, 2002, pp. 37-52). En este sentido, refieren: a) Formular el enunciado de la idea, una hipótesis de trabajo; b) Buscar el carácter funcional: comparar sólo lo que es susceptible de ser comparado, lo que se ve como solución dentro de un sistema jurídico; c) Recurrir a todo lo que puede ser “fuente de derecho” dentro del sistema jurídico que se compara (sin importar su origen formal); d) Aportar imaginación y disciplina para identificar la “equivalencia funcional” entre las soluciones extranjeras y las locales, internas; e) Investigar los fenómenos extrajurídicos que subyacen a las normas; f) Considerar que diferentes sistemas jurídicos tienen soluciones casi idénticas para las mismas cuestiones, a pesar de las situaciones culturales, históricas e incluso operativas; g) Tener una especial cautela a la hora de seleccionar los sistemas a comparar (por tipo, por número, por lenguaje, etcétera; hay que tomar en cuenta que vale la pena concentrarse en pocos sistemas –teoría de los rendimientos decrecientes–), por lo que el límite dependerá principalmente de la materia a estudiar; h) Optar por la realización de informes y un análisis de cada sistema, para luego hacer el cruce de toda la información resultante de ambos sistemas –la mera yuxtaposición de leyes no supone un ejercicio de derecho comparado–, que sería únicamente un paso previo en el proceso; i) Buscar lenguaje y vocabulario especiales que resulten lo suficientemente amplios y fa-

ciliten el análisis; y j) Realizar la evaluación crítica de todos los descubrimientos realizados que en conjunto puedan significar nuevas aportaciones al conocimiento jurídico.

¿A qué niveles se puede dar la comparación jurídica?

¿Cuál es la secuencia de comparación que propone Cappelletti?

¿Cuáles son las consideraciones que realizan los funcionalistas respecto de la metodología comparativa?

16. Problemática en los procesos de comparación jurídica

La comparación jurídica es un proceso que se debe de llevar de acuerdo con una secuencia metodológica, y que, además, implica toda una serie de retos técnicos y también personales. Debido a esto, se precisa del **conocimiento de las fuentes del derecho, el uso del lenguaje técnico, la posición personal que se mantenga respecto de un tema de análisis, la sistematicidad y rigurosidad en el proceso comparativo así como la cultura del comparatista.**

Por lo que toca a **las fuentes, la persona que realiza la comparación está obligada a conocer de manera solvente dónde se generan las fuentes normativas, los procesos creativos y la forma en que se aplican a los casos concretos;** a veces implica reconocer qué diferentes instrumentos, instituciones y procedimientos cumplen la misma función en distintos sistemas (Pegoraro y Rinella, 2003). En este sentido, Somma (2015, p. 30) apunta que, con relación a las fuentes, el comparatista debe recurrir a toda norma social que afecte el comportamiento del individuo y su ubicación en la comunidad, incluso normas no jurídicas en sentido interno, especialmente para el análisis de sistemas jurídicos tradicionales. Desde el punto de vista estructural y formal, en el análisis comparado hay que tomar especial consideración al lugar que ocupan las fuentes del derecho, para así determinar sus jerarquías, sea la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina, la equidad, o cualquier otra. Por ejemplo, un sistema jurídico puede tener relación con un libro sagrado revelado y, por lo tanto, ningún legislador podrá modificar sus reglas; o en otros, la ley sólo constituye un modelo que puede ser sobrepasado por la jurisprudencia. De esta forma, al reconocer las características e importancia de una fuente en un sistema jurídico en particular se puede contrastar con otro sistema.

El uso del **lenguaje es relevante, tanto a nivel ordinario, como el coloquial o el técnico, puesto que permite entender el derecho en análisis;** en este sentido, el reto supone no sólo la capacidad para conocer el alcance semántico de las palabras, o bien traducirlas de un idioma extranjero, sino habilidad y conocimiento para captar el sentido y alcance de los conceptos utilizados en las relaciones jurídicas. De igual manera, hay que reconocer la **posición personal que se tiene sobre un problema,** ya que esto delimita la manera en cómo se puede llegar a realizar el análisis; para aminorar sesgos en la investigación conviene dotarse de una apertura de criterio para analizar instituciones ajenas a la propia cultura, incluso, a las creencias que pueda profesar la persona. Así, resulta útil evitar los prejuicios y buscar la neutralidad y objetividad sobre el análisis con el fin de identificar los elementos distintivos para lograr asertividad en el ejercicio comparado. Además, al proceso comparativo se le debe de dotar de **vocación creativa;** sistematicidad y compromiso. Hay que recordar que el derecho es un producto cultural, y por ello en la medida en que se tenga una mayor cultura o capacidad para asimilar las características sociales en su contexto, el comparatista podrá romper la barrera de una visión provinciana, excesivamente tributaria de lo local, para lograr posturas flexibles e informadas que le permita realizar un estudio de mayor calado.

¿Cuáles son los retos personales que implica un proceso de comparación jurídica?

¿Qué reto implican las fuentes del derecho en la comparación jurídica?

¿Cómo influye el lenguaje en la comparación jurídica?

Complementos

Radicado en Alemania, el Instituto Max Planck, tiene áreas específicas de comparación jurídica en el ámbito público y privado del derecho, mpi, <https://www.mpil.de/en/pub/news.cfm> Y <https://www.mpil.de/en/pub/news.cfm>, <https://www.mpg.de/150209/private-law> , respectivamente.

El Instituto de Roma, se encarga de la armonización y unificación del derecho privado, cuenta con estudios y trabajos en la materia civil, mercantil, unidroit, <https://www.unidroit.org/>

**LOS SISTEMAS JURÍDICOS
DE OCCIDENTE**

3

Al concluir esta parte del curso, el alumnado: 1) analizará y describirá los procesos de conformación histórica de las familias romanista y del *common law*; y 2) expresará e identificará las fuentes jurídicas y su formación dentro de los sistemas inglés y del estadounidense.

17. Familia romanista: antecedentes históricos.
18. Recepción e influencia romana en los derechos nacionales y el proceso de codificación.
19. Fuentes jurídicas de la familia romanista: predominio de la ley y la doctrina.
20. Familia del *Common Law*: antecedentes históricos y conformación del derecho inglés.
21. Fuentes jurídicas inglesas: un derecho casuístico y jurisprudencial. Constitución, *case law*, leyes y doctrina.
22. Conformación del sistema jurídico-político estadounidense: influencia del constitucionalismo y federalismo.
23. Las fuentes del derecho de los Estados Unidos: un *common law* específico a las necesidades estadounidenses. Constitución, leyes, jurisprudencia y *Restatements of the Law*.

17. Familia romanista: antecedentes históricos

Los sistemas jurídicos pertenecientes a la familia romanista comparten una unidad cultural basada en un origen común de derechos, el cual es el derecho romano; una análoga estructura del derecho que se cimentó en la diferencia entre lo público y lo privado; una semejante concepción de fuentes donde predomina la ley escrita y codificada; así como una forma semejante de enseñar el derecho por los juristas, centrados en los grandes desarrollos doctrinarios y explicación de las fuentes jurídicas. Cabe señalar que, si bien este grupo de sistemas jurídicos comparte antecedentes privados del derecho romano, las fuentes romanas no se recibieron de manera pura, sino que fueron retomadas con variaciones de cada derecho nacional. Sobre lo anterior, es reseñable: a) que el derecho recibido fue el jus-

tiniano, bajo las técnicas y métodos derivados de las universidades medievales, b) la recepción fue diversa, en cuanto a la intensidad y al tiempo, ya que dependió de situaciones históricas, sociales, políticas y culturales de cada país, y c) las fuentes romanas se mezclaron con otros antecedentes (celtas, ibéricos, germanos, costumbres locales, la normatividad canónica, etcétera).

El pueblo romano destacó en la historia por su organización militar, capacidad de conquista y desarrollo de infraestructura y, por el desarrollo jurídico. De esta manera, los romanos fueron cimentando el avance de la colonización de prácticamente todo el continente europeo y parte del norte de África y regiones de Asia. Por ello, la civilización romana, que a su vez se cimentó en la griega, fue el fundamento de los valores y principios de Occidente. En este contexto, los romanos desarrollaron el derecho no sólo como norma de regulación de su pueblo y aquellos que eran conquistados, sino como elaboración abstracta y científica. Durante la primera vida del derecho romano, aquél que reguló los derroteros del pueblo romano desde su fundación hasta la caída del Imperio y muerte de Justiniano, se conformó un sistema jurídico que favoreció el desarrollo armonioso de la sociedad, regulando el orden al basarse en principios y valores tales como la justicia y la equidad. En este sentido, el derecho del pueblo romano tiene un lugar privilegiado, al grado de conformar el derecho común en prácticamente toda Europa occidental, bien por haber sido utilizado como instrumento de conquista o por el prestigio de su elaboración y que, como ya se adelantó, fue recibido con ajustes por los países europeos y, de ahí, por los pueblos que fueron objeto de colonización (como en América Latina).

Desde tiempos de los romanos, se identificó la división del derecho en público y privado, e incluso se reconoció el derecho natural y el derecho de gentes, este último como antecedente del derecho internacional. En desarrollo del pueblo romano, el derecho transitó de ser consuetudinario y casuístico hasta el predominio de la fuente escrita, abstracta y publicada para ser aplicada a casos futuros. El proceso de laicización y codificación del derecho también se fue dando a lo largo del tiempo. Como antecedente de la norma escrita se refiere a la *Ley de las XII Tablas*, que fue una norma fija, publicada y previsible con la que se limitaba el accionar de los magistrados patricios. Durante la historia romana, se produjeron invasiones de los pueblos bárbaros, principalmente los germanos, cuya interacción con el pueblo romano supuso una vulgarización del derecho por la recepción de las formas y costumbres de dichos pueblos.

El sistema jurídico romano evolucionó de la mano de la sociedad a la que servía, a lo largo de las épocas de la Monarquía, República e Imperio (Petit, 1977, pp. 27-64). Así, la Monarquía fue una época arcaica en la que las normas jurídicas eran casuísticas, principalmente reguladoras de la propiedad y tributarias de la familia, en la que el monarca y el *pater familias* tenían mucho peso. Posteriormente, emergieron instituciones que dividieron funciones en la creación de normas y tomas de decisiones de lo público, como el senado, los comicios (por curias, por centurias), los magistrados y los cónsules. Estos últimos convivieron primero con el rey en la República, pero posteriormente se desvanecieron en la época Imperial, cuando el emperador concentró todos los poderes en sí mismo. Parte del éxito de la expansión romana fue la posibilidad de que el derecho

civil de cada pueblo conviviera con las costumbres locales, además de que se generó un régimen jurídico para los extranjeros con el derecho de gentes. La etapa del derecho clásico (desde Augusto hasta la muerte de Alejandro Severo, 235 d. C.) es la época de oro de la ciencia jurídica romana, y coincide con el Imperio.

En esta etapa clásica, los jurisconsultos se convirtieron en la piedra angular del sistema, al realizar una integración de las distintas fuentes existentes y aplicarlas en la solución de casos concretos que les fueron presentados por los particulares. En este periodo se produjo una gran cantidad de literatura problemática donde se daban respuesta a casos y cuestiones planteadas. La jurisprudencia clásica colocó en una posición privilegiada a los jurisconsultos, al contemplarlos como descubridores y fundadores de lo jurídico, con capacidad para integrar el derecho que derivaba de diversas fuentes de las que formaba parte la ley escrita, más no era la principal; esta situación guarda cercanía con el papel del juez dentro del *common law*. Los romanos dieron origen a un sistema jurídico pleno al organizar e integrar las resoluciones con cierta jerarquía y orden, al dotar de coherencia las normas para con ello favorecer el surgimiento de la dogmática jurídica. **En un contexto postclásico emergió la figura de Justiniano, emperador que gobernó entre el 527 al 565 d. C., cuya obra impactó en la conformación del derecho romano y de Occidente.** En esa época, Justiniano procuró recuperar territorios perdidos frente a las invasiones en el Mediterráneo, para ello, concentró la administración y buscó dotarse de normas jurídicas vigentes que le permitiesen gobernar, al depurar luego de siglos de generación de derecho romano el caos normativo de fuentes y con ello decretar qué normas estarían vigentes. Con el anterior fin, se conformó un grupo de juristas para que compararan la jurisprudencia (*ius*) y las normas (*leges*) que efectivamente se aplicaban en los territorios; el resultado fue el *Corpus iuris* que, a decir de muchos, constituye el trabajo comparativo más grande por su importancia.

El *Corpus iuris*, también conocido como *Corpus iuris civilis*, se conforma de cuatro obras, el Código (*Codex*), el Digesto o *Pandectas*, las Instituciones o *Institutas* y, finalmente, las *Novelas*. El Código resume en una sola obra los códigos Gregoriano, Hermogeniano y Teodosiano, añadiendo las constituciones imperiales posteriores. Esta obra se divide en doce libros que tratan las fuentes del derecho, cuestiones administrativas, derecho eclesiástico, privado, penal y financiero. En cuanto al Digesto o *Pandectas*, contiene las citas de los grandes jurisconsultos de la época clásica, divididos en cincuenta libros; cabe apuntar que fuera de esta colección cualquier otra jurisprudencia deja de tener obligatoriedad. Las Instituciones, son la obra pedagógica que describen todo el *Corpus iuris*, cuyo objetivo era la enseñanza del derecho. Como fuentes del derecho romano, las *Institutas* de Justiniano señalan a la ley, el plebiscito, senadoconsulto, las constituciones imperiales, los edictos de los pretores (o derecho honorario) o las opiniones de los jurisconsultos. Por su parte, las *Novelas*, conformadas por las constituciones imperiales posteriores a la publicación del Código, eran la forma en cómo se actualizaba la obra jurídica. **Esta colosal obra da una forma definitiva al derecho romano, que pudo transmitirse a la posteridad, y configura un antecedente del derecho moderno universal.** La obra de Justiniano es importante ya que, por un lado, realizó una obra completa de edificación

y compilación del derecho, ocupándose de todas las materias jurídicas, y, por otra, porque dio fuerza de ley a todas sus obras, con lo cual abrogó cualquier otra. Con el *Corpus iuris* se cimentó la rigidez de la norma en detrimento de la laxitud de la interpretación del juriconsulto, situación que hasta la fecha forma parte de la unidad cultural de los sistemas jurídicos romanistas.

¿Cuál es la importancia del derecho romano clásico?

¿Cuáles son los elementos del *Corpus iuris*?

¿Por qué en el derecho romano predomina la norma escrita?

18. Recepción e influencia romana en los derechos nacionales y el proceso de codificación

Se le denomina la “segunda vida” del derecho romano porque el derecho justiniano es retomado en el medievo como base para el desarrollo del derecho feudal y posteriormente el derecho nacional (Margadant, 1986). Esta etapa coincide con el interés del estudio del Digesto, en el siglo XI, que luego da lugar a un estudio profundo y con características propias del *Corpus iuris civilis*; termina en el momento en que los países dejan de lado el derecho justiniano como vigente, esto es, según el caso, por el predominio del *common law*, o bien, por el surgimiento de la etapa de la codificación.

Las universidades fueron los centros culturales en los cuales se gestó el renacer del derecho romano (Tamayo y Salmorán, 2005). En estas instituciones, adosadas a las catedrales y bajo el control de la Iglesia católica, se gestó la recepción de los descubrimientos hechos por los cruzados al viajar a Medio Oriente; el intercambio de culturas derivado de las cruzadas produjo un interés por el estudio de lo bizantino y lo musulmán. Las universidades se organizaron al estilo de los gremios de artesanos y comerciantes, al conformar grupos entre los cuales se compartía el conocimiento. Estas instituciones eclesiásticas se convirtieron en semilleros para la formación del alto clero, pero también de laicos con recursos, y ofrecían un conocimiento cosmopolita, universal, pero también elitista. Las universidades crecieron con independencia de los poderes reales, además, en muchas ocasiones, sus estudios sirvieron para justificar el poder del monarca en turno. Se estudiaba religión, lenguas y, en el tema jurídico, el derecho romano y canónico, conforme a una lengua común (el latín), además de los métodos fijados por las escuelas de los glosadores y postglosadores. Esta forma de manejo de fuentes, técnicas de estudio y unificación de lengua y conceptos permitió que el derecho romano resurgiera en distintos puntos de los pueblos europeos.

En el siglo X se da el florecimiento de las ciudades, creándose centros de intercambio y de comercio que requirieron nuevas respuestas jurídicas a la regulación de la vida social y mercantil. En este contexto emergió la escuela de los glosadores, en Bolonia (Italia), cuya obra se centró en el análisis exegetico de Digesto, a través de anotaciones marginales en el texto, un estudio hábil, pero sin perspectiva histórica. Las glosas dieron comentarios sistemáticos y estructurados a la obra del *Corpus iuris*, con lo cual adquirieron autoridad propia; llegaron, incluso, a importar más que el documento analizado. Pronto la escuela se esparció por los pueblos europeos, situación que impactó en la consolidación para concebir el derecho de una manera semejante. El objeto material de la escuela de glosadores fue el Digesto, su metodología se hizo a través de glosas y el lenguaje empleado fue el latín. Más adelante, en Orleáns (Francia) se crea hacia el 1300 la escuela de los **postglosadores o comentaristas, ocupándose menos del análisis de las glosas y más por el aspecto de la práctica legal.** Como método, los comentaristas usaron con rigor la escolástica para identificar principios, divisiones y distinciones. Pese a que tornaron complejo el análisis, también tuvieron el mérito de reintroducir el derecho justiniano al foro y, con ello, la aplicación práctica del derecho.

El movimiento humanista marca el punto de reencuentro con lo clásico grecolatino y coloca en el centro del análisis a lo humano. Se estudia el *Corpus iuris*, pero ahora con una perspectiva histórica. Los humanistas jurídicos buscaban la reconstrucción histórica de pasajes del Digesto y, para ello, utilizaban tanto el latín como el griego. No obstante, el movimiento humanista no se constituyó de manera uniforme a lo largo de los siglos. Emergió el *mos gallicus* (estudio técnico y científico) y el *mos italicus* (estudio práctico y menos especulativo). Más adelante, la jurisprudencia elegante (en Holanda) y el *usus modernus pandectorum* (en Alemania), ambas, como antecedente de la escuela histórica alemana. Por lo que se refiere a la escuela alemana, se concentraba en redescubrir los fundamentos del derecho alemán en lo que efectivamente era un antecedente, lo que implicaba un arduo trabajo de investigación histórica. Dicha escuela, cuyo máximo exponente fue Savigny, tuvo impacto en la conformación de los códigos de Suiza, Francia, Rusia, Grecia e Italia.

Regresando al medievo, el desarrollo del derecho se fundamentó en el *ius commune*. En las universidades se enseñaba la interpretación del *Corpus iuris civilis* y, además, el *Corpus iuris canonici*, cuerpo normativo que finalmente también se desarrolló en función al derecho romano. La influencia de las teorías generadas en las universidades fue permeando a otros centros de estudio a lo largo de Europa, generándose así el “derecho común”. La base del derecho romano confirmaba el acervo jurídico de la época y constituyó el derecho aplicable. El derecho romano actualizado permitió resolver los problemas sociales y económicos de la época. Así, tanto en el plano académico como en el administrativo, las teorías de los glosadores y postglosadores aportaron al desarrollo del derecho común en Europa. **El *ius commune*, constituido por el *ius civile*, el *ius canonici*, el derecho feudal, se aplicaba en toda Europa, siempre y cuando no existiese una costumbre que fuese directamente invocable.** Este derecho común se construyó en función a casos prácticos, en la interpretación y aplicación del Digesto, constituyendo un derecho casuístico de aplicación obligatoria. Como señaló Merryman (1989), con el derecho común hubo una unidad cultural consistente en un cuerpo normativo, el idioma, la religión y métodos de investigación, todos comunes.

No obstante, la penetración del *ius commune* no fue igual en todos lados de Europa, pues en algunos lugares hubo dificultades en su recepción. Durante el Renacimiento, los pueblos europeos adquirieron personalidad y autonomía al conformar el Estado moderno, con territorio, población y gobierno. Una manifestación de la soberanía estatal era precisamente la expedición y aplicación de leyes propias que, además, servían como justificación a las relaciones sociales, económicas y políticas existentes. No se puede perder de vista que estas leyes implicaban un nuevo sistema jurídico, en el cual había algunos ganadores y otros perdedores (especialmente, con relación a la justificación de la propiedad de la tierra). Así, en Italia, la recepción fue rápida y decisiva, pues se conocía el derecho vulgar romano y se enseñaba en las universidades. Por lo que toca a Francia, ésta se dividía en la zona norte, apegada a la influencia de costumbres germánicas, y en la zona sur, donde el derecho era más cercano a los postulados romanistas; esta división permeó hasta la promulgación del Código Civil (1804). En Alemania se dio una recepción tardía, pero llegó a imponerse. En España hubo

reticencia por la fragmentación de los sistemas locales en grandes centros urbanos y poblaciones rurales. El desarrollo de los Estados y sus derechos nacionales significó el rompimiento de la unidad cultural que caracterizaba a la Europa medieval, ya que se fomentaron las expresiones culturales nacionales, se desarrollaron las lenguas romances y se centralizó el poder político que cultivó las normas jurídicas nacionales.

Durante los siglos XVII y XIX surgió la etapa de la codificación en el mundo romanista, en la que el código se erigió como un instrumento jurídico, con connotaciones políticas liberales, basado en la razón para garantizar derechos y prerrogativas a las personas en las relaciones particulares (Zagrebelsky, 2011, p. 32). Como producto jurídico derivado de la razón del legislador, el código no sólo es un compendio de normas, sino que es la norma por antonomasia que se concibe como una producción normativa **completa, coherente y sistemática y, además, segura y legítima**. Con el código, se pretende regular ámbitos completos de las diversas ramas del derecho (por ejemplo, la civil, la penal, la mercantil) y establecer en la norma, a manera abstracta, los supuestos normativos posibles y principios para su interpretación, bajo la noción de que en el código se encuentra la solución a las necesidades legales. Pero, además, se concibe al código como una fuente que otorga seguridad jurídica y legitimidad, ya que, por un lado, ofrece certeza sobre los contenidos normativos –con lo cual limita la discrecionalidad de la autoridad–, y, por otro, es expedido por la asamblea como representación del pueblo. Los códigos se caracterizaron por pretender construir un nuevo orden legal y así brindar soluciones jurídicas a todos los casos que pudieran presentarse. De ese modo, el legislativo da la ley y el juez sólo se limita a que se acredite que los hechos que se juzgan caen dentro de las hipótesis normativas.

Es importante tomar en cuenta que durante el siglo XVIII apareció **la escuela del derecho natural**, que sostuvo que el derecho, y por ende el código, era un producto de la razón humana consubstancial a las personas, con independencia de su origen cultural. El código se convirtió así en un instrumento jurídico, eficiente, con una connotación política que además reflejaba las aspiraciones de los pueblos a los que regulaba. Es necesario considerar que, si bien la fuente material identificada como código puede existir en otras familias jurídicas, no tiene la misma naturaleza que en la romanista, la cual está dotada de una particular visión jurídica, política y filosófica (Merryman, 1989, pp. 59-60). En este sentido, si bien en California pueden existir códigos, estas fuentes no se interpretan en el mismo sentido que, por ejemplo, el Código civil vigente en el territorio mexicano.

Los primeros códigos aparecieron en el centro de Europa hacia el siglo XVIII; no obstante, el código que tuvo mayor influencia fue el napoleónico, de 1804. Este código reúne la tradición romana (obligaciones, propiedades, derechos reales) con postulados libertarios derivados de la Revolución francesa. Junto con el derecho romano, los códigos napoleónicos y el alemán constituyen los pilares sistémicos de la familia romanista. Por lo que respecta al código napoleónico, este fue producto del rompimiento con el antiguo régimen absolutista; garante de la libertad y la igualdad, concebido como instrumento legal para el pueblo. Mientras, el código alemán (BGB) obedeció a una visión historicista y científica en la que a través de un largo proceso de investigación los legisladores buscaron las fuentes

germanas. Así, mientras el código francés fue resultado de una revolución y aspiraba a una nueva forma de derecho, la visión alemana lo fue de una continuidad histórica que llevó a un documento altamente técnico y científico.

¿Qué se entiende por segunda vida del derecho romano?

¿Qué es aportó la escuela de los glosadores al derecho?

¿Qué implicó el proceso de codificación dentro de la familia romanista?

19. Fuentes jurídicas de la familia romanista: predominio de la ley y de la doctrina

A lo largo del tiempo, el estudio del derecho se ha tornado más complejo por las técnicas, métodos y materiales. Cada vez más sectores de la realidad social se regulan por las normas jurídicas. **Con un objetivo pedagógico y un afecto de hacer más sencillo el análisis del amplio campo de lo jurídico, el derecho se divide en ramas de estudio. La ciencia jurídica que se encarga del análisis de las divisiones del derecho es la sistemática jurídica.** La primera gran división la encontramos en derecho “público y privado”, que deriva desde los romanos, y de ahí surgen las “ramas” del derecho. Estas ramas han ido evolucionando en la medida en que las áreas de conocimiento adquirieron entidad y cierta autonomía en cuanto al objeto de estudio –por el método de análisis e incluso por cuerpos de leyes que le conforman–. En una primera aproximación, podemos hacer las siguientes divisiones: a) derecho científico y derecho normativo; b) derecho interno y derecho internacional; c) derecho sustantivo y derecho adjetivo; d) derecho teórico y derecho práctico; e) derecho tutelar y derecho no tutelar; f) derecho estatal y derecho paraestatal; g) derecho vigente, derecho natural y derecho positivo; h) derecho federal y derecho local; i) derecho comparado; j) derecho uniforme; k) derecho comunitario (Arellano García, 2004).

La principal división entre derecho público y privado surge en Roma, en el *ius civile*. El antiguo jurista romano Ulpiano definía el derecho público de la siguiente manera: *Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat*, lo que significa: “Es derecho público el que se refiere al estado de la cosa romana”. Para Ulpiano, el derecho privado se definía como: *Privatum, quod ad singulorum utilitatem*, en español: “El que pertenece a la utilidad de cada individuo”. Por lo tanto, una de las características de los sistemas romanistas es esta división, la cual en un principio se respetó de manera celosa y posteriormente se reestructuró por la constitucionalización del sistema jurídico. Si bien hay una lógica académica que prevalece, para los operadores jurídicos también resulta orientador saber si existe una dinámica de derecho privado o público en las relaciones jurídicas sujetas a análisis.

Por lo que toca a las ramas del derecho civil y derecho mercantil, cabe señalar que **el derecho civil se constituye como el tronco común del cual emanan las demás ramas, de hecho, a la fecha en el mundo romanista es el “derecho común” aplicable en suplencia a ramas específicas.** Por lo que toca al **derecho mercantil, las necesidades propias del gremio hicieron que ya desde el medievo se fueran dando normas y procedimientos específicos, que, si bien, toman como base obligaciones civiles, tienen una especificidad, principios y cuerpos normativos diversos.** Tanto en el ámbito civil como en el mercantil existen códigos que se incardinan en el concepto ilustrado de racionalización del derecho. La tradición civil se reservó para los asuntos que atañen a particulares, siguiendo las divisiones del *Corpus iuris* de Justiniano y proyectos que se derivan de éste, mientras que la codificación mercantil se dejó para asuntos entre comerciantes, o bien, actos de comercio que impliquen lucro. Existe una gran gama de **clasificación de las fuentes, entre formales, reales, materiales e históricas.** Dentro de las fuentes formales, encontramos

las directas, como la ley y la costumbre, y las indirectas, como la jurisprudencia, la doctrina, los principios generales del derecho y la equidad. En el mundo romanista, por cuestiones históricas, prevalece el derecho escrito y la ley, interpretada esta última por los doctrinarios y en la cual el juez ha tenido un papel secundario al ser relegado como la “boca del legislador”. Sin embargo, los ámbitos de lo público y lo privado se han acercado cada vez más, con motivo del proceso de constitucionalización de las normas.

Como en los países de corte romanista la norma jurídica primordial es la ley, ésta se elabora a través de un proceso legislativo, mediante la cooperación de poderes. Normalmente las asambleas legislativas tienen el poder de iniciativa, junto con el titular del Ejecutivo, y las propuestas se debaten hasta adoptar un texto que es publicado para efectos de que los gobernados y autoridades lo conozcan; en ese momento empieza la vigencia de la norma jurídica. En resumidas cuentas, el proceso legislativo implica iniciativa, discusión, aprobación, sanción, publicación e inicio de la vigencia. La ley, en sentido estricto, es creada por el congreso o parlamento, además, debe contar con los atributos de generalidad, abstracción, impersonalidad y regir hacia el futuro. A través de la ley, como fuente escrita, se busca otorgar certeza a las relaciones jurídicas, pues resulta aplicable a un sinnúmero de casos. Nótese que se habla de abstracción dentro del mundo jurídico regido por las leyes, a diferencia de la casuística, que es la aplicación de la norma a casos concretos. Incluso, contar con leyes escritas es una garantía dentro de muchos sistemas romanistas, basta revisar el artículo 14 de la Constitución mexicana que establece la garantía de legalidad basada en normas escritas. Por el predominio de la ley como fuente jurídica es que históricamente la labor del juez se vio relegada en la tradición romanista, ya que principalmente se limitaba a la subsunción, una operación lógica de adecuación de los hechos a la hipótesis normativa.

Por lo que toca a la costumbre como fuente, es conformada por un elemento material (*inveterata consuetudo*), la repetición de actos, pero no cualquier tipo de actos, sino aquellos que se estiman valiosos como un elemento psicológico o espiritual (*opinio iuris sive necessitatis*). **Como en muchos sistemas jurídicos romanistas se le da primacía a la ley, incluso como garantía constitucional, y no se puede invocar el desuso o la práctica en contrario.** La costumbre se limita entonces a determinados casos, bien en el ámbito civil, en el mercantil o laboral, así como a tradiciones de pueblos.

La jurisprudencia es una fuente secundaria que surge por la interpretación de la ley por las autoridades judiciales, pero que cada día adquiere mayor importancia. En este sentido, dependiendo de la organización y jerarquía judicial, las sentencias a casos concretos generarán antecedentes de interpretación que fijarán el sentido de las leyes. Cabe señalar que la jurisprudencia en el mundo romanista ha adquirido mayor relevancia, principalmente con las resoluciones de los tribunales constitucionales y el deber de actualizar las normas fundamentales a las necesidades sociales. Con relación **a la doctrina, ésta se refiere a la investigación que hacen los cuerpos académicos sobre temas jurídicos, dedicados a buscar principios, definiciones, sistematizaciones del fenómeno legal.** En la tradición romanista, y debido a la abstracción de los conceptos jurídicos, la doctrina es fundamental, por ello, se puede señalar que, junto con los legisladores, los formantes jurídi-

cos más importantes han sido los académicos. Los jueces recurren a **principios generales del derecho y la equidad** para impartir justicia; cuando una ley resulta poco clara, y derivado de interpretaciones lógicas, se van determinando cuáles son los principios que están en juego. Esto se aplica sobre todo cuando la ley tiene lagunas, o bien, no contempla un supuesto normativo para un caso en concreto. El precepto de la equidad, que es un principio general del derecho que prevaleció en Roma, implica resolver conforme a los hechos al caso concreto y en la búsqueda de los mejores intereses.

¿A qué se debe que prevalezca la ley como fuente predominante en la familia romanista?

¿De qué manera otorga certeza y seguridad jurídica la ley?

¿Qué papel juega la jurisprudencia en el mundo romanista?

20. Familia del *Common Law*: antecedentes históricos y conformación del derecho inglés

A la familia jurídica del *common law* también se le conoce como sistema insular o angloamericano. Normalmente, se le refiere en el vocablo inglés *common law* y esporádicamente traducido al español como derecho común. La tradición inglesa y la romanista son las que mayor influencia han tenido en el mundo, bien por los procesos históricos, la colonización o el prestigio adquirido. El *common law* como familia jurídica incluye a todos aquellos sistemas jurídicos que tienen una unidad cultural que le une con Inglaterra, tales como el derecho de los Estados Unidos, Canadá, India, Nueva Zelanda, Australia, algunos países de África, medio Oriente e islas del Pacífico. Baste recordar que en su momento el Imperio Británico abarcó gran parte de mundo conocido y que, posteriormente en los procesos de descolonización, los países emergentes han mantenido vínculos culturales, comerciales y jurídicos a través de la *Commonwealth* (Carpizo, 1971). Esta organización está conformada por 54 países (de los cuales, 14 aún reconocen al monarca británico como jefe de Estado) y se caracteriza por ser informal, puesto que no existen obligaciones jurídicas entre los integrantes, sino que la lógica de integración obedece a los antecedentes y valores compartidos. El *common law* y la familia romanista se pueden calificar como occidentales, toda vez que comparten valores y principios; de esta forma, tanto los problemas que emergen en las sociedades cuyos sistemas se clasifican en dichas familias como los principios de solución son compartidos, y sólo se identifica una variación en la forma de solventarlos. Por lo anterior, se puede afirmar que **la diferencia entre ambas familias obedece más a la forma que al fondo.** Sobre el vocablo *common law* conviene realizar una precisión, y es que éste tiene varias acepciones según el contexto en que se use, ya que se puede referir a la gran familia jurídica, al derecho inglés en sí mismo y, por último, a una de las dos ramas del derecho inglés (siendo la otra la *equity*).

Como características distintivas del sistema jurídico inglés, destacan **la casuística y que es eminentemente jurisprudencial –“hecho por el juez”–, cualidades que se transmitieron a todos los sistemas jurídicos que comparten la unidad cultural de la familia angloamericana.** Ahora bien, no obstante participar de los elementos comunes antes referidos, los sistemas jurídicos de la familia angloamericana también se han ido diferenciando debido a circunstancias históricas y de organización política. Un claro ejemplo de lo anterior son los Estados Unidos o Canadá, que si bien se ubican dentro del *common law*, su organización política deja patente características diferenciadoras frente al derecho inglés.

Así como se recurre a los antecedentes romanos para analizar a la familia romanista, en el caso del *common law* es necesario recurrir a la evolución histórica del derecho inglés.

En Inglaterra, el derecho se desarrolló de manera casi autónoma y continua, apegándose invariablemente a los principios del *common law* y de la *equity*, lo que representa una continuidad histórica que no se ha visto afectada por procesos de recepción de derecho externo (Morineau, 1998, p. 11). En este sentido, el derecho inglés es un fiel reflejo de la historia y tradición jurídica de la zona, incluyendo las fuentes jurídicas, la ideología, doctrinas, instituciones, así como una manera específica de entender y analizar lo jurídico. A diferencia de

lo acontecido en el continente europeo, la influencia romana en las Islas británicas fue más bien escasa. De tal suerte que, al no ser tan profunda la romanización los territorios, continuaron los pueblos su desarrollo cultural; además, la cristianización no fue tan exitosa, por lo que se mantuvieron lenguas nativas, usos y costumbres. En donde hay mayor evidencia de influjo romano fue en Escocia, donde hasta la fecha se considera como un sistema jurídico mixto. **La historia del derecho inglés se determina por la aparición de documentos vinculantes que invocaron principios y pretendieron solucionar litigios pendientes, y que, en definitiva, establecieron prerrogativas en favor de las personas, o bien estructuraron las relaciones entre los poderes,** lo que lleva a considerarlos como parte de la tradición constitucional inglesa, una constitución material, mas no formal. Entre estos documentos se refieren la *Carta Magna* (1215), *Petition of the Rights* (1628), *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), *Bill of Rights* (1689), *Act of Settlement* (1701), así como la *Parliament Act* (1911).

Dentro de la evolución histórica de la conformación del sistema jurídico inglés se identifican varios periodos, tales como el derecho anglosajón –que era el derecho originario de los pueblos conquistados–, la conquista normanda, la conformación del derecho jurisprudencial con los tribunales itinerantes y el surgimiento de la *equity* como complemento al *common law*. El derecho en el periodo anglosajón era característico de los reinos sajones, anglos, jutos y daneses –correspondiente a los pueblos que habitaban las islas–; era un derecho consuetudinario, aplicable a cada reino. Hacia 1066, el duque de Normandía, Guillermo I, reclama para sí y por vía de la conquista el trono de los reinos anglosajones. De tal suerte que se coloca a la cabeza del sistema y organiza el reino de manera centralizada, tanto en el aspecto administrativo como en el jurisdiccional, con lo cual se restó poder a todos los demás feudales, situación que de cierta manera prevalece aún en Inglaterra. Como política, el monarca decomisó todos los bienes a los barones, los centralizó y se reservó la propiedad originaria, y posteriormente los repartió de manera dividida para que no pudiera competir con el poder de la Corona y reclamar impuestos en función a la tenencia. Como consecuencia, la tenencia de la tierra y el tema impositivo fueron precisamente una manifestación de poder cuyas relaciones impactaron directamente en las formas jurídicas.

Para unificar el reino, se estimó necesario contar con la unidad del derecho y de la impartición de justicia, y así surgió el *common law*. La unificación del derecho se dio por orden del rey, y en dicho proceso se buscó y comparó a las tradiciones de los poblados; a través de tribunales reales itinerantes se rescató lo que era común en los pueblos y se tuvo como resultado la identificación de aquellas normas que se aplicaban en los territorios, la ley común o *common law*. Con el tiempo, bajo la vigilancia real se logró establecer tres tribunales del *common law* o reales (del Tesoro, Banco del Rey y de Causas Comunes) con los cuales se impartía justicia en aquellos asuntos que no eran resueltos por tribunales locales. Durante ese periodo, para obtener justicia se requería de la intervención del rey y, para tal efecto, se necesitaba formular una petición (*writ*) que era atendida por el canciller (Alvaro y Ragone, 2007). De esta manera, el sistema procesal implicaba incitar a la autoridad a que conociera del asunto que se proponía, situación que de cierta manera prevalece en la actualidad. Al aumentar las demandas de intervención ante los

tribunales se estandarizaron los *writs* y surgieron formas-tipo o machotes (*forms of action*), situación que a la larga implicó que la justicia sólo atendiera un tipo de solicitudes, lo que dejó de lado cualquier otra que no fuese reconocida dentro de esos *writs*; esta situación se alivió con la jurisdicción del canciller y el surgimiento de la *equity*.

A partir del siglo XIV, los tribunales reales fueron insuficientes, por lo que las personas comenzaron a acudir directamente con el rey, éste, a su vez, derivaba los asuntos con el canciller, persona que era de toda su confianza. Pronto surgió el Tribunal de la Cancillería (*Court of Chancery*). El canciller, figura relevante en la estructura política de la corona inglesa, era un clérigo que estaba preparado conforme a la tradición de la enseñanza universitaria y, por ello, formado en derecho romano y canónico. Así, cuando el canciller resolvía los asuntos lo hacía de una manera más cercana a las figuras romanistas y a la equidad, bajo procedimientos donde importan más los hechos que la formalidad del procedimiento y donde el juez cuenta con una mayor discrecionalidad. Esta flexibilización de la rigidez del sistema legal implicó, de manera tangencial, la introducción de figuras romanistas dentro del contexto jurídico inglés. En este proceso emergió la *equity*, como rama complementaria del *common law*, que constituyó una nueva manera de crear y aplicar el derecho, y que ha sido una característica distintiva en la división del derecho, no sólo del sistema jurídico inglés, sino también de aquellos que pertenecen a la familia angloamericana. **De esta forma, la división natural del derecho para el mundo angloamericano obedece a esta dinámica de *common law* y *equity*.** Y aunque finalmente las jurisdicciones de los tribunales reales y de equidad se unieron, los procedimientos mantuvieron sus características históricas. Así, se puede decir sobre ambas ramas que se trata de sistemas jurisprudenciales, complementarios, pero con predominio del *common law* sobre la *equity*. El procedimiento dentro del *common law* es adversarial y oral; de él se desprenden asuntos relativos al derecho penal, los contratos o las responsabilidades (*torts*). Mientras que el procedimiento de la *equity* es más flexible, con predominio de lo escrito; se ocupa en áreas como como la propiedad real, las hipotecas, *trust*, quiebras, testamentos, patentes, guarda de menores, entre otras.

¿Cuáles son los antecedentes históricos del *common law*?

¿Cómo surge el *common law* en Inglaterra?

¿Qué relación guarda la rama del *common law* y la *equity*?

21. Fuentes jurídicas inglesas: un derecho casuístico y jurisprudencial. Constitución, *case law*, leyes y doctrina

Por fuentes del derecho se entiende la manera en cómo éste se manifiesta en el sistema jurídico inglés, donde se puede enumerar: **la jurisprudencia, la ley, la costumbre, la razón y la doctrina, además de la influencia que ha tenido el derecho comunitario europeo como consecuencia de su participación en el proceso de integración europeo.** Es importante aclarar que, en el idioma inglés, y conforme a la tradición anglosajona, *case law* se refiere a la jurisprudencia material mientras que el vocablo *jurisprudence* implica a la ciencia o teoría del derecho.

El sistema jurídico inglés es casuístico y eminentemente jurisprudencial, por lo que el juez tiene gran peso como formante jurídico (*judge made law*); características tales que se transmitieron a los sistemas que ahora conforman la familia jurídica angloamericana. La manera de reconocer, aplicar y entender el derecho deriva en gran medida de la dinámica del análisis casuístico que hacen los jueces al resolver los casos. Ahora bien, para otorgar certeza y seguridad a las determinaciones se utiliza la técnica del precedente y del *stare decisis* (estarse a lo dicho) que implica respetar o adherirse a los casos previos ya resueltos por los tribunales. En la antigüedad, los operadores jurídicos conocían de estos antecedentes por anuarios o *yearbooks* y, posteriormente, por reportes judiciales. Si bien en el sistema jurídico inglés prevalece la jurisprudencia, **también hay otras fuentes, como las leyes (*statutes, act, law*), que son emitidas por el Parlamento**, a través de los *acts of Parliament*.

La labor de los legisladores se considera declarativa, ya que, de cierta manera, reciben en la ley las decisiones que se resuelven por la jurisprudencia; pese a lo anterior, en la actualidad la ley cobra cada vez mayor importancia, en especial por instituciones jurídicas de nueva creación que no tienen como origen la costumbre, así como por el desarrollo del Estado social, que requiere de normas específicas para tales efectos, como son las disposiciones del Estado del bienestar (verbigracia, vivienda, agua, salud, etcétera). De igual manera, dentro de las leyes en sentido amplio se reconocen normas subordinadas, constituidas por normas de carácter reglamentario, que pueden ser emitidas por el rey y su consejo (*Order in Council*), de los ministros (*Statutory Instruments*) y de las autoridades locales (*By-laws*). Debido a la resolución de conflictos políticos, principalmente en el siglo XVII los jueces y los parlamentarios acordaron que los actos del parlamento no pueden contenderse, en este sentido, no existe un control por parte de la rama judicial. Lo anterior robustece la postura soberana del Parlamento frente a los demás órganos de gobierno.

La costumbre se puede referir a tres ámbitos: el general, el mercantil y el local, aunque en gran medida estas prácticas reiteradas y estimadas como valiosas han sido recibidas por el sistema jurídico, bien por la jurisprudencia o en las leyes. En un sistema jurisprudencial, se reconoce a la “razón” como una fuente subsidiaria del derecho, destinada a colmar lagunas. La técnica de interpretación se ve sustituida por una técnica de distinción dirigida a establecer nuevas normas, cada vez más precisas, en vez de aplicar una preexistente. Se aplica la razón cuando no existe algún

precedente en la materia ni tampoco una costumbre obligatoria; se trata ante todo de buscar la solución más armónica con las normas jurídicas. Dentro de otras fuentes, **la doctrina o libros de autoridad son textos antiguos en torno a la práctica judicial que se han establecido como fuente originaria del derecho inglés.** De tal suerte que cuando el Tribunal no puede localizar un precedente adecuado o análogo a un caso, puede referirse a los libros legales. No todos los libros son referencia, sólo algunos por las ramas legales son aceptados por jueces y abogados. Son obras que se localizan entre el 1189 y el 1765; la fecha es importante, porque a partir de entonces se fijaron los principios del *common law* y, además, porque se siguió la técnica de los reportes de los casos, más accesibles y confiables. No obstante, los jueces también recurren a obras modernas para apoyar sus resoluciones. A partir de la adhesión del Reino Unido a las Comunidades Europeas, ahora Unión Europea, y durante el tiempo que estuvieron participando dentro del proceso de integración política hasta su salida (Brexit), se ha aplicado el derecho comunitario europeo como fuente supranacional, que ahora regula relaciones desde una vertiente internacional y ya no de integración.

Como forma de gobierno, el británico obedece a una monarquía parlamentaria, donde el rey es la cabeza del Estado y accede al trono de manera hereditaria. Cabe señalar que Inglaterra no cuenta con una Constitución escrita, sino con un conjunto de normas de origen político, legislativo y jurisprudencial que organiza a los poderes y garantiza las libertades fundamentales de los ciudadanos. Dentro de las principales figuras institucionales destacan la Corona, el Parlamento, el Poder Ejecutivo y los tribunales. La Corona implica un símbolo histórico y político de unidad de los pueblos, que tiene hoy en día funciones más protocolarias que jurídico-políticas. Por su parte, **el Parlamento es la pieza clave del sistema jurídico-político inglés, es completamente soberano** y no tiene limitación sobre las materias en las cuales legisla; cabe aclarar que un parlamento no puede verse comprometido por su predecesor, y, claro está, tampoco por otros poderes. Orgánicamente se conforma por dos cámaras, los Comunes y los Lores. Los primeros son un cuerpo de 659 integrantes, con cargo temporal y electos por votación directa; son quienes representan al pueblo. Mientras que la otra cámara, la de los Lores, es un cuerpo aristocrático conformado por guías espirituales, incluyendo obispos y arzobispos, que hoy en día es más un cuerpo de consulta que resolutivo en la toma de decisión política. Por lo que se refiere a la rama ejecutiva, esta recae sobre la figura del **primer ministro, quien es un parlamentario elegido por los propios integrantes del parlamento a través de compromisos y coaliciones**, es decir, por tener la confianza de los integrantes del legislativo. Cuando por motivos económicos, políticos u otro tipo de problemas el ejecutivo deja de tener la confianza del parlamento se genera una crisis política y, debido a ello, un cambio en la conformación del gobierno. **En lo que toca a la justicia, existe la “alta justicia”, que incluye al Tribunal Supremo, Tribunal de Apelación y Tribunal Superior (con una distribución de asuntos de carácter funcional en Banco del Rey, Sala de Familia, Cancillería), y la “baja justicia”, conformada por las cortes de los condados que conocen asuntos por cuantía.** También hay jueces de paz y tribunales administrativos.

La abogacía constituye un gremio muy apreciado por la sociedad británica, tanto por las consideraciones técnicas como por su reputación; dentro de los abogados, los jueces ejercen un papel preponderante. Existen dos ramas para el ejercicio de la profesión, por un lado, el *barrister*, que es quien defiende en juicio, y por otro, el *solicitor*, que figura como un consejero legal que además prepara los asuntos que irán a juicio. Cabe señalar que el grado académico no es suficiente para desempeñar la profesión, ya que, además, las personas que buscan ejercer deben ser admitidos en alguna de las barras (*Inn Courts*, para los *barrister*; *Law Society* para los *solicitors*). Los colegios controlan el ejercicio profesional, tanto en el acceso como en la capacitación y vigilancia del comportamiento ético, por lo que la abogacía suele ser un ámbito muy cerrado. En los sistemas jurídicos que derivan de esta tradición inglesa aún se puede identificar la división en el ejercicio de la profesión legal en las formas antes descritas.

¿Qué papel tiene la jurisprudencia dentro del sistema jurídico inglés?

¿Cómo funciona la técnica del *stare decisis*?

¿Cómo se organiza políticamente Inglaterra?

22. Conformación del sistema jurídico-político estadounidense: influencia del constitucionalismo y federalismo

Dentro de los países que pertenecen a la familia del *common law* se encuentran los Estados Unidos de América. Sin duda alguna, una potencia en el aspecto económico, político y sociocultural, que hace sentir su influencia en otras latitudes a través de promoción de ciertos valores y formas del derecho. Esta influencia se hace sentir no sólo en países que pertenecen a la familia jurídica del *common law*, sino también en otras tradiciones jurídicas, como es el caso de México, cuya evolución de ciertas ramas del derecho, como el constitucional, el mercantil o el económico, por citar algunas, en gran medida se ha demarcado por la relación con los vecinos norteamericanos. **Si bien, el derecho estadounidense se clasifica dentro de la familia del *common law*, también hay que decir que existen muchas diferencias con relación al derecho inglés.**

En primer lugar, el derecho estadounidense recibe influencias ajenas al derecho inglés; pensemos, por ejemplo, en el derecho español que se aplicó en algunas zonas conquistadas por los españoles; o bien, el derecho francés, cuya influencia aún se sigue notando en Louisiana. En segundo término, una vez consumada la independencia, los Estados Unidos se convirtieron en una federación, lo que supone un sistema de organización jurídico-política totalmente diferente a la de Inglaterra, que es una monarquía constitucional eminentemente centralizada. El modelo escogido para la configuración política de los Estados Unidos también determinó la evolución de su derecho; como resultado de lo anterior, los sistemas jurídicos locales se desarrollaron también de manera autónoma, donde además se produjo una especie de constitucionalización del *common law* inglés. En tercer término, hubo influencia de otros pueblos en la conformación del derecho estadounidense, que en parte se amalgamó con las influencias del derecho indígena –derivado de la época colonial–, con normas suecas y holandesas, así como con la tradición francesa y española que imperaba en los territorios del sur. A partir de ahí, todo lo demás, si no es original americano, surgió del derecho inglés o bien se sustentó en dichas raíces.

La división histórica del derecho inglés entre *common law* y *equity* también se presentó en Estados Unidos, fusionándose ambas ramas en el siglo XIX. La influencia del *common law* no siempre fue la misma, sino que se dejó sentir de manera distinta según el periodo histórico que aconteciera, bien en la colonia o en la época de independencia. En general, el derecho que se aplicó tras la llegada de los ingleses fue arcaico, donde predominó la aplicación de normas por jueces sin preparación jurídica y amplia discrecionalidad, y que, en muchas ocasiones, se basaron en la Biblia. La colonización de América del Norte se dio a principios del siglo XVII, con el primer asentamiento inglés en la ciudad de Jamestown, Virginia (1607), por lo que fue posterior a la colonización española. De manera paulatina surgieron las trece colonias a lo largo de la costa norte del Atlántico, al emerger Massachusetts, New Hampshire, Rhode Island, Connecticut, Nueva York, Nueva Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia. Cada una de las colonias se constituyó con documentos que le dotaron de cierto grado de autonomía respecto de

la metrópoli, algunas como provincias con un gobernador, otras administradas por compañías comerciales o grupos privados, algunas con patentes o cartas reales. Este margen de autonomía les permitió desarrollar instituciones políticas, asambleas propias y derecho diferenciado entre las diversas colonias. Por ello no se gestó el desarrollo de un derecho colonial uniforme, sino uno altamente diferenciado, situación que hasta la fecha es una de las características del sistema jurídico estadounidense.

En las colonias norteamericanas, por estar sometidas a la Corona, imperaba el derecho inglés, como se resolvió en el caso Calvino; no obstante, la realidad implicó que el derecho se iba aplicando conforme lo entendían y lo requerían los pobladores, por lo que se respetaron algunas costumbres locales y se privilegiaron éstas frente a la fuente inglesa. De igual manera, el *common law* también evolucionó de forma diferente en América del Norte, tanto porque la problemática era distinta a la que se presentaba en la metrópoli como porque los colonos estaban insatisfechos con el derecho inglés. A efecto de dotar de previsibilidad y evitar la discrecionalidad se optó por publicar el derecho, por ir dictando normas escritas. En la medida en que mejoraron las condiciones de vida de las colonias, el derecho evolucionó para dar respuesta a los problemas sociales y, con ello, evolucionó su complejidad. Si bien en algún momento fue rechazado por los colonos, posteriormente el *common law* sirvió como un baluarte para luchar en contra de la autoridad real y, además, fungió como lazo de unión entre las colonias frente a la presión francesa y española. Por lo anterior, se generó en la época de la independencia un ambiente propicio a su recepción, pero americanizado.

Hacia la segunda mitad del siglo XVIII, las autoridades metropolitanas buscaron hacer cambios significativos a la política al generar una mayor injerencia de la Corona en la expansión de las colonias, de tal suerte que se establecieron controles hacia el comercio, una política de población y además la obligación de mantener a las guardias inglesas. Además, se fijaron nuevos impuestos que generaron descontento entre los colonos, en especial por la carencia de representación en el Parlamento en la emisión de las leyes que contenían los impuestos. Lo anterior conllevó a protestas de los colonos en Boston (Massachusetts); como medida de contención, el gobierno metropolitano suspendió derechos y cerró el puerto. Estos sucesos generaron el Primer Congreso Continental de las trece colonias (1774), en Filadelfia; en él, la representación de las colonias resolvió apoyar a las protestas de Boston, firmar una declaración de derechos y agravios (reconocimiento de derechos otorgados por los instrumentos fundacionales, incluso, en el derecho natural), así como un boicot comercial contra la Corona. La respuesta de la metrópoli fue hostil, ante la cual comenzaron las revueltas. Ya durante el Segundo Congreso, en Filadelfia (1775), se organizó una milicia de los colonos y, posteriormente, se redactó la Declaración de Independencia (1776). La guerra duró 5 años, ya que no fue hasta 1783 que Inglaterra reconoció la independencia de las colonias. De esta forma las trece colonias se convirtieron en los primeros estados de la Unión Americana, reunida inicialmente en una confederación. Más adelante, se redactó y firmó la Constitución, con la cual se organizó una federación de estados en la que se contó con un poder limitado asignado a la federación.

El derecho estadounidense comparte una unidad cultural con el británico, no obstante, por diversos factores se ha ido diferenciando. La organización política en federación y el antecedente de cierta autonomía del derecho local favoreció que las entidades federativas reservaran para sí gran parte de las competencias, por lo que se limitó aquello que expresamente se entregaba a la federación como producto del pacto. Como consecuencia, hubo jurisdicciones locales y una federal. Así, existen normas diversas e idiosincrasias, formas de entender lo jurídico en cada uno de los estados de la Unión americana, mientras que la uniformidad del derecho sólo se da a nivel federal. En el derecho estadounidense predomina lo local, por lo que se puede calificar como parroquial. Estados Unidos procuró distanciarse de los precedentes británicos, ya que incluso algunos de los nuevos estados prohibieron las citas; así, el *common law* inglés sólo era aplicable en cuanto no contrariara las prácticas locales. En el proceso de independencia se pensó que la autonomía también vendría de la mano de una emancipación jurídica. Finalmente, se fue aplicando el derecho inglés modificado a las tradiciones locales, de hecho, el lenguaje, los conceptos y el método del *common law* y su enseñanza se impusieron en gran medida, salvo algunos casos en los cuales subsistió un sistema híbrido (Luisiana).

El modelo constitucional estadounidense ha tenido gran recepción en el mundo occidental, así como en países en los cuales dicha nación ha tenido injerencia. Se trata de una constitución escrita, codificada, rígida y basada en el derecho natural, que ha tenido mucha influencia en el constitucionalismo de la posguerra mundial, principalmente en países europeos y de América Latina. Junto con la constitución se diseminó la idea de la democracia, la división de poderes, el sistema federal, el control de constitucionalidad y el presidencialismo fuerte. Cabe señalar que la constitución estadounidense ha tenido enmiendas, entre las que se encuentran las relativas a la carta de derechos fundamentales (*Bill of rights*) y algunas disposiciones de carácter orgánico. La constitución se basa en principios, y no tanto en normas descriptivas, y es interpretada por la Corte Suprema a través de la jurisprudencia.

¿En qué se diferencia el derecho estadounidense del inglés?

¿Por qué el derecho estadounidense se le considera como parroquial?

¿Cómo influyó el constitucionalismo estadounidense al mundo?

23. Las fuentes del derecho de los Estados Unidos: un *common law* específico a las necesidades estadounidenses. Constitución, leyes, jurisprudencia y *Restatements of the law*

El derecho estadounidense cuenta con características cuyo estudio es de especial interés, particularmente en el caso de juristas originarios de otras tradiciones jurídicas. Entre estas características se destacan: a) la complejidad de la interacción de diversos sistemas locales con uno federal, b) la proliferación y fragmentación de fuentes, leyes, jurisprudencial, con una escasa o limitada competencia federal que unifique, c) el sistema jurídico constituye una pieza clave en el éxito económico y desarrollo social de una nación pragmática, d) el respeto y apego que la sociedad reconoce y practica ante el derecho, y e) la importancia de la figura del abogado y del juez. **Debido a la organización política y el federalismo, las entidades federativas son autónomas y cuentan con poderes propios que generan normas jurídicas.** La fragmentación en sistemas jurídicos locales, con un legislativo que genera leyes con diversos objetivos, el judicial que resuelve los casos en concreto y un ejecutivo en cabeza del gobierno, convive con las autoridades federales. Esta situación genera una proliferación de fuentes, competencias y normas que, a efecto de lograr los objetivos de la unión en respeto de la soberanía de las entidades, crean mecanismos de coordinación y cooperación. Esta diferencia entre sistemas locales y las necesidades de unificación y armonización interna hace que el derecho comparado sea importante entre los estudiosos del derecho estadounidense, en el que se contrastan las normas de los distintos estados.

Dentro de las fuentes más relevantes destacan la jurisprudencia, donde los jueces federales y los locales siguen interpretando lo que es el derecho. Además, existe una creciente importancia del derecho escrito, a través de las leyes federales locales que emite el poder legislativo, así como disposiciones reglamentarias en materia administrativa. Ahora bien, toda vez que el derecho estadounidense es jurisprudencial, casuístico y fragmentado, es de esperarse que sucedan controversias sobre la interpretación de fuentes y los precedentes por los diversos jueces de las distintas jurisdicciones. Sin ser una situación resuelta por la constitución y aún controvertida por los precedentes, se puede afirmar que hay un *common law* nacional y tantos más como entidades federativas; esto debido a que en la constitución no se establecieron los principios que deberían regir al *common law* en el país y, además, en la carta magna sólo se cuenta con la reserva de competencias para legislar sobre determinadas materias (Rojas Amandí, 2005, pp. 26-27). Por lo anterior, la aplicación del *common law* va más en función de la prudente interpretación que hacen los jueces al resolver los casos concretos.

En el sistema jurídico de los Estados Unidos se sigue el sistema del precedente (*case law*), no obstante, es menos rígido que en Inglaterra, situación que deja patente la posibilidad de controversias entre estados por las líneas argumentativas de la jurisprudencia. En los Estados Unidos, el precedente es más flexible ya que: a) existe el predominio de las fuentes locales dentro de un sistema federal, b) el desarrollo del *stare decisis* tomó una vertiente distinta en la colonia al adaptarse a las características propias de la sociedad norteamericana, c) a su vez, el *stare decisis* se

estaba desarrollando aún en Inglaterra cuando se realizó la colonización, por lo que éste todavía no tenía la autoridad que posteriormente alcanzó, d) no existían abogados y jueces con el conocimiento técnico, por lo que las resoluciones eran más pragmáticas e incluso políticas, y e) la evolución del sistema jurídico estadounidense obedece a la mutabilidad y pragmatismo de su sociedad.

Así, en el *case law* norteamericano se van fijando los precedentes que, en virtud de la técnica del *stare decisis*, otorgan certeza y estabilidad al sistema jurídico. De esta forma, el sistema de precedentes se convierte en la exposición del derecho a través de diversos momentos y actores, como una historia continuada, narrada a través de distintos juicios que, aunado a una organización jerárquica en la judicatura, favorece a que las personas tengan certeza de cuáles son las normas jurídicas por aplicar en el caso concreto y en futuros asuntos; así, emergen las normas obligatorias (*Law of the case*).

De esa manera, **los precedentes se convierten en antecedentes obligatorios –según la estructura jerárquica de la judicatura– que también pueden dejar de aplicarse y renovarse en determinadas circunstancias.** En las sentencias, lo que constituye que una resolución sea un precedente obligatorio es la *ratio decidendi* (razón abstracta contenida en la decisión), es decir, la norma jurídica que reconoce el juez en la solución del caso concreto. Cabe destacar que en el sistema judicial existe una línea jerárquica para obedecer los precedentes, pero está demarcada por las competencias por materia y por territorio; aun así, debido a la organización federal y la autonomía de los estados, tratándose de derecho estatal los tribunales locales pueden fiar precedentes que deberán ser seguidos por los tribunales federales, lo anterior siempre y cuando no se vulneren principios constitucionales. Además, un tribunal puede apartarse de los precedentes, siempre que no hayan sido determinados por un tribunal jerárquicamente superior; éste es el caso del *overruling*. Asimismo, existe el precedente persuasivo, aquél que dicta un tribunal de distinta jurisdicción estatal, pero que puede servir para ser adoptado por tribunales de otras jurisdicciones. La doctrina del *stare decisis*, si bien es estable, también puede evolucionar, como sucede con el *distinguishing*, que implica que el juez analice los hechos expuestos en el caso concreto e identifique si coinciden o no con los precedentes, para así, tras valorar analogías y discrepancias, dictar una nueva resolución.

En la **tradición jurídica estadounidense los operadores jurídicos deben conocer los casos que conforman los precedentes, por ello la importancia de que se eduque para interpretar las resoluciones y el método del caso.** Históricamente, se ha contado con repertorios jurisprudenciales tanto públicos como privados; el número de resoluciones es enorme, por lo que en los juicios resulta indispensable ubicar la jurisprudencia aplicable, situación que hoy en día se resuelve con las bases de datos electrónicas. La colección oficial de sentencias de la Corte Suprema se ubica en la *United States Reports*, además, la *American Law Reports* hace una compilación de sentencias comentadas –las más importantes–; por su parte, el *Annotated Reports System* hace una compilación de las sentencias sin comentarios, mientras que *Shepard's Citation*, que es una colección de citas legales, reúne obras que hacen un seguimiento de la vida de las sentencias, así como de los principios que surgen de éstas.

Por lo que toca al **derecho legislado (*statute law*), es una fuente que cada vez toma más importancia tanto a nivel fede-**

ral como local, y sobre algunas materias es la principal fuente creativa de normas. En el vértice del sistema jurídico, se encuentra la constitución federal, posteriormente, al mismo nivel, las leyes federales y los tratados internacionales, para luego seguir las constituciones y leyes locales. Es importante señalar **que el constitucionalismo estadounidense ha influenciado a muchos países, principalmente de Occidente**, donde se promovió una carta magna escrita, rígida, suprema, que sienta las bases del federalismo, la división de poderes en ramas y los principios democráticos. La constitución estadounidense es sencilla en su redacción y, más que regular a detalle, se basa en principios que se interpretan y se optimizan en la jurisprudencia o en la ley. El sistema constitucional se basa en la *judicial review*, la posibilidad de que el poder judicial federal a través de la Suprema Corte controle la constitucionalidad de los actos. Consta de siete artículos que establecen los tres poderes federales, su competencia, deberes y obligaciones; los métodos de elección; las relaciones entre los estados y los procedimientos para modificar la constitución. Posteriormente, a la expedición se han hecho enmiendas, principalmente relativas a la Carta de Derechos Fundamentales (*Bill of rights*). **Por lo que respecta a las constituciones locales, éstas son creadas de manera semejante y deben de respetar el sistema federal y la división de poderes.** Antes de que se diera la independencia, cada una de las colonias tenía una carta política o concesión; una vez que se firmó la constitución federal, se hicieron las adecuaciones a las cartas locales, éstas son más amplias y detalladas que la federal. La constitución del estado está supeditada a la legislación federal, pero es la máxima autoridad dentro del estado. **El sistema competencial delimita qué atribuciones se le otorgan a la federación, y por este motivo, es en las entidades federativas donde recae la mayoría de las competencias y atribuciones.**

La legislación es elaborada por los congresos, a nivel federal o estatal, y adquiere la denominación de *act* o *statutes*. Los cuerpos colegiados del poder legislativo a nivel local tienen el nombre de Asamblea o Legislatura y suelen ser bicamerales también. Las leyes se aplican a sectores concretos y específicos, ya que la regla general es que se aplique el *common law* a través de los precedentes; en este sentido, las leyes adquieren significado y dimensión una vez que son interpretadas por los tribunales (Márquez Piñero, 1994, p. 30).

Los **tratados internacionales firmados por los Estados Unidos tienen el mismo nivel que las leyes federales, siempre que respeten los postulados de la Constitución federal.** Al lado de los tres poderes tradicionales constitucionales –ejecutivo, legislativo y judicial– existe el poder para hacer tratados (*treaty-making power*). Los tratados, formalmente hablando, son “ley suprema” (*law of the land*) cuando son firmados por el presidente y ratificados por el senado; surtiendo efectos plenos, sin que se requiera otra ley para hacerlos operativos. No obstante, por la tradición dualista, en ocasiones se requieren leyes auxiliares para darle plena operatividad interna al tratado. Toda vez que es una facultad centralizada en la federación, se puede negociar y firmar un tratado en un ámbito reservado al estado; situación que en lo operativo favorece la colisión de normas internacionales con las locales.

A efecto de **armonizar las normas locales, los congresos estatales se adhieren a leyes tipo** –por ejemplo, el *Uniform Com-*

mercial Code–, en un esfuerzo promovido por expertos para coordinar normas en materia comercial. También es de resaltar que el Congreso federal paulatinamente ha absorbido algunas materias que anteriormente eran competencia de las legislaturas locales (seguridad social, educación, seguridad pública). Por lo que toca a la doctrina, esta refiere al conjunto de principios formulados por los jurisperitos como resultado de los estudios relativos a los preceptos de derecho positivo y a las normas jurídicas para interpretarlo y comentarlo. Revistas especializadas, como las universidades de Harvard y Yale, además, de colecciones de sentencias comentadas o trabajos de calidad, sirven como fuente auxiliar en la resolución de casos por los magistrados.

Dentro del **espíritu pragmático estadounidense, y motivado por la fragmentación de sus sistemas jurídicos locales, emerge una fuente secundaria muy característica, los *restatements of the law***. Se trata de una especie de digesto por materias, realizado por el *American Law Institute*, que analiza los principios que fundamentan el derecho estadounidense, la aplicación de leyes y el *case law* para casos concretos. No son sólo una recopilación, sino un verdadero análisis de aquello que es el derecho y, en esencia, responden a la necesidad de sistematizar, simplificar, dar orden y coherencia a las distintas fuentes normativas y resoluciones federales y locales. Los *restatements of the law* tratan de exponer, en forma tan exacta como sea posible, las soluciones que son más armónicas con el sistema del *common law* americano y que, por tanto, han sido sancionadas de forma general por los tribunales. Como ejemplo de las materias, hay en contratos derecho de propiedad, *trust*, sociedades, *torts*, derecho internacional, relaciones internacionales, leyes de conflicto, entre otras. Si bien no son una fuente primaria, tienen gran autoridad para ser aplicados en la interpretación de casos y la motivación para expedir leyes.

Para reconocer las características del sistema jurídico estadounidense resulta relevante exponer, al menos de manera incipiente, la forma en cómo se estructuran las ramas que cumplen las funciones del Estado, la ejecutiva, legislativa y judicial. Es importante tomar en consideración que los Estados Unidos son una nación muy tradicional en el ámbito político y que esto es dominado por dos grandes partidos, los republicanos –más cercanos al espectro de la derecha– y los demócratas –más progresistas–. Además, el sistema político estadounidense, de manera especial, suele lograr un balance entre quien es titular del ejecutivo frente a quienes dominan cada cámara, por lo que funciona como contrapeso político. Como ya se adelantó, **la organización política de los Estados Unidos supone una federación de entidades con un alto nivel de descentralización**. El poder legislativo federal se deposita en el Congreso, con dos cámaras, conformadas por senadores –dos por cada estado– y presidida por el vicepresidente; y la Cámara de Representantes (435), encabezada por una persona vocera (*speaker*) electa entre los propios asambleístas. Para ambos casos, son electos por votación directa y existe la posibilidad de reelección, por lo que se trata de políticos con formación y carrera. Una característica del Congreso de los Estados Unidos es su sistema de comisiones (permanentes, de conferencia, especiales, conjuntas) que, si bien no son contempladas por la constitución, se han establecido para hacer más eficientes los trabajos legislativos y tienen la facultad de hacer que comparezca cualquier persona que pueda clarificar algún asunto de interés para el Congreso.

La constitución estadounidense señala que la cámara de origen en materia de impuestos debe ser la de Representantes; para los demás asuntos, ambas cámaras pueden tener iniciativa. **Dentro del proceso legislativo, las iniciativas pueden ser redactadas por comisiones (permanentes, especiales), o bien, en otros asuntos existe la iniciativa del poder ejecutivo; de igual manera, los ciudadanos también pueden sugerir legislación a los miembros del Congreso.** Una vez presentada la iniciativa, ésta se turna a la comisión correspondiente para su estudio, ya que requiere en todo caso la expedición de un dictamen de la comisión que, tras su análisis y discusión, pueda resolver como aprobada, enmendada, o desechada. Una vez emitido el dictamen éste se somete al pleno para que sea discutido en debate público. En el Senado, el debate es ilimitado, porque son pocos integrantes; mientras que, en la Cámara de Representantes, el debate se tiene que acotar mediante inscripción previa. Producida la discusión se da la votación con los posibles resultados de: aprobar, enmendar, rechazar. Cuando un proyecto se vota por una cámara, es enviado a la otra, para que pase por un proceso similar. En caso de que no se tenga el visto bueno, se crea una comisión especial para intentar conciliar posturas. Al aprobar por ambas cámaras, el decreto se remite al titular del Ejecutivo para que lo sancione, o bien, si es su deseo, emita observaciones. En este último caso, si el proyecto es vetado, el texto propuesto aún puede ser ley si es que rebasa el umbral de una mayoría de dos terceras partes en cada cámara. El proyecto entonces se convierte en ley, aun si el presidente se rehúsa a firmar el decreto de promulgación. Dentro de las funciones importantes que tiene el Congreso en relación con el control político están la aprobación del presupuesto, el nombramiento de algunos funcionarios o el juicio político (*impeachment*).

Por lo que toca a la rama ejecutiva, la organización política se basa en un presidencialismo fuerte y bicéfalo. La Constitución de los Estados Unidos, en su artículo II, sección 1, hace referencia a que el poder ejecutivo corresponde al presidente y al vicepresidente. La duración de la presidencia es de cuatro años, con posibilidad de reelección por una sola vez. Los procesos electorales para la designación de la rama ejecutiva los organiza cada estado y, además, son a través de voto indirecto de colegios electorales y no mediante votación directa. En el proceso, los electores designan con su voto representantes o delegados para cada colegio quienes, a su vez, en representación del estado emiten su resolución en una convención. Cada entidad federativa representa un número determinado de votos frente al colegio electoral y la elección; el partido que logre el mayor número de sufragios gana los votos que representen la totalidad del colegio. Los votos en juego son 538 y para que una fórmula gane se requiere de al menos 270 votos electorales, por lo que es común que las elecciones se determinen por el resultado electoral de pocos estados considerados como clave (los llamados “estados bisagra”, como Arizona, Colorado, Florida, Georgia, Iowa, Michigan, Nevada, Nuevo Hampshire, Carolina del Norte, Ohio, Pensilvania, Virginia y Wisconsin). Por otro lado, el presidente es jefe de estado y también de gobierno, y reside en la capital del país, en Washington, D.C. Los miembros del gabinete son electos por el presidente y ratificados por el Senado. Por su parte, el vicepresidente apoya a la presidencia y, además, preside el Senado y toma la presidencia en caso de muerte o destitución del titular. Sobre la presidencia de los Estados Unidos, también hay que señalar que, fuera de las funciones

otorgadas por la constitución, ejerce un importante peso en la conducción de la política internacional.

La estructura judicial estadounidense es compleja, ya que cada una de las entidades federativas tiene sus tribunales, al igual que el Distrito de Columbia, y, por supuesto, el ámbito federal. La organización de los tribunales es jerárquica y, por lo que toca al ámbito federal, se refiere a las cortes o juzgados de distrito como primera instancia y a los tribunales de circuitos de apelación y la corte suprema como última instancia de apelación. Con ciertas variaciones, pero a nivel estatal, se cuenta también con un esquema de tribunales piramidal. El poder judicial se consagra en el artículo III, sección 1, de la constitución federal, en él se establece que el poder judicial federal se depositará en la Corte Suprema y en tribunales menores. En un sistema jurídico como el estadounidense, estructurado sobre una constitución escrita y de principios, el papel de los jueces es determinante en cuanto a la interpretación y alcance de su contenido.

Por su parte, la Corte Suprema se conforma por nueve miembros, denominados justice, de los cuales uno es el presidente (Chief Justice). La Corte Suprema tiene jurisdicción sobre asuntos donde los dignatarios extranjeros se ven envueltos, así como en aquellos en que uno de los estados sea un litigante; cualquier otro asunto lo conoce por apelación. Por lo que toca a los tribunales de circuito de apelación (13), son colegiados y conformados por tres magistrados, y cuentan con jurisdicción en materia de apelaciones derivadas de procedimientos ante los tribunales de distrito. A su vez, los tribunales de distrito conocen de asuntos de materia federal: robos de bienes federales, infracciones de leyes bancarias y monetarias, adulteración de bebidas y alimentos, etcétera. Los ministros de la Corte Suprema y magistrados de los tribunales de circuito son propuestos por el presidente y ratificados por el senado, son cargos vitalicios e inamovibles. El nombramiento de los jueces tiene una connotada carga política y en función a ello se puede estimar el sentido de las resoluciones que adoptarán. **La labor de los tribunales, y en especial, de la Corte Suprema, es determinante para delimitar el sentido y alcance de la constitución.** La mayoría de los asuntos versan sobre la interpretación de la ley, así como en la constitucionalidad de leyes y actos. La facultad de revisión constitucional no se prevé en la constitución sino que se desprende de la propia jurisprudencia, así, en el asunto Marbury contra Madison, se fijó el criterio que establece la posibilidad de los jueces de oponerse a leyes contrarias a la constitución (Cabrera Acevedo, 2005). Además, dentro de la estructura judicial hay tribunales de reclamaciones, de aduanas, de patentes, entre otras ramas administrativas.

La profesión legal en Estados Unidos goza de un gran prestigio, ya sea en el área administrativa, judicial o en la procuración de justicia. Para que una persona pueda ejercer la abogacía se requiere ser admitida en una universidad, con un título previo (bachiller en artes o ciencias), generalmente en un periodo de estudios de cuatro años; posteriormente, se estudian tres años y se toma el examen de la Barra. Las escuelas de derecho son certificadas por la Asociación Americana de Escuelas de Derecho y por la Asociación de la Barra Americana. El estudio se da a través del método del caso; se les facilita una serie concreta de la cual emergen problemas, así como material común para discusiones en grupo. El objetivo es razonar tal como lo hace un juez y, además, pensar como un abogado

–sea defendiendo al actor o al demandado–. No existe algo así como el “abogado estadounidense”, sino que será habilitado en cada estado, esto es así ya que, realizados todos los estudios pertinentes, se tiene que hacer el examen de la barra de cada entidad federativa para poder ejercer en ésta (Friedman, 2007). Esta situación, en parte, explica el éxito de las corporaciones de abogados con capacidad para litigar en distintas jurisdicciones. En los Estados Unidos son las cortes supremas de cada estado las que en principio tienen la facultad para habilitar abogados en el ejercicio profesional; si bien, por delegación de las mismas, son las barras de abogados de cada estado las que se encargan del otorgamiento de la licencia – por medio de las comisiones de examinadores del foro a las que compete preparar y aplicar tales pruebas–, así como del control de la conducta de los abogados.

Vale la pena hacer una breve referencia al juicio con jurado como una institución de raigambre en el derecho de los Estados Unidos. **Al respecto, cabe aportar que los juicios con jurado son una garantía constitucional para quien es juzgado por temas penales o civiles que, además, permiten que el pueblo participe en la administración de justicia y sirven como freno a los poderes del estado.** Generalmente, el jurado se compone de doce miembros, ciudadanos legos. En procesos penales, el jurado se manifiesta con un veredicto de culpabilidad o de no culpabilidad y superando el criterio alto de certeza: “más allá de la duda razonable”, para asuntos penales, “prueba preponderante” en materia civil. Para la designación del jurado, se crean listas de ciudadanos que son elegibles, sin que exista una discriminación por razón de raza, sexo, credo u origen nacional. No obstante, de esa lista los abogados eligen la configuración del jurado, según sus antecedentes y las características propias del juicio, hasta lograr los doce integrantes. La función del jurado dentro del proceso se limita a escuchar las pruebas y alegatos y, además, en cualquier momento puede pedirle al juez que se le aclare algún punto, pero los jurados no se refieren nunca a las partes ni a los abogados. El jurado resuelve sobre cuestiones de hecho, se limita a culpar o absolver y no está facultado para determinar una pena. En la mayoría de los estados el jurado tiene que resolver por unanimidad. En los procesos es el juez quien gestiona el juicio, conmina al orden, admite pruebas y testimonios y, finalmente, determina la pena. En la realidad, son pocos los asuntos que se ventilan ante un jurado, de hecho, predominan los procedimientos de conformidad y sin juicio, lo que implica el acuerdo entre partes. Sólo cuando se mantiene la inocencia del acusado es cuando se recurre al juicio, y aun en esos casos, se puede elegir a ser juzgado por un juez.

¿Cuáles son las fuentes del derecho de los Estados Unidos?

¿Qué son los *Restatements of the law*?

¿Qué papel juega la jurisprudencia en el derecho?

Complementos

Las bases de datos de acceso restringido Vlex, Tirant Online, Westlaw, Nexis UNI, Hein Online ofrecen información sobre fuentes jurídicas de diversas partes del mundo.

México. Consulta de ordenamientos de los distintos locales, nacionales e internacionales, Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Legislación*, <https://legislacion.scjn.gob.mx/buscador/paginas/buscar.aspx>

Mundo. Guía de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos sobre legislación y organización institucional de diversos países, USCL, <https://www.loc.gov/research-centers/law-library-of-congress/researcher-resources/guide-to-law-online/nations-of-the-world/>

Unión Europea: Consulta de legislación nacional de los 27 Estados miembros: Unión Europea, N-lex, <https://n-lex.europa.eu/n-lex/index?lang=es>

Reino Unido. Incorporated Council of Law Reporting, organismo que publica y da seguimiento a reportes judiciales, *ICLR.4*, <https://www.iclr.co.uk/>. Parlamento del Reino Unido, <https://www.parliament.uk/>

Estados Unidos. Actividades y sentencias de la Corte Suprema: Supreme Court of the United States, <https://www.supremecourt.gov/>. Leyes y reglamentos, USA GOV, *Commonly Requested U.S. Laws and Regulations*, <https://www.usa.gov/laws-and-regulations>. Leyes estatales, Library of Congress, *Research guides, Guide to Law Online: U.S. States and Territories*, <https://guides.loc.gov/us-states-territories>. El American Law Institute, como organización privada, cuenta con estudios y análisis para interpretar y unificar el derecho en Estados Unidos, <https://www.ali.org/>

**LA FAMILIA JURÍDICA
SUPRANACIONAL: LA UNIÓN EUROPEA**

4

Al concluir la presente parte del curso, el alumnado: 1) analizará y describirá la evolución histórica del proceso de integración de la Unión Europea; y 2) expresará e identificará las fuentes originarias y derivadas del derecho comunitario europeo, así como su régimen jurídico-institucional.

24. Unión Europea: antecedentes históricos.
25. Características del proceso de integración europeo.
26. Principios de la integración comunitaria.
27. Instituciones de la Unión Europea: Consejo Europeo, Consejo, Parlamento, Comisión, Tribunal de Justicia.
28. Fuentes jurídicas del derecho comunitario: derecho originario y derecho derivado.
29. Competencias y políticas comunitarias.

24. Unión Europea: antecedentes históricos

Desde el punto de vista de la comparación jurídica, **el proceso de integración comunitario europeo resulta interesante por la conjugación de diversas tradiciones jurídicas avocadas al cumplimiento de los objetivos de integración supranacional, así como por el desarrollo de un original proyecto institucional sustentado en el derecho comunitario** (Gutiérrez Espada *et al.*, 2015). La Unión Europea es hoy en día una potente organización internacional, que agrupa a 27 Estados europeos y que regula la vida de alrededor de quinientos millones de ciudadanos. Además, la Unión Europea es un actor político relevante, pero, sobre todo, una potencia económica. Con su lema, “unidos en la diversidad”, la Unión Europea persigue los objetivos de promover la paz, la prosperidad, el desarrollo de las culturas y tradiciones. El proceso de integración europea es el más importante del mundo e incide directamente en la economía, las políticas, las relaciones nacionales e internacionales y en los sistemas jurídicos de los países que le integran. Para un ciudadano europeo, como para cualquier operador jurídico o empresa, es ordinario aplicar el derecho comunitario en sus actividades cotidianas. La Unión Europea se confor-

ma por 27 Estados miembros, sean fundadores o que se adhirieron con posterioridad; estos son Alemania (1952), Austria (1995), Bélgica (1952), Bulgaria (2007), Chipre (2004), Croacia (2013), Dinamarca (1973), Eslovaquia (2004), Eslovenia (2004), España (1986), Estonia (2004), Finlandia (1995), Francia (1952), Grecia (1981), Hungría (2004), Irlanda (1973), Italia (1952), Letonia (2004), Lituania (2004), Luxemburgo (1952), Malta (2004), Países Bajos (1952), Polonia (2004), Portugal (1986), República Checa (2004), Rumanía (2007) y Suecia (1995). Por lo que toca a Reino Unido (1974), dejó de pertenecer a la Unión Europea a través del proceso conocido como Brexit (2020), pasando a ser un Estado tercero cuyas relaciones con los países e instituciones comunitarias se regulan por acuerdos internacionales de cooperación.

En distintos proyectos de integración se ha expresado la idea de que los pueblos y Estados que conforman Europa constituyen una comunidad cultural caracterizada por compartir tanto valores judeocristianos como un pensamiento político homogéneo, al igual que raíces jurídicas comunes (Mangas Martín y Liñán Noguera, 2002, pp. 31-37). No obstante, la historia moderna europea deja patente los continuos enfrentamientos bélicos entre los diversos pueblos, situación que cambió a partir de la posguerra. Lo anterior es así ya que, con el proceso de integración comunitaria fomentado por Francia y Alemania como mecanismo para reconstruir Europa tras la Segunda Guerra Mundial, se ha consolidado un esquema de cooperación e integración original que paulatinamente se ha ido perfeccionando y que, con sus luces y sombras, ha permitido el desarrollo y la paz entre los pueblos participantes. La integración actual se remonta hacia los años 50 del siglo pasado, cuando Robert Schuman y Jean Monnet, calificados como “padres de la integración”, proponen la creación de una comunidad internacional para gestionar el carbón y el acero conformada por Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos. Lo anterior en el contexto del Plan Marshall, por el cual los Estados Unidos crearon un mecanismo de cooperación y financiamiento para fomentar la reconstrucción de capacidades de sus socios europeos.

En la secuencia del proceso comunitario emerge primero, con el Tratado de París (1951), la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA) y, ante su éxito, la Comunidad Económica Europea (CEE) y la Comunidad Europea de la Energía Atómica (Euratom), con los Tratados de Roma (1957). **Estas comunidades se constituyeron como tres organizaciones internacionales, con personalidad jurídica propia e instituciones que, de alguna manera, eran compartidas. Más adelante, con el Tratado de Maastricht de 1993 se evolucionó a la fusión de la CEE hacia la Comunidad Europea (CE), dejando patente que el proceso de integración no sólo era económico sino también político. De ahí emerge la Comunidad Económica-Unión Europea, y finalmente con el tratado de Lisboa (2010) se consolida la Unión Europea como organización internacional con personalidad propia.**

Existe una tensión constante entre el aumento de competencias y el número de Estados miembros. En este sentido, **la Unión Europea se caracteriza por una constante evolución entre el perfeccionamiento, transparencia y alcance de los procesos políticos con una mayor extensión de sus competencias;**

situación que trae de la mano un continuo ajuste a las instituciones y mecanismos para agilizar la toma de decisión política. Por lo que respecta al desarrollo de la integración comunitaria, hacia los años 60 del siglo pasado se genera un proceso de crecimiento económico en Europa, cimentado, en parte, en la creación de una unión aduanera entre los socios; posteriormente, para los años 70, se concreta la adhesión de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, donde además se incluyó una agenda en protección del medio ambiente en los temas comunitarios y se celebraron las primeras elecciones directas al Parlamento Europeo. Con la caída del comunismo, en los años 80, inicia una oleada de adhesiones al proceso de integración, primero con los países mediterráneos como España, Grecia y Portugal, etapa en la que surge el programa Erasmus –que facilita el intercambio de estudiantes– y en que se da inicio al mercado único europeo.

En la década de 1990 la Unión Europea evoluciona hacia una mayor expansión y pone en marcha el mercado único, la zona comercial conformada por el Espacio Económico Europeo, por el cual se expande el mercado interior a algunos países no miembros; además, se favorece la circulación sin fronteras y surge el euro con el Tratado de Maastricht, que refuerza la política exterior y de seguridad, así como la cooperación en asuntos de justicia e interior. En este periodo se adhieren Austria, Finlandia y Suecia y, además, se firma el Tratado de Ámsterdam, que reforma las instituciones comunitarias, reconoce personalidad jurídica a la unión y, con ello, se favorece un mayor protagonismo de la Unión Europea en el mundo. Posteriormente, para el año 2000, se logra la adhesión de doce nuevos países, el euro surge como moneda de curso legal y se firma el Tratado de Niza, que establece la carta de derechos fundamentales y, al final del decenio, el Tratado de Lisboa, que implica una simplificación del régimen institucional. En este periodo también se firma el tratado por el que se establece una Constitución para Europa, pero no fue ratificado por Francia ni Países Bajos. En medio de una crisis financiera y política en la década del 2010, se genera la adhesión de Croacia, mientras que Reino Unido abandona el proceso con el llamado Brexit (2020).

Desde el punto de vista comparado, ¿por qué resulta relevante el proceso de integración comunitario europeo?

¿Por qué existe una tensión entre el aumento de competencias y del número de Estados miembros?

¿Es lo mismo la Comunidad Europea que la Unión Europea?

25. Características del proceso de integración europeo

La **Unión Europea es una organización internacional fundada en tratados constitutivos, protocolos y adhesiones**. En estas normas, identificadas como derecho originario, se establecen los objetivos, valores y principios que rigen el proceso de integración, y se determinan el régimen institucional supranacional, los procesos de toma de decisión, la asignación de competencias, así como los derechos de los individuos y las relaciones con los Estados miembros. **Esta organización internacional es sui generis, ya que, a diferencia de organizaciones internacionales tradicionales, ésta refiere a un proceso de integración económico, político y jurídico de los pueblos y Estados europeos.**

El proceso de integración europeo es **funcional, progresivo y de vocación federal**. En primer término, funcional y progresivo, puesto que la idea de integración parte de lograr crear, con la comunitarización de determinados ámbitos (como lo fue el carbón y el acero), compromisos de adhesión en otras materias. Así, podemos ver que el punto de partida, el mercado del carbón y del acero, ha ido aumentando a ambientes más sensibles, como el mercado interior, una política pesquera, derechos fundamentales, ciudadanía comunitaria, protección del medio ambiente, una política exterior coordinada, desarrollo de los pueblos, etcétera. Se trata entonces de un proceso de integración económico profundo, con importantes connotaciones políticas. **El proceso de integración europeo no implica la creación de un megaestado, por el contrario, es un complejo proceso en el cual se integran y cooperan distintos Estados en los que se pretende respetar su identidad cultural.** Para ello, el proceso de integración se califica con una vocación de federal, por la manera en que los Estados miembros ceden el ejercicio de las competencias hacia la institucionalidad comunitaria.

Se ha ido creando un entramado jurídico institucional, con una organización y normas jurídicas de carácter supranacional, **el derecho comunitario**, cuyas disposiciones regulan directamente la vida de las personas, las empresas, los pueblos, e incluso los Estados. Así, para los operadores jurídicos europeos, es común aplicar en la vida cotidiana las fuentes y principios del derecho comunitario europeo. Los principios básicos de la integración son la libertad, el respeto a la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y el fomento de la paz y estabilidad, todo lo anterior dentro del marco de una tradición constitucional común de los Estados miembros. Además, el sistema jurídico europeo implica una serie de principios para reconocer y hacer operativo el proceso de integración, el cual se basa en principios que permiten la interacción jurídica entre el ámbito nacional y el comunitario. Así, **el respeto a las competencias comunitarias y los procesos de recepción del derecho se vinculan con los principios de supremacía del derecho comunitario, el efecto directo, respeto a las libertades comunitarias, atribución específica de las competencias, proporcionalidad y subsidiariedad, solidaridad, transparencia y democracia.**

La idea de integración es abierta a los Estados y pueblos europeos que compartan valores. **Para ello, se tiene que cubrir una serie de requisitos previos a la adhesión, principalmente el respeto al Estado de derecho, democracia, economía de mercado y protección de los derechos fundamentales.** En

este sentido, los Estados que buscan adherirse deben modificar sus esquemas institucionales y derecho para hacerlos compatibles con todas las fuentes del derecho supranacional (acervo comunitario). Estos principios, valores y objetivos comunitarios se convierten en un parámetro de regularidad para el actuar de los Estados miembros, tanto en sus relaciones internas como internacionales. Lo anterior implica el evidente esfuerzo por crear el derecho comunitario y, al mismo tiempo, unificar y armonizar normas de los Estados miembros.

¿Por qué se señala que el proceso de integración europeo es funcional, progresiva y con vocación federal?

¿Qué principios rigen el actuar institucional y el derecho comunitario?

¿Qué implica un proceso de adhesión a la Unión Europea?

26. Principios de la integración comunitaria

El **derecho comunitario europeo se sustenta en las competencias que los Estados miembros otorgan a las instituciones y en principios jurídicos específicos que hacen operativo el sistema jurídico**. En primer lugar, hay un **principio de atribución**. Los ámbitos comunitarizados y competencias son limitados a lo que expresamente se pacta en el tratado, así, a manera de una asignación específica en materia federal, las instituciones comunitarias sólo pueden hacer aquello que les ha sido otorgado. Cabe adelantar que en la distribución de competencias encontraremos exclusivas, compartidas y de apoyo o complemento. Esta atribución específica se completa, en segundo término, por los principios de **proporcionalidad** y **subsidiariedad**, por los cuales la acción de la Unión Europea debe ser acorde a los fines y objetivos de los tratados y, además, debe de complementar las normas del ámbito nacional. De esta manera se respeta el ordenamiento y políticas locales. A su vez, el funcionamiento de la Unión Europea se basa en la democracia representativa e incorpora una carta de derechos fundamentales que regula toda la acción comunitaria y de los miembros, centrada en la **dignidad, libertad, igualdad, solidaridad y justicia**. La transparencia y la cercanía al ciudadano a la toma de decisiones buscan combatir el déficit de información y de representatividad democrática.

Con relación a la jerarquía normativa entre ordenamientos nacionales y comunitarios, se encuentra el principio de primacía del derecho comunitario. Por este motivo, en los ámbitos comunitarizados y en caso de colisión de normas, debe preferirse la norma supranacional frente a la nacional; la ejecución de este principio permite, por un lado, la garantía al respeto comunitario, por otro, que el derecho nacional no desnaturalice al comunitario, y finalmente, que las autoridades nacionales, y en especial los jueces, se conviertan en “comunitarias”. De igual manera, el derecho comunitario aplica al **principio del efecto directo, por el cual, bajo ciertas circunstancias, las fuentes comunitarias pueden invocarse de manera directa ante la jurisdicción nacional o la comunitaria**, lo que hace innecesaria la trasposición nacional de la fuente supranacional. Con la ejecución de ambos principios se logra que el derecho comunitario europeo se aplique de manera efectiva.

Una parte importante del proceso de integración es el desarrollo de un **mercado único, basado en la garantía de las libertades económicas comunitarias: libre circulación de mercancías, de capitales, de trabajadores, prestación de servicios y de establecimiento, dentro de un espacio territorial de seguridad y justicia**. En virtud de estos principios, no puede haber una discriminación debido a la nacionalidad o los domicilios, por lo que se favorece la circulación de los factores productivos sin mayores restricciones que las que resulten justificadas y estrictamente necesarias. En la práctica, el mercado único hace que los territorios aduaneros de los Estados miembros sean uno solo y que se vea complementado con políticas de funcionamiento, también comunes. De tal suerte que las personas y las empresas pueden realizar actos económicos, enajenaciones, instalar empresas, fomentar las inversiones, etcétera, dentro del mercado, de manera libre y sólo cumpliendo algunos requisitos administrativos.

Puesto a que es **obligatorio para todo Estado miembro reconocer y respetar los derechos fundamentales, así como participar en el sistema europeo de protección de los derechos humanos (Convenio Europeo y Tribunal Europeo)**, se genera un *Corpus iuris* único de normas que son protectoras de los derechos fundamentales, de carácter multinivel, que además implica estándares altos e interpretación por los tribunales nacionales, por el comunitario y por el Tribunal europeo. De esta forma, la labor de comparación jurídica es importante en la Unión Europea, ya que, por la interacción de personas, empresas y compromisos de los Estados en diversos ámbitos, debe de haber convergencia y armonización normativa.

¿Qué implica la supremacía del derecho comunitario?

¿Qué se entiende por efecto directo?

¿Cuáles son las libertades económicas comunitarias?

27. Instituciones de la Unión Europea: Consejo Europeo, Consejo, Parlamento, Comisión, Tribunal de Justicia

Los tratados internacionales que sustentan a la Unión Europea generan un entramado institucional para lograr los objetivos y fines del proceso de integración y coordinar la acción comunitaria con los intereses nacionales y las acciones internacionales. En esta peculiar estructura, las instituciones participan de la división de poderes, mas no como lo hacen los Estados tradicionalmente. Lo anterior es así ya que, conforme a las competencias y atribuciones comunitarias, las funciones ejecutiva y legislativa son compartidas por diversas instituciones, en procedimientos de cooperación para la toma de decisiones; esta situación obedece a una mezcla de intereses propios de los Estados y al impulso del proceso comunitario de integración. Dentro de las principales instituciones se encuentran el Consejo Europeo, el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea, el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El **Consejo Europeo** es el órgano decisorio supremo, con carácter cercano a un foro de cooperación intergubernamental y representante de los intereses nacionales de los Estados que conforman la unión. Por su parte, en el **Consejo de la Unión Europea** se reúnen a los ministros o secretarios nacionales, organizados por cartera dependiendo el tema que se va a tratar; es un órgano que adopta decisiones sobre legislación europea en conjunto con el Parlamento Europeo. La **Comisión Europea** es lo más cercano a un órgano ejecutivo y administrativo, en cuyo seno se organizan y ejecutan las políticas europeas a través de un cuerpo burocrático, institución que además cuenta con la facultad de iniciativa legislativa y cuyo objetivo principal es ser guardiana de los intereses del proceso de integración comunitaria. El elemento democrático lo aporta el **Parlamento Europeo**, que es electo en votación directa por los ciudadanos comunitarios, y que emite la legislación en conjunto con el Consejo de la Unión Europea, además, aprueba el presupuesto y ejerce el control político. Por lo que toca a la legalidad comunitaria, la interpretación y correcta aplicación de las normas están conferidas al **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**, que a través de sus salas y pleno resuelve sobre las obligaciones de los Estados miembros y la ejecución del derecho comunitario, tanto en funciones contenciosas como consultivas. Cabe señalar el relevante papel que ha tenido el Tribunal, ya que gran parte de la identificación y desarrollo de los principios que caracterizan al derecho comunitario ha sido por la actividad judicial.

La creación de normas jurídicas generales (reglamento, directiva, decisión) se realiza por un procedimiento legislativo ordinario, antes denominado como de codecisión. En este procedimiento, la Comisión tiene la iniciativa y resuelve como colegisladora en lecturas sucesivas, tanto el Consejo de la Unión Europea como el Parlamento, donde también hay mecanismos de participación ciudadana. Sobre el procedimiento legislativo, cabe señalar que históricamente se ha ido dotando de mayores competencias al parlamento, lo que reviste de más legitimidad democrática a las decisiones; asimismo, la toma de decisiones ha evolucionado hacia una simplificación del procedimiento, lo que permite mayor agilidad institucional.

Existen otras instituciones, tales como el Banco Central Europeo (que controla la política cambiaria y monetaria de la eurozona); el Defensor del Pueblo Europeo (*ombudsperson*); el Tribunal de Cuentas (fiscalización de recursos); Comité de las Regiones y Comité Económico y Social (cohesión y solidaridad), entre otros, así como agencias especializadas y descentralizadas (por temas: ambientales, laborales, marcas y patentes, policía, entre otros).

¿Cuáles son las instituciones comunitarias europeas?

¿Qué papel ha tenido el Tribunal de Justicia en el proceso de integración?

¿En qué consiste el procedimiento legislativo ordinario?

28. Fuentes jurídicas del derecho comunitario: derecho originario y derecho derivado

El derecho de la Unión Europea o derecho comunitario europeo es el conjunto de normas y principios que determinan el funcionamiento, operación y competencias de la Unión Europea. Se caracteriza por ser un ordenamiento jurídico *sui generis*, diferente del derecho internacional, así como del orden jurídico interno de los Estados miembros. Para los Estados miembros, las personas físicas y jurídicas, corporaciones en general, el derecho comunitario es invocado de manera ordinaria, bien a través de las fuentes comunitarias o a través de su recepción en el derecho nacional. **Existen fuentes originarias, derivadas y subsidiarias.** Las fuentes de **derecho primario u originario** incluyen los tratados, sus protocolos y modificaciones. En función a este **derecho originario** se constituye la Unión, sus instituciones, procedimientos y se otorgan derechos a las personas, por lo que hace las veces de una constitución material al proceso de integración europea. Los tratados se denominan por el lugar o fecha de firma y, de manera conjunta, constituyen los fundamentos de la Unión Europea, cuyas disposiciones se han ido modificando o derogando según se han ido estableciendo en los propios tratados, para dotar de eficiencia a la integración, transparencia y simplificación en la toma de decisiones, introducir nuevos ámbitos comunitarios o la llegada de nuevos miembros.

Actualmente, los tratados vigentes que constituyen la base y organización de la Unión Europea son el **Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.** Así, por ejemplo, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea es la versión modificada del Tratado de la Comunidad Europea (1957, Tratados de Roma), que se ha ido reformando por los protocolos de adhesión de los Estados miembros, más el Acta Única Europea (1987, que introduce el mercado único), Tratado de Maastricht (1992, que fija la ciudadanía europea y la unión económica y monetaria), Tratado de Ámsterdam (1997, dotar de capacidades institucionales para los problemas globales sobre economía, empleo, terrorismo, etcétera), Tratado de Niza (2002, habilitar la ampliación de los países exsocialistas al proceso de integración), Tratado de Lisboa (2007, clarificar las competencias y facilitar la toma de decisión, en especial frente al fracaso de obtener una constitución europea). Los **tratados constitutivos se modificaron con la adhesión de nuevos países a la Unión Europea:** 1973, Dinamarca, Irlanda y Reino Unido; 1981, Grecia; 1986, España y Portugal; 1995, Austria, Finlandia y Suecia; 2004, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia y República Checa; 2007, Bulgaria y Rumanía. También se dio una modificación con la denuncia de Reino Unido sobre los tratados con motivo del *Brexit* (2022).

Por lo que toca al **derecho derivado o secundario, se incluyen los actos unilaterales y convencionales que adoptan las instituciones de la Unión Europea, principalmente los reglamentos, directivas, decisiones, pero también sentencias.** El **reglamento**, producto del procedimiento legislativo comunitario, es de carácter general, obligatorio para todos los

Estados miembros y directamente aplicable; sin duda, es lo más parecido a una ley en nuestro sistema jurídico mexicano, ya que no requiere trasponerse al derecho local, sino que se garantiza su aplicación uniforme. Por otra parte, la **directiva**, como producto del procedimiento legislativo comunitario, obliga al Estado miembro a obtener en un tiempo determinado el resultado que se busca con la norma, por lo que deja cierto margen de cumplimiento a criterio del Estado miembro y según su sistema jurídico nacional; sirve para armonizar, ya que establece límites máximos y mínimos para que los Estados miembros traspongan a su derecho interno la norma. Finalmente, la **decisión**, que es obligatoria en todos sus elementos, y generalmente va dirigida a uno o varios destinatarios (Estados miembros, empresas, personas físicas, entre otras), conlleva la aplicación del derecho a casos muy concretos, parecido a los efectos de un acto administrativo. Además de lo anterior, se incluyen de manera **subsidiaria** a las fuentes del derecho internacional, tanto de origen convencional como consuetudinaria, así como los principios generales. Cabe señalar que la Unión Europea, como sujeto de derecho internacional, puede adoptar **tratados internacionales** en función a los ámbitos en los cuales tenga competencia.

¿Cuáles son las fuentes del derecho comunitario europeo?

¿Existe una constitución europea?

¿Qué diferencia hay entre directiva y reglamento?

29. Competencias y políticas comunitarias

La mayor integración de la Unión Europea se centra en la búsqueda de objetivos compartidos en el desarrollo social, económico y político de personas, pueblos y Estados mediante la cesión de competencias a las instituciones comunitarias. **El pacto europeo, sentado en los tratados, delimita qué competencias asignan los Estados a las instituciones comunitarias, así como el alcance de las mismas.** En este sentido, con esa *vis* federalista, en el derecho originario se establece la distribución de competencias, que se clasifican en función a quién legisla, como **exclusivas, concurrentes o compartidas, o de apoyo.**

Dentro de las **competencias exclusivas**, sólo la Unión Europea puede legislar, ello incluye la unión aduanera, las normas de competencia o mercado único, política monetaria, comercio y acuerdos internacionales en materia de comercio, animales y vegetales marinos. En cuanto a las **competencias concurrentes o compartidas**, pueden legislar la Unión Europea o los Estados miembros, pero sólo si la Unión no ha propuesto ya legislación al respecto o ha decidido que no lo va a hacer; entre éstas competencias están el mercado único, empleo, cuestión económica, social y cultural, agricultura, pesca, energía, justicia y derechos fundamentales, salud pública, investigación, cooperación para el desarrollo y ayuda humanitaria, transporte, medio ambiente. Por lo que respecta las **competencias de apoyo**, los Estados miembros legislan y la Unión Europea apoya en temas como industria, cultura, turismo, educación, protección civil o cooperación administrativa; en este caso, la Unión sólo puede apoyar, mas no interferir, con la capacidad de los Estados para hacer sus normas y ejecutarlas.

Por lo que se refiere a las políticas comunitarias, cabe destacar que éstas se han configurado tanto como apoyo complementario del proyecto de integración europea y como eje fundamental de la unión económica. Conforme al régimen del derecho originario, se identifican al diferenciar las políticas comunes de aquellas que son de acompañamiento del mercado único y las acciones comunes. Dentro de las políticas comunes, destacan la agrícola, transportes, competencia económica y comercial, exterior y de defensa, medio ambiente, política social, cohesión económica, de investigación, cooperación judicial, entre otras.

¿Cuáles son las competencias comunitarias?

¿Por qué se habla de una vis federalista en la Unión Europea?

¿De qué tipo son las políticas comunitarias?

Complementos

Información general sobre características, políticas, instituciones, derecho de la Unión Europea: UE. *Tu portal de acceso a la Unión Europea*, https://european-union.europa.eu/index_es

Base de datos de fuentes jurídicas: EUR-Lex: El acceso al Derecho de la Unión Europea, <https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=es>

Fichas temáticas que analizan normativa, jurisprudencia y derecho positivo: Curia. *Tribunal de Justicia de la Unión Europea, fichas temáticas de jurisprudencia*, https://curia.europa.eu/jcms/jcms/p1_1043150/es/



TEXTOS

5

En este apartado se ofrece una compilación de textos originales sobre temas de la comparación jurídica, derecho comparado, metodología de la comparación y a los sistemas jurídicos contemporáneos. Con un afán didáctico, se ha recurrido a la fuente en inglés, o bien, los textos han sido traducidos al inglés, lo anterior a efecto de que sirvan como insumos para el conocimiento de la disciplina comparativa, pero también como acercamiento del alumnado al idioma extranjero.

Referentes históricos

1. La Política de Aristóteles: referencia a la comparación jurídica en tiempos ancestrales:

Our purpose is to consider what form of political community is best of all for those who are most able to realize their ideal of life. We must therefore examine not only this but other constitutions, both such as actually exist in well-governed states, and any theoretical forms which are held in esteem; that what is good and useful may be brought to light. And let no one suppose that in seeking for something beyond them we are anxious to make a sophistical display at any cost; we only undertake this inquiry because all the constitutions with which we are acquainted are faulty (Aristotle, 1999, p. 22).

2. El trabajo colosal de Justiniano: la máxima obra jurídica de todos los tiempos:

After becoming emperor of the Eastern Roman Empire, Justinian undertook the gargantuan project of organizing the law that had underpinned Rome for over a thousand years. In early 528 he announced his plan to prepare a new law code, the *Novus Codex*, thorough which he systematized imperial pronouncements (constitutions) from the second century AD up to and including laws issued under his own auspices; it was published just over a year later. At the end of

530 he ordered that the *ius antiquum*, the renowned classical-era juristic commentaries on the law, be rescrutinized and collated into a legal Digest, under the direction of his new quaestor Tribonian; assigned to the scheme where also six Commissioners, who included within their ranks four senior law professors from Beirut and Constantinople, and eleven renowned practitioners, so serious lawyers were considered indispensable to the work. The Digest was published after three years of intensive perusal to identify the preferred juristic opinions. Around this time the law school curriculum was also comprehensively reworked, and Tribonian oversaw two of the Digest commissioner in their task of drafting the *Institutiones*, a legal manual for students published around a month before the Digest (Weber, 2015).

3. Sobre las fuentes romanas conforme a las *Institutas* de Justiniano:

TITLE II. OF THE LAW OF NATURE, THE LAW OF NATIONS, AND THE CIVIL LAW

1 The law of nature is that which she has taught all animals; a law not peculiar to the human race, but shared by all living creatures, whether denizens of the air, the dry land, or the sea. Hence comes the union of male and female, which we call marriage; hence the procreation and rearing of children, for this is a law by the knowledge of which we see even the lower animals are distinguished. The civil law of Rome, and the law of all nations, differ from each other thus. The laws of every people governed by statutes and customs are partly peculiar to itself, partly common to all mankind. Those rules which a state enacts for its own members are peculiar to itself, and are called civil law: those rules prescribed by natural reason for all men are observed by all peoples alike, and are called the law of nations. Thus the laws of the Roman people are partly peculiar to itself, partly common to all nations; a distinction of which we shall take notice as occasion offers.

2 Civil law takes its name from the state wherein it binds; for instance, the civil law of Athens, it being quite correct to speak thus of the enactments of Solon or Draco. So too we call the law of the Roman people the civil law of the Romans, or the law of the Quirites; the law, that is to say, which they observe, the Romans being called Quirites after Quirinus. Whenever we speak, however, of civil law, without any qualification, we mean our own; exactly as, when 'the poet' is spoken of, without addition or qualification, the Greeks understand the great Homer, and we understand Vergil. But the law of nations is common to the whole human race; for nations have settled certain things for themselves as occasion and the necessities of human life required. For instance, wars arose, and then followed captivity and slavery, which are contrary to the law of nature; for by the law of nature all men from the beginning were born free. The law of nations again is the source of almost

all contracts; for instance, sale, hire, partnership, deposit, loan for consumption, and very many others.

3 Our law is partly written, partly unwritten, as among the Greeks. The written law consists of statutes, plebiscites, senatusconsults, enactments of the Emperors, edicts of the magistrates, and answers of those learned in the law.

4 A statute is an enactment of the Roman people, which it used to make on the motion of a senatorial magistrate, as for instance a consul. A plebiscite is an enactment of the commonalty, such as was made on the motion of one of their own magistrates, as a tribune. The commonalty differs from the people as a species from its genus; for 'the people' includes the whole aggregate of citizens, among them patricians and senators, while the term 'commonalty' embraces only such citizens as are not patricians or senators. After the passing, however, of the statute called the *lex Hortensia*, plebiscites acquired for the first time the force of statutes.

5 A senatusconsult is a command and ordinance of the senate, for when the Roman people had been so increased that it was difficult to assemble it together for the purpose of enacting statutes, it seemed right that the senate should be consulted instead of the people.

6 Again, what the Emperor determines has the force of a statute, the people having conferred on him all their authority and power by the '*lex regia*,' which was passed concerning his office and authority. Consequently, whatever the Emperor settles by rescript, or decides in his judicial capacity, or ordains by edicts, is clearly a statute: and these are what are called constitutions. Some of these of course are personal, and not to be followed as precedents, since this is not the Emperor's will; for a favour bestowed on individual merit, or a penalty inflicted for individual wrongdoing, or relief given without a precedent, do not go beyond the particular person: though others are general, and bind all beyond a doubt.

7 The edicts of the praetors too have no small legal authority, and these we are used to call the '*ius honorarium*,' because those who occupy posts of honour in the state, in other words the magistrates, have given authority to this branch of law. The curule aediles also used to issue an edict relating to certain matters, which forms part of the *ius honorarium*.

8 The answers of those learned in the law are the opinions and views of persons authorized to determine and expound the law; for it was of old provided that certain persons should publicly interpret the laws, who were called *jurisconsults*,

and whom the Emperor privileged to give formal answers. If they were unanimous the judge was forbidden by imperial constitution to depart from their opinion, so great was its authority.

9 The unwritten law is that which usage has approved: for ancient customs, when approved by consent of those who follow them, are like statute.

10 And this division of the civil law into two kinds seems not inappropriate, for it appears to have originated in the institutions of two states, namely Athens and Lacedaemon; it having been usual in the latter to commit to memory what was observed as law, while the Athenians observed only what they had made permanent in written statutes.

11 But the laws of nature, which are observed by all nations alike, are established, as it were, by divine providence, and remain ever fixed and immutable: but the municipal laws of each individual state are subject to frequent change, either by the tacit consent of the people, or by the subsequent enactment of another statute.

12 The whole of the law which we observe relates either to persons, or to things, or to actions. And first let us speak of persons: for it is useless to know the law without knowing the persons for whose sake it was established (Caesar Flavius Justinian, 1913).

4. Sobre la tradición jurídica greco-romana:

To the beliefs and manners of those days we must ascribe that sense of subordination or obedience to exterior power, whether a god, or a standard, or an ideal, which in one form or another marked the Roman to the end. To the same source must be traced the feeling for continuity which, while assimilating the new, preserved the type and refused to break with the past; for the future could be faced with a greater security if the value of the past were conserved. The early practice of rite accompanied by formal invocations and crystallising into 'sacred law' helped to develop that genius in law which is Rome's great legacy; and the law of the state borrowed a reflected sanctity from its sacred counterpart. Law presupposed obedience and was not disappointed (Barrow, 1949, p. 25).

5. *Ius* y *Lex* en el contexto romano:

The separation between *ius*, as an act of reason or *auctoritas*, and *lex* as an act of the imperative political will or *potestas*, allowed jurists to cultivate an autonomous knowledge and

develop it to the extent that it has been considered a classic model in the History of Western Law. In fact, the *ius civile romanum* has served as the starting point for the construction of private law in the West (mainly in Europe and America).

This conception of *ius* as an autonomous knowledge or science, elaborated by the experts in it, the jurists, which, notwithstanding its necessary link with the laws and the political instances, especially the jurisdictional ones, is fundamentally a work of reason, of the authority of those who know about these things, and not of the national or supranational political power, seems to me that it is necessary to recover it and assume it in order to create, as today it is insistently claimed, a private law common to all peoples (Adame Goddard, 2013, p. s/p).

6. Sobre la asimilación de ideas y costumbres en la civilización romana:

In considering the relation of one culture to another, we cannot avoid metaphors, dangerous as they are. 'Influence', of course, means 'flowing in'; but the new ideas were deliberately imported by Roman minds attracted to them! We sometimes speak of a man 'assimilating' the ideas of another, and strictly this should mean that he takes into himself alien ideas and turns them into something not quite the same and builds them into the fabric of himself, choosing what he will receive or appropriating unconsciously, and embodying into himself only what his nature is capable of converting into his own tissue (Barrow, 1949, p. 60).

7. Con relación al *espíritu de las leyes* y la comparación:

Law in general is human reason, inasmuch as it governs all the inhabitants of the earth: the political and civil laws of each nation ought to be only the particular cases in which human reason is applied. They should be adapted in such a manner to the people for whom they are framed that it should be a great chance if those of one nation suit another. They should be in relation to the nature and principle of each government; whether they form it, as may be said of politic laws; or whether they support it, as in the case of civil institutions. They should be in relation to the climate of each country, to the quality of its soil, to its situation and extent, to the principal occupation of the natives, whether husbandmen, huntsmen, or shepherds: they should have relation to the degree of liberty which the constitution will bear; to the religion of the inhabitants, to their inclinations, riches, numbers, commerce, manners, and customs. In fine, they have relations to each other, as also to their origin, to the intent of the legislator, and to the order of things on which they are established; in all of which different

lights they ought to be considered. This is what I have undertaken to perform in the following work. These relations I shall examine, since all these together constitute what I call the Spirit of Laws (Montesquieu, 2001, p. 23).

8. Comparación entre el sistema jurídico francés y el estadounidense:

The French codes are often difficult of comprehension, but they can be read by every one; nothing, on the other hand, can be more impenetrable to the uninitiated than a legislation founded upon precedents. The indispensable want of legal assistance which is felt in England and in the United States, and the high opinion which is generally entertained of the ability of the legal profession, tend to separate it more and more from the people, and to place it in a distinct class. The French lawyer is simply a man extensively acquainted with the statutes of his country; but the English or American lawyer resembles the hierophants of Egypt, for, like them, he is the sole interpreter of an occult science (Tocqueville, 2002, p. 306).

Sobre el contexto de la comparación jurídica

9. Utilidad del programa del Primer Congreso internacional de Derecho comparado:

A un moment où Ton organise de toutes parts de si nombreux Congrès touchant à des matières du domaine scientifique qui sont depuis longtemps définies et précisées, dont les méthodes n'ont plus guère à soulever de discussions, et pour lesquelles il n'y a plus qu'à aller de l'avant dans le sens de l'orientation traditionnelle, il pourra sembler plus nécessaire encore de provoquer, entre savants français et étrangers, des échanges de vues, et comme une sorte de consultation internationale, en ce qui concerne les sciences qui sont en voie de formation, celles qui se détachent, chaque jour, peu à peu, d'un domaine plus général, pour se constituer à titre indépendant. Et c'est le cas du Droit comparé.

Pendant longtemps on ne l'a conçu que comme une sorte de constatation des diversités législatives entre pays d'une civilisation similaire. Mais il est arrivé forcément que, de cette constatation, et, par suite, de cette comparaison, on a voulu tirer des conséquences. L'esprit humain est ainsi fait, et c'est son honneur. Il ne peut enregistrer les faits de la vie sociale sans se demander quel profit doit en résulter pour le progrès de la science et celui de la civilisation générale. [...]

Si nous voulons résumer toute cette série d'observations, nous pourrions classer ainsi les buts assez divers, mais très précis, qu'un Congrès de droit comparé devrait avoir en vue.

1 Au point de vue de la conception de la science du droit comparé, définir d'après quelles méthodes il y aurait lieu de procéder aux trois fonctions qui en constituent l'objet propre, et qui sont, par rapport aux diverses législations en présence, la constatation, la comparaison et l'adaptation.

2 Au point de vue doctrinal, préciser le rôle du droit comparé comme méthode d'enseignement.

3 Au point de vue des solutions juridiques, rechercher dans quelle mesure les conclusions tirées du droit comparé peuvent et doivent être utilisées, soit par voie législative, soit par voie coutumière et doctrinale, se traduisant par le procédé de l'interprétation judiciaire, soit par voie d'entente internationale.

4 Au point de vue de la pratique des affaires, rechercher et organiser des moyens d'entente pour l'information et la connaissance du droit étranger (Congrès international de droit comparé, 1904).

10. ¿Ciencia o método? La comparación jurídica puede tener ambas características:

[...] [T]he idea of it being a scientific discipline as well as a legal method is not incompatible at all, as it is true that the so-called comparative law subject is an instrument of knowledge of Law itself, and for it, a legal method, it would also be the need to elaborate the concepts and principles that derive from the use of said instrument, which could not be applied in an indiscriminate manner. It is for this reason, that a set of systematic studies have been conducted, integrating what we may call and qualify as the comparative legal science [...] (Fix-Zamudio, 2005, p. 26).

11. Objetivos y tendencias en la comparación jurídica: sistema, tradiciones, interacciones, cultura, factores políticos y económicos:

Comparatists are convinced that their enquiries can make significant contribution to human knowledge about foreign law and, thereby, to the knowledge of foreign cultures, foreign societies, foreign political systems and foreign economies. While this is generally accepted, the focus of interest varies considerably. Some comparatists are more interested in systems and traditions, others in single areas of law or legal institutions. Some comparatists study the interaction of law, culture, politics and social or economic factors; others are more interested in single rules and their operation in legal practice. Some are looking at what is common to legal systems; others try to filter out the distinct features of a given legal order that resist any assimilation. And of course, there is a deep gap between those who conduct comparative research

for the sole sake of understanding and those who pursue it for a given purpose, e.g., the improvement of their domestic law by case law on substance and/or procedure, the preparation of domestic or uniform legislation, or the application of foreign law in cross-border cases (Basedow, 2014, pp. 833-834).

12. Sobre la idea de lo que materialmente “es ley”:

What ultimately counts, and on which everything depends, is the idea of the law of the constitution, of the code, of the law, of the sentence. The idea is so decisive that sometimes when it is particularly alive and widely accepted it can even be dispensed with the “thing” itself as it happens with the Constitution of Great Britain (or no less interesting example) in the State of Israel (Zagrebelsky, 2011, p. 9).

13. El derecho “del legislador”, “del juez”, de “la abogacía”: los formantes legales:

[E]ven the jurist who seeks a single legal rule, indeed who proceeds from the axiom that there can be only one rule in force, recognizes implicitly that living law contains many different elements such as statutory rules, the formulations of scholars, and the decisions of judges—elements that he keeps separate in his own thinking. In this essay, we will call them, borrowing from phonetics, the “legal formants”. [...]

Instead of speaking of “the legal rule” of a country, we must speak instead of the rules of constitutions, legislatures, courts, and, indeed, of the scholars who formulate legal doctrine. The reason jurists often fail to do so is that their thought is dominated by a fundamental idea: that in a given country at a given moment the rule contained in the constitution or in legislation, the rule formulated by scholars, the rule declared by courts, have an identical content and are therefore the same (Sacco, 1991, p. 21).

To sum up Sacco’s theory, a list, even exhaustive, of all the reasons given for the decisions made by the courts is not the entire law. The statutes are not the entire law. Neither are the definitions of legal doctrines given by scholars. In order to know what the law is, it is necessary to analyze the entire complex relationship between what Sacco calls the “legal formants” of a system, i.e., all those formative elements that make any given rule of law amidst statutes, general propositions, particular definitions, reasons, holdings, etc. All of these formative elements are not necessarily coherent with each other within each system. Only domestic jurists assume such coherence. To the contrary, legal formants are usually conflicting and can better be pictured in a competitive relationship with one another (Bussani, 1998, p. 791).

[T]he search for formants represents the first step of a comparative analysis and places the interpreter before questions of a preliminary nature, such as the identification of these factors, the weight attributable to each of them, the relationships that cross them, the properties they have in common or whether one or more of them individually considered, may have a prevalent character or whether they are peacefully equivalent or interchangeable, or whether they can be dissociated or how the scholar can identify formants not yet known (Scarciglia, 2018, p. 73).

14. El derecho como subsistema cultural: la “tradición jurídica”:

The reader will observe that the term used is “legal tradition”, not “legal system”. The purpose is to distinguish between two quite different ideas. A legal system [...] is an operation set of legal institutions, procedures, and rules. [...] there are as many legal systems as there are such states and organizations. [...] National legal systems are frequently classified into groups or families. [...] But it is important to recognize that there are great differences between the operating legal systems [...]. In this sense, there is no such thing as the civil law system or the common law system. Rather, many different legal systems exist within each of these two groups of families of legal systems. [...]

A legal tradition, as the term implies, is not a set of rules of law about contracts, corporations, and crimes, although such rules will almost always be in some sense a reflection of that tradition. Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught. The legal tradition relates the legal system to the culture of which is a partial expression. It puts the legal system into cultural perspective (Merryman, 1976, pp. 1-2).

15. Con relación a los “trasplantes legales”:

Law shows us many paradoxes. Perhaps the strangest of all is that, on the one hand, a people’s law can be regarded as being special to it, indeed, a sign of that people’s identity, and it is in fact remarkable how different in important detail even two closely related systems might be; on the other hand, legal transplants –the moving of a rule or a system of law from one country to another, or from one people to another– have been common since the earliest recorded history.

[...]

Now these five provisions which we have looked at from Eshnunna, the Code of Hammurabi and Exodus show such similarities of formulation and substance that some connection, though distant, must exist between them. The nature of the similarities of style and substance is such that they exclude the possibility of parallel legal development. Probably they share an ultimate common source. Thus, legal transplants are already to be found in remote antiquity and were probably not uncommon. An adherent of the 'Volkgeist', however, will find comfort in the more or less marked differences which also exist between the provisions.

[...] A successful legal transplant –like that of human organ– will grow in its new body, and become part of that body just as the rule or institution would have continued to develop in its parent system. Subsequent development in the host system should not be confused with rejection.

[...]

Voluntary major transplants –that is, when either an entire legal system or a large portion of it is moved to a new sphere– fall into three main categories. First when a people move into a different territory where there is no comparable civilisation, and takes its law with it. Secondly, when a people move into a different territory where there is a comparable civilisation and takes its law with it. Thirdly, when a people voluntarily accepts a large part of the system of another people or peoples. These three categories should be borne in mind in the instances which follow, though the examples are not chosen on that account and are given principally in historical order.

[Actually, receptions and transplants come in all shapes and sizes. One might think also of an imposed reception, solicited impositions, penetration, infiltration, crypto-reception, inoculation and son on, and it would be perfectly possible to distinguish these and classify them systemically...] (Watson, 1993, p. 21).

16. Derecho comparado como una disciplina jurídica “potencialmente subversiva”:

By becoming aware of linguistic and philosophical differences, we can generate a sense of our historical contingency. We could have evolved in a different way. The way things are is the way they must be. And if we can understand the roots of our resistance to change, perhaps reforms become thinkable. This is the subversive potential of comparative law (Fletcher, 1998, p. 700).

However, beyond the practical needs of a transnational legal reality and in a continuing integration process –and the pacifying and ordering role deployed by comparative law in this context– we must underline its subversive virtue at the same time. Law is a technological process, and of its quality and ability to adapt to change, foreseeing conflict and promoting certain conducts, depending in no small way on the political, economic and social well-being. As in any other branch of knowledge, law evolves and sees progression. It's evident that the scientific and technological advances produced in the fields of healthcare, transport and information technology are immediately imported from the innovative countries onto less technologically-advanced latitudes. Why then, would it be any other way as far as Law is concerned? Legal products mean, oftentimes, high technology and qualitative leaps in social evolution, and no legal system can allow for the luxury of turning its back on them. It would be as pathetic as showing disdain on advances in the treatment of AIDS by American laboratories or on the security of automobiles born from investigation centers in Sweden or Germany. The leadership on legal technology is something not as exclusive, luckily, yet we cannot ignore that it is only by way of an attentive comparative perspective that such advances may be contrasted and successfully incorporated into other legal systems. Certainly, cultural components presuppose important stoppages to legal imports, but in the end they oftentimes just constitute simple excuses to stop certain progress for a given society. It is here that comparative law showcases its subversive value, in the sense set forth by G. P. Fletcher and H. Muir-Watt among others. And in this function it may be that we find the soul of comparative law, for it is here that it becomes a weapon against ethnocentricity and cultural totalitarianism; it becomes a path for progress, for change and betterment; into a guarantee of critical thought and liberty. And these are the subversions that cannot be beaten by arguments of economic affiliation that support unitary and conservative visions, as the selfsame economic analysis of Law, purest and neoliberal in nature, must conform with the defense of competitiveness amongst legal systems and will support with all its might an idea that can only exist by the most perfect of comparatist conceptions; in the end, there can only be perfect competition between national systems if and when perfect knowledge of their advantages and disadvantages, of their similarities and disparities, circulates freely (Sánchez Lorenzo, 2008).

17. Los procesos de armonización normativa: gestados por los agentes públicos (centralizados) o por la práctica de los agentes (descentralizados):

It is possible to distinguish between centralized paths, i.e. those marked by a specific legal political axis that tends to set - and even impose - the harmonizing standard, and decentralized paths, along which private initiatives are taken. Examples of centralized harmonization are international legislation and international conventions. Thus the framework of the

European Union is based on a legislative activity that gives shape to an authentic harmonized European law in different fields. Another centralized way is judicial cooperation and, particularly as far as Europe is concerned, the work of the Court of Justice of the European Union. If we move on to centralized channels, harmonization is also taking place as a consequence of international practice, a product of the decision of the factors of international trade (Lerner, 2004, p. 293).

18. Sobre la ductilidad del derecho como manifestación de jurisdicción externa al estado:

The basic notion of State law, whether in its internal (internal public law) or external (external or international public law) aspect, was therefore the sovereignty of the State “person”. Today, however, this notion can no longer be recognized with such clarity as an operative political reality. Since the end of the last century, corrosive forces have been at work, both internally and externally: internal political and social pluralism, which opposes the very idea of sovereignty and subjection; the formation of alternative centers of power, concurrent with the State, which operate in the political, economic, cultural and religious fields, often in dimensions totally independent of the State territory; the progressive institutionalization, sometimes promoted by the States themselves, of “contexts” that integrate their powers in supra-State dimensions, thus removing them from the availability of particular States; and even the attribution of rights to individuals, who can assert them before international jurisdictions against the States to which they belong (Zagrebelsky, 2011, pp. 11-12).

19. Con relación a la creación de “redes”:

Think of a standard map of the world, showing the borders and capitals of the world’s 190-odd countries. That is the chessboard view.

Now think of a map of the world at night, with the lit-up bursts of cities and the dark swaths of wilderness. Those corridors of light mark roads, cars, houses, and offices; they mark the networks of human relationships, where families and workers and travelers come together.

That is the web view. It is a map not of separation, marking off boundaries of sovereign power, but of connection. To see the international system as a web is to see a world not of states but of networks. It is the world of terrorism; of drug, arms, and human trafficking; of climate change and declining biodiversity; of water wars and food insecurity; of corruption, money laundering, and tax evasion; of pandemic disease carried by air, sea, and land. In short, it is the world of many of the most pressing twenty-first-century global threats (Slaughter, 2016, p. 76).

Integration processes (resulting from the simultaneous action of the centrifugal forces of globalization and the centripetal forces of localization) have called into question—at least in countries of the civil law tradition the legal paradigms of nationalist codification of the nineteenth century and the legalist positivism of the twentieth century. This blurs the lines of the “pyramidal image” of a territorialist and hierarchical state legal system, being replaced by a new plural legal system, in which supranational, international, state and interstate principles, rules and regulations interweave, in the manner of “collaborative horizontal networks”, giving rise to new legal dogmatics (Pampillo Baliño, 2011, p. 519).

20. Sobre el pluralismo jurídico y la interlegalidad:

The legal developments reveal the existence of three different legal spaces and their correspondent forms of law: local, national and world legality. It is rather unsatisfactory to distinguish these legal orders by their respective objects of regulation because often they regulate or seem to regulate the same kind of social action. Local law is a large-scale legality. Nation state law is a medium-scale legality. World law is a small-scale legality (Santos, 1987, p. 287).

Legal pluralism is the key concept in a postmodern view of law. Not the legal pluralism of traditional legal anthropology in which the different legal orders are conceived as separate entities coexisting in the same political space, but rather the conception of different legal spaces superimposed, interpenetrated, and mixed in our minds as much as in our actions, in occasions of qualitative leaps or sweeping crises in our life trajectories as well as in the dull routine of eventless everyday life. We live in a time of porous legality or of legal porosity, of multiple networks of legal orders forcing us to constant transitions and trespassings. Our legal life is constituted by an intersection of different legal orders, that is, by interlegality. Interlegality is the phenomenological counterpart of legal pluralism [...] Interlegality is a highly dynamic process because the different legal spaces are non-synchronic and thus result in uneven and unstable mixings of legal codes (codes in a semiotic sense) (Santos, 1987, pp. 297-298).

21. Con relación a la superposición de espacios de juridicidad:

The coexistence of multiple and overlapping spheres of legality poses challenges to the concept of legal order. Observations such as a blurred distinction between domestic and international law, as well as between public and private law, hybrid law-making processes, a broadened perception of legal actors, the dissolution of pre-existing boundaries and the creation of novel boundaries in law raise fundamental questions for the concept of legal order. One can ask about the extent to which legal orders are permeable or closed to influences from the outside and whether the concept has

a territorial dimension—including whether it is based on the territoriality of the state. The above observations also challenge classical conceptual features of the concept of legal order, such as its internal structuring function oriented towards coherence.

In light of these challenges for the concept of legal order, this article engages with an alternative notion: the legal space (Burchardt, 2022, pp. 1-2).

22. Sobre la globalización jurídica en América Latina:

The phenomenon of legal globalization does not present itself in a uniform manner nor does it imply a compact block; on the contrary, the processes of reception and interaction with external sources depend to a great extent on political, social, cultural and historical aspects of the different States and nations [...] in Latin American countries a tremendous paradox is presented: on the one hand, the advance of global flows (judicial networks, mobilization of indigenous peoples, transnational law firms, etc.), while legal thinking remains attached to the local. Thus, the navigation charts of legal operators follow the maps of familiar nation-states (López Libreros, 2019, pp. 27-28).

23. Sobre el acercamiento de los postulados de la familia romanista y la del *common law*:

There are several reasons why this age-old distinction has been greatly down-played.

a) In the first place the distinction civil law/common law makes very little sense outside the private law context. Clearly it is of no use in comparing constitutional models, administrative law, and welfare issues.

b) The civil law/common law distinction was founded when private law was at the heart of the legal system. Thoughtful investigations into the difference between *propriété* and property; between cause and consideration; between *faute* and negligence and so on, which have produced hundreds of books and thousands of articles, do not appear to be any longer of great import once the centre of gravity has moved from private autonomy to regulated economic activities under constant scrutiny (both *ex ante* and *ex post*) of public authorities.

The distinction is surely of great importance but, by now, mostly of a historical nature. And it is time to cut the ropes which bind us with noble and fascinating constructions

which are, however, of little use in contemporary, global, legal settings (Zeno-Zencovich, 2017, p. 92).

24. Con relación a los sistemas jurídicos “mixtos”:

Although Scotland is geographically situated on the edges of Europe, it has nonetheless come to play an important role in the narrative of a new European *ius commune* during the course of the twentieth century. Perhaps a view from the edge provides greater clarity than being in *medias res*. Few scholars working on the civilian tradition or comparative law more generally in 2018 will be unaware of the peculiar nature of the Scottish legal tradition. As a non-codified ‘mixed jurisdiction’ in which legal principles have been drawn from both the civilian (i.e. Roman law) and common law traditions, Scots law has become a veritable cornerstone in contemporary debates about harmonization of different legal traditions and the utility of ‘mixtures’ (Plessis, 2019, p. 12).

Aspectos de metodología en la comparación jurídica

25. Sobre la necesidad de que exista cierto consenso metodológico en la comparación jurídica:

Comparative law will probably not make serious progress until it bids farewell to its current *laissez faire* approach to theoretical and methodological basics. The discipline would be better off if comparatists gathered the courage to define a common canon of knowledge, to agree on a limited set of ultimate goals, and to commit to long-term and interdisciplinary cooperation. By taking these steps, comparative law can perhaps learn to walk in a chosen direction rather than continue to stumble along without aim (Reimann, 2002, p. 700).

26. Más que un solo método, una “caja de herramientas” para llevar a cabo la comparación jurídica:

The comparatist disposes of a pluralist toolbox containing the following methodological opportunities:

The functional method is looking at the actual societal problem (e.g., a train accident) and the way this is solved in different jurisdictions (most notably compensating the victims for their damage) along similar or different roads (e.g., contract liability or tort liability) and with similar or different results (e.g., compensation or not for pure economic loss). The focus is on the societal problem and the actual result of the legal approach to that problem.

The analytical method is analyzing (complex) legal concepts and rules (e.g., ownership) in different legal systems in such a

way that common parts and differences are detected (claims, liberties, competences, etc.). The use of 'ideal types' makes it possible to rank those legal concepts, rules, institutions, on a scale according to the degree of fitting with the core characteristics of the 'ideal type'.

The structural method is focusing on the framework of the law or of the elements reconstructed through an analytical approach. This is not the structure of each of the compared legal systems, but just one way of looking at them, which proves to be revealing for answering the research question.

The historical method will almost always be a necessary part of the methods used, for understanding differences and commonalities among legal systems and for determining their degree of belonging to a deeply rooted tradition or rather to accidental historical events.

The law-in-context method has inevitably also a historical dimension but focuses on the law's current societal context, including, where appropriate, culture, economy, psychology, religion, etc. It studies a much broader context when compared to the functional or analytical method and implies the use of (results from) other disciplines (Van Hoecke, 2015, pp. 28-29).

27. Sobre el interés interdisciplinar en la comparación jurídica:

The broad array of scholarly interests in comparative enquiries can be exemplified by a legal institution such as the mahr or meher of Islam law which has been transposed in various forms into the state laws of many Islamic countries. According to the Quran the mahr is a mandatory requirement of a marriage, an amount of money or other assets which the husband owes to his wife; while the mahar in itself is compulsory, the quantity, the manner and the time of payment are subject to the spouses' agreement. This institution has always fascinated comparatists from Western countries. But their interest are of great variety. The mahar may be studied as a symbol of the conception of the family and the role of the women in Islamic societies, a conception that profoundly differs from that of the West. The research interest of such an investigation would be a sociological and anthropological nature. From a functional perspective, the relation between the mahr and the reduced succession rights of women or the lack of post-marital maintenance obligations of the husband may arouse particular interests. An enquiry of this type would look at the overall financial balance between husband and wife, sons and daughters, and the men and women which may be achieved in Western and Islamic cultures in different ways, but with a similar outcome. A more focused legal approach would look

at the mahr clauses of marriage agreement as protecting women against unilateral repudiation and other abuses by their husbands. But comparative enquiries may also turn on legal issues which –in a different setting– can arise in the non-Islamic societies of Western countries as well, e.g. the conservation of the value of the deferred mahr against inflation or the use of a mahr agreement made subsequent to the celebration of marriage to the detriment of the husband’s creditors. Finally, the –more practical– interests of some Western comparatist in the regulation of the mahr in increasingly motivated by the fact that courts in European countries have to deal with claims arising from this legal institution (Basedow, 2014, p. 834).

28. Sobre las distintas tendencias del discurso comparativo, visiones filosófica, histórica, cultural y económica:

There are four such distinct trends worth mentioning in comparative law discourse today: comparative law and legal philosophy (comparative jurisprudence); comparative law and legal history (historical comparative law or historic-comparative perspective); comparative law and culture (comparative legal cultures and law and culture studies); and comparative law and economics.

Its advocates claim that only the combination of comparative law and legal philosophy can reach a true understanding of law. The combination of comparative law and legal history is used by the ‘new *ius commune*’ seekers and legal transplant scholars. The combination of comparative law and culture, which took the form of ‘law and society studies’ in the 1970s and ‘law and popular culture’ in the 1980s, now seeks to involve comparative law studies in order to provide a better understanding of multi-culturalism and integration. The comparative law and economics movement, very much in vogue to day, endeavours to set up competing legal systems as an alternative to harmonisation and codification to find the most efficient solutions to global problems (Örücü, 2000).

29. Aproximación taxonómica a la división de los sistemas: derecho profesional, político y tradicional:

The development of an adequate taxonomy may eventually allow us to go “beyond mere taxonomy” and to make explanations (or predictions as economists like to call them) on legal transplants and legal change. These long-overdue explanations are needed not only by comparativists but by the whole scholarly community interested in law and institutions. An adequate taxonomy will be able to answer questions such as: why and how do legal systems change? When can a transplant be considered successful and when not? What are the factors more likely to resist legal change by imitation? How can the

structure of the recipient legal system affect and modify a received legal institution? Are there different patterns of legal change that can be observed within or outside the borders of legal system families grouped in a given taxonomic scheme? [...]

In my proposed classification, systems may belong to the rule of professional law, the rule of political law, or the rule of traditional law. These three patterns of social incentives (or social constraints) are at play in all legal systems simultaneously. The only difference is in terms of quantity, acceptability, and, most importantly, hegemony. Because law in the Western sense is only one of these three patterns of social incentives, all legal systems are entitled to the same standing whatever pattern is hegemonic in them.

Rule of professional law, rule of political law and rule of traditional law, therefore, become useful labels to classify the world's legal systems. In my view, each system belongs to the family of legal systems named after its hegemonic pattern. This classification also conveys important messages regarding the worldwide structure of legal development. Legal transplants, for example, impose aspects of the rule of professional law in non-western countries, while the "harmony ideology" behind certain schemes of alternative dispute resolution shows the continuous appeal of the rule of traditional law in Western societies. Indeed, the endurance of the rule of political law in certain areas of the law (such as constitutional law) shows why public lawyers have always asked comparative lawyers for alternative classificatory schemes (Mattei, 1997, pp. 9-10).

30. Sobre el qué comparar:

At the level of macro-comparison, the issue of 'comparability' has been resolved by a large number of comparative lawyers with the argument that the comparison must extend to the same evolutionary stage of different legal systems under comparison and that they should be at the same stage of development, whether economic, social or legal.

There is, however, nothing in the logic of comparative inquiry dictating that comparison be limited to any specific level unit. Hence at the macro-level, 'comparability' may be relative to the interests and purposes of the comparative lawyer. It is the aims of the specific comparative study that should determine the choice of legal systems to be compared. Nor need one carry out comparative research only in groups of legal systems with broadly shared attributes.

At the level of micro-comparison, it has been widely argued that the true basis of comparative law is 'functional equivalence' [...] (Örücü, 2012, p. 561).

31. Sobre el *tertium comparationis*; el problema a resolver:

Comparative law scholars use the term “*tertium comparationis*”, a common comparative denominator that could be the third unit besides the two legal comparanda, i.e., the elements to be compared, the *comparatum* and the *comparandum*. Here, comparability is seen to be closely related to *tertium comparationis* and to depend on the presence of common elements which render judicial phenomena ‘meaningfully comparable’: thus comparability is equated with *tertium comparationis*. Hence it is said that the objects of comparison must have common characteristics which serve as the common denominator, the *tertium comparationis*. What must the comparative lawyer consider as *tertium comparationis*? Should this be the “common function” between institutions and rules, or the “common goal” they are meant to achieve, or the “problem”, or the “factual situation” they are created to solve or the “solutions” offered? (Örücü, 2012, p. 561).

Although it is not necessary for there to be a similarity of the legal material being compared, what is required is a common pre-legal starting point, that is, as I said, a problem or a real social need shared by two or more countries or societies to which the comparative analysis is to be applied [...] Obviously we are here in a pre-legal phase: the problem/need may be of an economic, political or other nature (such as the need to act to control political power, for example through a system of constitutional justice) (Cappelletti, 1993b, p. 20).

32. El funcionalismo en la comparación jurídica:

[T]he basic methodological principle of all comparative law, from which stem all the other methodological principles – the choice of laws to compare, the scope of the undertaking, the creation of a system of comparative law, etc. – is that of functionality.

[...]

Most likely, there will always be in this discipline, as well as in legal science in general –so as to not delve deeper into the practical applications of law– an area in which only appropriate criteria may be applied, common sense or even intuition. For when our business is that of evaluating and determining

which of the available solutions is the best, the criterion most often referred to in the end is the most immediate perception of what is correct (Zweigert y Kötz, 2002, p. 37).

The method followed should serve that goal. The idea behind functionalism is to look at the way practical problems of solving conflicts of interest are dealt with in different societies according to different legal systems. This allows us to perceive those problems (largely) independently from the doctrinal framework of each of the compared legal systems [...] All societies have some form of 'law' which helps to solve those problems. Legal concept, legal rules and legal procedures may sometimes rather diverge, but still the solutions given to some problems may be similar or even identical. In other words, the legal solution may be the same, notwithstanding the diverging roads used to reach that solution. The functional method is looking for such 'functional equivalents' at the level of the solutions (Van Hoecke, 2015, pp. 9-10).

33. Con relación a los trasplantes legales:

[T]he choice and design of legal transplants is indeed crucial. This requires knowledge and understanding of both the technical aspects of the transplant and its normative implications. It also means that scholars of legal transplants need to consider various fields of research such as comparative law, jurisprudence, law and regulation, and law and development, as has been attempted in this paper. It is suggested that this cross-sectional nature makes research on legal transplants a demanding but also a stimulating endeavour (Siems, 2018, pp. 118-119).

The political and institutional history of Latin America can be summarized in the history of the unsuccessful reception of foreign institutions that work and produce good results in their countries of origin but which, once implanted in our societies, either do not work at all or produce effects different from those expected. This is not a new idea in the continent; already in the first half of the 19th century, Juan Bautista Alberdi and his Argentine colleagues –those of the so-called Generation of the 30's: Esteban Echeverría and Domingo Faustino Sarmiento, among others– argued the imperative need to know the social and cultural conditions before importing European institutions. How is it possible then that this idea has not attracted more attention among Latin American politicians and institution designers? Perhaps this is because ignorance of the factual conditions in which institutions operate is not only explained as a failure on the part of those in charge of receiving or importing foreign institutions, but also as a political strategy. A strategy

that consists of creating institutions in order to obtain the benefits of political legitimization resulting from the imported institution, without this implying acceptance of the practical effects of its implementation. Another possible explanation simply stems from the fact that the easiest thing to do –the most effective in the short political term– is to copy institutions and translate them into legal reforms.

Whatever the causes of this disregard for contexts, the fact is that this institutional practice has been accentuated in recent years, especially with the predominance of neoinstitutionalist economic theories; for this and many other reasons, it is worth studying (García Villegas, 2011, p. 180).

34. Respecto al derecho trasnacional:

International business transactions occur within a web of legal frameworks. Some are national, like the legal systems of the parties' countries, while others are international, like the systems created by various treaties or the rules of customary international law. Yet the division between national and international should not be overstated. In fact, as we shall see, international law penetrates and influences national systems in a variety of ways, while national laws and practices shape international law. [...]

[According to Jessup, "Transnational law" includes] [t]he law that "regulates actions or events that transcend national frontiers" obviously includes a good deal of domestic law—from the law of contracts to antitrust law. It also includes domestic rules for mediating among national systems, that is, the rules of conflicts or of "private international law" narrowly defined. Finally, it includes rules of "public international law," found in treaties and in customary international law, that may limit the ways in which national governments may regulate or that may treat directly some topics usually governed by domestic law (for example, the CISG's [UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980] rules of substantive contract law). The abilities to navigate among different systems of law and to understand the ways in which they penetrate and influence each other are among the most difficult and most important skills of an international lawyer. Nations often use their domestic experience as the basis for drafting treaties. Domestic legal systems serve as the basis for "general principles of law," and domestic practice (if followed out of a sense of legal obligation) may contribute to the development of customary international law (Vagts *et al.*, 2014, p. 61).

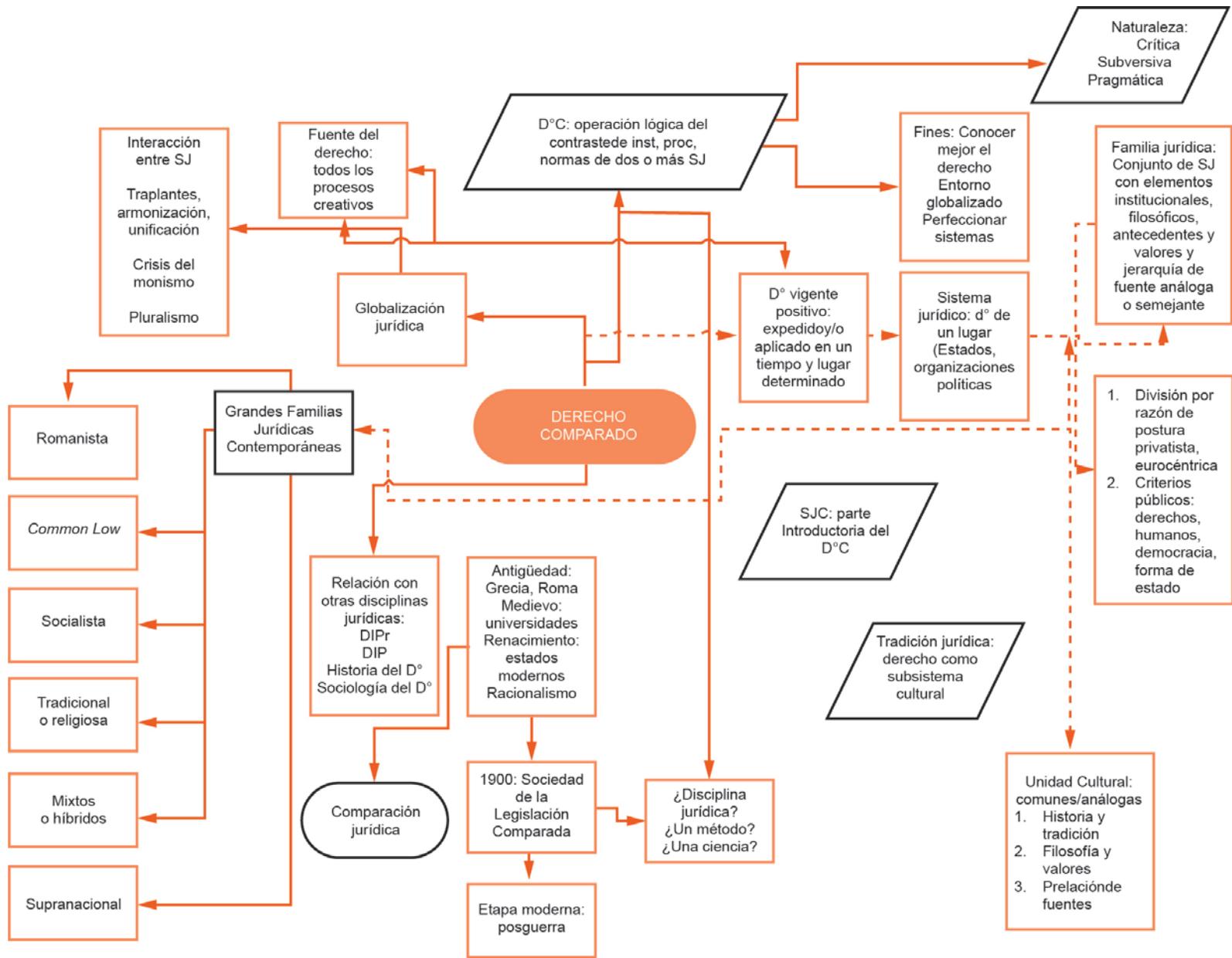
35. El elemento común como referente en la comparación jurídica:

This perceived opposition is similar to that between “top down” and “bottom up” reform. Indeed, if there is one thing that the experience in the Western legal tradition should show, it is that the contrast between top down and bottom up legal change is a false opposition. All legal changes have aspects of both. Law is in part politics (top down) and in part culture (bottom up). Put in other terms, institutional change is due in part to the invisible hand and in part to the visible hand phenomena. It is partially the local evolution of institutions and partially the recognizable work of a political or professional elite, as Alan Watson argued. Consequently creating a code does not cancel the existence or importance of other legal formants. [...]

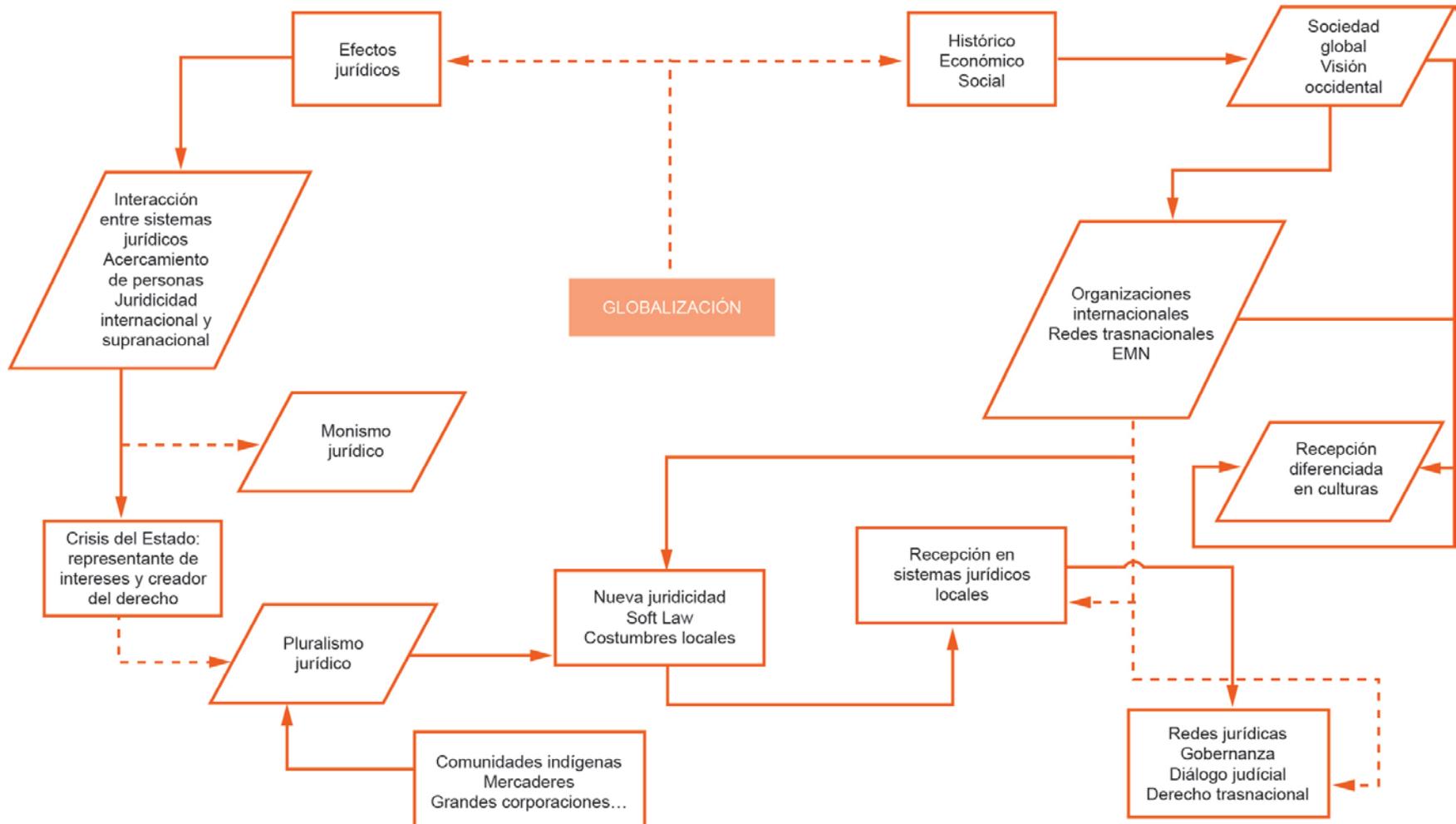
Codification implies producing rules that are new for the whole or, at least, a part of legal actors in the systems concerned. Implementation of such rules needs a class of interpreters: judges, practitioners and scholars acquainted with the new rules and with their rationales. The unavoidable lack of knowledge in the short run, and even in the long run, and the strength of deeply rooted traditions regarding different concepts, notions and their interrelations, may deadlock every codification effort. Hence, as far as codification is concerned, the real issue at stake is the building of a common legal culture. As we have already seen, this is an endeavor whose only tools seem to be a common legal education grounded in the knowledge of what is common and what is different between the different European systems (Bussani, 1998, pp. 800-801).

ESQUEMAS

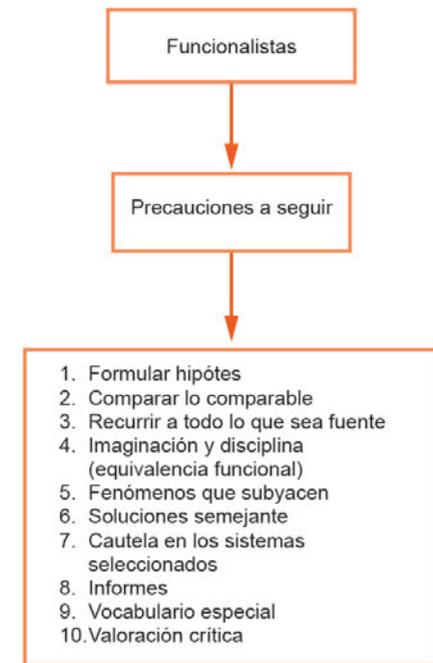
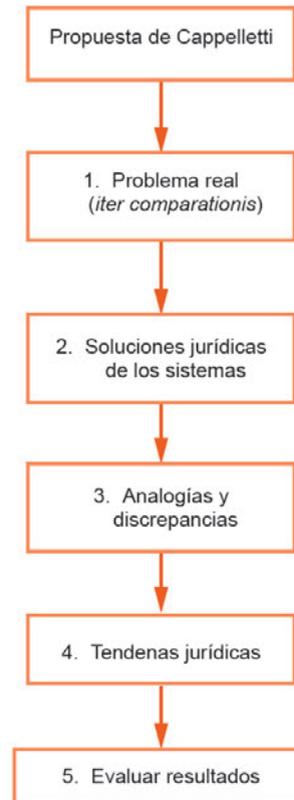
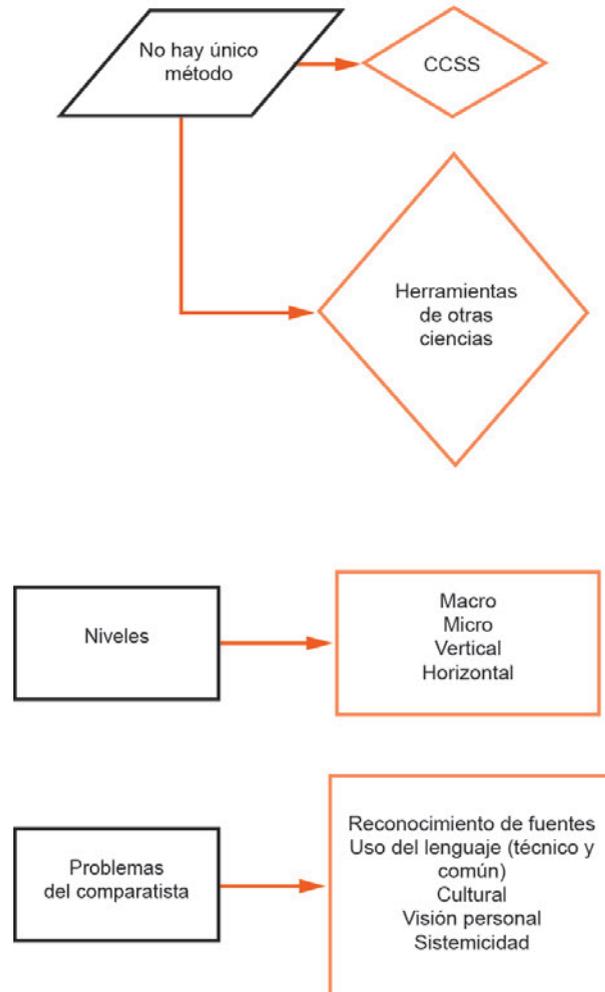
6

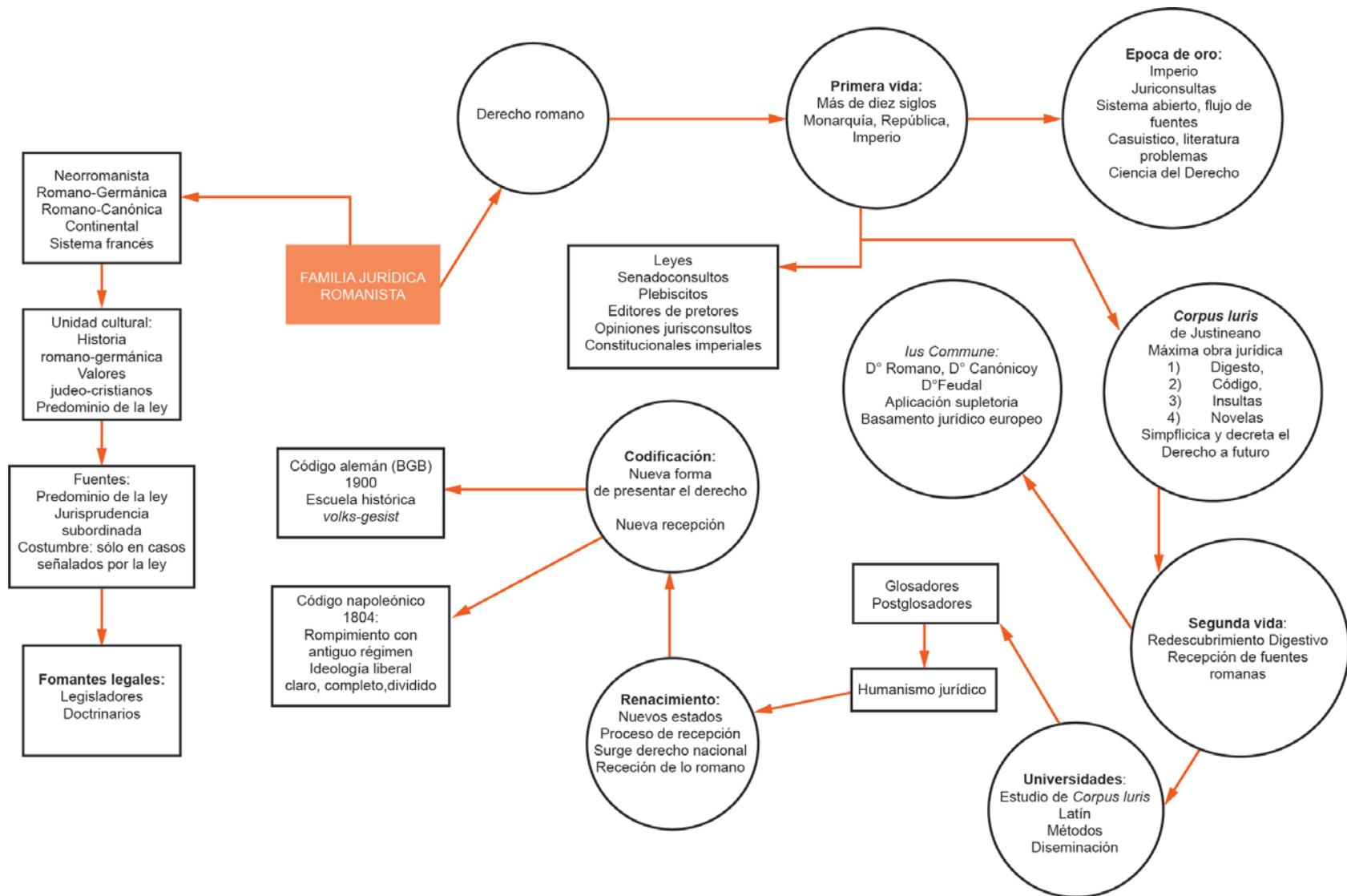


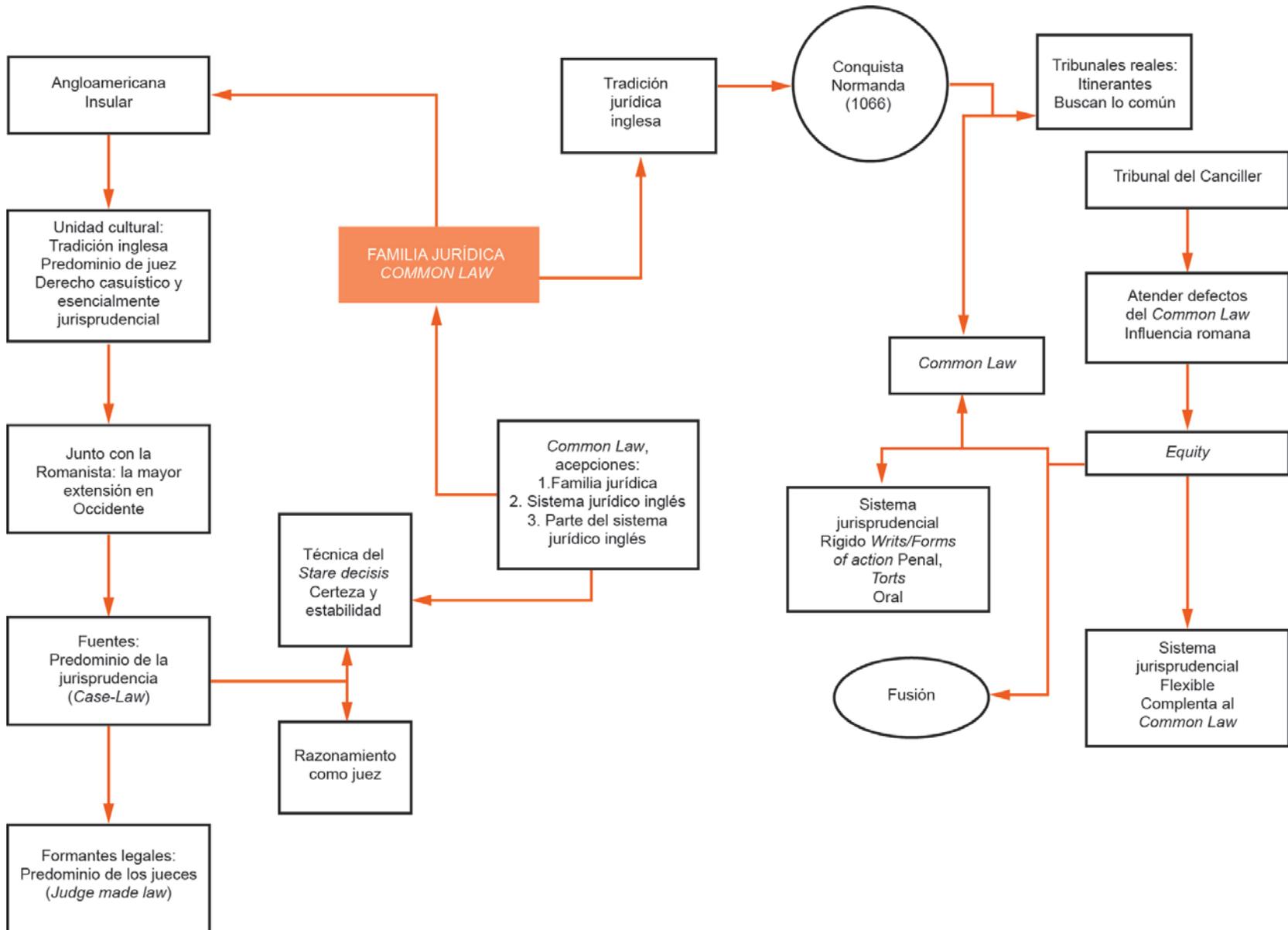
Globalización y sus efectos jurídicos

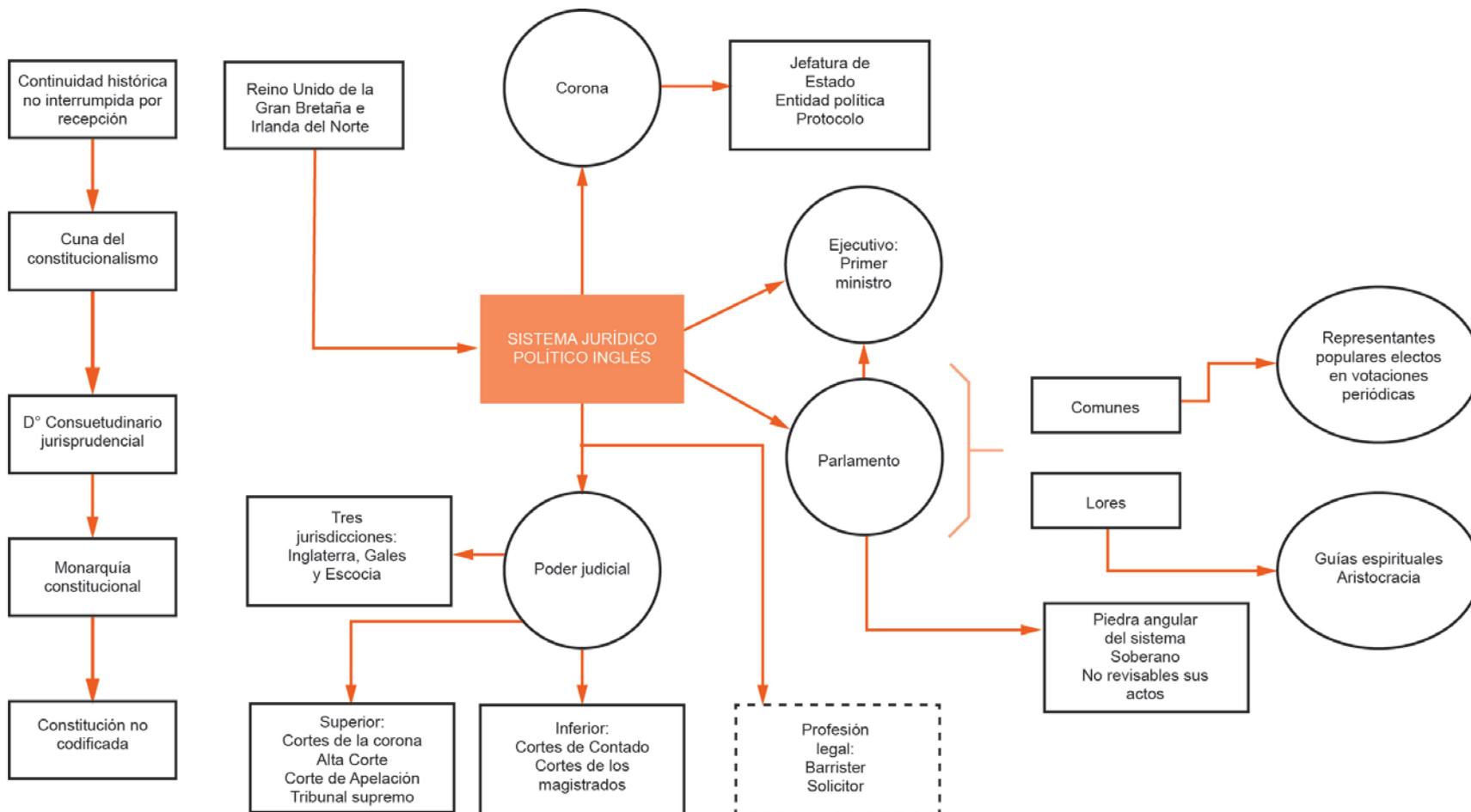


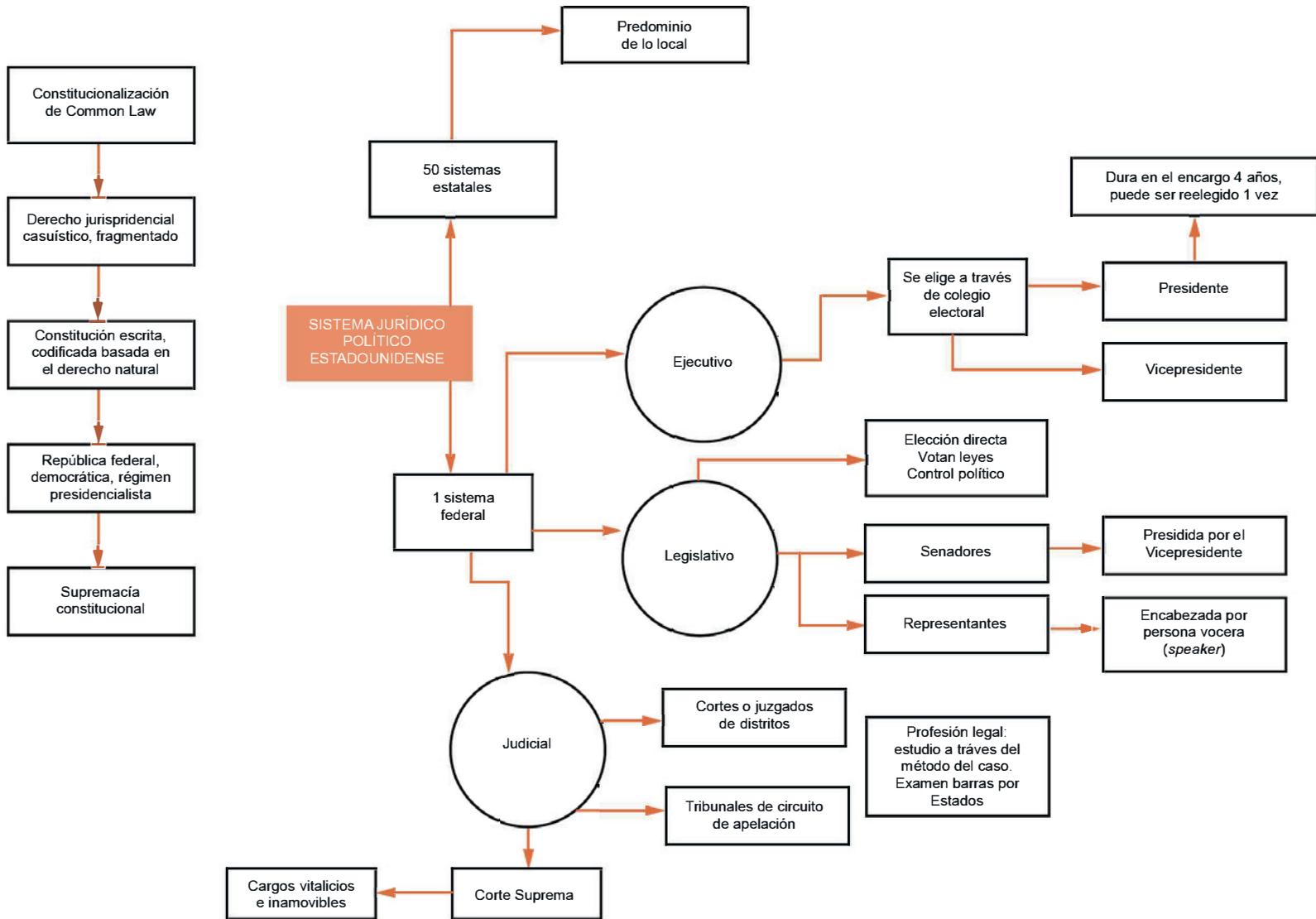
Procesos de comparación jurídica

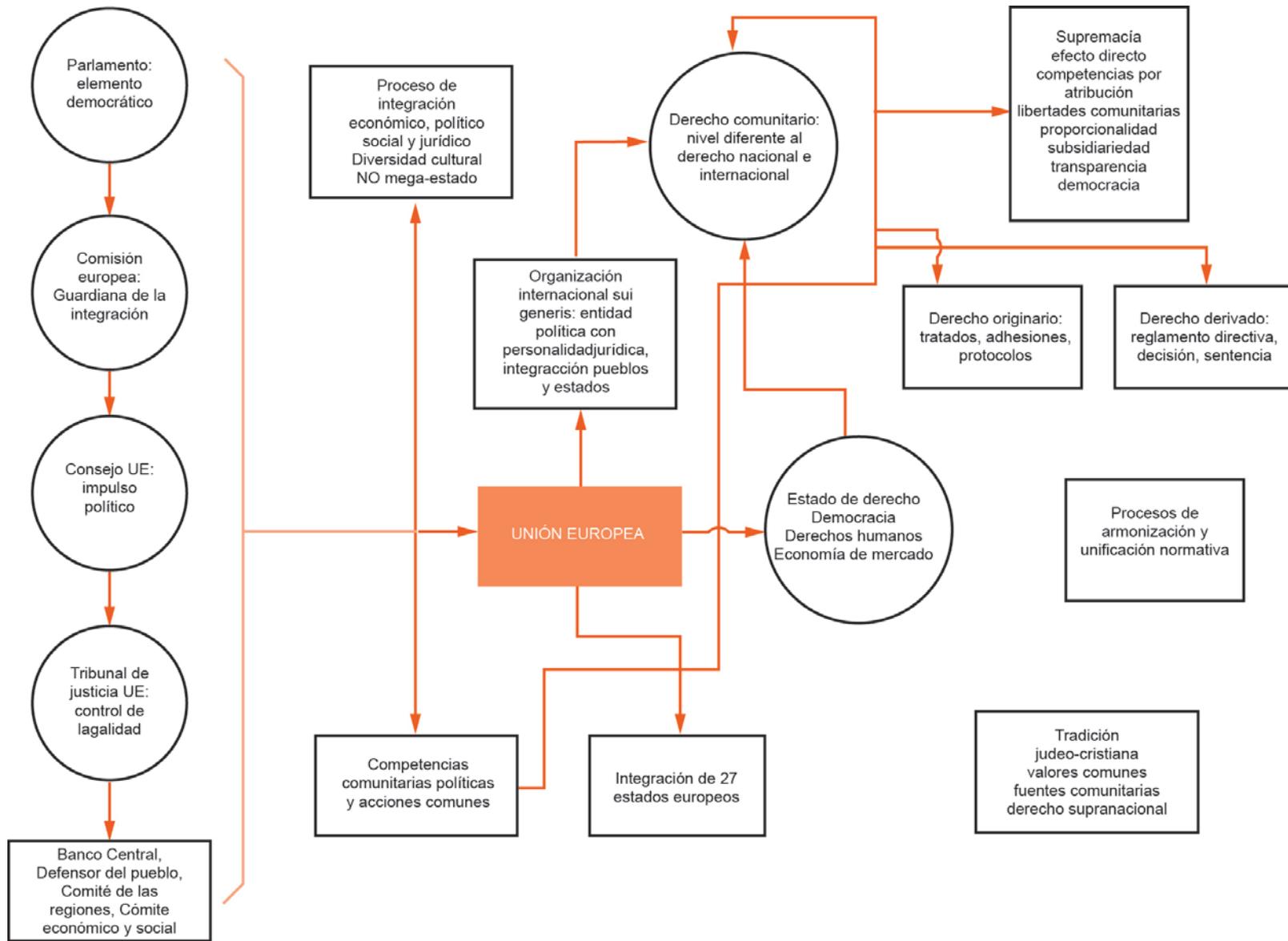












BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

7

- Adame Goddard, J. (2013). Ius y Lex en la tradición romana y en la perspectiva actual. En M. E. Montemayor Aceves y A. Vargas Valencia (eds.), *Estudios de Derecho Romano: interpretación y tradición* (pp. 89–110). UNAM. https://works.bepress.com/jorge_adame_goddard/206/
- Ajani, G., Anderson, M., Amayuelas, E. A. y Pasa, B. (2011). *Sistemas jurídicos comparados: lecciones y materiales*. UB.
- Alvaro, J. y Ragone, P. (2007). “Writ” y “Actio” en el Surgimiento y la Configuración del Proceso Civil Inglés Medieval. *Revista de estudios historico-juridicos*, (29), 333-356. <https://doi.org/10.4067/s0716-54552007000100008>
- Arellano García, C. (2004). *Las grandes divisiones del derecho*. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 1(242), 11-32. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/28685/25936>
- Aristotle. (1999). *Politics*. B. Jowett (ed.). Batoche Books. <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/aristotle/Politics.pdf>
- Barrow, R. H. (1949). *The Romans*. Pinguin Books. https://www.bard.edu/library/arendt/pdfs/Barrow_Romans.pdf
- Basedow, J. (2014). Comparative Law and its Clients. *The American Journal of Comparative Law*, 62(4), 821-857. <https://www.jstor.org/stable/43669488>
- Bauman, Z. (2013). Glocalization and Hybridity. *Glocalism: Journal of Culture, Politics and Innovation*, 1, 1-5. <https://doi.org/10.12893/gjcp.2013.1.9>
- Bogdandy, A. von (ed.). (2020). *Transformaciones del derecho público: Fenómenos internacionales, supranacionales y nacionales*. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bogdandy, A. von, Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M., Piovesan, F. y Soley, X. (2020). Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. En A. von Bogdandy (ed.), *Trasformaciones del derecho público: fenómenos internacionales, supranacionales y*

- nacionales (pp. 27-60). Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Instituto de Investigaciones Jurídicas; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Burchardt, D. (2022). *The concept of legal space: A topological approach to addressing multiple legalities*. Global Constitutionalism. <https://doi.org/10.1017/S2045381722000041>
- Bussani, M. (1998). Current Trends in European Comparative Law: The Common Core Approach. *Hastings International & Comparative Law Review*, 21, 785-801.
- Cabrera Acevedo, L. (2005). *El Constituyente de Filadelfia de 1787 y la Judicial Review* (1.a ed.). Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Caesar Flavius Justinian. (1913). The Institutes. En J. B. Moyle (trad.), *Project Gutenberg's The Institutes of Justinian* (5.a ed.). Gutenberg. https://www.gutenberg.org/files/5983/5983-h/5983-h.htm#link2H_4_0002
- Cappelletti, M. (1993a). *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (1.a ed.). Porrúa.
- Cappelletti, M. (1993b). El Derecho comparado: método y finalidades (una propuesta metodológica). En *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (1.a ed., pp. 13-42). Porrúa.
- Carbonell, M. y Vázquez, R. (Comps.). (2009). *Globalización y Derecho*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Carpizo, J. (1971). *Lineamientos Constitucionales de la Commonwealth* (1.a ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Congrès international de droit comparé. (1904). Société de législation comparée. *Procès-verbaux des séances et documents*. Librairie générale de droit et de jurisprudence. <https://archive.org/stream/congrsinternati00compgoog#page/n7/mode/2up>
- David, R. y Jauffret-Spinosi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (11.a ed.). J. Sánchez Cordero (ed.). UNAM, Centro Mexicano de Derecho Uniforme, Facultad Libre de Derecho de Monterrey.
- De Sousa Santos, B. (1991). Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho. *Nueva Sociedad*, (116), 18-38.
- De Vergottini, G. (1987). Balance y perspectivas del Derecho constitucional comparado. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 7(9), 165-221.
- Diez de Velasco Vallejo, M. (2009). *Instituciones de Derecho internacional público*. (17.a ed.). Tecnos.
- Fix-Zamudio, H. (2005). Tendencias actuales del derecho comparado. En J. M. Serna de la Garza (ed.), *Metodología del derecho comparado: Memoria del congreso internacional de culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 23-68). IIJ-UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1793/5.pdf>
- Fix-Zamudio, H. (2015). Derecho comparado y la ciencia jurídica en México. En R. Márquez Romero y W. V. Rocha Cacho (coords.), *Pensamiento jurídico en el Colegio Nacional* (pp. 15-192). El Colegio Nacional, IIJ. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4053/16.pdf>
- Fletcher, G. P. (1998). Comparative Law as a Subversive Discipline. *The American Journal of Comparative Law*, 46(4), 683-700. <https://doi.org/10.2307/840986>

- Friedman, L. M. (2007). *Breve historia del derecho estadounidense* (1.a ed.). P. Jiménez Zorrilla (trad.). UNAM-IJ. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2461-breve-historia-del-derecho-estadounidense>
- García Villegas, M. (2011). Ineficacia del derecho y cultura de incumplimiento de reglas en América Latina. En C. Rodríguez Garavito (ed.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI* (pp. 161-184). Siglo Veintiuno Editores.
- Gessner, V. (2013). Reglas y redes en las transacciones comerciales globales. En H. Fix-Fierro (ed.), *El otro derecho comparado: ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización* (pp. 199-226). IJ-UNAM.
- González Martín, N. (2005). Reflexiones sobre la utilidad de la comparación y sus efectos en la codificación en derecho internacional privado. En J. M. Serna de la Garza (ed.), *Metodología del derecho comparado: Memoria del Congreso Internacional de Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados* (pp. 205-228). IJ-UNAM. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1793/12.pdf>
- González Martín, N. (2010). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. IJJ, Nostra Ediciones.
- Gutiérrez Espada, C., Cervell Hortal, M. J. y Piernas López, J. J. (2015). *La Unión Europea y su Derecho* (2.a ed.). Trotta.
- Hart, H. L. A. (2012). *El concepto de derecho* (3.a ed.). G. R. Carrió (trad.). Abeledo Perrot.
- Hernández Cervantes, A. (2014). *La producción jurídica de la globalización económica: Notas de una pluralidad jurídica transnacional* (1.a ed.). UASLP.
- Illescas Ortiz, R. y Perales Viscasillas, P. (2003). *Derecho mercantil internacional: el derecho uniforme* (1.a ed.). Centro de Estudios Ramón Areces.
- Lerner, P. (2004). Sobre armonización, derecho comparado y la relación entre ambos. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 1(111), 919-996. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2004.111.3807>
- López Libreros, J. M. (2019). *Derechos humanos en México: protección multinivel, recepción de fuentes y gobernanza* (1.a ed.). Tirant lo Blanch.
- Losano, M. G. (1982). *Los grandes sistemas jurídicos: introducción al derecho europeo y extranjero*. A. Ruiz Miguel (trad.). Editorial Debate.
- Mangas Martín, A. y Liñán Noguerras, D. J. (2002). *Instituciones y derecho de la Unión Europea* (8.a ed.). Tecnos.
- Marchal Escalona, N. (Dir.) (2017). *El derecho comparado en la docencia y la investigación* (1.a ed.). Dykinson. <https://doi.org/10.2307/j.ctt1zgb3gv>
- Margadant, G. F. (1986). *La segunda vida del derecho romano*. Porrúa. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/553-la-segunda-vida-del-derecho-romano>
- Márquez Piñeiro, R. (1994). *El sistema jurídico de los Estados Unidos de América* (1.a ed.). IJ-UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9180>
- Mattei, U. (1994). Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics. *International Review of Law and Economics*, 14(1), 3-19. [https://doi.org/10.1016/0144-8188\(94\)90032-9](https://doi.org/10.1016/0144-8188(94)90032-9)

- Mattei, U. (1997). Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal System. *The American Journal of Comparative Law*, 45, 5-44. https://works.bepress.com/ugo_mattei/19/
- Mattei, U. y Monti, A. (2001). Comparative Law and Economics: Borrowing and Resistance. *Global Jurist Frontiers*, 1(5), 1-24. <https://doi.org/10.2202/1535-1653.1038>
- Merryman, J. H. (1976). Fines, objeto y método del derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IX(25-26), 65-92.
- Merryman, J. H. (1989). *La tradición jurídica romano-canónica* (2.a ed.). E. L. Suárez (trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Michaels, R. (2006). The Functional Method of Comparative Law. En M. Reimann y R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 339-382). OUP. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199296064.013.0011>
- Monateri, P. G. (2012). Methods of comparative law: an intellectual overview. En P. G. Monateri (ed.), *Methods of Comparative Law* (pp. 7-24). Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781781005118>
- Montesquieu, C. (2001). *The Spirit of Laws*. T. Nugent (trad.). Batoche Books. <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/montesquieu/spiritoflaws.pdf>
- Morineau, M. (1998). *Una introducción al Common Law*. UNAM-IIJ. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/118-una-introduccion-al-common-law-2a-reimp>
- Örücü, E. (2000). Critical Comparative Law: Considering Paradoxes for Legal Systems in Transition. *Electronic Journal of Comparative Law*, 4(1). <https://www.ejcl.org/41/abs41-1.html>
- Örücü, E. (2007). Developing Comparative Law. En E. Örücü y D. Nelkin (eds.), *Comparative Law: A Handbook* (pp. 43-65). Hart Publishing.
- Örücü, A. E. (2012). Methodology of comparative law. En J. M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (2.a ed., pp. 560-576). Edward Elgar.
- Pampillo Baliño, J. P. (2011). The legal integration of the American Continent: An invitation to Legal Science to build a new *Ius Commune*. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 17(3), 517-553. http://works.bepress.com/juanjpablo_pampillo/
- Pampillo Baliño, J. P. (2012). *Hacia un nuevo Ius Commune americano: Reflexiones y propuestas para la integración jurídica*. Ibañez.
- Pegoraro, L. y Rinella, A. (2003). *Las fuentes en el Derecho comparado: con especial referencia al ordenamiento constitucional* (1.a ed. en español). Universidad LUMSA, IBDC.
- Pegoraro, L. (2016). *Derecho constitucional comparado: la Ciencia y el método*, 1. UNAM - IIJ, Astrea. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4276/1.pdf>
- Peters, A. y Pagotto, I. (2006). Soft Law as a New Mode of Governance: A Legal Perspective. *NEWGOV: New Modes of Governance*, 1-35. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1668531>
- Petit, E. (1977). *Tratado Elemental de Derecho Romano* (9.a ed.). J. Ferrández González (trad.). Época, S. A.
- Picciotto, S. (1997). Fragmented States and International Rules of Law. *Social and Legal Studies*, 6(2), 259-279. <http://www.lancaster.ac.uk/staff/lwasp/fragmented.pdf>
- Plessis, P. J. du. (2019). Conceptions of Roman Law in Scots Law: 1900-60. En K. Tuori y H. Björklund (eds.), *Roman Law and*

- the Idea of Europe: Europe's Legacy in the Modern World* (12.a ed., pp. 221-237). Blomsbury.
- Rabasa, O. (1982). *El derecho angloamericano : estudio expositivo y comparado del "Common Law"* (2.a ed.). Porrúa.
- Reimann, M. (2002). The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century. *The American Journal of Comparative Law*, 50(4), 671-700. <http://www.jstor.org/stable/41616734>
- Rhodes, R. A. W. (1996). The New Governance: Governing without Government. *Political Studies*, 44(4), 652-667. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.1996.tb01747.x>
- Rojas Amandi, V. (2005). *Las fuentes del derecho en el sistema jurídico angloamericano* (1.a ed.). Porrúa.
- Sacco, R. (1991). Legal Formats: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installmente II of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39(2), 343-401. <https://www.uni-heidelberg.de/institute/fak2/mussgnug/historyoftaxdocuments/schrittum/aufsaezte/AUFS00030.pdf>
- Sánchez Lorenzo, S. (2008). El Derecho comparado en el siglo XXI. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(123.5), 1099-1107 <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2008.123.5.4077>
- Santos, B. de S. (1987). Law: A Map of Misreading. Toward a Post-modern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, 14(3), 279-302. <https://doi.org/10.2307/1410186>
- Scarciglia, R. (2018). *Métodos y comparación jurídica* (vol. 39). Dykinson. <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsebk&AN=1992103&site=eds-live>
- Serna de la Garza, J. M. (2016). Estudio introductorio. En J. M. Serna de la Garza (coord.), *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano* (pp. 1-16). IJJ-UNAM. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4095/2.pdf>
- Siems, M. (2018). Malicious legal transplants. *Legal Studies*, 38(1), 103-119. <https://doi.org/DOI: 10.1017/lst.2017.4>
- Slaughter, A.-M. (2016). How to succeed in the networked world: a grand strategy for the digital age. *Foreign Affairs*, 95(6), 76. <http://eds.a.ebscohost.com.dibpxy.uaa.mx/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=4&sid=ad47646f-a019-4a03-bcc3-64201faa89a0%40sessionmgr4007>
- Slaughter, A. (2018). *The Chessboard and the Web: Strategies of Connection in a Networked World*. Yale University Press.
- Somma, A. (2015). *Introducción al Derecho comparado*. Universidad Carlos III de Madrid. <http://hdl.handle.net/10016/20259>
- Tamayo y Salmorán, R. (2005). *La universidad epopeya medieval: notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el Alto Medievo* (3.a ed.). UNAM-IJJ. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1562-la-universidad-epopeya-medieval-1a-reimp-de-la-3a-ed>
- Tocqueville, A. de. (2002). *Democracy in America A Penn State Electronic Classics Series Publication*. H. Reeve (trad.). Pennsylvania State University.
- Vagts, D. F., Dodge, W. S., Hongju Koh, H. y Buxbaum, H. L. (2014). A basic introduction to transnational law. En *Transnational business problems* (5.a ed., pp. 61-93). Foundation Press.
- Van Hoecke, M. (2006). Methodology of Comparative Legal Research. En, J. M. Smits (ed.), *Law and Method*. <https://www>

- bjutijdschriften.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/
RENM-D-14-00001.pdf
- Van Hoecke, M. (2015). Methodology of Comparative Legal Research. En *Law and Method*. <https://doi.org/10.5553/REM/000010>
- Watson, A. (1993). *Legal transplants: an approach to Comparative Law*. The University of Georgia Press.
- Weber, H. (2015). A Hypothesis regarding Justinian's decisions and the Digest. *Roman Legal Tradition*, 11, 42-117. <http://romanlegaltradition.org/contents/2015/RLT11-WEBER.PDF>
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia* (10.ª ed.). Trotta.
- Zeno-Zencovich, V. (2017). *Comparative legal systems: A short introduction*. Tre-Press. <http://romatrepress.uniroma3.it>
- Zweigert, K., y Kötz, H. (2002). *Introducción al derecho comparado*. Oxford.

Sistemas jurídicos comparados: apuntes y esquemas

Primera edición 2024

(versión electrónica)

El cuidado de la edición estuvo a cargo del Departamento Editorial
de la Dirección General de Difusión y Vinculación
de la Universidad Autónoma de Aguascalientes.