



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN FILOSOFÍA
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

Aristóteles y Edward Coke:
El monopolio hermenéutico de la justicia

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN FILOSOFÍA

PRESENTA:
Juan Mateo Brieba De Castro

DIRECTOR DE TESIS:
Dr. Héctor Jesús Zagal Arreguín
Universidad Panamericana

Ciudad de México, septiembre de 2016.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Con gratitud a
Héctor Jesús Zagal Arreguín
por dirigir la tesis y al sínodo:¹
Mauricio Hardie Beuchot Puente
Héctor Felipe Fix Fierro
Leticia Flores Farfán
Ambrosio Francisco Javier Velasco Gómez

¹ Se mencionan en orden alfabético de acuerdo al apellido.

ARISTÓTELES Y EDWARD COKE:

EL MONOPOLIO HERMENÉUTICO DE LA JUSTICIA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO I. LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE, LAS FAMILIAS JURÍDICAS Y LOS TRASPLANTES JURÍDICOS Y CONCEPTUALES	9
1.1. INTRODUCCIÓN.....	9
1.2. LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE.....	11
1.3. COMMON LAW.....	19
1.4. DERECHO CONTINENTAL	24
1.5. TRASPLANTES JURÍDICOS Y CONCEPTUALES	26
1.6. CONCLUSIONES.....	29
CAPÍTULO II. JOHN MARSHALL Y EL CASO <i>MARBURY VS. MADISON</i>.....	30
2.1. JUDICIAL REVIEW: LA CONSOLIDACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO	30
2.2. <i>MARBURY VS. MADISON</i> : UNA RESOLUCIÓN HISTÓRICA	34
2.3. LOS DETRACTORES DE LA REVISIÓN JUDICIAL.....	36
2.4. LOS PRECEDENTES DEL CASO <i>MARBURY VS. MADISON</i>	38
CAPÍTULO III. EDWARD COKE Y SU <i>ARTIFICIAL REASON</i>	40
3.1. IMPORTANCIA DE COKE	40
3.2. ANTECEDENTES DE LA NO APLICACIÓN DE NORMAS	43
3.3. LOS REFERENTES AL DICTAR SENTENCIA	50
3.4. EDWARD COKE: DATOS BIOGRÁFICOS	55
3.4.1. Cronología	55
3.4.2. Temperamento	57
3.4.3. Aportes intelectuales al <i>common law</i>	58
3.5. LOS ORÍGENES DEL MONOPOLIO: <i>PROHIBITIONS DEL ROY</i>	59
3.5.1. <i>Prohibitions del Roy</i>	60
3.5.2. Una definición provisional de razón artificial	62
3.5.3. <i>Bonham's case</i>	63
3.6. <i>ARTIFICIAL REASON</i> : PAIDEIA PARA EL ARTE DEL <i>COMMON LAW</i>	64
3.7. CONCLUSIONES.....	68
CAPÍTULO IV. LA AFINIDAD ENTRE LA METODOLOGÍA DE LA FAMILIA JURÍDICA DEL <i>COMMON LAW</i> Y LA METODOLOGÍA ARISTOTÉLICA	71
4.1. LA EXPERIENCIA EN LA METAFÍSICA, LA ÉTICA NICOMÁQUEA Y LOS SEGUNDOS ANALÍTICOS.....	71

4.2.	<i>LA FALTA DE IDENTIDAD ENTRE EL CONCEPTO DE EXPERIENCIA EN ARISTÓTELES Y EN COKE</i>	82
4.3.	<i>LA METODOLOGÍA ARISTOTÉLICA Y EL COMMON LAW</i>	88
4.3.1.	Problema y diálogo.....	93
4.3.2.	Lenguaje ordinario y educación	94
4.3.3.	<i>Doxa y endoxa</i>	95
4.3.4.	Conocimiento orientado al hacer que requiere de la analogía	101
4.3.5.	Experiencia y prueba	104
4.4.	<i>ACLARACIONES RESPECTO DE LA FAMILIA JURÍDICA DE DERECHO CONTINENTAL.</i>	106
5.	<i>Conclusiones generales</i>	108
	BIBLIOGRAFÍA	114

INTRODUCCIÓN

A manera de presentación de la tesis, cuyo tema central consiste en determinar si el concepto de experiencia de Edward Coke es consistente con el de Aristóteles, voy a narrar un poco acerca de las expectativas que motivaron este trabajo.

Una de mis preocupaciones es el déficit de la educación jurídica, pues no garantiza que los legalmente autorizados para ejercer la profesión de licenciados en derecho cuenten con destrezas procesales.

De manera provisional entiendo por destreza procesal la habilidad para construir comunicaciones que sustenten una decisión frente a la contingencia del caso que implica un ejercicio prudencial respecto del litigio delimitado por la tradición jurídica y que el propio sistema de justicia reconoce como aptas; la medida de la habilidad es directamente proporcional a la capacidad de las comunicaciones para materializar el satisfactor que una judicatura legitimada por el rendimiento espera que se provean.

En la búsqueda de materiales que pudieran servirme de apoyo para aliviar el déficit educativo, como estrategia consistente en observar, analizar y experimentar, en principio, se procedió a recabar información, concretamente del *common law* que es, en términos generales, la familia jurídica que comprende los sistemas jurídicos de Inglaterra, Estados Unidos de América y otros países que heredaron la manera de hacer derecho por parte de los británicos.

Es un hecho verificable que —en la actualidad— el *common law* es el modelo que sirve de guía a los sistemas de justicia de derecho continental. La fuerza expansiva del *common law* se manifiesta en que múltiples sistemas de justicia importan muchas de sus figuras, con la subsiguiente estandarización, pues comparten normas bastante parecidas o incluso se sujetan a convenciones internacionales cuya interpretación depende de un tribunal supranacional que funciona a través de precedentes a propósito de convenciones.

De hecho muchos sistemas de justicia en el mundo en la segunda mitad del siglo XX y el comienzo del siglo XXI, han reproducido muchas figuras jurídicas del mundo anglosajón, salvo en la parte educativa, en la cual diversos países como México siguen enseñando en su mayoría a partir de conceptos y clasificaciones, no existiendo una enseñanza exitosa a partir de casos ni examen de la profesionalidad de sus juristas a partir del rendimiento procesal.

Existen varias ideas que podrían explicar la forma de ser de los juristas del *common law*, pero en lo particular me resultan cruciales: experiencia, decidir conforme al precedente, enseñanza a partir de casos y el control del poder a cargo de la judicatura. Dejo intencionalmente fuera diversos conceptos como los de Constitución o debido proceso, porque en un derecho de juristas con un carácter prudencial, como es el que ha dominado a lo largo de la historia de la tradición jurídica de Occidente, la experiencia, las destrezas y el rendimiento están por encima de los textos a los que los juristas llaman Derecho.

A partir de Holmes existe una idea generalizada de que la fuerza del *common law* es la experiencia, la que se manifiesta en su aprendizaje a partir de casos y por la aplicación analógica de los asuntos ya resueltos a los nuevos.

La experiencia es un concepto venerado en el *common law* y al rastrear quién antes que el juez Holmes había utilizado tal concepto, encontré que uno de los jueces más importantes de esta familia jurídica, Edward Coke, se había apoyado en tal concepto de experiencia para justificar las causas por las cuales la interpretación de la judicatura era preferible a la del monarca, es decir, la justificación del control del poder a cargo de la judicatura.

En lo personal creía que una de las formas de aliviar el déficit del estado de derecho a partir de la pedagogía era fijar como el vértice del sistema de justicia el concepto de experiencia en la educación jurídica, para ello debía ir al autor que el propio Coke sitúa como autoridad al respecto: Aristóteles.

La estrategia en vista de aliviar el déficit de destreza procesal era la incorporación del concepto de experiencia a la educación en la familia jurídica continental, lo cual implicaba estudiar desde la Filosofía, pero con un ánimo interdisciplinario, el concepto de experiencia en Coke cotejándolo con el de Aristóteles con el objetivo de examinar su consistencia.

Para meditar acerca de la pregunta central y dialogar con el lector, la narración enlaza marcos e ideas, dándole herramientas para que advierta relaciones y oposiciones, para que el propio compañero en el diálogo una y separe conceptos cuyo encadenamiento está dado por una sucesión que mira hacia el pasado.

Desde la tensión entre cambio y continuidad, se pretende interesar al lector a partir de la interdisciplinariedad, mostrando afinidades metodológicas que —para mí— resultaban insospechadas entre el *common law* y el Estagirita.

Para sustentar la narración que permitiera contestar la interrogación inicial se dividió la tesis en cinco partes que tratan de contextualizar al lector en los respectivos ámbitos de Coke y Aristóteles.

En primer lugar, se planteó una breve introducción a los sistemas de justicia contemporáneos. Se comparten algunas referencias acerca de qué es la tradición jurídica de Occidente, qué familias la componen, cuáles son sus características, qué son los trasplantes legales y conceptuales.

En la segunda parte se estudia la determinación fundante para el sistema de justicia norteamericano de la revisión judicial (*judicial review*): la sentencia dictada por John Marshall en la controversia *Marbury vs. Madison*. Si bien Estados Unidos, para esos años, ya había proclamado su independencia del Imperio Británico, la forma de pensar del juez Marshall seguía vinculada con el pasado medieval inglés. Por ello, en *Marbury vs. Madison* puede notarse un planteamiento subyacente: la importancia de la experiencia del juez.

Esto, a su vez, sirve como justificación para el monopolio hermenéutico de la Constitución otorgado a la judicatura. Esta parte cumple la función de hacer ver la importancia de Coke, pero de una forma indirecta, pues es uno de los artifices que amalgaman conceptos que sustentan la revisión judicial.

En el tercer apartado, se procede a exponer a Coke. Este juez excéntrico confecciona la noción de *razón artificial* —la razón como arte— apelando entre otros al concepto de experiencia, con el subsecuente monopolio hermenéutico constitucional a cargo de la judicatura, a través del *Bonham's case* como en *Prohibitions del Roy*, precursores del caso *Marbury vs. Madison*.

En el *Bonham's case*, Edward Coke expone su idea de razón artificial (*artificial reason*) como requisito necesario para interpretar la ley. El juez subversivo dice que para contar con razón artificial son necesarios largo estudio, observación y experiencia.

El concepto de experiencia es clave para la cadena de ideas que giran alrededor de la revisión judicial, pues es uno de los sustentos de la razón artificial, la cual a su vez, es el apoyo de la auto proclamada superioridad interpretativa a cargo de la judicatura.

Aunque se anticipa que los argumentos de Coke se parecen mucho a los que esgrimen los canonistas para justificar que la última interpretación de la Biblia quedaba en manos del papa y, por ende, que podían dejar de aplicar el derecho dictado por el rey.

Una vez posicionado el concepto de experiencia como uno de los relevantes del *common law* porque justifica la superioridad en la interpretación llevada a cabo por la judicatura frente a la interpretación del rey, en el cuarto capítulo se procede a recuperar algunas concepciones aristotélicas referentes a la noción de experiencia con el objeto de contestar la interrogante inicial y se revisa si se relacionan con la metodología del *common law*.

Resultaría ceder a la tentación adelantar la parte toral de la investigación, nudo del cuarto apartado y que decanta en un quinto capítulo que expone las conclusiones generales. Baste decir que las interrogantes acerca de si la virtud puede ser enseñada o si el hombre es la medida de todas las cosas —los cuales giran en torno a Protágoras— siguen dialogando en forma callada en la revisión judicial.

CAPÍTULO I. LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE, LAS FAMILIAS JURÍDICAS Y LOS TRASPLANTES JURÍDICOS Y CONCEPTUALES

1. Introducción 2. La tradición jurídica de Occidente 3. *Common law* 4. Derecho continental 5. Trasplantes jurídicos y conceptuales 6. Conclusiones

1.1. INTRODUCCIÓN

Para que el lector pueda fijar un rumbo y conservar en su memoria una pregunta central que sirva como eje de la investigación, puede establecerse, a manera de hipótesis, el determinar si Coke, invocando el concepto de experiencia como uno de los aspectos que justifican la razón artificial –el arte de la razón– como exclusiva del gremio de juristas y, por ende, de su monopolio hermenéutico del derecho, es consistente con la concepción del Estagirita acerca de experiencia.

A lo largo del trabajo se utiliza la expresión *monopolio hermenéutico* como una metáfora acerca de la interpretación que clausura el diálogo y resuelve en forma definitiva la contienda.

Existe la posibilidad de muchas y diversas interpretaciones o formas de controlar el poder, sin embargo, la que obliga con fuerza de ley es la de los jueces: mientras Sócrates bebe cicuta, todos podemos interpretar que su condena es totalmente injusta e irracional.

También la metáfora guarda afinidad con la que implica el monopolio de la fe que encarna el monoteísmo del *Corpus Iuris* en el que se ponen de manifiesto las raíces teológicas de esta parte del Derecho Romano que impone como ideas: un solo Dios, un único emperador como cabeza de la iglesia, una sola ley, un catecismo y la prohibición de interpretar.

La metáfora implica que el monopolio de la interpretación es, a la postre, el monopolio del poder y de lo que aquí se trata es de examinar la consistencia de su justificación.

Al tratarse de un tema que abarca diversas disciplinas se procede a elaborar una cadena de explicaciones que giran alrededor de la pregunta planteada; empezando por los sistemas jurídicos por ser la materia que sirve de contexto al lector.

Con el fin de ubicar el problema del monopolio hermenéutico como presupuesto del control del poder a cargo de la judicatura (*judicial review*), en este apartado se examina un marco que puede servir como una especie de mapa para ubicar a los sistemas de justicia y las familias jurídicas que conforman la tradición jurídica de Occidente. Este mapa cuenta con las siguientes cuestiones: (1) la tradición jurídica de Occidente, (2) el *common law*, (3) el derecho continental, (4) los trasplantes jurídicos y conceptuales.

La revisión de estas cuestiones es necesaria para contextualizar la relación entre Aristóteles y Coke como el origen del *judicial review*.

Se subraya que, dada la naturaleza filosófica de este trabajo, resulta necesario explicitar aquellos conceptos propios del estudio comparado de los sistemas judiciales.

En este sentido, el término *judicial review* resulta distante de las discusiones filosóficas, por lo que, de una manera provisional, se le describirá como el medio de control que se originó en el *common law*.

A pesar de que el *judicial review* es un medio de control del poder que puede rastrearse hasta Inglaterra, no se arraigó en su sistema de justicia porque desde la revolución de 1688 el principio de soberanía parlamentaria lo impedía. Tal supremacía pertenecía al poder legislativo del parlamento, cuyas decisiones y actos, dado que se consideraban expresión de la voluntad del pueblo, prevalecían sobre las demás instituciones gubernamentales. Por tanto, las leyes parlamentarias no podían dejar de ser aplicadas por las judicaturas.²

² Debe aclararse que desde la incorporación del Reino Unido a la Unión Europea, los tribunales ya cuentan con esta facultad. Aunque, aun antes del derecho comunitario, el tema resultaba mucho más complejo en el *common law* británico: "El control parlamentario es indirecto por medio de aprobación o de abrogación; el control de los tribunales es indirecto; al ser un ejercicio de interpretación judicial, no puede anular verdaderamente las disposiciones subordinadas, sino que puede solo declararlas inaplicables en determinadas circunstancias. El efecto es prácticamente el mismo en ambos casos: la Regla u Orden desaprobada por los tribunales, aunque no sea verdaderamente abrogada, se convierte en letra muerta, porque en el futuro ninguna autoridad responsable intentará aplicarla, o, si es aplicada,

En este punto debe aclararse que aquí no se discuten los sucesos posteriores al movimiento codificador que presuponen estados con división de poderes autónomos entre sí.³

Asimismo, la recuperación del *judicial review* en el *common law* norteamericano, donde se consolidó y propagó a los sistemas de justicia de la familia del derecho continental, se aborda en el siguiente capítulo. Por ahora, a partir de un concepto provisional de *judicial review*, se comienza a desentrañar la influencia de la concepción aristotélica de la experiencia en la noción de *razón artificial* de Edward Coke,⁴ noción que justifica un monopolio hermenéutico de la judicatura apelando a la experiencia del juez.

1.2. LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE

nadie la acatará. El control judicial actúa, en primer lugar, por medio de la doctrina de *ultra vires*. Como es axiomático que las disposiciones del Parlamento nunca pueden someterse a revisión judicial, es también axiomático que toda disposición dada subordinada por virtud de alguna determinada autoridad estatutaria o del *Common Law*, está sometida a la prueba de si cae o no dentro del ámbito del poder así conferido". Carleton Kemp ALLEN, *Las fuentes del derecho inglés*, Trad. Antonio Ortiz García (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969), 813.

³ Una de las más interesantes objeciones contra el monopolio hermenéutico de la judicatura que subyace en el *judicial review*, puede hallarse en un texto publicado por Carl Schmitt en 1929: "[...] la institución de semejante protector de la Constitución sería diametralmente opuesta a la consecuencia política del principio de la democracia. Frente al derecho del rey a promulgar decretos, el derecho de control judicial pudo tener éxito en el siglo XIX, tanto en Francia como en las monarquías constitucionales alemanas. En la actualidad, el frente de la Justicia no se dirige ya contra un monarca, sino contra el Parlamento. Ello significa una trascendental transformación de funciones de la independencia judicial. También en este caso se ha eliminado la antigua separación del Estado y la Sociedad, y no es posible transferir simplemente a la situación política y socialmente distinta del siglo XX, las fórmulas y argumentos del siglo XIX. La necesidad de instituciones estables y de un contrapeso al Parlamento representa en la Alemania actual un problema de naturaleza distinta que anteriormente el control del monarca. Ello puede aplicarse tanto al derecho de control general, difuso, de los jueces, como al control concentrado en una sola instancia. Mediante la concentración de todos los litigios constitucionales en un solo Tribunal constituido por funcionarios profesionales inamovibles e independientes por tal causa, se crearía una segunda Cámara cuyos miembros serían funcionarios profesionales. Ningún formalismo judicial podría encubrir el hecho de que semejante Tribunal de Justicia Política o Constitucional viniera a ser una instancia política suprema con atribuciones para formular preceptos constitucionales. Esto significaría algo apenas imaginable desde el punto de vista democrático: trasladar tales funciones a la aristocracia de toga". Carl SCHMITT, *La defensa de la Constitución*, Trad. Manuel Sánchez Sarto (Madrid: Tecnos, 1998), 244-245.

⁴ Edward Coke entendía *razón artificial* en oposición a la *razón natural*. Es decir, para entender correctamente el *common law* es necesaria la *razón artificial*, producto de un largo estudio, de una observación perspicaz y del uso de la experiencia. Edward COKE, *The selected writings and speeches of Sir Edward Coke edited by Steve Sheppard. Volumen II* (Indianapolis: Liberty Fund, 2003), *Institutes*, 561 n22.

Dado que el objetivo de esta tesis no es hacer una teoría de la tradición jurídica, solo se explican algunos de sus elementos.

Se entiende por *tradición jurídica de Occidente* al conjunto de características comunes que comparten las familias jurídicas del common law y del derecho continental.

Cabe mencionar que la división entre *common law* y derecho continental no es aceptada de manera unánime. Existen doctrinarios de Alemania o Dinamarca que no aceptarían que sus sistemas de justicia se consideraran como parte de la familia del derecho continental.⁵

No obstante tal discrepancia, para fines de esta investigación, no se discutirá, puesto que la intención de este apartado es ubicar a ambas familias en el lugar que ocupan dentro la tradición jurídica de Occidente, sin importar las controversias suscitadas sobre los sistemas de justicia particulares que pudieran conformarlas.

Aclarado el punto, los ejes de la tradición jurídica de Occidente son: la autonomía, la credencialización y la relación de ambas con el poder del estado.

Por parte de los juristas, se entiende por autonomía al reconocimiento del Derecho como un sistema distinto de otros sistemas de control social como la política, los convencionalismos sociales o la moral. Aun cuando se pueda considerar al Derecho como un subconjunto de la moral o de la política, hay elementos que lo tornan diferente a la totalidad de tales sistemas morales o políticos y que permiten a los juristas concebirse como autorizados para imponer a la fuerza las decisiones del sistema de justicia.

Se entiende por *credencialización* a la autorización gremial, bien sea de una estancia universitaria, del aval de los tribunales o de las barras de abogados, que permite el ejercicio de la profesión.

Tanto la autonomía como la credencialización implican la existencia de saberes estandarizados, es decir, suponen preguntas comunes en los distintos sistemas de justicia, procedentes del *common law* o del derecho continental, que son

⁵ En la clasificación que realizan Zweigert y Kötz, por ejemplo, se dividen en apartados autónomos la familia romana y la germánica. Konrad ZWEIFERT y Hwin KÖTZ, *Introducción al derecho comparado*, Trad. Arturo Aparicio Vázquez (México: Oxford, 2008), 82.

contestadas de manera diversa según las estancias académicas o el aprendizaje en el tribunal.

En la tradición jurídica de Occidente, se inicia con las preguntas que los mismos juristas se plantean y se continúa con diferentes respuestas que se entrelazan y dialogan entre ellas. De esta manera, credencializados como diestros, los juristas determinan qué es Derecho, cuáles son sus fuentes, cuál es el sentido de las normas jurídicas y qué puede ser materia de una contienda ante un tribunal. Todos estos son saberes reproducidos por los juristas, lo que asegura un conocimiento que excluye a los no credencializados. Por tanto, la credencialización es el reconocimiento gremial de la educación jurídica que se logra a costa de un lenguaje del Derecho que no es comprensible por su destinatario final. Esto provoca que se necesiten tanto abogados como intérpretes, pues el sistema de justicia está diseñado para que el último sentido de las normas del Derecho sea conocido una vez que no haya marcha atrás. Los intérpretes, desde el plano más descarnado, son necesarios para validar el monopolio del ejercicio del poder del estado que, a su vez, los valida con un privilegio hermenéutico.

El aval se obtiene con estancias académicas cuya acreditación depende de la reiteración de conceptos y de un entrenamiento para adquirir determinadas habilidades. Solo quien cumple con estos requisitos puede ser legalmente autorizado para ejercer el Derecho.

Respecto a la característica común de la credencialización en el *common law* y el derecho continental, Collins nos dice que por medio de ella:

Una comunidad auto-regulada [...] tiene un poder exclusivo, normalmente respaldado por el Estado, para adiestrar a nuevos miembros a admitirlos en prácticas. Realiza su especialidad de acuerdo con sus propios patrones sin interferencias externas. Se reserva el derecho de juzgar la actuación profesional de sus propios miembros, y resiste incursiones profanas; ella sola puede decidir el castigo o la expulsión de un miembro incompetente porque

presumiblemente ella sola es la que puede decidir lo que es una competencia técnica.⁶

Este estamento comprende al menos dos tipos de poder: el primero se deriva del conocimiento emanado de la reiteración discursiva y su uso; el segundo es el poder de excluir a aquellos que no cuenten con las credenciales requeridas para ejercerlo.⁷ En otras palabras, la autonomía del Derecho y su estructuración gremial funcionan como una navaja de doble filo, porque aseguran su independencia de presiones externas a costa de mantener oculto el mecanismo interno del sistema de justicia.

La educación estandarizada posibilita que los juristas puedan creer que pertenecen a una misma tradición jurídica. Harold J. Berman, en *La formación de la tradición jurídica de Occidente (Law and Revolution. The formation of the Western Legal Tradition)* publicado por primera vez en 1983, señala que existe una tradición común al *common law* y a la familia jurídica del derecho continental que tiene su origen en un hecho revolucionario: la querrela de las investiduras.⁸ De tal manera que, sin importar las profundas diferencias entre el *common law* y el derecho continental, los sistemas de justicia que comprenden ambas familias comparten, por medio de la autonomía y la credencialización, una visión jurídica basada en los siguientes aspectos:

1. El derecho continúa teniendo una autonomía relativa, así como de otros tipos de instituciones sociales y de otras disciplinas de estudio.
2. Se le sigue confiando al cultivo de especialistas profesionales, legisladores, jueces, juristas

⁶ Randall COLLINS, *La sociedad credencialista. Sociología histórica de la educación y de la estratificación*, Trad. Ricardo Lezcano (Madrid: Akal, 1989), 150.

⁷ Cfr. James A. BRUNDAGE, *The Medieval Origins of the Legal Profession, Canonists, Civilians, and Courts* (Chicago: The Chicago University Press, 2008), 492.

⁸ “En el año 1075, después de unos 25 años de agitación y propaganda del partido papista, el papa Gregorio VII declaró la supremacía política y legal del papado sobre toda la Iglesia, y la Independencia del clero de todo control secular. Gregorio también afirmó la supremacía última del papa en asuntos seculares, incluyendo la facultad de deponer emperadores y reyes. El emperador –Enrique IV de Sajonia –respondió con una acción militar. Estalló, esporádicamente, una guerra civil entre los bandos papista e imperial por toda Europa hasta el año 1122, cuando por fin se llegó a un acuerdo por un concordato firmado en la ciudad alemana de Worms”. Harold J. BERMAN, *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, Trad. Mónica Utrilla de Neira (México: FCE, 2001), 97.

y jurisconsultos. 3. Aún florecen centros de preparación jurídica donde las instituciones legales son conceptualizadas y, hasta cierto punto, sistematizadas. 4. Esa preparación jurídica aún constituye un metaderecho por el cual son evaluadas y explicadas las instituciones y reglas jurídicas.⁹

Cabe aclarar que el concepto de *tradición jurídica de Occidente* no es aceptado de manera unánime. Otros autores, como Warren Head, sostienen que si bien existen diversas instituciones y normas compartidas por los diversos sistemas de justicia de ambas familias, tales similitudes son meramente superficiales, pues lo que realmente importa para diferenciarlas es que sus juristas tienen actitudes diferentes respecto de lo que es Derecho y para qué sirve.¹⁰ Luego, para Head no sería posible una tradición jurídica común en Occidente, porque los juristas de cada sistema de justicia tienen distintas actitudes. Sin embargo, la posición de Head no es tan exacta, debido a que pone el énfasis en las diferencias de actitudes de los juristas y pierde de vista que la educación autónoma y credencializada, característica común en los sistemas de justicia, es la que dota a los juristas de una forma de entender el Derecho en relación con un texto (al que llaman Derecho Objetivo). Lo que, en última instancia, les sirve para justificar las decisiones que autorizan el uso de la fuerza. En otras palabras: los juristas se piensan a sí mismos como independientes, porque su función está relacionada con las normas que consideran Derecho Objetivo, por tanto, para llevar a cabo su ejercicio judicial se requiere del acreditamiento de estancias académicas.

Sin atender a las múltiples diferencias entre el *common law* y el derecho continental, ambos tienen una base común emparentada con el derecho canónico medieval. De hecho, sus estancias académicas giran acerca de preguntas parecidas. De igual manera, en virtud de la cesión de la autonomía de los estados occidentales en favor de tratados y tribunales internacionales desde la segunda mitad del siglo XX, las instituciones jurídicas de las dos

⁹ BERMAN, *La formación...*, 48. Si bien Berman es mucho más profundo y extenso al señalar tales características, en búsqueda de la mayor generalización únicamente se examinan las anteriores.

¹⁰ Cfr. John WARREN HEAD, *Great Legal Traditions. Civil Law, Common Law and Chinese Law in Historical and Operational Perspective* (Durham: Carolina Academic Press, 2011), 13.

familias se han asimilado y trasplantado, lo cual es posible si existe una tradición común entre ellas.

Para la tradición jurídica de Occidente, la autonomía de los sistemas de justicia y las estancias de aprendizaje —con las cuales se establece un cuerpo de juristas— son conceptos interdependientes. De esta manera, la autonomía relativa del Derecho implica que los propios juristas tienen el poder de establecer las fuentes, la interpretación y la validez del Derecho. Está en sus manos elegir cuál es un mejor Derecho, lo que asegura una victoria del jurista profesional sobre cualquiera que pretenda ejercer el Derecho sin instrucción académica.

Tanto la autonomía como la credencialización generan cierta actitud de indiferencia ante la crítica que no provenga del propio gremio de juristas. Esto no quiere decir que ello no sea favorable para la sociedad, solamente se señala que la educación que reciben los juristas produce un modelo mental que los hace confiar en que su forma de decidir es la correcta.

Las estancias de instrucción posibilitan un cierto nivel de abstracción y de conceptualización que les permite operar dentro del Derecho. Al margen del asunto concreto y del contexto que le dio origen, tal conceptualización, entendida como distancia del trabajo efectuado, es la que posibilita que los sistemas de justicia puedan exportar o importar conceptos, figuras o normas entre sí.

Una vez explicado lo anterior, debe señalarse que, en la génesis de la tradición jurídica de Occidente, existe un paralelismo entre la autonomía del Derecho y la subordinación del poder secular al eclesial durante la Edad Media.

La autonomía del Derecho tiene su origen en la teoría de las dos espadas,¹¹ la cual establece una división entre el poder del papa y el poder del rey, el

¹¹ La idea de las dos espadas fue desarrollada en el 494 d.C por el papa Gelasio en una carta dirigida al emperador de Oriente, Anastasio. Cfr. Peter STEIN, *El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Trad. César Hornero Méndez y Armando Romanos Rodríguez (Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2001), 44. Esto tiene un paralelismo con la estructura ideológica de colonización cristiana que se encuentra en las *Cartas de San Clemente Romano a los corintios*, el documento literario más antiguo de la religión cristiana escrito en la última década del siglo I, donde el Obispo de Roma, Clemente, se dirige a los corintios, reverberando una estructura armónica jerarquizada que resulta ser una recreación de un texto estoico. En otras palabras: la *paideia* de Cristo guarda

primero corresponde al reino espiritual, el segundo, al material. Sin embargo, cabe preguntar: ¿Qué poder es superior? ¿El del rey o el del papa? Durante mucho tiempo, el poder eclesiástico se sobrepuso al poder monárquico: para legitimarse por la voluntad de Dios, los reyes se vieron obligados a recurrir al derecho canónico pontificio. Por ello, en buena parte de la Edad Media, la coronación real fue un sacramental tan especial que requería de la intervención directa del papa (el vicario de Cristo, literalmente).¹² Ningún rey podía ser coronado sin la intervención papal y, además, todo monarca quedaba a merced de la excomunión. Esta amenaza, que hoy podría generar una sutil sonrisa, fue muy importante en su momento: si se excomulgaba a un monarca, sus súbditos quedaban eximidos del juramento de lealtad. Asimismo, a partir de la querrela de las investiduras, el papado conquistó el monopolio del derecho de nombrar obispos.

También la autonomía del derecho canónico fijaba las propias reglas de competencia tanto del poder papal como del secular. En la alta Edad Media, el rey lo era, no por una voluntad terrenal, sino por la propia voluntad de Dios. La autonomía del Derecho inicia con la autonomía del derecho canónico que recaía en la figura del papado y sus competencias, entre las cuales destacaban: (1) el monopolio hermenéutico de la voluntad de Dios que regulaba el sacramental de la coronación, (2) la capacidad de extinguir el poder del rey mediante la excomunión y (3) la posibilidad de legitimar el tiranicidio si el monarca actuaba en contra de la ley de Dios.¹³ De ahí que la recurrente

afinidad con la estructura jerárquica del sistema de justicia. Cfr. Werner JAEGER, *Cristianismo primitivo y paideia griega*, Trad. Elsa Cecilia Frost (México: FCE, 1998), 26; 37-38.

¹² “La consagración, coronación, bendición y ordenación de reyes era uno de los ‘otros sacramentos’, no instituidos por Jesucristo y no necesarios para la salvación, que en el siglo XIII, con más ajustada terminología teológica, recibieron el nombre de ‘sacramentales’. En virtud del rito el rey se inscribía en el clero como partícipe del ministerio episcopal [...] Las partes sustanciales del rito con sus respectivas fórmulas sacramentales eran la *unctio* con óleo crismal, la *impositio corone* o coronación y la colación de las insignias reales: la *virga* o cetro y el *pomum* o globo de oro. Se completaba la ceremonia con la *professio* o declaración pronunciada por el rey al principio y, al terminarla, la *assignatio solii* o entronización. Acción previa al sacramental era la investidura de caballería, con la bendición y entrega de la espada al rey.” Antonio DURÁN GUDIOL, “El rito de la coronación del rey en Aragón” en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/652092.pdf>, 17, consultado el 29 de agosto de 2015.

¹³ Walter Ullman señala que era un derecho papal el deponer o excomulgar a los príncipes seculares: “Si, como todo el mundo admitía, el poder del príncipe era una emanación de la gracia divina, ¿quién sino el papa podía estar calificado para juzgar si el príncipe había desempeñado las funciones de su oficio de modo de contribuir eficazmente al fin de la Iglesia?, ¿en virtud de qué había recibido este poder? En efecto, la deposición de los reyes era algo que venía a caer dentro del ámbito de la jurisdicción del papa. Los efectos de ella se traducían en la privación al rey del oficio que Dios le había concedido.

pregunta sobre el sentido del Derecho cobrara relevancia, pues si una orden o una ley estaban en contra de la voluntad de Dios, no eran Derecho y, por ende, no resultaban vinculantes.

Acerca de la nulidad de órdenes, Otto Von Gierke es especialmente ilustrativo en una de sus notas en las que recuerda las palabras de Occam: “todos los hombres deben al Emperador obediencia inmediata, pero solo condicionada, en concreto, *in licitis e in bis quae spectant and regimen populi temporalis*, de forma que, por ejemplo, una prohibición de beber vino no sería vinculante”.¹⁴

El monopolio de coronación y la posibilidad de desvincular los actos del rey se acompañaban de una jerarquización del orden jurídico:

Para el desarrollo posterior del pensamiento jurídico tuvo especial trascendencia la afirmación doctrinal por parte de la Iglesia de una nueva jerarquía normativa, que venía a situar al derecho secular en posición subordinada respecto de un derecho divino y natural, que correspondía a la Iglesia definir e interpretar.¹⁵

Por último, la validación del tiranicidio llevada a cabo por Roma representa, según este trabajo, la muestra más fehaciente de la autonomía del derecho canónico, porque pone en claro el grado de subordinación al cual se encontraba sometido el poder monárquico.¹⁶ Llegado este punto, el paralelismo

Estrictamente hablando, la deposición no implicaba necesariamente ninguna clase de ofensa para la persona del rey, pero en el veredicto papal se asentaba que el oficio real había estado en manos de un portador inadecuado. Gregorio VII dio suficiente luz al asunto en el acta de deposición del rey alemán Enrique IV, así como también en las amenazas de deposición dirigidas contra otros reyes. Además como también ilustra el caso de Enrique IV, no existía ninguna evidencia de que el rey debiera sus derechos como tal a algún favor especial de Gregorio: los efectos indirectos del papel mediador del papa pasaban aquí al primer plano. En resumen, la deposición quitaba al portador de oficio el derecho a gobernar, debido a que la gracia de Dios le había sido retirada por haber sido un portador inadecuado o inútil de ella. Se le deponía porque ya no era *dignus*, digno de esta gracia divina.” Walter ULLMAN, *Principios de gobierno y política de la Edad Media*, Trad. Graciela Soriano (Madrid: Editorial Revista de Occidente, 1971), 75-76.

¹⁴ Otto VON GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media*, Trad. Piedad García-Escudero (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995), 145 n129.

¹⁵ Javier PARICIO SERRANO y Alejandrino FERNÁNDEZ BARREIRO. *Historia del Derecho Romano y su recepción europea* (Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1997), 171.

¹⁶ Cfr. BERMAN, *La formación...*, 296 y Juan DE SALISBURY, *Policraticus*, Trad. Manuel Alcalá, Francisco Delgado, Alfonso Echánove, Matías García Gómez, Alberto López Caballero, Juan Vargas y Tomás

mencionado más arriba es claro: la autonomía del Derecho, en sus orígenes, refiere a la subordinación del poder secular respecto al poder eclesial. En otras palabras: el papado tenía el monopolio hermenéutico de la ley, monopolio apoyado en una jerarquización del orden jurídico donde la ley divina ocupaba el peldaño más alto.

Señaladas las características comunes de las familias que conforman la tradición jurídica de Occidente, se pasa ahora a remarcar sus diferencias, comenzando por la familia del *common law*.

1.3. COMMON LAW

De manera provisional, se entiende por *common law* la familia jurídica que integra los sistemas de justicia cuyas fuentes primarias de Derecho Objetivo son, en primer lugar, las decisiones judiciales, y, en segundo término, los estatutos, las constituciones o los códigos. A diferencia del derecho continental donde las fuentes primarias son las constituciones, las leyes o los códigos. En la actualidad podrían considerarse como pertenecientes al *common law*, los sistemas de justicia del *Commonwealth* (Inglaterra, Irlanda, la parte anglosajona de Canadá, Australia y Nueva Zelanda) y los Estados Unidos, en general aquellos países que fueron colonias británicas.

En términos generales, el *common law* se caracteriza por estar formado y autocomprendido por las sentencias de sus jueces. Cuya reproducción discursiva por medio de los tribunales asegura un papel eminentemente práctico a todo el sistema. En el *common law* gobierna el juez: el pasado lo acota, le dice qué hacer y cómo actuar de acuerdo con la moralidad y las costumbres, haciendo en cualquier supuesto referencia a las sentencias de sus predecesores.¹⁷

Zamarriego (Madrid: Editora Nacional, 1984), 303-304. La edición que se utiliza a lo largo de este trabajo fue preparada por Miguel Angel Ladero y forma parte de la serie *Clásicos para una biblioteca contemporánea*.

¹⁷ Cfr. Bryan A. GARNER (ed.), *Black's Law Dictionary*, 7a edición (Estados Unidos: West Group, 1999), 270.

Asimismo, el *common law* es el *derecho común* o *derecho consuetudinario* con vigencia en la mayoría de los países de tradición anglosajona. Es posible decir que es una familia formada a partir del sistema de justicia creado en Inglaterra tras la conquista normanda. Se llamó *common* (común) porque pasó a ser el Derecho de aplicación general en todo el reino, aplicado por los tribunales del rey y de acuerdo a un mismo conjunto de principios y reglas jurídicas.

Para facilitar el desarrollo de esta investigación, se enumeran algunas de las características operativas del *common law*:

1. En virtud del principio de *stare decisis*, la manera de entender el Derecho está contenida en las sentencias. A partir de ellas, los jueces resuelven las controversias que se les plantean.¹⁸ De tal manera que las sentencias precedentes sirven como reglas que deben ser aplicadas a las controversias semejantes que se presenten. Aun si el juez decidiera no apelar al contenido de tales sentencias, se le pide una justificación de tal decisión.¹⁹
2. El procedimiento es adversarial, es decir, el proceso se asimila a una contienda entre iguales.

¹⁸ Allen no vacila en afirmar que la frase *judge make the law* es errónea, pues su “función es interpretar, no legislar; pero en el proceso de interpretación afecta inevitablemente al desarrollo del derecho”. ALLEN, *Las fuentes...*, 528.

¹⁹ Cabe aclarar que en una nota en la que Duxbury hace referencia a Simpson “cualquier identificación entre *common law* y la doctrina del precedente, cualquier intento de explicar su naturaleza en términos del principio de *stare decisis*, parece ser insatisfactoria; las normas y principios que rigen el uso de precedentes y su condición de autoridad es relativamente nueva, así como la idea de la vinculación al precedente es aún más reciente. El *common law* ha existido desde hace siglos, antes de que alguien mostrara interés por tales puntos, podría seguir funcionando como un sistema de justicia prescindiendo del concepto de la *ratio decidendi* y aun así continuar funcionando lo suficientemente bien”. Traducción del texto en inglés: “*Simpson elaborates: any identification between the common law system and the doctrine of precedent, any attempt to explain the nature of the common law in terms of stare of decisis, is bound to seem unsatisfactory, for the elaboration of rules and principles governing the use of precedents and their status as authorities is relatively moderns, and the idea that there could be binding precedents more recent still. The common law had been in existence for centuries before anybody was very excited about these matters, and yet if functioned as a system of law without such props as the concept of the ratio decidendi, and functioned well enough*”. Neil DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent* (Nueva York: Cambridge University Press, 2008) Edición Kindle, pos. 1015 n17; al respecto, el Doctor Héctor Fix-Fierro hizo una precisión de viva voz: “Lo cierto es que en la tradición jurídica angloamericana siempre ha habido una legitimación consciente basada en la continuidad histórica, de la cual la doctrina de *stare decisis* no es más que una expresión técnica reciente”.

3. El juez no ejerce actividad alguna por la cual pueda adquirir pruebas o mejorar los argumentos de las partes. Frente a los hechos que se le presentan, debe limitarse a observar.
4. El juez está centrado en garantizar un debido proceso en la contienda, y se interesa especialmente en las pruebas que acrediten los hechos.

Como se señaló anteriormente, el concepto clave del *common law* es el *stare decisis* (la doctrina del precedente), a saber, la necesidad del tribunal de seguir las decisiones judiciales anteriores cuando los mismos puntos resurgen en un nuevo litigio.²⁰

El *common law* considera al *Corpus Iuris* como una fuente de derecho secundaria. De hecho, históricamente, el *common law* se resistió a las corrientes de pensamiento racionalista que apoyaban a un modelo de Derecho sustentado en el *Corpus Iuris* como la ejemplificación de una época del Derecho Romano.²¹

Usualmente, y tomando en cuenta todo lo anterior, los historiadores dividen al *common law* en los siguientes periodos:

El primero, periodo anglosajón, es el periodo anterior a la conquista normanda de 1066; el segundo, de 1066 a 1485 (hasta el advenimiento de la dinastía de los Tudor) es el periodo de formación del *common law* y es cuando se empieza

²⁰ “La doctrina del precedente establece como necesario que un tribunal tome como suyas las decisiones judiciales anteriores, cuando surgen de nuevo los mismos puntos en litigio”. Traducción que se ofrece de la cita original: “*The doctrine of precedent, under which it is necessary for a court to follow earlier judicial decisions when the same points arise again in litigation*”. GARNER (ed.), *Black’s Law...*, 1414.

²¹ El *Corpus Iuris Civilis* es la mayor recopilación de Derecho Romano hecha hasta nuestros días. Fue realizada por Triboniano, uno de los juristas más destacados de la época, por órdenes de Justiniano I, emperador del Imperio Romano de Oriente. El objetivo de Justiniano era restaurar la antigua grandeza y unidad del Imperio Romano, entre ello, la del Derecho. Para mantener la seguridad jurídica y evitar confusiones, Justiniano prohibió los comentarios e interpretaciones de su compilación, permitiendo tan solo traducciones literales al griego. Está conformado por cuatro obras: 1) el Código (*Codex*), que es una compilación de todas las constituciones imperiales promulgadas hasta la fecha, 2) el Digesto (*Digesta*), contiene jurisprudencia clásica dividido en 50 libros, 3) las Instituciones (*Institutiones*), consiste en 4 libros que fueron creados para ser el manual elemental de la enseñanza del Derecho, que también tenía fuerza legal y 4) las Novelas (*Novellae constitutiones*), que era una compilación de constituciones imperiales posteriores al *Codex*. Cfr. *Jurispedia. El Derecho compartido* en http://es.jurispedia.org/index.php/Corpus_Iuris_Civilis, consultado el 22 de mayo de 2014.

a desarrollar un nuevo sistema de derecho en contra de las costumbres locales. El tercero, de 1485 a 1832, es el periodo de expansión del *common law*. Y el cuarto, periodo moderno, comienza en 1832 y se extiende hasta nuestros días y es la época en que el *common law* debe hacer frente a un desarrollo sin precedentes de la ley, y acomodarse a una sociedad dirigida cada vez más por la administración.²²

Para que quede clara la raíz común entre el derecho continental y el *common law* debe ponerse de relieve la afinidad entre el Derecho Romano-clásico y el medieval-inglés. Sobre este tema se sigue a Guillermo Floris Margadant para remarcar los siguientes puntos:²³

1. En ambos sistemas hay una supremacía del desarrollo del juicio sobre los derechos sustantivos.
2. Los dos derechos fueron casuísticos.²⁴
3. Ambos derechos desarrollaron un subsistema que mitigara las formalidades del sistema principal (por un lado, el *ius civile* y el *ius honorarium* y, por el otro, el *common law* y el *equity*).

Debe aclararse que el Derecho Romano comprende varias etapas y que sería una afirmación superficial identificarlo de manera forzada con el *common law* sin precisar alguna etapa entre ellos. Por ello, existe un caso paradigmático que permite comprender la diferencia entre ambos: el Derecho de Henry de Bracton,²⁵ basado primordialmente en el *case-law* (derecho casuístico), y “en

²² Victoria ITURRALDE SESMA, *El precedente en el Common Law* (Madrid: Civitas, 1995), 18-19.

²³ Guillermo FLORIS MARGADANT, *La segunda vida del Derecho Romano* (México: Miguel Ángel Porrúa, 1986), 239-240.

²⁴ “El conocimiento de las obras de los bartolistas requiere, sin embargo, de un estudio minucioso y prolijo. Sus obras exegéticas, se componen de agrupamientos de casos prácticos entre los que no existe habitualmente gran orden”. Francisco CARPINTERO BENÍTEZ, *Historia del Derecho Natural: un ensayo* (México: UNAM, 1999), 89.

²⁵ Acerca de su origen: “Henricus de Bracton (en realidad, Henry of Bratton). Nació probablemente en Devon, murió en 1268, cuando ostentaba el cargo de canciller de Exeter. Intelectual inglés y jurista significativo de la Edad Media. Prestó servicio como juez y miembro del consejo real de Enrique III. Recopiló en un libro las 2000 sentencias que dictó en su carrera. También salió de su pluma el libro más

relación con asuntos concretos no hace referencia a Azo, ni a Ulpiano, ni tampoco a la razón o a la naturaleza, sino a este y al otro caso juzgado por Martín Pateshull o por William Raleigh”.²⁶

El Derecho Romano —en la versión racionalista derivada de los posglosadores— no pudo influir en Inglaterra, pues el “...éxito de la defensa inglesa contra la invasión del Derecho Romano se debe exclusivamente al estamento de juristas y al interés corporativo de éste, íntimamente ligado al *common law*...”.²⁷ Además, si el jurista inglés hubiera aceptado el Derecho Romano habría firmado su propia sentencia condenatoria, es decir:

Aceptar el Derecho Romano en la forma que acertaron a darle los glosadores y los comentaristas, y que era la propia de un Derecho de juristas, hubiera significado para los ingleses permutar su Derecho de juristas por otro también de juristas. Para ello habrían tenido que emprender nuevos estudios o ceder su puesto a otros juristas formados en el Derecho Romano, lo que hubiera significado decidir su propia eliminación.²⁸

En otras palabras, los juristas del *common law* pudieron impedir la influencia de los eruditos legales de la Europa Continental por medio de la credencialización, estableciendo quiénes podían ejercer la profesión y qué constituía la materia de aprendizaje. Históricamente:

El carácter corporativo del acceso a la profesión jurídica (*legal profession*) en Inglaterra tiene su origen en una disposición (año 1292) de Eduardo I, que confiere a los jueces la tarea de intervenir en la preparación y selección de los futuros miembros de aquella. En el siglo XIV la enseñanza de la profesión

importante de la Edad Media en materia jurídica: *De legibus et consuetudinibus Angliae* (alrededor de 1240). Fuertemente influenciado por el Derecho romano y el canónico, dio un nuevo impulso al desarrollo de la *common law*”. Gustav RADBRUCH, *El espíritu del derecho inglés*, Trad. Juan Carlos Peg Ros (Madrid: Marcial Pons, 2001), 43-44 n13.

²⁶ ALLEN, *Las fuentes...*, 276.

²⁷ Pablo KOSCHAKER, *Europa y el Derecho Romano*, Trad. José Santa Cruz Tejeiro (Madrid: Editorial Revista de Derecho Romano, 1955), 308.

²⁸ KOSCHAKER, *Europa y el Derecho...*, 310-311.

jurídica aparece ya organizada de forma corporativa; la educación jurídica se recibe en centros profesionales (*Inns of Court*) donde conviven maestros y discípulos, con asistencia también a las sesiones de los tribunales de Westminster; la enseñanza se imparte por profesionales con funciones ordinarias de carácter docente (*readers*), y colaboran en ella otros de acreditado prestigio en la práctica forenses (*barristers*) a propuesta de la *Court of Common Pleas* el rey designaba como *serjeants of law* a los miembros más prestigiosos de los *Inns of Court*, y de entre ellos eran después elegidos los jueces. La comunidad profesional entre el estamento judicial y el de la abogacía constituyó uno de los elementos fundamentales para la consolidación corporativa del *common law*, y en igual medida contribuyó a ello la exclusión de la Universidad como centro de formación en la profesión jurídica.²⁹

Lo importante era desarrollar destrezas para la contienda en juicio por medio de los casos ya resueltos. Este tipo de enseñanza, centrada en el estudio de sentencias, implica poca incidencia del Derecho Romano en el *common law*. No obstante, no puede negarse del todo una influencia:

Es verdad que el *common law*, tan intensivamente ocupado del antiguo sistema inglés de la propiedad, totalmente ajeno al romano, no tuvo mucha oportunidad de incorporar elementos del Derecho Romano, pero la segunda rama del derecho inglés medieval que durante el siglo XIV vino a flexibilizar aquel derecho (completando el *common law*, que ya comenzaba a sufrir de arteriosclerosis), o sea la rama del *equity*, es un producto de juristas clericales, en el cual la historiografía del derecho inglés siempre reconoce cierta influencia romanista.³⁰

1.4. DERECHO CONTINENTAL

²⁹ PARICIO y FERNANDEZ, *Historia del...*, 240.

³⁰ FLORIS MARGADANT, *La segunda...*, 240.

A diferencia del *common law*, no hay una corriente dominante para nominar al derecho continental. De hecho, como bien aclara Margadant: “La sustitución de *civil law* por derecho continental se presta a una objeción evidente: no toma en cuenta el neo-romanismo latinoamericano, ni tampoco la influencia de derechos no romanos en el continente europeo”.³¹ Sin embargo, para efectos de esta investigación, se utilizará la noción de derecho continental por ser el equivalente más claro del término en inglés *civil law*, aunque también se le referirá con otros términos tales como derecho codificado, romano canónico o romano germánico. Hoy en día, los sistemas de justicia que componen la familia jurídica de derecho continental son en Europa: Francia, Alemania, Italia, España, Portugal, Suiza; en América: de México hasta Argentina, Louisiana en los Estados Unidos, Quebec en Canadá y en Asia: Japón y Turquía, entre otros.

Para entender un poco más acerca del derecho continental conviene señalar:

Un inglés que comience a estudiar el derecho francés se encuentra de golpe con la aparente paradoja de que, mientras el derecho codificado se considera como supremo, la doctrina extrajudicial y extralegislativa desarrolla un importante papel. Los grandes comentarios sobre el código civil son indispensables suplementos del mismo código, puesto que sin ellos las desnudas disposiciones del código están muy lejos de autoexplicarse para el práctico.³²

En términos generales, lo que más incide en la familia jurídica de derecho continental es el racionalismo jurídico que desembocó en el movimiento codificador, el cual subordina al juez a la función legislativa y prohíbe la interpretación.³³ Aunque dicha afirmación sea más que inexacta en la actualidad.

³¹ FLORIS MARGADANT, *La segunda...*, 243.

³² ALLEN, *Las fuentes...*, 260-261.

³³ Cesare BECCARIA, *De los delitos y las penas*, Trad. Juan Antonio de las Casas (Madrid: Alianza, 2004), 35-36.

Se concibe a la ley como una de las manifestaciones del Derecho Objetivo; cuya comprensión no requiere alguna habilidad o saber especializado. Porque en la modernidad codificadora, como heredera del racionalismo jurídico, la ley, en tanto expresión de la soberanía y voluntad popular, es comprensible en sí misma. Aquí, la autonomía del Derecho consiste en ser expresión de la voluntad popular. Y la credencialización, a diferencia del *common law*, se centra, no en la experiencia del juez, sino en la mera repetición erudita de conceptos, clasificaciones, análisis de la ley y sus interpretaciones. En este modelo de credencialización no es indispensable acreditar alguna habilidad a partir de su uso en algún juicio, pues de ser así, se pondría en duda la idea de la ley como un espejo de la voluntad popular, comprensible en sí misma por responder a una ley natural universal inscrita en el corazón de los hombres.

1.5. TRASPLANTES JURÍDICOS Y CONCEPTUALES

La tradición jurídica de Occidente tiene como base la *credencialización*. Preguntas sobre la esencia, las fuentes y de la interpretación del Derecho son fundamentales para la educación jurídica de los futuros *credencializados*. La formación de los juristas gira alrededor de tales cuestiones y a partir de ellas se es capaz de distinguir lo jurídico, lo lícito y las inconformidades que pueden satisfacerse. Lo que conforma la clausura operativa del sistema, asegurada por la objetivación del Derecho (Derecho Objetivo) en constituciones, códigos, leyes, reglamentos, sentencias, etc.

A la tendencia de los sistemas de justicia de compartir diversas figuras y bloques de texto del llamado Derecho Objetivo se le llama trasplante jurídico. Alan Watson es quien ha divulgado el concepto *legal transplant*, definiéndolo como el traslado de una norma o un sistema de derecho de un país a otro, o de unas personas a otras.³⁴

Los trasplantes jurídicos son posibles gracias a una tradición común que asegura una continuidad de creencias a lo largo del tiempo y el espacio, es

³⁴ Alan WATSON, *Legal transplants. An approach to comparative law* (Atenas: The University of Georgia Press, 1993), 21.

decir, los términos técnicos son independientes a los sistemas de justicias donde operan. Tal autonomía de los cuerpos legales permite el intercambio de trozos de textos (intertextualidad) entre los diversos sistemas de justicia, estableciendo un diálogo entre ellos. Watson señala que, en la antigüedad, los trasplantes podrían haber sido usuales.³⁵ De hecho, una justificación filosófica del trasplante jurídico como motor de desarrollo puede encontrarse en la filosofía griega. Platón, en el libro III de *Las Leyes*, escribe:

La mayor parte de Creta tiene la intención de hacer una colonia y encomienda a los habitantes de Cnosos que se ocupen del asunto. Y la ciudad de Cnosos, a mí y a otros nueve, al mismo tiempo, **nos manda que pongamos sus leyes, si es que algunas de ellas nos satisfacen, pero que instauremos también leyes de otro lado, si nos gustan, sin tomar en cuenta en absoluto si son extranjeras, siempre que nos parezcan mejores.**³⁶

De igual manera, Aristóteles señala: “Todo el que quiera hacer mejores a sus semejantes por la educación, ya se trate de muchos o de pocos, debe esforzarse por hacerse legislador, si en verdad es por leyes que podemos hacer hombres de bien”.³⁷

Como vemos, tanto en Platón como en Aristóteles la ley es un camino para hacer mejores a las personas. En el caso de Platón, si una legislación funciona en cierta región, puede ser transportada y aplicada a otro lugar para mejorar su situación.

En un sentido más amplio, para los antiguos griegos, el Derecho se asemejaba a un orden cósmico y comunitario. Sobre este punto, Werner Jaeger precisa:

Toda nuestra tradición occidental descansa sobre esta construcción griega clásica del mundo del derecho, que presupone un cosmos en el cual el

³⁵ WATSON, *Legal transplants...*, 21.

³⁶ PLATÓN, *Leyes. Diálogos. Vol. VIII*, Trad. Francisco Lisi (Madrid: Gredos, 1999), III, 702a-702c. Se agregan las negritas y el subrayado. De ahora en adelante se cita según la edición canónica.

³⁷ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Trad. Antonio Gómez Robledo, (México: UNAM 2012), X, 9, 1180b20-25. De ahora en adelante se cita conforme a la edición canónica.

individuo humano es referido a un orden de cosas divino. La filosofía jurídica moderna siguió en parte la senda del clasicismo, manteniendo los fundamentos ontológicos de esta tradición. Pero en parte se vio colocada ante la progresiva disolución de estos fundamentos y volvió al período sofístico de los griegos y a su situación filosófica [...] es evidente que una clara comprensión del concepto griego de la ley y el derecho y su conexión con el orden cósmico, tal como los griegos la concebían, habrá de ser el punto de partida de toda reflexión acerca de la naturaleza del derecho y del lugar que ocupa en nuestro mundo filosófico moderno.³⁸

No pasan inadvertidas las críticas de Pierre Legrand y Roger Cotterrell³⁹ hacia Watson, en las cuales afirman la imposibilidad de los trasplantes legales basados en el argumento de que Watson desconoce la distinción de derecho en acción y derecho en libros, que el derecho es un reflejo de la sociedad y de que su concepto de trasplantes jurídicos es vago.

Una visión más profunda del problema permite advertir que dichas objeciones están dirigidas también contra la base de la cultura occidental, encarnada en el anciano que representa la figura de Platón en las *Leyes*, a quien desde ese momento Jaeger había ubicado como uno de los puntos de inflexión acerca de la autonomía del Derecho respecto del *ethos*.

De ahí que las objeciones de Legrand y Cotterrell parecen que, sin saberlo, están dirigidas a la textualidad del Derecho, encarnado en la ley y su autonomía respecto de las costumbres. Es decir, contra la pretensión de una sociedad que puede ser civilizada a partir de normas jurídicas.

En la filosofía griega la visión de la ley como reflejo cósmico y comunitario, convive con la idea del trasplante jurídico para modificar la ley y así poder dirigir a las personas hacia lo mejor. Dejando de lado los antecedentes filosóficos del término, en la actualidad el trasplante jurídico es muy común, tanto así que, de hecho, el *judicial review* es un trasplante jurídico cuyas bases

³⁸ Werner JAEGER, *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Trad. A. Truyol y Serra (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953), 90-91.

³⁹ Cfr. David NELKEN y Johannes FEEST (eds.), *Adapting legal cultures* (Portland: Hart Publishing, 2001), 55-92.

conceptuales se pueden rastrear a lo largo de la historia de las ideas de Occidente, lo cual solo es posible si se acepta una tradición jurídica común compuesta por una red de trasplantes conceptuales que no solo se dan entre los sistemas judiciales, sino también entre distintas disciplinas y áreas de estudio. Tal interconceptualidad, en cierta medida, funge como una estrategia de los juristas para mostrar erudición, lo que los legitima intelectualmente como capaces de ejercer el poder al margen del rendimiento material.

Existe una tendencia antropológica a mezclar conceptos de distintas disciplinas, con lo cual colaboran entre sí, adaptándose al cambio y generando estabilidad y creatividad entre sí. Haciendo evidente, de esta forma, una falsa oposición entre continuidad y cambio.

Finalmente, los trasplantes jurídicos y conceptuales permiten explicar la fuerza expansiva del *judicial review* en muchos de los sistemas de justicia de la tradición jurídica de Occidente. Además, es gracias a la capacidad de trasplante que Coke puede echar mano de un concepto aristotélico para justificar su pretensión.

1.6. CONCLUSIONES

En este capítulo se sentaron la base explicativa de este trabajo: la tradición común entre el *common law* y el derecho continental que posibilita el trasplante jurídico del *judicial review*. Por ello, en el siguiente capítulo se señalan los antecedentes, la importancia y el impacto de la figura del *judicial review* entendida como un trasplante jurídico y, en ciertos casos, conceptual.

CAPÍTULO II. JOHN MARSHALL Y EL CASO *MARBURY VS. MADISON*

1. *Judicial review*: la consolidación del constitucionalismo moderno.
2. *Marbury vs. Madison*: una resolución histórica.
3. Los detractores de la revisión judicial.
4. Los precedentes del caso *Marbury vs. Madison*.

Este apartado tiene como finalidad explicar la esencia del *judicial review*, su origen en el caso *Marbury vs. Madison* y su fuerza expansiva en los múltiples sistemas de justicia gracias a su virtud como trasplante jurídico.

2.1. *JUDICIAL REVIEW: LA CONSOLIDACIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO MODERNO*

El término *judicial review* fue acuñado por primera vez por Edward Corwin, a principios del siglo XX,⁴⁰ para definir “el poder de las cortes para invalidar un acto o ley del Legislativo o del Ejecutivo en virtud de su inconstitucionalidad”.⁴¹ Actualmente, el control constitucional ostentado por la judicatura⁴² constituye un aspecto casi general en todos los sistemas de justicia del mundo. Pero el monopolio hermenéutico constitucional no siempre perteneció al poder judicial. En el medievo, como ya se señaló anteriormente, la separación de los sistemas de justicia en jurisdicciones eclesiásticas y seculares ocasionó la disputa entre el rey, que ostentaba el poder hermenéutico de la ley en el plano secular, y el papa, dueño de la interpretación de la ley divina. Con la acotación obvia de que tal dominio papal se acabó con la llegada del estado moderno y la división de poderes, lo que posibilitó la aparición de la revisión judicial.⁴³

⁴⁰ Gordon S. WOOD, “The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less”, *Washington and Lee Law Review* 3, vol. 56 (junio 1999): 789.

⁴¹ Nauhcatzin Tonatiuh BRAVO AGUILAR, “Revisión Judicial: El origen de un poder no concedido expresamente en la Constitución de los Estados Unidos de América”, *Reforma Judicial* 9 (enero-junio 2007): 175-192, <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/ReformaJudicial/9/cle/cle7.pdf>

⁴² De aquí en adelante se utiliza el término *judicatura* para referirse al órgano del estado que ejerce funciones jurisdiccionales, es decir, aquel encargado de la aplicación de justicia.

⁴³ A partir de este punto se referirá al *judicial review* como revisión judicial.

En Estados Unidos, la revisión judicial es atribuida a la judicatura en 1803 por el juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*. Este es el primer precedente de la revisión judicial tal como la conocemos hoy en día.⁴⁴

Asimismo, a pesar de ser una figura típica del derecho constitucional norteamericano, la revisión judicial se expandió a casi todos los sistemas de justicia tanto del *common law* como del derecho continental. Lo que demuestra su capacidad como trasplante jurídico.

El constitucionalismo nace, precisamente, cuando la judicatura deviene en intérprete de la Constitución. Mauro Cappelletti describe bien la relevancia de este momento:

La tentativa de transformar la imprecisión y la inmóvil estaticidad de aquellas fórmulas, y la ineffectividad de aquella preponderancia, en una efectiva y dinámica y permanente “concretización” a través de la obra de un intérprete calificado –el juez, o, en los sistemas más recientes, el especial juez constitucional.⁴⁵

La resolución de John Marshall cambió radicalmente en el papel desempeñado por la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, y por extensión, de

⁴⁴ Sin embargo, es importante incluir la precisión de Mason: “Antes de Marshall, la Corte no había encontrado fundamento para, con base en sus facultades, declarar inconstitucionales los actos del Congreso. Aunque sí había invocado ese derecho en varios casos importantes, incluyendo *Hayburn's case* (1792), *Van Horne's Lessee v. Dorrance* (1795), and *Hylton v. United States* (1796). En 1797 la corte dejó sin efectos un estatuto de Virginia que regulaba los derechos de acreedores británicos que estaban en conflicto con una ley federal. ‘Es, de hecho, una opinión genera’, el Juez Chase comentó en *Cooper v. Telfair*, ‘es expresamente admitido por todo este tribunal, y algunos de los jueces, individualmente, en los circuitos, decidieron, que la Corte Suprema puede declarar que un Acto del Congreso es inconstitucional, y, por lo tanto, inválido; pero no hay atribución de la propia Corte Suprema al respecto’”. Traducción que se infiere del texto original: *Before Marshall, the Court had not actually asserted the authority to declare acts of Congress unconstitutional. But it had entertained that right in several important cases, including Hayburn's Case (1792), Van Home's Lessee v. Dorrance (1795), and Hylton v. United States (1796). In 1797 the Court set aside a Virginia statute regulating the rights of British creditors as in conflict with a federal treaty. 'It is, indeed, a general opinion,' Justice Chase commented in Cooper v. Telfair, 'it is expressly admitted by all this bar, and some of the Judges have, individually, in the circuits, decided, that the Supreme Court can declare an Act of Congress to be unconstitutional, and, therefore, invalid; but there is no adjudication of the Supreme Court itself upon the point.'* A. MASON, *The Supreme Court, Palladium of freedom*, (1962), 73-76. Citado en William W. VAN ALSTYNE, "A critical guide to *Marbury v. Madison*", *Duke Law Journal* 1 (enero, 1969): 44.

⁴⁵ Mauro CAPPELLETTI, *La Justicia Constitucional. Estudios de Derecho Comparado*, tomo I (México: Facultad de Derecho, UNAM: 1987), 20.

las cortes en el mundo occidental⁴⁶, por eso, es necesario estudiar de cerca tanto la figura de Marshall como el caso *Marbury vs. Madison*.

John Marshall nació el 24 de septiembre de 1755 en Fauquier Country, Virginia, y fue juez principal (*chief justice*) de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde el 4 de febrero de 1801 hasta su muerte, el 6 de julio de 1835.⁴⁷ Es común entre sus biógrafos destacar la insuficiencia y la deficiente calidad de su educación no solo en derecho, sino en todas las demás materias, pues su única enseñanza formal fue un año a cargo de un clérigo y otro más bajo un tutor que residía con su familia.⁴⁸ Sobre esto, Bernard Schwartz comenta:

Si Marshall hubiera tenido mayores conocimientos legales, si hubiera avanzado cuidadosamente en su aprendizaje técnico y se hubiese enmarañado en los intrincados laberintos del derecho, probablemente no hubiera sido un juez tan grande; ya que su papel reclamaba el talento y el discernimiento de un estadista capaz de mirar más allá de los confines del estricto derecho, hacia las necesidades de una vigorosa nación comprometida en la tarea de ocupar un continente.⁴⁹

Marshall prestó servicio como soldado de la Revolución Norteamericana, donde se dio cuenta de la necesidad de un gobierno eficiente y poderoso. Incluso se afirma que, en sus opiniones más destacadas y difundidas, parece estar hablando más como un soldado de Washington que como un conocedor técnico-jurídico. Schwartz lo describe como un hombre claro, conciso y elocuente. Sus sentencias atestiguan su inquietud por la búsqueda de consecuencias prácticas; su tenacidad y capacidad para argumentar en cada

⁴⁶ Tal vez en ese momento, ni siquiera nuestro *héroe* judicial se percataba de la relevancia y trascendencia jurídica que tendría su decisión; queda claro que el caso ya de por sí era controversial, pero por su contexto político. Es en realidad un misterio si las intenciones de Marshall iban encaminadas realmente a adjudicar a la Corte Suprema la facultad de la interpretación constitucional, considerando que, de haber decidido el asunto de forma diferente, hubiera desencadenado un embrollo político y mediático.

⁴⁷ *American History. From Revolution to Reconstruction and beyond*, <http://www.let.rug.nl/usa/biographies/john-marshall/>, consultada el 30 de marzo de 2014.

⁴⁸ Cfr. Bernard SCHWARTZ, *Algunos artífices del derecho norteamericano*, Trad. Rubén Laporte (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985), 51-54.

⁴⁹ SCHWARTZ, *Algunos artífices...*, 53.

uno de los casos, así como “su menosprecio por el lenguaje calificativo, la energía y el equilibrio de sus conclusiones”.⁵⁰

Pero el legado que se le atribuye como presidente de la Corte Suprema supera todas sus cualidades, y es que la posición de la corte en sus primeros diez años nada tenía que ver con el papel que desempeña actualmente. Marshall accedió a la presidencia en 1801 cuando la judicatura era considerada uno de los tres poderes, pero representaba muy poco contrapeso para el legislativo y el ejecutivo.

Marshall encaminó a la consolidación de la corte, abandonó la tradición donde cada uno de los jueces opinaba para la resolución de los casos, y, en su lugar, logró una voz unificada al ser él mismo la opinión dominante de la corte.⁵¹

Con el caso *Marbury vs. Madison*, Marshall consolida el poder y prestigio del que goza la corte hasta nuestros días. Dicho con otras palabras: “Marshall transformó al más alto tribunal norteamericano en un departamento enteramente coordinado, dotado de la última autoridad de salvaguardar el arca de la Constitución”⁵².

John Marshall es un parteaguas en la vida de la Corte Suprema de los Estados Unidos, fue quien la dotó de autoridad y quien la transformó en la principal garante de la Constitución:

Gracias a la audacia, tacto y visión de la Corte Suprema norteamericana, a un activismo temprano pero inteligente, fue posible reclamar y adjudicar al Poder Judicial un poder que, por un lado, no despertó un conflicto de poderes cuando se decidió el caso *Marbury vs. Madison* y que, por otro lado, se quedaría para jugar un papel fundamental dentro del esquema de pesos y contrapesos que caracterizan al constitucionalismo norteamericano.⁵³

⁵⁰ SCHWARTZ, *Algunos artifices...*, 54.

⁵¹ SCHWARTZ, *Algunos artifices...*, 56.

⁵² SCHWARTZ, *Algunos artifices...*, 56.

⁵³ SCHWARTZ, *Algunos artifices...*, 58.

Carecer de una pesada erudición libresca, le permitía ejercer con una mayor soltura su sabiduría práctica.

2.2. *MARBURY VS. MADISON: UNA RESOLUCIÓN HISTÓRICA*

El caso *Marbury vs. Madison* fue un proceso judicial llevado ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, resuelto el 24 de febrero de 1803. Es considerado el caso más importante de la jurisprudencia estadounidense, no por el asunto en concreto —por sí mismo políticamente relevante—, sino por los principios que estableció, pues son los fundamentos de la supremacía constitucional.

El caso surgió como resultado de una querrela política a raíz de las elecciones presidenciales de 1800. Thomas Jefferson, republicano demócrata, derrotó al entonces presidente John Adams, federalista. En los últimos días del gobierno saliente de Adams, el Congreso dominado por los federalistas estableció una serie de cargos judiciales, entre ellos 42 jueces de paz para el Distrito de Columbia. El Senado confirmó los nombramientos, el presidente los firmó y el saliente secretario de estado debía sellar y entregar las actas de nombramiento; sin embargo, no entregó las actas a cuatro jueces de paz, entre los que se contaba William Marbury. El nuevo secretario del gobierno del presidente Jefferson, James Madison, se negó a entregar las actas de nombramiento porque consideraba que, con esos movimientos de última hora, los federalistas trataron de asegurarse el control de la judicatura, designando a miembros de su partido justo antes del cambio de gobierno. No obstante, Marbury recurrió al Tribunal Supremo para que ordenara a Madison entregarle su acta.

Ahora bien, si la corte fallaba a favor de Marbury, Madison todavía podía negarse a entregar el acta y el máximo tribunal no tendría manera de hacer cumplir la orden. Si la corte se pronunciaba contra Marbury, se arriesgaba a someter el poder judicial a los jeffersonianos, pues les permitiría negar a Marbury el cargo que podía reclamar legalmente. John Marshall resolvió este

dilema al decidir que la corte no estaba facultada para dirimir lo correcto o no del planteamiento formulado en la demanda, debido a que la sección 13 de la Ley Judicial, que otorgaba a la corte estas facultades, era inconstitucional, pues ampliaba su jurisdicción original definida por la Constitución misma.⁵⁴ Al decidir que no estaba facultada para intervenir en este caso, la Corte Suprema aseguró su posición como árbitro final de la ley. Con esta sentencia, Marshall afirmó la capacidad de los tribunales para realizar control de constitucionalidad, es decir, los permitió para juzgar, por un lado, la conformidad de una ley con la Constitución y, por el otro, les dio el poder de inaplicar todas aquellas leyes que pudieran contravenirla. Este principio instituyó la atribución más importante del poder judicial estadounidense e hizo que los tribunales estadounidenses se convirtieran en los primeros tribunales constitucionales de la historia que podían revisar las leyes hechas tanto por los representantes de la población como por los estados en el Congreso de la Unión, con el poder de inaplicarlas si, en su opinión, eran contrarias a la Constitución.

La Corte Suprema de los Estados Unidos es, sin duda, uno de los tribunales con más poder dentro de cualquier estado contemporáneo. Sus resoluciones han decidido, en muchas etapas de su historia, los cambios más importantes; originado algunas de las mayores conmociones; apoyado algunas de las mejores causas y solucionado muchas crisis. Algunos ejemplos de temas relevantes resueltos en sus sentencias son: la esclavitud, la libertad de trabajo, la portación de armas, la libertad de expresión, el derecho a no declarar, la asignación de cuotas y la obligatoriedad de los tratados frente a los estados de la Unión Americana.

En la actualidad, ningún otro funcionario estatal o federal es tan respetado como los jueces que integran la máxima corte. Además, la Corte Suprema puede ordenar las medidas que el Presidente, la Cámara de Representantes, la Cámara de Senadores o los más altos funcionarios no pueden ordenar. Tal es la relevancia de la corte. Aunque no siempre fue así. De hecho, su importancia fue consecuencia directa de la facultad de la revisión judicial.

⁵⁴ Cfr. *Marbury vs. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

Por último, si bien el caso *Marbury vs. Madison* es considerado una obra maestra del juez Marshall, también es necesario apuntar que ha sido criticado. Algunos acusan a Marshall de hacer una selección discriminada de precedentes, lo que le permitió ganar el poder de analizar y decidir la constitucionalidad. En otras palabras: existían diversas sentencias en las que la Corte Suprema había dicho exactamente lo contrario. Y es que no todo el mundo se deshace en halagos por este personaje —lo cual es comprensible si se hojean un poco los cúmulos de biografías que existen sobre él—. Considerando la poca relevancia que tenía la Corte Suprema por aquellas épocas y el gran interés de Marshall en la política, específicamente en el Congreso, es fácil adivinar que su paso por la corte era un escalón para posicionarse, posteriormente, en el Poder Legislativo. Asimismo, su estilo judicial no es el más alabado, algunos autores consideran que la redacción de sus sentencias era desestructurada. Independientemente de las críticas, puede ser que lo que llevó a Marshall a resolver el caso *Marbury vs. Madison* con tal astucia, sentando con ello los fundamentos del constitucionalismo moderno y consagrando un poder de tal magnitud a la judicatura, fue más el resultado de su experiencia y sagacidad política que de su erudición legal.

2.3. LOS DETRACTORES DE LA REVISIÓN JUDICIAL

A pesar de su expansión y aceptación en la mayoría de los sistemas de justicia actuales, la revisión judicial también tiene adversarios. Es importante aclarar que este trabajo no toma partido por ninguna de las posturas expuestas a lo largo de este apartado. Únicamente pretende enfatizar la paradoja resultante del trasplante de la revisión jurídica en un contexto diferente al del *common law*. De hecho, uno de los principales argumentos en contra de la revisión judicial remarca la paradoja de trasplantar, a un sistema formalmente democrático, una figura que, en lo relativo al sistema de justicia, se asemeja más a un modelo aristocrático de corte aristotélico.

Es necesario precisar que no todas las opiniones contrarias a la revisión judicial proponen su eliminación. James Thayer, por ejemplo, propone reducir el ámbito

de la revisión judicial sin suprimirla. Afirma que la inconstitucionalidad debe proceder si, y solo si, el legislador incurre en un claro error. Thayer pugna por un ejercicio de revisión judicial moderada y deferente con los otros poderes estatales.⁵⁵ Su tesis es muy popular entre algunos académicos y jueces, incluso influye –aunque indirectamente– en teorías análogas de autorrestricción judicial (*self restraint*).⁵⁶

Por otro lado, Alexander Bickel denuncia la *dificultad contramayoritaria* de la justicia constitucional,⁵⁷ acusando a la revisión judicial de no aplicar decisiones ya adoptadas por órganos representantes de la mayoría política. Su argumento central señala que los jueces, al ejercer un servicio inamovible y vitalicio, no le rinden cuentas al pueblo, lo que altera el principio democrático, pues no son electos popularmente como sí lo hacen los representantes electos mediante procesos democráticos periódicos.

El politólogo Robert Dahl, por su parte, señala que el aceptar la revisión judicial conlleva un grave peligro: el aceptar que los jueces creen reglas sustentadas en sus convicciones personales. La objeción de Dahl es contra la subjetividad que puede encerrar la decisión de un juez, porque “inevitablemente, en la interpretación de la Constitución los jueces traen sus propias ideologías, prejuicios y preferencias”.⁵⁸

Jeremy Waldron es uno de los críticos más contundentes de la legitimidad democrática de la revisión judicial. Su objeción es la más radical y profunda, por ello ha tenido demasiado impacto.⁵⁹ Pues, a diferencia de los autores antes referidos, Waldron es partidario de eliminar la revisión judicial. Para este autor el proceso mayoritario es la mejor forma de tomar decisiones cuando se está ante un contexto de desacuerdos morales evidentes. Por esta razón, aquellas

⁵⁵James Bradley THAYER, “Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 3, vol. VII (octubre 1893): 129-156.

⁵⁶ Por ejemplo, Patricio Zapata, que promueve en Chile desde hace varios años la llamada “teoría de la deferencia razonada”. Cfr. Patricio ZAPATA LARRAÍN, *La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Santiago: Corporación Tiempo, 1994), 6-22.

⁵⁷ Alexander BICKEL, *The least dangerous branch* (Nueva York: Yale University Press, 1986).

⁵⁸ Robert DAHL, *Democracy and its critics* (Nueva York: Yale University Press, 1991), 55.

⁵⁹ Jeremy WALDRON, “The core of the case against judicial review”, *The Yale Law Journal* 115 (2006): 1346-1406,

http://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf
consultado el 14 de julio de 2015.

cuestiones morales que puedan tener respuestas alternativas no deberían ser resueltas por tribunales que no han sido electos, y que, además, están compuestos por jueces que también discrepan moralmente, tal como pasa con el resto de la sociedad.

2.4. LOS PRECEDENTES DEL CASO *MARBURY VS. MADISON*

Como ya se señaló anteriormente, el juez del *common law* tiene una veneración por sus tradiciones al invocar las decisiones tomadas por quienes les precedieron. John Marshall, a pesar de la independencia de Estados Unidos, se ve influenciado por la tradición de *common law* debido a su pasado medieval inglés. Así mismo, Marshall conocía a William Blackstone,⁶⁰ quien afirmaba: “...Los actos del parlamento contrarios a la razón son inaplicables. Pero si el parlamento firmemente se propusiera llevar a cabo un acto no razonable, yo no conozco poder alguno que pueda controlarlo”.⁶¹

Pero detrás de las palabras de Blackstone está una réplica contra Edward Coke, quien creía que el abogado del *common law* poseía un aprendizaje especial de la ley que lo colocaba casi al mismo nivel de la corona y el parlamento; dándole la autoridad sobre la interpretación correcta de la Constitución, lo que le permitía dejar de aplicar los actos de aquellos cuando los considerara contrarios a la ley. Así, por medio de Blackstone, Marshall conoce a Edward Coke. Quien se encarga del *Bonham's case*, antecedente

⁶⁰ “Sir William Blackstone (1723-1780). Profesor de Derecho inglés. A partir de 1753 dio conferencias en Oxford sobre la Constitución y legislación inglesas. 1758-1766 fue profesor de Derecho general y miembro de la cámara de los comunes. Sus comentarios sobre el Derecho inglés (1765-69) fueron decisivos en el desarrollo moderno anglo-americano, siendo hoy todavía muy respetados. Obras: *Comentarios on the Laws of England* (1765-69); *Analysis of the Laws of England* (1754)”. RADBRUCH, *El espíritu...*, 32n27.

⁶¹ Traducción que se ofrece de la cita original: “...that acts of parliament contrary to reason are void. But if the Parliament will positively enact a thing to be done which is unreasonable, I know of no power that can control it”. William BLACKSTONE, *Blackstone's Commentaries with notes of reference, to the Constitutions and Laws, of the Federal Governmente of the united States; and of the Commonwealth of Virginia: in five volumes, with an appendix to each volume, containing short tracts upon such subjects as appeared necessary to form a connected view of the laws of Virginia as a member of the federal union by St. George Tucker with an introduction by Paul Finkelman and David Cobin. Vol. I* (Nueva Jersey: The Lawbookd Exchange, Ltd., 1996), Introducción, 91. La obra señalada y que se utiliza para este trabajo es la cuarta reimpression de la edición facsímil de la obra originalmente publicada en 1806 por William Young Birch y Abraham Small en Filadelfia.

claro del *Marbury vs. Madison*. De hecho, cuando los teóricos políticos se cuestionan sobre si la corte Marshall, al sentar el precedente de la revisión judicial, tenía fundamentos en la Constitución o era meramente un acto de usurpación judicial, la respuesta más fehaciente es que el caso *Marbury vs. Madison* “confirmó meramente una doctrina que era parte de la tradición legal norteamericana de aquellos tiempos, derivada tanto de la experiencia colonial como de la revolucionaria”.⁶²

Sin embargo, el que la doctrina vertida en los argumentos que decidieron el caso en mención no fuera precisamente una novedad, no le resta mérito. El gran logro de Marshall está en sentar el precedente determinante que diera efectividad a esta gran figura, es decir, convertirla en derecho vigente.

Para situar la argumentación que sirve de base a la revisión judicial en su contexto, se debe dejar a un lado a Marshall y a Blackstone para abordar el estudio de Edward Coke, para quien la interpretación del experto, siendo la mejor, sirve de sustento al monopolio hermenéutico judicial de la Constitución.

⁶²SCHWARTZ, *Algunos artifices...*, 60.

CAPÍTULO III. EDWARD COKE Y SU *ARTIFICIAL REASON*

1. Importancia de Coke. 2. Antecedentes de la no aplicación de normas. 3. Los referentes al dictar sentencia. 4. Edward Coke: datos biográficos. 5. Los orígenes del monopolio: *Prohibitions del Roy*. 6. *Artificial Reason: paideia* para el arte del *common law*. 7. Conclusiones.

3.1. *IMPORTANCIA DE COKE*

En las puertas de bronce de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América se encuentran grabados diversos momentos cumbres de la historia de la justicia en Occidente: el altercado entre el juez Edward Coke y el rey Jacobo I de Inglaterra es uno de ellos.

De primera impresión, la importancia de esa escena radica en hacer explícita la confrontación de un juez que pretende subordinar al rey.

Pero el hecho de que el control jurisdiccional no tuviera continuidad en la tierra natal de Coke hace difícil justificarle un lugar dentro de los momentos determinantes de la historia de la tradición jurídica de Occidente.

Sin embargo, tiene un enorme peso simbólico el apreciar tal escena en las puertas del referido tribunal, lo que implica que el *common law* norteamericano se proclama como un heredero y continuador de un gobierno de eruditos legales que constituyeron un contrapeso ante el gobierno de las mayorías por medio del control jurisdiccional.

De ahí que la disputa allí grabada genere tanta convicción sobre la importancia de Edward Coke en el control jurisdiccional, como el rastreo de los razonamientos del juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison*.

Remarcando que se trata de una cuestión debatible, me adhiero a la opinión mayoritaria, que afirma que la revisión judicial se remonta a la sentencia dictada por Coke en el *Bonham's case*. Kermit señala que Edward Coke

declaró que "cuando una ley del parlamento está en contra del derecho común y de la razón, o es imposible de llevarse a cabo, el *common law* lo controlará, y declarará dicho acto como nulo".⁶³

Coke creía que el aprendizaje especial requerido para interpretar la ley, *la razón artificial*, colocaba a los jueces del *common law* por encima del poder político,⁶⁴ lo que hace de la revisión judicial una noción controvertida, no solo en la época de Coke, sino en la del propio John Marshall.

Por ello, como bien señala Kermit, en los Estados Unidos, después de la revolución, los redactores de la Constitución debatieron y rechazaron el veto judicial, uno de los aspectos de la revisión judicial, con lo que quedó eliminada la posibilidad de una autoridad judicial explícita sobre el congreso, tal y como se proponía en el Plan de Virginia.

No obstante la referida supresión, si se rastrea una directriz en los padres fundadores, es remarcable que James Madison reiteró la autoridad de la ley fundamental, pero por lo que respecta a si se manifestó a favor o en contra de la revisión judicial, existen diferentes opiniones porque precisamente Madison no fue tan claro al respecto tal otros padres fundadores como el propio Hamilton, que defendió expresa y abiertamente la revisión judicial.⁶⁵ Sin embargo, Perry Patterson en un artículo de 1939, después de analizar la posición de este padre fundador con respecto a la figura del *judicial review* a lo largo de los años, termina concluyendo que el propio Madison dijo en una carta de 1823 que él jamás cambió su opinión original vertida en el *Federalista No. 39* en 1787, en el cual señalaba expresamente que en las controversias relativas al límite entre las dos jurisdicciones, el tribunal que decide en última instancia debe estar establecido bajo el gobierno general. El tribunal del que hace mención, es obviamente la Corte Suprema y por supuesto, este tribunal

⁶³ Texto en inglés: "when an act of parliament is against common right and reason or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void". Kermit L. HALL (ed.), *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States* (Nueva York: Oxford, 2005), 118a.

⁶⁴ Cfr. HALL, *The Oxford Companion...*, 536.

⁶⁵ Cfr. Alexander HAMILTON et. al., *El Federalista*, Trad. Gustavo R. Velasco, 2ª edición (México: Fondo de Cultura Económica, 1957), 331-332.

no puede decidir controversias entre las dos jurisdicciones del sistema federal sin ejercer revisión sobre ambas legislaciones, la nacional y la de los estados.⁶⁶

Los líderes de la generación fundadora y futuros ministros de la Corte Suprema —como James Wilson de Pennsylvania, Oliver Ellsworth de Connecticut y John Marshall de Virginia— argumentaron que el gobierno nacional debía estar limitado por el control judicial.⁶⁷

Todo lo anterior sirve para destacar tanto la controversia como la relevancia de la revisión judicial y, por ende, del monopolio hermenéutico de la justicia a cargo de la judicatura, el punto toral de la discusión en el *Bonham's case*, que resuena hasta nuestros días y que gira en torno a determinar quién está facultado para interpretar la ley. Además, en el *Bonham's case* también se halla la oposición entre los conceptos de razón natural y razón artificial. Donde la razón artificial, como facultad de interpretar la ley, permitía al juez establecer que una norma, en tanto iba en contra del *common law*, no resultaba vinculante. Tal es la esencia del *Bonham's case* como el punto de partida del control del poder a cargo de la judicatura en la tradición jurídica de Occidente.

De manera adyacente, y para dejar claro el punto, debe señalarse que la primera aproximación a la razón artificial fue formulada en un discurso pronunciado ante el rey dentro de las *Prohibition del Roy*. No obstante, el *Bonham's case* es considerado históricamente como el origen simbólico de la revisión judicial.

⁶⁶ Interpretación que se infiere del texto en inglés: “Madison says here that he had never changed his original opinion indicated in 1787 in Federalist 39. His original opinion was, ‘It is true that in controversies relating to the boundary between the two jurisdictions, the tribunal which is ultimately to decide, is to be established under the general government’. The ‘tribunal’ which he mentions, is obviously the Supreme Court, for which, it will be recalled, the Convention made provision in the Constitution but left its establishment to the Congress. Of course, this tribunal could not decide controversies between the two jurisdictions of our federal system without exercising review over legislation of both the national government and those of the states. Madison himself then said in 1823 that he had never changed his mind, the opinions of others to the contrary notwithstanding.” Perry PATTERSON, “James Madison and Judicial Review”, *California Law Review* 1, vol. 28 (noviembre 1939): 31-32.

⁶⁷ Cfr. HALL, *The Oxford Companion...*, 537.

En la sentencia del *Bonham's case*, Coke afirma que no es procedente aplicar una norma que prevé la imposición de una pena, pues se considera que va en contra del *common law*.⁶⁸

A lo largo del siguiente apartado se exponen los antecedentes de la no aplicación de leyes, punto clave para comprender el control hermenéutico de la judicatura.

3.2. ANTECEDENTES DE LA NO APLICACIÓN DE NORMAS

Para el Occidente medieval no era nueva la posibilidad de no aplicar una norma dictada por el rey por ir en contra de otra considerada como superior, por tanto, es obvio que Coke no es el referente más antiguo de tal concepción, menos aun de la idea de que el príncipe está por debajo de la ley.

Como muchas de las ideas acerca del poder y la ley como reflejo de un orden divino, es posible rastrearlas desde varias perspectivas, en este caso, desde la filosofía, pero también desde la mitología.

Desde el punto de vista filosófico, para Cappelletti el sustento de tales ideas podría remontarse algo lejos:

La concepción del derecho y de la justicia dominante en el medievo, si se ligaba, en sentido muy amplio, al pensamiento de Platón y Aristóteles de lo cual ya se ha hablado, se ligaba también empero y sobre todo a través de la doctrina tomística, a los filósofos estoicos y a Cicerón. En aquella concepción, la idea de *jus naturale* asumió un puesto preeminente: el derecho natural venía

⁶⁸ “A partir de esta historia surgió *Marbury v. Madison* y los dos principios centrales del derecho constitucional. El primero de ellos es que los jueces son los árbitros finales de lo que es constitucional. El segundo, quizás un corolario necesario del primero, es que los jueces son independientes de otras ramas del gobierno. Coke formuló el principio de la revisión judicial y su defensa de este concepto es el paradigma del juez independiente”. Traducción de la cita original: “*From this history emerged Marbury vs. Madison and two central principles of constitutional law. The first of these is that the judges are the ultimate arbiters of what is constitutional. The second, perhaps a necessary corollary of the first, is that judges are independent of other branches of government. Coke formulated the principle of judicial review, and his defense of this proposition provided the paradigm of the independent judge*” de Allen D. BOYER, *Sir Edward Coke and the Elizabethan age* (Stanford: Stanford University Press, 2003), 84-85.

configurado como la norma superior de derivación divina, en la cual todas las otras normas debían estar inspiradas. Como escribe un jurista moderno, el ‘acto del soberano que hubiese infringido los límites impuestos por el derecho natural era declarado nulo y no vinculante.’⁶⁹

Desde otra perspectiva, más encarnada en la historia, la idea de que todos – incluido el príncipe– estamos bajo el imperio de la ley es todavía más lejana:

La idea de que el príncipe está sujeto a la ley es, por supuesto, mucho más antigua que el *Policraticus*. Stobaeus da crédito a Sólon diciendo que “ese fue el mejor gobierno donde los sujetos obedecieron a su príncipe, y el príncipe las leyes”. Nótese también la cita de Fortescue de Diodoro de Sicilia que “los reyes de Egipto originalmente no vivían de tal manera licenciosa como otros reyes, cuya voluntad era su ley; pues estaban sujetos a la misma ley en común con el súbdito, y se consideraban a sí mismos felices en tal conformidad con las leyes.”⁷⁰

⁶⁹ CAPPELLETTI, *La justicia constitucional...*, 48.

⁷⁰ Traducción que se ofrece del texto original: “*The notion that the prince is subject to the law is, of course, much older than the Policraticus. Stobaeus credits Solon with saying that “that was the best government where the subjects obeyed their prince, and the prince the laws”. Notice also Fortescue’s quotation from Diodorus Siculus, that “the kings of Egypt originally did not live in such a licentious manner as other kings, whose will was their law: but were subject to the same law, in common with the subject, and esteemed themselves happy in such a conformity to the laws”. Fortescue, De Laudibus Legum Angliae (Amos tr. 1825) c. XIII.*” Edward S. CORWIN, “The ‘Higher law’ background of American Constitution”, *Harvard Law Review*, vol. XLII (diciembre 1928): 165 n56. Aunque el origen del orden divino puede también encontrarse en la ley del Infierno; la conciencia de la muerte —que a todos hasta hoy iguala— está presente en la *Epopéya de Gilgamesh*: “... ‘Dime, amigo mío, dime, amigo mío, dime las condiciones que has visto en el Infierno’. ‘No te la diré, amigo mío, no te la diré. Si te digo las reglas del Infierno que he visto, te sentarás a llorar’. ‘Me sentaré, pues a llorar’ ‘Mi cuerpo, que tu corazón se complacía en acariciar, como vestido viejo lo comen los gusanos. Mi cuerpo, que tu corazón se complacía en acariciar, como grietas de la tierra está lleno de polvo’...” (Tablilla XII, 85-95). La regla del Infierno está acompañada de otra prescripción que de la misma manera a todos iguala y de la cual con orgullo cualquier goliardo podría proclamar: “Gilgamesh, ¿hacia dónde corres? La vida que persigues, no la encontrarás. Cuando los dioses crearon a la humanidad, le impusieron la muerte; la vida, la retuvieron en sus manos. ¡Tú, Gilgamesh, llena tu vientre; día y noche vive alegre; haz de cada día un día de fiesta; diviértete y baila noche y día! Tus vestidos sean inmaculados, lavada tu cabeza, tú mismo siempre bañado. Mira al niño que te tiene de la mano. Que tu esposa goce siempre en tu seno. ¡Tal es el destino de la humanidad!” (Fragmento Meissner. MVAG 7/1: VAT 4105, col. iii, 1”-14). La edición referida aclara que este pasaje se trata de una versión paleobabilónica que no recogieron las versiones posteriores. ANÓNIMO, *Gilgamesh o la angustia por la muerte (poema babilonio)*, Trad. Jorge Silva Castillo (México: El Colegio de México, 2015) 194-195; 149-150.

Debe tomarse en su medida las consecuencias acerca de la no aplicación normativa, pues no solo las órdenes del rey dejaban de ser vinculantes, sino que también legitimaban el tiranicidio. La primera idea se encuentra plenamente recogida como una de las principales armas de la Santa Inquisición:

64. ¿Los súbditos quedan desvinculados de toda obligación de fidelidad para con su señor si éste cae manifiestamente en la herejía? Sin duda alguna. Está escrito, efectivamente: 'Quedan libres de todo deber de fidelidad, de toda dependencia aquellos cuyo señor caiga manifiestamente en la herejía'. XVI. Como el hereje queda ipso facto desposeído de todos sus derechos, ni que decir tiene que ya no cuenta con ningún medio para obligar jurídicamente a sus subordinados, súbditos o fieles [...]⁷¹

Lo anterior sirve para advertir que a lo largo del medievo existió una relación tirante entre la Roma papal y el poder secular. Determinar cuál era la última autoridad interpretativa de la ley, si el rey o el papa, representaba una controversia; no existiendo una única y unánime manera de entender la soberanía.⁷² Sobre los límites de la autoridad del rey, las dos posiciones fundamentales pueden ser ejemplificadas por Salisbury —quien no consideraba al rey como la autoridad suprema— y por Ulpiano en una línea de pensamiento que se extiende hasta Bodino, quienes establecían justamente lo contrario.

⁷¹ Nicolau EIMERIC y Francisco PEÑA, *El manual de los inquisidores*, Trad. Luis Sala-Molins y Francisco Martín (Colección Herejía, 1983), 275.

⁷² “La doctrina gelasiana recibe una prueba de fuego cuando la Iglesia atraviesa la gran crisis de las Investiduras bajo Gregorio VII; aun cuando graves circunstancias políticas pondrán en peligro su vigencia, la doctrina permanecerá impoluta en los siglos XI y XII. La afirmación de que el poder espiritual es la fuente del secular y superior a él en materias temporales, es la opinión privada —y no la doctrina oficial— de unos cuantos escritores. La *Summa Decreti* de Esteban de Tournai representa, en el último de los siglos mencionados, la doctrina tradicional que no subordina ningún poder al otro, sino que desea entre ellos una constante cooperación. La misma doctrina alcanza la época de las grandes codificaciones del derecho canónico y es incluida en ellas; ni el más poderoso de los papas medievales, Inocencio III, reclama jamás el ejercicio del poder temporal supremo y admite el común origen divino de ambas potestades”. Luis WECKMANN, *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional* (México: FCE, 1993), 99.

Existe un paralelo entre Bracton y Salisbury⁷³ en este punto:

Porque la autoridad del príncipe se basa en la autoridad de la ley. Que el príncipe se someta a las leyes es en verdad más importante que el poder imperial, de modo que el príncipe no debe considerar para sí lícito lo que se parte de la equidad de la justicia.⁷⁴

Y respecto de la interpretación de la ley, afirma que si bien el "...príncipe está libre de ataduras de la ley..."⁷⁵, lo cierto es que señala: "Es inútil el dictado de cualquier ley, sino lleva impresa la imagen de la ley divina, y es inútil la orden del príncipe, si no es conforme a la disciplina eclesiástica".⁷⁶

Salisbury consideraba importante la instrucción académica del rey y si éste carecía de ella estaría obligado a escuchar a sus letrados:

Ya que cada día que no la lea (la ley) no le será computado para la vida, sino para la muerte. Claro está que esto no puede hacerlo un hombre ignorante de las letras [...] Con todo, si por dispensa de los méritos adquiridos en la virtud, sucede que un rey no tiene letras, es necesario que acuda a los consejos de los letrados para que acierte en su proceder.⁷⁷

⁷³ En contraste a San Agustín, Salisbury, secretario de Tomas Becket, es más amable al explicar la "...superioridad para la Iglesia, que culmina en una 'etización' si vale la palabra, de las funciones políticas, y en postular una monarquía limitada, ya que la misión de los reyes consiste en administrar justicia y su justicia será relativa siempre en comparación a la definitiva y absoluta justicia de Dios. Con lo que el eterno enigma político, las limitaciones al poder supremo, queda resuelto mediante la virtud del amor. El príncipe tiene la mano atada, no por la pena que sigue al incumplimiento de la ley, sino por el amor a la ley misma; el amor obra, según Salisbury, que la voluntad del príncipe se atempere a la equidad poniéndose al servicio de la justicia. La construcción total de Juan de Salisbury es flor de otoño clásico en medio del invierno de una sociedad feudal que él vivió despreciándola, soñando con la cultura viva de la antigüedad sabia y amable. Por eso lo feudal no asoma en sus escritos: porque para él es inferior, y el modelo único aquella docta exactitud de los latinos viejos". Francisco Elías DE TEJEDA, *Las doctrinas políticas en la baja Edad Media Inglesa* (Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1946), 26-27.

⁷⁴ SALISBURY, *Policraticus*, Libro IV, capítulo 1, 307.

⁷⁵ SALISBURY, *Policraticus*, Libro IV, capítulo 2, 308.

⁷⁶ SALISBURY, *Policraticus*, Libro IV, capítulo 6, 320.

⁷⁷ SALISBURY, *Policraticus*, Libro IV, capítulo 6, 323.

Además de la excomunión, como ya se vio, el tiranicidio era uno de los discursos que el poder eclesiástico podía esgrimir contra el poder secular. Por eso no es raro que Salisbury agregue: “Quitar la vida al tirano no sólo es lícito, sino equitativo y justo, porque el que toma la espada merece perecer por la espada.”⁷⁸

Como ya se señaló con anterioridad, el estado papal aseguró su poder mediante la querrela de las investiduras condicionando la validez de la actuación del poder secular, es decir, el papa decidía la validez del derecho. De ahí resulta que, bajo el argumento de una contradicción entre la ley secular y la ley divina, la no aplicación normativa era viable. El papa tenía el poder hermenéutico de la ley:

El rey estaba, indudablemente, por encima de él, pero a la vez se encontraba muy por debajo de la ley de Dios. Esta declaración infinitas veces repetida, abría una nueva brecha en sus baluartes reales y, una vez más –dado que prevalecían los criterios cristocéntricos–, eran los adversarios hierocráticos del rey teocrático quienes tenían en sus manos la exposición, interpretación, promulgación y establecimiento de la ley de Dios: lo que constituía o no el derecho divino, al cual se decía sujeto el rey teocrático en todo momento; lo que concordaba o no con él; lo que se adaptaba o lo violaba, no pertenecía propiamente al dominio del rey, sino al de los eclesiásticos.⁷⁹

De forma adyacente a la idea de igualdad, se encuentra el tópico común relativo a que el Dios de los judíos prefería a sus jueces que a reyes que lo suplantarán, lo cual de manera expresa está en el *Antiguo Testamento*:

Pero fue desagradable a los ojos de Samuel que dijeran: Danos un rey que nos juzgue. Y Samuel oró al SEÑOR. (7) Y el SEÑOR dijo a Samuel: Escucha la voz del pueblo en cuanto a todo lo que te digan, pues no te han desechado a ti, sino que me han desechado a mí para que no sea rey sobre ellos. (8) Así como

⁷⁸ SALISBURY, *Policraticus*, Libro III, capítulo 15, 303.

⁷⁹ ULLMAN, *Principios de gobierno...*, 144.

todas las obras que han hecho desde el día en que los saqué de Egipto hasta hoy, abandonándome y sirviendo a otros dioses, así lo están haciendo contigo también.⁸⁰

El empoderamiento de la judicatura sobre el soberano encuentra su apoyo simbólico en la rabia inútil de Samuel como juez de Israel, emparentada con la amargura terminal de la toga, pero también con el narcisismo del pastor que se cree encadenado a un rebaño enfermo de *carpe diem*, condenándose ambos a la decadencia perpetua.

No es materia de esta investigación establecer la relación entre el estado papal y el estado moderno. Tan solo se quiere trazar los orígenes del control hermenéutico a cargo de la judicatura. De hecho, “el papa Inocencio III, en frase más general había afirmado: *Nos... supra principes sedere voluit et de principibus iudicare*, frase que encierra el mismo sentido de supremacía judicial”.⁸¹ Luis Weckmann establece que la idea de la soberanía papal sobre el poder secular solo fue una teoría que no tuvo continuidad después del siglo XIII.⁸²

En contraposición a las anteriores ideas, tanto Ulpiano, con su lema *quod principi placuit legis habet vigorem*; como Justiniano, quien aseguró que “Mas también lo que plugo al emperador tiene fuerza de ley”(sic),⁸³ fueron utilizados para justificar una posición a favor del poder real. Dicha posición puede notarse en el pensamiento de Bodino al decir que el príncipe no estaba sujeto a sus leyes “ni a las leyes de sus predecesores, sino a sus convenciones justas y razonables, y en cuya observancia los súbditos, en general o en particular, están interesados”.⁸⁴ Asimismo, el magistrado debe obedecer los mandatos del príncipe aunque los estime *contra natura*, pues no está seguro de que lo sean.

⁸⁰ 1 Sam. 8:6-8.

⁸¹ WECKMANN, *El pensamiento...*, 84.

⁸² Cfr. WECKMANN, *El pensamiento...*, 84.

⁸³ JUSTINIANO, *Instituta*, Título II, 6. Para este trabajo se utiliza la edición facsímil de Editorial Lex Nova, del *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, traducido al castellano del latino, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas y con notas de referencias por D. Idelfonso L. García del Corral, 2 tomos, (Barcelona: Editor Jaime Molinas, 1889).

⁸⁴ Juan BODINO, *Los seis libros de la república*, Trad. Pedro Bravo (Caracas: Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, 1966), 148.

Pues “si tenían razón los antiguos cuando decían que nunca se debe hacer aquello de cuya justicia se duda, con mayor razón se ha de observar el principio cuando se considera evidente que lo que el príncipe manda es injusto por naturaleza”.⁸⁵ Sin embargo, al final del capítulo IV del Libro tercero, Bodino señala:

Se trata de saber qué debe hacer el magistrado cuando el príncipe, faltando a su deber, manda algo contra la utilidad pública y contra la justicia civil, siempre que no vaya contra la ley de Dios y la natural. Si el menor magistrado ha de ser obedecido aun cuando mande algo inocuo, *ne Praetoris maiestas contempta videatur* - como dice la ley-, mucho más habrá de obedecerse al príncipe soberano, de cuya majestad dependen todos los magistrados. Las leyes reiteran que es preciso obedecer al magistrado, tanto si es justo o injusto lo que manda [...] Todo el mundo sabe que la desobediencia y la resistencia de los magistrados para verificar y ejecutar los edictos y mandatos, mueve a los súbditos a rebelión contra el príncipe soberano [...] No hay nada más peligroso ni perjudicial que la desobediencia y menosprecio del súbdito hacia el soberano. Terminemos, pues, afirmando que vale más inclinarse sumisamente ante la majestad soberana que, por rehusar sus mandatos, dar ejemplo de rebelión a los súbditos.⁸⁶

Bodino muestra que, a la par de una posición donde el poder regio estaba subordinado al poder eclesiástico, existía una corriente donde se consideraba que el rey no estaba atado ni a Roma ni a su propia judicatura. Esto es relevante, pues el concepto de razón artificial comprende una cosmovisión del derecho donde el *common law* se entiende como un orden de prelación normativa, a la cual se subordinaba el monarca.

Christopher Hill señala que “la teoría de la soberanía de Edward Coke era la de Bodino”.⁸⁷ Sin embargo, esto es una imprecisión, porque, para Coke, la razón artificial es antagónica a la comprensión del rey como juez, último intérprete o

⁸⁵ BODINO, *Los seis libros...*, 231.

⁸⁶ BODINO, *Los seis libros...*, 234.

⁸⁷ Christopher HILL, *Los orígenes intelectuales de la revolución inglesa*, Trad. Alberto Nicolás (Barcelona: Crítica, 1980), 273.

legislador supremo, sin un poder que le fije límites, mientras que en Bodino “el rey es considerado primordialmente como legislador, a diferencia del pensamiento medieval para quien ha sido, fundamentalmente, un juez”.⁸⁸ Además, en buena medida, Bodino justifica el absolutismo mientras Coke lo ataca, subordinando al monarca a la interpretación del *common law* que realiza su judicatura. En este sentido, la teoría de la soberanía de Coke se parece más a la de Salisbury, quien ya había postulado la sumisión del rey ante Dios y ante la ley. Sobre esto, Berman hace evidente la relación Coke-Salisbury:

Cuando Salisbury dice que el título del gobernante se deriva directamente de Dios, está anticipándose a la teoría —del siglo XVI— del derecho divino de los reyes, mientras que su teoría patriarcal de la monarquía barrunta ya el concepto de absolutismo personal (del siglo XVII); en su concepción de una ley superior que obliga al gobernante, se anticipó a la doctrina de la supremacía judicial planteada por sir Edward Coke.⁸⁹

Además, las ideas de Salisbury son retomadas por Bracton, personaje citado en el *Prohibitions del Roy*.

Una vez señalados los antecedentes de la no aplicación normativa, se pasa a explicar otro punto clave para entender la legitimidad de la revisión judicial: el modo de dictar las sentencias.

3.3. LOS REFERENTES AL DICTAR SENTENCIA

Además de enmarcar diversos conceptos de soberanía en la edad media, deben acotarse las diferencias existentes en la manera de dictar sentencias, derivadas de formas distintas de entender las fuentes del derecho, gracias a que el *common law* y el derecho continental tienen modelos disímiles de enseñanza.

⁸⁸ WECKMANN, *El pensamiento...*, 87.

⁸⁹ BERMAN, *La formación...*, 292.

Este punto es relevante porque señala que a partir de enseñanzas educativas diferentes, las referidas familias jurídicas tienen distintas maneras de considerar si es posible la interpretación y cuál es la última autoridad al respecto.

En el derecho continental, el primer lugar que volteaba a ver el alumno era la glosa que explicaba un pasaje del *Corpus Iuris*. De hecho, el propio *Corpus Iuris* era un texto con expresas intenciones pedagógicas, así lo indica el preámbulo y dedicatoria a los cuatro libros de los *Instituta* de Justiniano: “En el nombre de nuestro Señor Jesucristo, el emperador César Flavio Justiniano, Alemánico, Gótico, Fráncico, Germánico, Antico, Alánico, Vandálico, Africano, pío, feliz, ínclito, vencedor y triunfador, siempre Augusto, á la juventud deseosa de estudiar leyes”.⁹⁰ Uno de los objetivos del *Corpus Iuris* era servir como material didáctico, es decir, el alumno que quisiera contar con la autoridad intelectual para ser calificado como jurista, debía conocerlo.

Pero además, el propio *Corpus Iuris* excluía otras formas de aproximarse al derecho que no fuera a través de él, lo que hace que la invocación de otras sentencias fuera inviable:

No estime ningún juez o arbitro que deba atenerse a las respuestas de consultas, que juzgare no fueron dadas con arreglo a la ley, y mucho menos a las sentencias de los eminentísimos prefectos o de otros próceres. Porque si alguna cuestión no es bien dirimida, no es conveniente que esto se extienda para error de otros jueces, pues se ha de juzgar no por ejemplos sino con arreglo a las leyes, ni aun si las sentencias hubieran sido proferidas en virtud de conocimiento de causa por la muy magnífica prefectura o por algún magistrado. Pero mandamos que todos los jueces sigan la verdad y las huellas de las leyes y de la justicia.⁹¹

La anterior prohibición se vio reforzada en la época de los posglosadores:

⁹⁰ Justiniano, *Instituta*, 3. Se aclara que el sentido del preámbulo es indicar que Justiniano es vencedor de todos los pueblos cuyos patronímicos indica.

⁹¹ JUSTINIANO, *Corpus Iuris Civilis*, C. VII, 45, 13.

Para el juez está estrictamente prohibido adherirse simplemente a las decisiones de otros tribunales. Lucas, como el resto de los post-glosadores, sustenta esta prohibición en el principio de que los precedentes no constituyen una base justificable para la decisión judicial '*Judiciaria seu judicialis interpretatio*', dice Lucas, '*non tamen extenditur ad causas alias, quia res inter alios acta non praejudicat aliis*'.⁹²

En contraposición al derecho continental, el padre del *common law*, Bracton, estableció una *ligera variante* que permitía citar las sentencias previamente dictadas:

Establece un principio general, sobre las líneas romanas, pero con un interesante añadido referente a la judicatura inglesa. Si se diera una circunstancia nueva e inusitada, hasta el momento sin precedente en el reino, y hubiera sucedido antes alguna cosa análoga, el caso júzguese de igual manera (*si tamen similia evenerint per simile iudicentur*), ya que es una buena oportunidad para proceder a *similibus ad similia*. Pero, si nada del mismo tipo hubiera sucedido antes, entonces refiéranse los asuntos a la Carta Magna, y sean determinados por deliberación de la Curia. Habrá algunos tan seguros que su conocimiento de todo el derecho que sientan pocos deseos de pedir consejo a otros; pero en tal caso sería mejor y más prudente por su parte pedir consejo antes de llegar a una decisión errónea, ya que es imprudente dudar sobre determinadas cuestiones de derecho. En consecuencia con este principio, su propio tratado contiene unas 500 referencias a casos juzgados.⁹³

⁹² Traducción de la cita: *For the judge is strictly forbidden to adhere simply to the decisions of other Courts. Lucas, like all other Post-Glossators, bases this prohibition on the principle that precedents constitute no justifiable basis for judicial decision: 'Judiciaria seu judicialis interpretatio', says Lucas, 'non tamen extenditur ad causas alias, quia res inter alios acta non praejudicat aliis'".* Walter ULLMAN, *The Medieval Idea of Law as represented by Lucas de Penna. A study in Fourteenth-Century legal Scholarship* (Estados Unidos: Routledge Revivals, 2010), Edición Kindle, pos. 2999. Una posible traducción al español de la parte que se encuentra en latín es: La interpretación judicial o judicial, sin embargo, no se extiende a otras causas, puesto que un asunto entre otros no juzga en primera instancia (prejuzga) los actos para otros.

⁹³ ALLEN, *Las fuentes...*, 274.

Aunado a la encomienda real que encargaba a los jueces del *common law* la formación de los nuevos profesionales, la ligera variante de Bracton generó una educación, en la que el alumno miraba, en primer lugar, a los *Books of Authority*⁹⁴ para ver lo que decían sus predecesores:

Es especialmente significativo el papel que juegan en la jurisprudencia inglesa los denominados *Books of authority* para el anhelo que tiene el juez inglés de una base palpable y firme. La reiterada carencia de argumentos jurídicos firmes en relación con la autoridad del trabajo escrito condujo en la Edad Media, a que la jurisprudencia se aferrase frecuentemente a cada palabra escrita. Así, a los trabajos privados, como el “Espejo sajón”, se les dio un valor jurídico semejante al de los libros jurídicos. Este comportamiento medieval continua en la actualidad bajo la forma de los *Books of authority*. De ahí que Bracton (siglo XIII) y Coke (siglos XVI y XVII) hayan conservado su relevancia hasta nuestros días.⁹⁵

Los estilos de ambas familias jurídicas estaban sellados por la manera en que se acreditaba la experticia para ingresar al gremio jurídico, pues mientras que en el derecho continental, el primer lugar que el alumno examinaba era el

⁹⁴ “Además de estos anuarios, también hay otros autores, a los que muestran gran veneración y respeto los estudiantes del *common law*. Como a Glanvil y Bracton, Britton y Pleta, Hengham y Littleton, Statham, Brooke, Fitzherbert y Stanundforde, con algunos otros más antiguos; cuyos tratados se citan como autoridad y prueban que anteriormente se han resuelto casos, en los que se dirimieron tales y cuales puntos, que ahora se dan por sentados y son principios. Uno de los últimos de este tipo de escritores metódicos, en su tiempo, cuyas obras cuentan autoridad intrínseca en los tribunales de justicia. Uno de los últimos de estos escritores metódicos en punto del tiempo, sus obras son de cualquier autoridad intrínseca en los tribunales de justicia y cuya su fuerza no dependen enteramente de referirse a autores más antiguos, es el mismo juez que acabamos de mencionar, Sir Edward Coke; quien ha escrito cuatro volúmenes de los *Institutes*, tal y como se complace en llamarles, a pesar de que tienen poco del método institucional para justificar ese título”. BLACKSTONE, *Blackstone’s commentaries...*, Introd., 72. Traducción que se infiere de la cita original: “Besides these reporters, there are also other authors, to whom great veneration and respect is paid by the students of the common law. Such are Glanvil and Bracton, Britton and Pleta, Hengham and Littleton, Statham, Brooke, Fitzherbert, and Stanundforde, with some others of antient date; whose treatises are cited as authority, and are evidence that cases have formerly happened, in which such and such points were determined, which are now become settled and first principles. One of the last of these methodical writers in in point of time, whose works are of any intrinsic authority in the courts of justice. One of the last of these methodical writers in point of time, whose works are of any intrinsic authority in the courts of justice, and do not entirely depend on the strength of their quotations from old authors, in the same learned judge we have just mentioned, sir Edward Coke; who hath written four volumes of institutes, as he is pleased to call them, though they have little of the institutional method to warrant such a title”.

⁹⁵ RADBRUCH, *El espíritu...*, 54.

Corpus Iuris y sus comentarios, en el *common law*, el alumno, y con posterioridad los profesionales, acudían, en primer lugar, a los precedentes expuestos en los *Books of Authority* donde se recreaban controversias de un caso concreto.

Los *Books of Authority* están relacionados con los *Year Books*, que podrían tomarse como los equivalentes de los anuarios judiciales contemporáneos; siguiendo a Baker, Fernández Segado aclara su origen e importancia:

Los *Year Books* comenzaron a circular hacia fines del siglo XIII (Baker da como fecha concreta de aparición del primero de ellos la del año 1280) cuando los fundamentos del *common law* establecidos por los jueces de los reinados de Enrique II y III estaban siendo modificados a la vista de los estatutos de Eduardo I. Hacia el año 1300, estos *Reports* se habían convertido en una serie cronológica con una cierta reputación entre los juristas, pues como de nuevo señala Baker, los primeros *Year Books* eran obviamente una criatura de la nueva profesión jurídica.⁹⁶

Una vez desarrollada una aproximación al problema, lo que sigue es tratar de mostrar la manera en la que Coke justifica, basado en el concepto de razón artificial, el traslado del monopolio hermenéutico de la justicia a la judicatura.

Para contextualizar el problema es necesario:

- 1) Exponer los datos biográficos del juez Coke.
- 2) Analizar los textos de Coke que encarnan el problema del monopolio hermenéutico de la justicia.
- 3) Mostrar que el concepto de razón artificial, sustentada en el largo estudio, la observación y la experiencia, guarda afinidad con un modelo de enseñanza que invoca los conceptos aristotélicos de lo universal y de la experiencia de lo singular que se muestra al principio de la *Metafísica*.

⁹⁶ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional* (Madrid: Dykinson-Constitucional, 2013), 53 n67.

3.4. EDWARD COKE: DATOS BIOGRÁFICOS

3.4.1. CRONOLOGÍA

Para facilitar la ubicación del autor en su tiempo, se presenta la siguiente sucesión de momentos relevantes en la vida del juez:

1552. El 1 de febrero nace Edward Coke en Mileham, a unas 26 millas de Norfolk.⁹⁷

1560. Coke empezó sus estudios en *Norwich Free Grammar School*. Ahí, “en el cuarto año los tratados de Ética, Política y Retórica de Aristóteles”⁹⁸ fueron materia de su formación académica.

1567-1570. En el *Trinity College*, en Cambridge, recibió su formación universitaria.⁹⁹

1571. Se incorporó a *Clifford's Inn*, una de las *Inn of Chancery* (Posada de la Cancillería), que eran un grupo de instituciones legales en Londres adjuntas a

⁹⁷ Cfr. Catherine DRINKER BOWEN, *The lion and the throne. The life and times of Sir Edward Coke (1552-1634)* (Nueva York: Little, Brown and Company, 1984), 45-46. Además, le tocó vivir tiempos interesantes, ya que cuando nació, la nación inglesa era en gran parte católica y cuando murió en 1634, era firmemente protestante. Cfr. BOYER, *Sir Edward...*, 157.

⁹⁸ Lyon HASTINGS (ed.), *Edward Coke. Oracle of the law* (Cambridge: Mifflin Houghton Company, 1929), 20.

⁹⁹“En el Trinity College, Coke profundizó su formación en las artes del lenguaje. Bajo un programa introducido en 1559, los primeros años del plan de estudios se dedicó a la retórica, el segundo y tercer año a la dialéctica, y el cuarto año a la filosofía. En general, este ofreció un marco conservador para el aprendizaje. Muy a menudo, los estudiantes de Whitgift compraban los Comentarios de César, traducciones latinas de Aristóteles y los discursos de Cicerón. El libro preferido de lógica era la Dialéctica de John Seton.” Traducción del texto original: “*At Trinity College, Coke deepened his training in discourse arts. Under a program introduced in 1559, the first years of the curriculum was devoted to rhetoric, the second and third years to dialectics, and the fourth year to philosophy. On the whole, this offered a conservative framework for learning. Most often, Whitgift's scholars bought Caesar's Commentaries, Latin translations of Aristotle, and Cicero's Orations. The preferred logic-book was John Seton's Dialectica*”. BOYER, *Sir Edward...*, 17.

las *Inn of Court* (Posada de la Corte),¹⁰⁰ en donde se ofrecía entrenamiento inicial para los aspirantes a *barristers*.¹⁰¹

1572. Ingresa al *Inner Temple* (*The Honorable Society of the Inner Temple*), una de las cuatro *Inns of Courts* en Londres, en donde obtiene su título de *barrister*.¹⁰²

1578. Se incorporó a la barra de abogados.

1589. Después de varios litigios importantes entró como miembro del parlamento.

1592. Procurador de la corona.

1600. Publicación del primer *Report*.

1606. *Chief justice* (juez presidente) del *Common Pleas*.¹⁰³

1613. Presidente de *The Court of King's Bench*.¹⁰⁴

1616. Cesado en su cargo de juez.

¹⁰⁰ Tanto las *Inn of Chancery* como las *Inn of Court*, traducidas como Posada de la Cancillería y Posada de la Corte, se llaman así porque, además de fungir como instituciones educativas, alojaban a los integrantes que provenían de fuera de Londres.

¹⁰¹La profesión de abogado en el sistema jurídico inglés es ejercida por los *solicitors* y los *barristers*. Los primeros tienen “funciones relativas al asesoramiento legal de sus clientes en las distintas ramas del derecho, la preparación de los documentos esenciales para el caso así como la obtención de los medios de prueba en los que se basará el mismo”. Los segundos son “asesores legales altamente especializados por materias, y por excelencia, abogados defensores de los intereses de sus representados en los juzgados”. “El *solicitor* escoge al *barrister* que instruirá para un caso concreto en nombre de su cliente. El *barrister* entonces estudiará las regulaciones y sentencias aplicables al caso y desarrollará la estrategia del mismo [...] No suele existir, por lo tanto, relación directa entre el cliente y el *barrister*, sino que toda comunicación normalmente se realiza por medio del *solicitor*. José María DE LORENZO, “El ejercicio de la abogacía en Inglaterra y Gales. *Solicitors y Barristers*”, *Miramar Internacional*, en <http://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1299508049900.pdf>, consultado el 2 de septiembre de 2014.

¹⁰²Las *Inns of Courts* son asociaciones independientes que han existido desde el siglo XIV (las otras tres son: *Middle Temple*, *Gray's Inn* y *Lincoln's Inn*), cuya función es la admisión, capacitación y control de los *barristers*, es decir, reclutan aspirantes ofreciéndoles entrenamiento y formación jurídica, y solo después de haber acreditado sus conocimientos, pueden ejercer en tribunales como *barristers*. <http://www.innertemple.org.uk/>, consultada el 02 de septiembre de 2014.

¹⁰³ Traducido como el Tribunal de Causas Comunes, era uno de los dos principales tribunales de *common law* junto con *the King's Bench*. Tenía competencia para conocer de *causas comunes*, es decir, acciones entre sujetos que no tenían que ver con el rey. Debido a que tanto este tribunal, como el *King's Bench* y el *Exchequer of Pleas* tenían jurisdicciones muy similares, un decreto de 1880 decidió fusionarlas, naciendo así la *Supreme Court of Judicature*.

¹⁰⁴ En sus inicios, la jurisdicción de esta corte abarcó una amplia gama de asuntos penales, cuestiones no reclamables en los demás tribunales y todos los casos que se referían al monarca. También actuó como un tribunal de apelación del *Exchequer of Pleas and Common Pleas* y el *Common Pleas*, a pesar de que no era un tribunal de última instancia y el Parlamento debía firmar sus decisiones.

1621. Miembro de la *House of Commons*.

1621. Encarcelado por oponerse a las restricciones a la libertad de expresión.

1624. Vuelta a la Cámara de los Comunes.

1626. *Sheriff* de Buckingham por Carlos I.

1628. Vuelta a la Cámara de los Comunes, incide de forma relevante en *Petition of Rights*, que junto con la Carta Magna y *the Bill of Rights* son textos fundamentales de Inglaterra.

1634. Muere.

1642-1644. Se publica la última parte de sus *Institutes*.

3.4.2. TEMPERAMENTO

Sus biógrafos lo describen como un hombre severo, ambicioso y poco misericordioso.¹⁰⁵ Si bien legó un cúmulo de escritos y compilaciones de casos, no se refieren a él como un intelectual aislado, sino como un hombre que conciliaba, de manera lúcida, un diestro manejo de sus recursos intelectuales con la imposición de un modelo de estado, en el cual se encumbraba a su propio gremio.

El temperamento, su instrucción académica y el estar situado en un momento histórico turbulento permitieron a Coke dar los aportes necesarios al *common law* para resistir las pretensiones de un racionalismo universalista que decantó en la modernidad, encarnado, para el derecho continental, en el movimiento codificador.

¹⁰⁵ La biografía más relevante de Coke —por ser la más prolija, fiel y documentada— se le atribuye a Catherine Drinker Bowen en su libro *The lion and the throne. The life and times of Sir Edward Coke*, (Nueva York: Little, Brown and Company, 1984). Existen también otras dignas de mencionar como las de Allen D. Boyer (*Sir Edward Coke and the Elizabethan age*) y Lyon Hastings (*Edward Coke. Oracle of the law*). Por su parte Christopher Hill, si bien no hace una biografía de Coke en *Intellectual origins of the English Revolution*, sí da mucha luz sobre su pensamiento y la influencia que ejerció en la Revolución Inglesa.

No obstante las incontables inconsistencias tanto en su vida privada como pública, sus sentencias sustentan al juez Edward Coke como el segundo padre del *common law* británico (después de Bracton), determinando la división entre el *common law* medieval y el moderno.

3.4.3. APORTES INTELECTUALES AL COMMON LAW

Si bien los elementos que incorpora Coke a sus *Reports*¹⁰⁶ e *Institutes* no eran nuevos si se les ve de forma aislada, debe reconocerse que el juez se encargó de agruparlos y aplicarlos de manera sistemática. Basta con mencionar los siguientes aportes:

- a) La identificación del *common law* como la ley fundamental del reino.
- b) El estudio oficioso de la invalidación de normas de menor jerarquía a las del *common law*.
- c) La supremacía del *common law* respecto del rey.
- d) La supremacía de la interpretación judicial del *common law*.
- e) La expansión de la jurisdicción del *common law* respecto de los tribunales eclesiásticos.
- f) Juicio con participación de jurado.
- g) No imposición tributaria sin representación ni equilibrio.
- h) *Habeas Corpus*.
- i) Incrementó el estándar de prueba para el dictado de una sentencia condenatoria.
- j) El establecimiento de criterios antimonopolio.

¹⁰⁶ Los *Reports* de Edward Coke fueron originalmente publicados en 1826 por la editorial *J. Butterworth & Sons* en Londres y editados por John Henry Thomas. Para la realización de esta investigación seguimos la segunda reimpresión de 2003 de la edición de 2002. Edward COKE, *The reports of Sir Edward Coke, knt. In thirteen parts* (Nueva Jersey: The Lawbook Exchange 2003).

A través de sus votos e intervenciones en la Cámara, Coke impulsó un modelo de justicia en Inglaterra caracterizado por situar a los tribunales seculares por encima de los tribunales eclesiásticos y de cualquier otro tipo; incrementó el nivel de suficiencia de pruebas para proceder penalmente contra alguna persona; implementó políticas antimonopólicas y a favor de la retribución equitativa por el trabajo; pero uno de sus legados más interesantes fue considerar a los jueces como los únicos autorizados para interpretar el *common law*, argumentando que ellos contaban con razón artificial, para la que se requería de largo estudio, observación y experiencia.

Si bien Coke representaba un mito de resistencia contra el rey,¹⁰⁷ lo que posibilitó que su concepción de la justicia continuara a través del tiempo, fue que el mismo Coke se encargó de publicar sus ideas y casos a través de sus *Reports* e *Institutes*, libros que se convirtieron en los textos de cabecera para los juristas y para todo aquel interesado en conocer sus propios derechos.

Si bien sus aportes están esbozados previamente en los antecedentes medievales, sus enseñanzas estaban encarnadas en un material creado para la divulgación del derecho y la formación de nuevas generaciones de juristas. Ese es su gran mérito.

3.5. LOS ORÍGENES DEL MONOPOLIO: PROHIBITIONS DEL ROY

El concepto de razón artificial se encuentra disperso en las obras de Coke. Sin embargo, se señala expresamente en el *Prohibitions del Roy* así como en un comentario de sus *Institutes*. Además, en el *Bonham's case*, establece claramente tanto la supremacía del *common law* como el monopolio hermenéutico de la justicia a cargo de la judicatura.

¹⁰⁷ “En efecto, en la década de 1640 el puritano radical John Lilburne entraría en la Cámara de los Comunes con la Biblia en una mano y los informes de Coke en la otra”. Traducción del texto original: “Indeed, in the 1640s the Puritan radical John Lilburne would go into the House of Commons with the Bible in one hand and Coke’s Reports in the other”. Harold J. BERMAN, *Law and Revolution, II. The impact of the Protestant reformations on the Western Legal Tradition* (Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006), Edición Kindle, pos. 3388.

3.5.1. PROHIBITIONS DEL ROY

El 10 de noviembre de 1607 se encontraban reunidos en el *Whitehall Palace*,¹⁰⁸ y frente a la presencia del rey Jacobo I: el *Privy Council* (Consejo Privado), los jueces del *common law* y los eclesiásticos. Dicho encuentro fue documentado por el propio Coke en sus *Reports*, precisamente bajo el título de *Prohibitions del Roy*.¹⁰⁹

La disputa estaba detentada en ese momento por Bancroft, Arzobispo de Canterbury, y por Coke. Sin embargo, devino en un enfrentamiento directo contra el rey, quien apoyaba al Arzobispo. La confrontación se debió a un conflicto competencial (facultad legal para conocer de una controversia) entre los tribunales del *common law* y los eclesiásticos.

Este tipo de conflictos competenciales entre el poder secular y el clerical son una resonancia histórica de la querrela de las investiduras, pues se trata de una fricción recurrente entre las facultades del poder laico y el eclesiástico. Eco histórico en el que es posible advertir la doctrina de las dos espadas de San Gelasio, unidad con forcejeo entre los poderes de los representantes del cielo y la tierra.¹¹⁰

El Arzobispo de Canterbury¹¹¹ señalaba que el rey podía quitar a los tribunales del *common law* la facultad para decidir los asuntos que él quisiera, para decidirlos él mismo, puesto que los jueces eran sus delegados. Además de que tal autoridad pertenece al rey por palabra de Dios en las Escrituras.¹¹²

¹⁰⁸ Residencia principal de los reyes en aquel entonces.

¹⁰⁹ COKE, *The selected...*, vol. I, 478-481.

¹¹⁰ “Existe un paralelismo entre la doctrina gelasiana y la formulación utilizada por Sir Edward Coke CJ al afirmar que a pesar de James como Rey sea soberano no posee jurisdicción para determinar el significado de la ley”. Traducción del texto original: “*The parallel between Gelasian doctrine and the formulation used by Sir Edward Coke CJ in asserting that although James as King is sovereign he does not possess jurisdiction to determine the meaning of the law: Prohibitions del Roy* (1607) 12 Co Rep. 63”. Martin LOUGHLIN, *Foundations of Public Law* (Oxford: Oxford University Press, 2012), Edición Kindle, pos. 10726, 516n36.

¹¹¹ Fernández Segado hace la observación de que no se tiene certeza de que fuera el Arzobispo de Canterbury quien esgrimiera este argumento porque Coke no lo señala en sus *Reports*, pero se sigue la versión de Bowen, su biógrafa más destacada. Cfr. FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución...*, 59.

¹¹² Cfr. COKE, *The selected...*, vol. I, 479.

Coke respondió que el rey por sí mismo no puede juzgar ningún caso, que esto debe decidirse y sentenciarse en algún tribunal de justicia, según el derecho y la costumbre de Inglaterra. Agrega que el rey “puede ocupar un lugar en la *Star Chamber* (Cámara Estrellada) pero solo para consultar con los jueces, no para juzgar (“not *in iudicio*”).¹¹³

Lo anterior es una derivación de la influencia histórica de las palabras de Salisbury, invocadas al inicio de este capítulo, las cuales imponen al rey el deber de escuchar a sus letrados.

Coke continúa relatando en sus *Reports* que el rey pensaba que la ley estaba fundada en la razón, y que él y los demás tenían la misma facultad de razonar como los jueces.

En contestación al argumento del rey, Coke, como *Chief Justice*, replicó que Dios había dotado a su Majestad con una excelente ciencia y grandes dones de la naturaleza; pero que no estaba instruido en las leyes de su reino, pues los juicios que atañen a la vida, a la herencia, a los bienes o a las fortunas de sus súbditos no deberían decidirse de acuerdo a una razón natural, sino por una *razón artificial*. La cual requiere largo estudio y experiencia, antes de que el hombre pueda alcanzar su conocimiento. Además, Coke agrega que el derecho era la vara de oro y medida para tratar las causas de los súbditos.

Visiblemente ofendido, el rey respondió que era traición afirmar que él estaba por debajo de la ley, a lo que Coke invocó las palabras de Bracton, padre del *common law*: “*quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege*”,¹¹⁴ es decir, que “el Rey estaba encima de todos los hombres, pero por debajo de Dios y la ley”, como ya había anticipado Salisbury; línea de argumentación que, como ya se señaló, puede rastrearse hasta *Gilgamesh*.

¹¹³ Cfr. COKE, *The selected...*, vol. I, 480.

¹¹⁴ “Then the King said, that the thought the *law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: to which it was answered by me, that true it was, that God had endowed his Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it: and that the law was the golden met-wand and measure to try the causes of the subjects; and which the King was greatly offended, and said, that then he should be under the law, which was treason to affirm, as he said; to which I said, that Bracton saith, *quod Rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege*”.¹¹⁴ Negritas agregadas. COKE, *The selected...*, 481.

Si bien en las *Prohibitions del Roy*, Coke ya habla de la razón artificial como fundamento de la aplicación de justicia, facultad que debiera ser exclusiva de los jueces, tal discurso no tuvo la trascendencia del *Bonham's case*. Pues no es una sentencia dictada en el proceso como tal, sino únicamente es el relato que el propio Coke realiza de la controversia suscitada en el *Whitehall Palace* junto con todos los argumentos esgrimidos en ella. Por tanto, no podía representar un precedente, es decir, los jueces que históricamente sucedieron a Coke no estaban obligados a invocarlo.

3.5.2. UNA DEFINICIÓN PROVISIONAL DE RAZÓN ARTIFICIAL

En el siguiente pasaje de sus *Institutes*, Coke da una definición de razón artificial:

Pues la razón es la vida del derecho, o mejor dicho, **el *common law*** no es en sí mismo sino la razón, que se debe entender como una **perfección artificial de la razón, conseguido a través de largo estudio, de observación y de experiencia, y no de la razón natural del hombre**, pues *Nemo nascitur artifex*. Esta razón jurídica es *summa ratio*. Y por lo tanto si toda la razón que está dispersa en muchas cabezas estuviera unificada en una, no podría incluso hacer un derecho como el derecho de Inglaterra es, porque a través de las sucesión de épocas han sido mejoradas y refinadas por infinito número de hombres serios y eruditos, y por larga experiencia se ha desarrollado hasta tal perfección, para el gobierno de este Reino, como para que pueda ser verificada la vieja norma, *Neminem oportet esse sapientiore* *legibus*: Ningún hombre (fuera de su razón personal) puede ser más sabio que el derecho, que es la perfección de la razón.¹¹⁵

¹¹⁵ Se agregan negritas. Traducción que de la cita original: “For reason is the life of the Law, nay the Common Law it selfe is nothing else but reason, which is to be understood of an artificial perfection of reason, gotten by long study, observation and experience and not of every man natural reason, for Nemo nascitur artifex. This legall reason est summa ratio. And therefore if all the reason that is dispersed into so many severall heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many succession of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this Realme, as

El concepto de razón artificial tiene sus consecuencias prácticas al desprender el monopolio hermenéutico de la justicia a cargo de la judicatura, el cual, si se presupone una supremacía del *common law* respecto de los actos del parlamento o del rey, materialmente ubica a los jueces en un plano superior al de los otros poderes.

3.5.3. BONHAM'S CASE

Por su parte, el *Bonham's case* fue decidido en la *Court of Common Pleas* en 1610.¹¹⁶ El doctor Thomas Bonham fue encarcelado por un colegio de médicos por ejercer la profesión de doctor sin estar autorizado previamente por el propio colegio. Ante esto, Bonham promovió una acción en contra de la detención ilegal.

En los *Reports* de Edward Coke se encuentra el desarrollo de la sentencia: la detención llevada cabo en contra de Bonham era ilegal, puesto que la norma que facultaba al colegio de médicos para aprehenderlo era contraria al *common law*, por tanto, no podía tener fuerza legal.

Para sustentar esta decisión, Coke retoma los argumentos del discurso *Prohibitions del Roy* para fundamentar la declaración de una norma como no vinculante por ir en contra del *common law*. Además, establece el monopolio hermenéutico de la justicia a cargo de la judicatura.

Sin embargo, la relevancia de este caso va más allá de dejar de aplicar los actos del rey al afirmar que los jueces pueden declarar nulos los actos del Parlamento, inclusive pueden declararlos no vinculantes cuando estén en

the old rule may be justly verified of it, Neminem oportet esse sapientiores legibus: No man (out of his own private reason) ought to be wiser than the Law, which is the perfection of reason". COKE, The selected..., vol. II., 701n22.

¹¹⁶ Cfr. S.E. THORNE, "Dr. Bonham's Case", *The Law Quarterly Review*, vol. CCXVI (1938): 543.

contra del derecho común, la razón o cuando sean repugnantes o imposibles de realizar.¹¹⁷

Si bien Coke no tiene la pretensión de crear un sistema filosófico, lo cierto es que sus ideas pueden rastrearse a lo largo de sus múltiples sentencias y discursos como una red de conceptos entrelazados. En la que el aprendizaje, a partir de la lectura de sentencias, es la forma arraigada de instrucción académica, es decir, existe una vinculación entre la supremacía del *common law*, sus técnicas de aprendizaje y la razón artificial, lo que configura la *paideia* del *common law*.

Lo que permite a Coke establecer tanto la supremacía del *common law* como el monopolio hermenéutico de los jueces, es la visión de la ley como una razón que requiere una habilidad que solo puede dar el estudio y la experiencia. Por ello, puede considerarse que una posible traducción del concepto de *artificial reason* sea, precisamente, un conocimiento experto. Esto puede implicar que, en el fondo, Coke considera que un modelo aristocrático de eruditos legales, del tipo aristotélico, está validado para ser el intérprete terminal del *common law*, pues su formación está dirigida en convertirlos en artífices del *logos*.

Bien sea en la perspectiva absolutista o desde la supremacía parlamentaria, el solo conocimiento experto es insuficiente para legitimar las pretensiones de una aristocracia de toga. Por ello Coke condiciona el conocimiento experto al establecer una estratificación social basada tanto en los estudios prolongados como en la experiencia. Asimismo, para dar solidez a su argumentación tiene que amalgamarla con otros autores que gocen de autoridad, de ahí que invoque a Aristóteles al hablar de las condiciones del jurista experto.

3.6. ARTIFICIAL REASON: PAIDEIA PARA EL ARTE DEL COMMON LAW

Coke es del tipo de intelectual que Berlin llamaba “zorro”.¹¹⁸ Su vocación interdisciplinaria le permitió incorporar y fusionar conceptos con los

¹¹⁷ Cfr. HALL (ed.), *The Oxford Companion...*, 536.

satisfactorios que buscaba proporcionar en sus sentencias y discursos, lo cual era, en cierto sentido, habitual:

Es indudable que los juristas acudían frecuentemente al vocabulario de la filosofía escolástica, y que se movían libremente entre las fronteras de la teología, la filosofía y la jurisprudencia, y aplicaban, con mayor o menor eclecticismo, la matriz escolástica para expresar sus propias ideas.¹¹⁹

Lo anterior permite entender que el concepto de razón artificial o conocimiento experto es una amalgama de cuestiones previamente tratadas desde Aristóteles, quien podía oponer lo natural a lo artificial, aunque en el contexto que lo utiliza Coke, lo segundo tiene que ver con una visión del derecho como arte.¹²⁰

El concepto de razón artificial o conocimiento experto tiene una finalidad que no resulta evidente. En otras palabras, al requerir de un de un largo estudio y de experiencia, donde la fuente de esta última la constituye el manejo de precedentes, la razón artificial solo valida como operadores en el manejo del derecho a quienes invocan los precedentes del *common law*.

Esta técnica de aprendizaje, relacionada con una manera de justificar sus decisiones judiciales, impidió la invasión del modelo jurídico romano continental. Pues de esta manera a) evadió el racionalismo jurídico que decantó en el movimiento codificador, b) permitió solidez y flexibilidad al *common law* y c) generó su propio mecanismo de formación de profesionales, los cuales validan la calidad de su actuación a partir de sus propios parámetros.

¹¹⁸ Cfr. BOYER: *Sir Edward...*, 64-65 e Isaiah BERLIN, *El estudio adecuado de la humanidad. El erizo y la zorra. Ensayo sobre la visión histórica de Tolstoi*, Trad. Francisco González Aramburo y Maria Antonia Neira (México: FCE, 2014), Edición Kindle, pos. 7734.

¹¹⁹ Ernest H. KANTOROWICZ, *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teoría política medieval*, Trad. Susana Aikin Araluce y Rafael Blázquez Godoy (Madrid: Akal 2002), 307.

¹²⁰ "The artistic model is a useful one for approximating Coke's understanding of artificial reason". BOYER: *Sir Edward...*, 94.

Como señala Boyer, el concepto de razón artificial parece tener su origen en el concepto paralelo de lógica artificial (*artificial logic*) de Abraham Fraunce's.¹²¹ Quien, en 1588, escribe que el paralelo más revelador entre lógica artificial y razón artificial —la manera más significativa de la comprensión de los retóricos y su disciplina, adquirida por Coke, sobre la comprensión de la profesión jurídica— radica en que la formación y la práctica profesional mejoran el talento. La *artificie* aplicada por los retóricos proviene de la invención y la disposición, el examen y el debate entre pensadores educados en las artes retóricas.¹²²

El punto es importante para justificar su autoridad, la judicatura no puede apoyarse solamente en un texto sagrado como la Biblia; debe buscar su legitimación en la estratificación generada por las estancias académicas, las cuales estaban enfocadas al análisis de lo dicho en los precedentes.¹²³ De ahí la importancia de los *Books of Authority*.

La continuidad de un discurso (del material didáctico de las instituciones de educación jurídica) es factor determinante para que sea considerado como un conocimiento válido, pues las estancias académicas que credencializan a una persona como profesional son las que deciden los textos referenciales a utilizar, condicionando dicha pertenencia a la repetición del contenido discursivo de tal material didáctico.

En este sentido, parece que la clave para entender las causas por las cuales el concepto de experiencia aristotélico se enlaza con una formación profesional

¹²¹ Boyer aduce que el concepto de razón artificial (*artificial reason*) está fuertemente relacionado con el concepto de "artificial logic", el cual fue utilizado por Abraham Fraunce's (1559-1592/1593) en su obra *The Lawiers Logike, exemplifying the precepts of Logic by the practice of the common law* (1588), el cual cita: "Logic is an art, to distinguish artificial logic from natural reason. Artificial Logic is gathered out of divers examples of natural reason, which is not any art of logic...". BOYER: Edward..., 88.

¹²² "The most significant parallel between artificial logic and artificial reason —the most significant way in which the rhetoricians' understanding of their discipline shaped Coke's understanding of the lawyers' profession— lies in the idea that professional training and practice improve upon talent. The artificie applied by the rhetorician comes out of orderly invention and disposition, examination and discussion among thinkers schooled in the rhetorical arts". BOYER: Edward..., 88-89.

¹²³ "...it is no accident that Coke's jurisprudential touchstone was the soundness of individual decisions —individual resolutions of factual disputes— rather than the architectonic symmetry of legal principles. Ultimately, Coke argues that artificial reason is not abstract reasoning. So to speak, it is law in action. To follow artificial reason is to respond, to apply discretion, to the specific facts developed by the case". BOYER: Edward..., 100.

sustentada en precedentes y, por ende, con el concepto de razón artificial descansa en el propio concepto de *artificial*.

La Enciclopedia del Idioma la define: “hecho por mano o arte del hombre”.¹²⁴ Concepto que se relaciona con artificio: “arte, primor, ingenio, habilidad con que está hecha alguna cosa.(...) cosa hecha por la mano del hombre, en oposición a la que es obra de la naturaleza”.¹²⁵

En el contexto de Coke, la palabra *artificial* guarda relación con lo proveniente del arte y no se le asocia con lo falso o lo engañoso, como pasa en el idioma español.

Para Coke, las artes de la retórica y de la ética requieren experiencia del uso de lo singular, es decir, de la destreza que emana o que deriva del hacer, no de solamente contemplar. Lo artificial es lo hecho por la mano del hombre.

Para explicar los requisitos que debe satisfacer un jurista integral con conocimiento experto, Coke se apoya en Aristóteles:

Nadie puede ser un jurista completo solo con el conocimiento de lo universal sin la experiencia de los casos concretos, o con la sola experiencia sin el conocimiento universal, éste debe ser ambos, especulativo y activo, para la ciencia de las leyes, le aseguro, debe llenar sus manos con experiencia. *Experientia* (dice el gran filósofo) *est cognitio singularium, ars vero universalium*. Los sabios eruditos de la ley encontraron su juicio sobre la razón legal y el precedente judicial; la primera la encuentran en nuestros anuarios y semanarios, el otro en los registros anteriormente examinados y autorizados: estos dos, la Razón y el Precedente son *clarissima lumina mundi*, por el cual todos los sabios del mundo se dirigen. Pero en estos días de muchos puede decirse con justicia, *Sapiente Quod statim, statim sciunt Omnia, neminem verentur, neminem imitantur, sibi ipsi exempla sunt*. Pero es seguro para el cliente y para el abogado también (si él respeta su conciencia) seguir precedentes anteriormente aprobados y permitidos, y no confiar en cualquier

¹²⁴ Martín ALONSO, *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española (siglos XII al XX). Etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano* (México: Aguilar Ediciones, 1998), 513.

¹²⁵ ALONSO, *Enciclopedia...*, 513.

nuevo marco creado fuera de su propia invención, por *Nihil simul inventum y perfectum est*.¹²⁶

A manera de aclaración, debe precisarse que no es materia de esta investigación determinar si la fuerza del *common law* actualmente advertida se encuentra en que se autocomprende, aunque no de manera explícita, como un arte —en el sentido aristotélico— indisolublemente ligado a sus propias sentencias concebidas como precedentes y fuente de derecho, aprendida y aplicada por imitación de casos análogos, en contraposición a la familia de derecho continental, cuya educación jurídica no necesariamente está centrada en el precedente, sino en los discursos explicativos escindidos del caso. Además, existe una postura inicialmente antagónica a la forma de aplicar el derecho en la cual *the judge make the law*, como podrá recordarse en la cita del *Corpus Iuris* en la que Justiniano evadía la cita de precedentes, lo cual fue refrendado por los posglosadores.

3.7. CONCLUSIONES

Las *Prohibition del Roy*, el referido pasaje de sus *Institutes* y el *Bonham's case* del juez Coke resultan ser estelares para la tradición jurídica occidental porque son discursos que trasladan el monopolio hermenéutico a la judicatura. Una victoria del hombre ilustrado forjado en el corporativismo académico y los tribunales sobre el rey, el líder electo o la cámara de representantes.

¹²⁶ El texto original dice: “No man can be a compleat Lawyer by universalitie of knowledge without experience in particular cases, nor by bare experience without universalitie of knowledge; he must be both speculative & active, for the science of the laws, I assure you, must joyne hands with experience. *Experientia (saith the great Philosopher) est cognitio singularium, ars vero universalium.* ¹²⁶ *The learned Sages of the law doe found their judgement upon legall reason and judiciaall President; the one they find in our books of yeres and termes, the other out of records formerly examined and allowed: These two, Reason and President are clarissima mundi lumina, whereby all the wise men of the world are directed. But in these dayes of many it may be justly said, Quod statim sapient, statim sciunt Omnia, neminem verentur, imitantur neminem, ipsi sibi exempla sunt. But it is safe for the Client and for the Councillor also (if he respect his conscience) to follow Presidents formerly approved and allowed, and not to trust to any new frame carved out of his owne invention, for Nihil simul inventum & perfectum est”. COKE, *The selected...*, vol. II, 560-561.*

Aducir que se siguen reglas de forma experta asegura a la judicatura su lugar como un poder en contra de las mayorías. De lo contrario, en nombre del pueblo cualquier disparate es justificable. A final de cuentas algo tiene que proteger al caído contra la caterva –que inmola a sus propios dioses– por más que tal decisión sea democrática.

Así, los poderes emanados de la elección popular tienen un contrapeso en otra forma de corporativismo jurídico, aunque debe indicarse que el virtuosismo que el propio gremio de juristas pretende no es demostrable, es decir, es obvio que, aun con la judicatura, los estados modernos justifican cualquier cosa.

Por mucho o poco maquillaje que se aplique, la judicatura sigue siendo un contrapeso del poder por medio del poder. En las democracias modernas, las judicaturas son estructuralmente indiferentes a sus resultados y participan del juego electoral de manera más que indirecta. Una judicatura legitimada por el rendimiento es un proyecto en construcción.

El monopolio hermenéutico a cargo de la judicatura que representa el *Bonham's case* logra trascender al *common law* británico,¹²⁷ porque tal manera de entender el derecho y la misión de la judicatura fue incorporada en los textos publicados por Edward Coke. Conocidos en Estados Unidos de América y ampliamente socorridos porque representaban límites al poder del monarca en la época prerrevolucionaria.

En otras palabras, el pensamiento de Coke perduró al encarnarse en textos que sirvieron para la formación de nuevos juristas, ya que fue retomado y reproducido como una forma de conocimiento con poder simbólico intrínseco¹²⁸ y que colonizó una multitud de sistemas de justicia en el mundo, imponiéndose como el vértice del control del poder.

¹²⁷ “El caso *Bonham* empezó a adquirir importancia política y constitucional, fue esgrimido contra la soberanía parlamentaria por el juez Jenkins en 1647 y por Lilburne en sus *Legall Fundamentall Liberties* (1649) [...] La actitud de Coke en el *caso Bonham* parece contradecir el fallo del de Read contra Jenkins, 1595, y los otros tres jueces adoptaron la posición contraria; sin embargo, Hobart adoptó después el criterio de Coke...”. HILL, *Los orígenes...*, 273 n72.

¹²⁸ El primer logro de Coke fue sistematizar el derecho inglés, adaptándolo a los requerimientos de una sociedad comercial, pero conservando para el gremio de juristas el monopolio de la última interpretación de la razón en una sociedad más que plural, polarizada. Además, su segundo logro fue “...dar a los ingleses un mito histórico de la Constitución inglesa paralelo al mito de la religión inglesa...”. HILL, *Los orígenes...*, 295 y 296.

Lo escrito solo genera más preguntas:

¿Cuál es la relación del conocimiento experto como técnica del precedente que requiere estudio y experiencia con los conceptos de Aristóteles acerca de ésta?

¿Qué tan acertado fue que Coke lo invocara cuando los tratados del Estagirita no son libros de debates de problemas concretos?

¿Esa forma de entender las sentencias previamente dictadas como la fuente primaria de conocimiento es compatible con Aristóteles?

CAPÍTULO IV. LA AFINIDAD ENTRE LA METODOLOGÍA DE LA FAMILIA JURÍDICA DEL COMMON LAW Y LA METODOLOGÍA ARISTOTÉLICA

1. La experiencia en la *Metafísica*, la *Ética Nicomáquea* y los *Segundos Analíticos*.
2. La falta de identidad entre el concepto de experiencia en Aristóteles y en Coke.
3. La metodología aristotélica y el *common law*.
4. Aclaraciones respecto de la familia jurídica de derecho continental.

4.1. LA EXPERIENCIA EN LA *METAFÍSICA*, LA *ÉTICA NICOMÁQUEA* Y LOS *SEGUNDOS ANALÍTICOS*

Determinar la relación existente entre el concepto de experiencia aristotélico y el concepto de experiencia que sostiene Coke es complejo. Él era un juez familiarizado con cierta escolástica aristotélica, mas no era ningún experto en Aristóteles.

No es objetivo de este apartado profundizar en el concepto de experiencia de Aristóteles, sino, simplemente se repasan algunos pasajes clásicos que, posiblemente, Coke ni siquiera leyó. Pero que son de suma relevancia para remarcar la relación entre los conceptos de experiencia que sostienen ambos autores.

Un pasaje clave sobre la experiencia está al inicio de la *Metafísica*. Concretamente, en el libro I, Aristóteles está preocupado por distinguir el conocimiento empírico tanto del conocimiento técnico como del conocimiento científico. Estableciendo a la memoria como el principio de la destreza empírica:

Y del recuerdo nace para los hombres la experiencia, pues muchos recuerdos de la misma cosa llegan a constituir una experiencia. Y la experiencia parece,

en cierto modo, semejante a la ciencia y al arte, pero la ciencia y el arte llegan a los hombres a través de la experiencia.¹²⁹

Para Aristóteles, la experiencia es el resultado de la reiteración del conocimiento de lo singular. En otras palabras: la acumulación de recuerdos genera experiencia. Y si bien considera como una vida superior la contemplativa, lo cierto es que, para oficios como la medicina o la arquitectura, estima que la experiencia es una condición de éxito. Lo que se evidencia con la siguiente cita:

Pues bien, para la vida práctica, la experiencia no parece ser en nada inferior al arte, sino que incluso tienen más éxito los expertos que los que, sin experiencia, poseen el conocimiento teórico. Y esto se debe a que la experiencia es el conocimiento de las cosas singulares, y el arte, de las universales; y todas las acciones y generaciones se refieren a lo singular.¹³⁰

Esta observación no es de poca monta. Para la época en que Aristóteles escribe, la medicina ya es un conocimiento sólido y establecido. Hipócrates de Cos murió hacia el 370 a.C. y el padre de Aristóteles ejerció la medicina. En no pocas ocasiones, Aristóteles menciona la medicina como un conocimiento fino y riguroso, que colinda con la ciencia. Por ello es tan relevante que el Estagirita reconozca el valor de la experiencia del curandero a pesar del valor que tiene la explicación técnica del médico.

Un pasaje paralelo a *Metafísica* I es *Analíticos Segundos* II, 19. Los expertos han mostrado ya las convergencias y diferencias entre ambos. A continuación, se atiende a las convergencias, porque al igual que *Metafísica*, *Analíticos Segundos* enfatiza el concepto de experiencia como una reiteración de lo singular:

¹²⁹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Edición Trilingüe. Trad. Valentín García Yebra (Madrid: Gredos, 1987), I, 1, 980b 25. 7. A partir de aquí se cita según la numeración canónica.

¹³⁰ ARISTÓTELES, *Met.* I, 1, 981a 10-15.

Así, pues, del sentido surge la memoria, como estamos diciendo, y de la memoria repetida de lo mismo, la experiencia: **pues los recuerdos múltiples en número son una única experiencia.** De la experiencia o del universal todo que se ha remansado en el alma, <como> lo uno cabe la pluralidad, que, como uno, se halla idéntico en todas aquellas cosas, <surge el> principio del arte y de la ciencia, a saber: si se trata de la realización, <principio> del arte, si de lo que es, <principio> de la ciencia.¹³¹

Conforme a esta referencia, parece que, para Aristóteles, la experiencia es el resultado de percibir o hacer algo repetidas veces y recordarlo, es decir, alude a la memoria de una cosa. *Analíticos segundos* es más explícito que *Metafísica*: las sensaciones o percepciones se acumulan en el alma, esta acumulación genera recuerdos en la memoria, y de estos recuerdos se genera la experiencia.

Nótese que cuando el Estagirita habla del *recuerdo de algo* se entiende que se refiere a *algo* que el sujeto hizo por sí mismo y no a lo hecho o percibido por otras personas. *Analíticos* habla de percepciones, de sensaciones, no de creencias heredadas o tradiciones aceptadas. Por ello, hasta aquí parecería que es inexacto considerar a los precedentes, o sea, las compilaciones de sentencias ya resueltas como experiencia en términos aristotélicos, pues se trata del registro de cómo actuó otra persona. Esta *experiencia indirecta*, es más cercana al concepto de *endoxa*, que se tratará más adelante, baste aquí con clarificar que *endoxa* alude a las opiniones más fiables o de los expertos.

Para Aristóteles, la experiencia empírica —valga la redundancia— es, sin duda, un presupuesto para el arte y, en menor grado para la prudencia. Si bien la *epistème politiké* alude *quodammodo* a lo necesario y universal, también se trata de ciencia inexacta, pues “...a pesar de su incertidumbre, es un saber discursivo orientado a la práctica”.¹³²

¹³¹ ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (Órganon) II. Sobre la interpretación. Analíticos Primeros. Analíticos Segundos*, Trad. Miguel Candel Sanmartín (Madrid: Gredos, 1995), II, 19, 100a 5-100a 10. Se agregan las negritas y el subrayado. A partir de aquí se cita según la numeración canónica.

¹³² Héctor ZAGAL, *Felicidad, Placer y Virtud. La vida buena según Aristóteles* (México: Ariel, 2013), 43.

Para Aristóteles, la experiencia no puede transmitirse, no puede traspasarse a otro por más que el novel repita las palabras de aquel que tiene experiencia, pues a final de cuentas los expertos no la pueden heredar. La formación de la virtud, ya sea moral o intelectual, tiene que ver con el hábito y la experiencia. Aunque la virtud no es un saber, es un presupuesto de la actuación prudente. Sin embargo, en sentido estricto la experiencia no es un saber, lo cual se aclara cuando se toma en cuenta la distinción planteada en la *Metafísica* sobre *epistême*, la *tekhné* y la *empiría*, resultando que la última no tiene lo suficiente para ser llamada saber.¹³³

Para advertir el papel que juega la experiencia en la ética y la política aristotélica, debe recordarse que, al referirse tanto a las virtudes intelectuales como a las morales, Aristóteles señala:¹³⁴

La intelectual debe sobre todo al magisterio su nacimiento y desarrollo, y por eso ha menester de experiencia y de tiempo, en tanto que la virtud moral es fruto de la costumbre, de la cual ha tomado su nombre por una ligera inflexión del vocablo.¹³⁵

Las virtudes intelectuales, como el arte y la ciencia, proceden del magisterio, de la enseñanza. De eso no hay la menor duda. No obstante, en el mismo párrafo Aristóteles añade una cláusula importantísima: además de la enseñanza, hace falta la experiencia que, como ya se señaló anteriormente, presupone la percepción de los casos singulares.

A continuación, Aristóteles se refiere a las virtudes morales:

¹³³ En la edición a la *Ética Nicomáquea* de editorial Gredos, Julio Pallí Bonet aclara que la clasificación de las disposiciones anímicas ha sido también traducida de otra manera: poder práctico (*téchne*), conocimiento científico (*epistêmê*), opinión moral (*phrónesis*), sabiduría filosófica (*sophía*), entendimiento intuitivo (*noús*). ARISTÓTELES, *EN VI*, 3, 1138b15, 270 n123.

¹³⁴ *Cfr.* ARISTÓTELES, *EN I*, 13, 1103a 5. De esta manera son referidas en la traducción de Antonio Gómez Robledo; en algunas otras ediciones, como la de Gredos, estas virtudes se traducen como dianoéticas (intelectuales) y éticas (morales).

¹³⁵ ARISTÓTELES, *EN II*, 1, 1103a 15.

Las virtudes, en cambio, las adquirimos ejercitándonos primero en ellas, como pasa también en las artes y oficios. Todo lo que hemos de hacer después de haberlo aprendido, lo aprendemos haciéndolo, como, por ejemplo, llegamos a ser arquitectos construyendo, y citaristas tañendo la cítara. Y de igual manera nos hacemos justos practicando actos de justicia, y temperantes haciendo actos de templanza, y valientes ejercitando actos de valentía.¹³⁶

La virtud moral se consigue ejercitándose. Escuchar una conferencia sobre la valentía no nos hace más valientes, en cambio, escuchar una conferencia sobre los antibióticos para tratar la tifoidea sí incrementa el conocimiento del médico, supuesto, claro está, que el médico tenga experiencia previa.

Las virtudes morales, a diferencia de las intelectuales, perfeccionan el carácter del individuo. Las virtudes intelectuales, en cambio, son excelencias de la inteligencia. La razón teórica es perfeccionada por la ciencia, la sabiduría y el entendimiento o la comprensión de los primeros principios; la razón práctica-productiva es perfeccionada por la prudencia y el arte o la técnica.

La prudencia o sabiduría práctica (*phronesis*) es peculiar. Si bien se trata de una virtud intelectual, su objeto es la vida moral y política. La prudencia es la habilidad intelectual que permite evaluar correctamente los actos singulares para determinar si contribuyen a desplegar una vida buena (*eu zen / εὖ ζῆν*). Hay un adagio escolástico que recoge muy bien esta idea: la prudencia es una virtud formalmente intelectual, y materialmente formal.

Por tratarse de una virtud intelectual, la prudencia presupone a la experiencia. Aristóteles es explícito al respecto:

Esta es la causa de que el joven no sea oyente idóneo de lecciones de ciencia política, pues no tiene experiencia de las acciones de la vida, de las cuales extrae la ciencia política sus proposiciones y a las cuales se aplican estas mismas. Y además, como el joven es secuaz de sus pasiones, escuchará estas

¹³⁶ ARISTÓTELES, *EN* II, 1, 1103a 30-1103b 5.

doctrinas vanamente y sin provecho, toda vez que el fin de esta ciencia no es el conocimiento, si no la acción.¹³⁷

Los jóvenes no tienen mucha experiencia, por ello, su juicio práctico, su habilidad para evaluar situaciones morales, es muy limitado. No es casualidad que en las culturas antiguas, la prudencia sea la virtud típica de los ancianos. Además, las pasiones desbordadas de los jóvenes ofuscan el juicio moral. Como la prudencia es una virtud que evalúa la moralidad de las acciones, es lógico que la falta de carácter deteriore su ejercicio. Por ello, se dice que no hay auténtica prudencia sin virtud moral, ni auténtica virtud moral sin prudencia. No obstante, en este trabajo, se pretende enfatizar el concepto de experiencia.

Desde el punto de vista del Estagirita no se puede decir, en estricto sentido, que la experiencia es simplemente el transcurrir del tiempo. No obstante, sí que existe una relación indisoluble entre tiempo y experiencia:

La prueba de lo que hemos dicho está en el hecho de que los jóvenes llegan a ser geómetras y matemáticos y sabios en estas materias; pero no hay uno, al parecer, que sea prudente. La causa de esto es que la prudencia versa sobre los hechos particulares, que no llegan a conocerse sino por la experiencia, **y el joven no tiene experiencia, porque el mucho tiempo es el que causa la experiencia.**

Podría también plantearse la cuestión de por qué el adolescente puede hacerse matemático, pero no metafísico ni filósofo natural. ¿No será porque las matemáticas son por abstracción, mientras que, en los otros casos, los principios vienen de la experiencia? ¿No es verdad que en aquellas disciplinas los jóvenes no tienen opinión formada, sino que repiten lo que oyen, en tanto que la esencia de los objetos matemáticos es para ellos suficientemente clara?¹³⁸

¹³⁷ ARISTÓTELES, *EN I*, 3, 1095a-1095a 5.

¹³⁸ ARISTÓTELES. *EN VI*, 8, 1142a 10-20. Se agregan las negritas y subrayado.

La referencia a las matemáticas tampoco es anecdótica. Las matemáticas son un conocimiento eminentemente abstracto y, por ende, para razonar matemáticamente no es menester poseer un rango amplio de experiencia empírica.

La aproximación a la experiencia como una condición de la sabiduría práctica queda de manifiesto en la concepción de Aristóteles sobre la equidad como una rectificación de lo justo legal. Sin embargo, ya desde aquí es posible advertir que Aristóteles no equipara experiencia con casuística.¹³⁹

Aun teniendo en cuenta el texto de *Problemas*, es obvio que Aristóteles no adopta un método de casos como eje de estudio en los problemas éticos o jurídicos. Dadas las aristas del caso, toda ley resulta necesariamente insuficiente para resolver los problemas que éste plantee y, de ahí, que resulte claro que un prudente, un juez o agente experimentado nunca podría tratar a las leyes o principios como absolutos o invariables, habiendo siempre un margen de discreción en la manera de cómo aplicar las reglas generales a los casos particulares.

¹³⁹ Jonsen y Toulmin señalan: “La comprensión prudente de un juez o de un agente nunca trata a las leyes o principios universales como absolutos e invariables. Siempre hay espacio para la discrecionalidad en la cuestión de hasta qué punto las normas generales, como el soporte, se aplican a determinados casos nuevos, no obstante marginales y ambiguas, y en qué medida deben ser canceladas o flexibilizadas (como regla de plomo de un constructor) para respetar el carácter excepcional de nuevas situaciones [...] En este punto, Aristóteles se aproxima, a adoptar un enfoque “casuístico” a los problemas morales y legales, pero no arriba a las últimas consecuencias. A lo sumo, alude a algunas de las características fundamentales de un “método del caso” en el derecho y la ética, que en su momento se convirtió en la primera posesión de canonistas medievales y teólogos, que la utilizaron en la construcción de una taxonomía crítica de las categorías morales y más tarde de juristas del *common law*, que lo utilizaron para desarrollar y criticar las nociones heredadas sobre el daño, contrato y otras categorías principales de la ley. Aristóteles proporciona gran parte del trabajo preliminar necesario para este paso, pero nunca lo desarrolló”. Traducción que se infiere del texto original: “A prudent, understanding judge or agent can never treat universal laws or principles as absolute or invariable. There is always room for discretion in asking how far general rules, as the stand, apply to particular fresh cases, however marginal and ambiguous, and how far they should be waived or bent (like a builder’s leaden ruler) to respect the exceptional character of novel situations. [...] At this point Aristotle is hovering on the verge of adopting a “casuistical” approach to moral and legal problems, but he does not pursue further the implications of this conclusions. At most he hints at some crucial features of a “case method” in law and ethics, which in due course became the possession first of medieval canonists and theologians, who used it in building up a critical taxonomy of moral categories, and later of Anglo-American common lawyers, who used it to develop and criticize inherited notions about tort, contract, and other main categories of law. Aristotle provide much of the groundwork needed for this step, but he never took it for himself”. Albert R. JONSEN y Stephen Edelston TOULMIN, *The abuse of casuistry. A history of moral reasoning* (California: University of California Press, 1989), 68-69.

Hasta este momento parece pues que la experiencia a la que alude Coke no es la misma a la que se refiere Aristóteles. Es más, para el Estagirita, las colecciones legales no son, en sí mismas, un medio suficiente para el aprendizaje de la política, como se advierte al analizar la última parte del libro X de la *Ética Nicomáquea*.

Cuando Aristóteles describe el quehacer de los políticos, expresamente refiere que ellos no discuten o escriben al respecto. La política es un conocimiento práctico, es la habilidad de organizar la propia existencia y la existencia de la comunidad de acuerdo con un ideal de vida lograda. Es lógico, por ende, que la tarea del político no sea de talante académico:

No vemos a los políticos escribir ni hablar sobre estos tópicos (lo cual sería por cierto cosa más bella que pronunciar arengas ante los tribunales y el pueblo), ni vemos tampoco que hayan hecho a sus hijos hombres de Estado o a alguno de sus amigos. Y, sin embargo, es razonable pensar que no habrían dejado de hacerlo si hubiesen podido, porque ningún legado habría sido mejor para su ciudad, ni podrían haber deseado nada mejor que la competencia política para sí mismos o para los seres que les son más queridos. Por lo demás, es evidente que no poco contribuye la experiencia; de otro modo no se formarían los políticos, como de hecho se forman, por la familiaridad con la política; y así, no puede dudarse que quienes aspiran a la ciencia política han menester también de la práctica.¹⁴⁰

El pasaje devela la importancia de la experiencia como el aprendizaje a partir de un *hacer las cosas* para adquirir competencia política, en oposición a un conocimiento libresco ajeno a la práctica, el cual no vacila en descalificar la *epistème politiké*, como se sigue en las líneas que suceden a la anterior cita:

Más los sofistas, que hacen profesión de enseñar esta ciencia, están muy distantes de hacerlo, porque no saben en absoluto ni qué es ni a qué cosas se aplica; si así no fuese, no la hubieran confundido con la retórica o inclusive

¹⁴⁰ ARISTÓTELES, *EN X*, 9, 1180b 30–1181a 10.

puesto por debajo de ella. **Ni se imaginarían tampoco que es cosa fácil promulgar una legislación con sólo reunir las leyes que han merecido aprobación, eligiendo las mejores de ellas, como si la selección no fuese ya una obra de comprensión,** y el recto juicio el punto capital, lo mismo que en las obras musicales. **Son los expertos en cada arte los que pueden apreciar correctamente sus producciones y entender los medios y el método para alcanzar en ellas la perfección,** y cuáles elementos armonizan con cuáles otros. En cuanto a los aficionados inexpertos, deben contentarse con que no se les escape si la obra ha sido bien o mal ejecutada, como, por ejemplo, en pintura.¹⁴¹

El pasaje anterior muestra que Aristóteles se opone a la idea de considerar la política como un equivalente a la retórica, pues subordina la política a la prudencia, en la cual los expertos son los habilitados para estudiar y calificar de forma certera el resultado y los medios para alcanzar la excelencia. Pero el punto que resulta más relevante es que Aristóteles reprueba las meras colecciones de las obras políticas, entre las que no solo se ubicarían a las leyes, sino también las compilaciones de decisiones de los tribunales. Es bien sabido que la *Constitución de Atenas* formó parte de una amplia colección de constituciones de ciudades griegas. El Estagirita reconoce que estas compilaciones no suplen la falta de experiencia. Compilar leyes y tratados es inútil para el político si no se cuenta con la experiencia.

Aristóteles es claro: sin experiencia singular, empírica, concreta, sin ejercicio político, las consideraciones teóricas son inútiles.

Ahora bien, las leyes son, por decirlo así, las obras del arte política. ¿Cómo, pues, por la sola colección de ellas podrá uno hacerse legislador o siquiera juzgar cuáles son las mejores? Pues no vemos que los médicos resulten hábiles por el sólo estudio de los recetarios. Y, sin embargo, se busca en éstos no sólo indicar la terapéutica general, sino métodos de curación y tratamientos apropiados a casos particulares, distinguiendo los diversos temperamentos.

¹⁴¹ ARISTÓTELES, *EN X*, 9, 1181a 10–1181b 10 . Se agregan las negritas y el subrayado.

Mas todo esto, que puede estimarse de provecho para los expertos, es del todo inútil para quienes no poseen la ciencia.¹⁴²

En el párrafo anterior se advierte como Aristóteles desautoriza un aprendizaje basado únicamente en el estudio de colecciones de leyes para los legisladores o en recetarios para los médicos. Con esto se puede adelantar que Aristóteles descartaría los libros de precedentes como la única forma de aprendizaje, porque le resultaría necesario el ejercicio directo de la justicia.

Esto no significa, evidentemente, que Aristóteles descalifique las consideraciones teóricas. Simplemente se señala que en las virtudes intelectuales teóricas, la experiencia es un componente clave. Lo que se aclara con el caso de la partera. Esta mujer sabe por propia experiencia y por los *endoxa* que debe lavarse las manos antes de la labor de parto. Lavarse las manos aumenta las posibilidades de éxito. El médico posee este conocimiento, pero además conoce la explicación. Sabe que la asepsia limita las bacterias que causan infecciones. Aristóteles consideraría que la experiencia de la partera es valiosa, pero el trabajo de un médico que tiene experiencia y conoce las causas y los métodos de tratamiento es superior, no obstante, nunca consideraría como médico a aquel que solo hubiera estudiado tratados sin haber tenido la experiencia en la materia. Este supuesto médico carecería de la habilidad técnica por falta de experiencia.

Respecto de la necesidad del aprendizaje a partir del ejercicio directo y continuo del discernimiento (para poder hacer uso de las compilaciones y reconocer cuáles leyes son correctamente aplicables), Aristóteles reserva la calidad de un buen juzgador a quien sea convertida en experto a partir de la práctica. Con todo, reconoce que las compilaciones son útiles para estimular el desarrollo de una *epistème politiké*:

Así también, **las compilaciones de leyes y constituciones son sin duda de gran utilidad para los que están ya en aptitud de estudiarlas y de apreciar en ellas lo que está bien o lo que está mal, así como cuáles leyes son**

¹⁴² ARISTÓTELES, *EN X*, 9, 1181b. Se agregan las negritas.

aplicables en tales o cuales circunstancias. Pero los que sin estos hábitos recorren tales compilaciones, no están en aptitud de juzgar acertadamente, a no ser por instinto, por más que puedan tal vez con dicho estudio aguzar un tanto su inteligencia política.¹⁴³

En suma, para Aristóteles las colecciones de leyes o de sentencias y recetarios podrían ser un punto de arranque en la formación, pero jamás pueden suplir la falta de práctica. Para él, se puede ser virtuoso moralmente haciendo actos virtuosos, por lo tanto, solo es justo quien haga actos justos. Pero esto que se dice de las virtudes morales también se dice de las virtudes intelectuales prácticas: Fidias logró dominar la escultura esculpiendo, Hipócrates logró dominar la medicina tratando enfermos y Solón logró dominar la política gobernando.

En la *Retórica*, Aristóteles observa que a los seres humanos se nos facilita el aprendizaje a través de los casos concretos. En esta obra, Aristóteles enfrenta la tensión entre la retórica que se vale de ejemplos y la retórica que se vale de razonamientos más abstractos, decantándose por los entimemas, es decir, por el silogismo retórico. Podría pensarse, por ello, que *Retórica* es un elogio de la teoría, de la especulación. Sin embargo, Aristóteles no identifica la retórica con política. El arte retórico es solo un instrumento de la política. La determinación de qué es lo justo y lo injusto no corresponde, en estricto sentido, a la retórica, sino a la prudencia. Y, aunque parezca repetitivo, es importante reiterar que para juzgar con prudencia hace falta experiencia:

¿Por qué la gente disfruta más con los ejemplos en la retórica escolar y en los discursos que con los entimemas? ¿Es porque les gusta aprender y hacerlo rápido? Y aprenden más fácilmente por medio de ejemplos y discursos: pues lo que conocen son esas cosas concretas y particulares y, sin embargo, los entimemas son una demostración a partir de datos generales, que conocemos menos que los particulares. Aparte de que damos mayor credibilidad a aquellas cosas atestiguadas por varias personas, y los ejemplos y los discursos se

¹⁴³ ARISTÓTELES, *EN X*, 9, 1181b 5–10. Se agregan negritas.

parecen a los testimonios. Las pruebas a través de testigos son fáciles. Además, se aprende con gusto lo que es semejante, y el ejemplo y los mitos muestran lo semejante.¹⁴⁴

Una vez precisado el concepto de experiencia en Aristóteles y remarcada la inexistencia de una identidad con una compilación de casos, es necesario retomar nuevamente algunas citas de Edward Coke, para advertir que, si bien no existe equivalencia entre lo que para ambos autores significa experiencia, sí existen afinidades metodológicas que podrían explicar la logística del *common law*.

4.2. LA FALTA DE IDENTIDAD ENTRE EL CONCEPTO DE EXPERIENCIA EN ARISTÓTELES Y EN COKE

En la búsqueda del concepto de experiencia como pieza clave del *common law* se recurrió a Edward Coke, quien justifica el monopolio hermenéutico de la justicia a cargo del gremio de juristas utilizando el concepto de razón artificial. Esta racionalidad requiere —en términos generales— de un largo estudio, una buena observación y de contar con experiencia. En primera instancia parecería, pues, que la razón artificial de Coke se corresponde con la prudencia aristotélica.

De forma paralela, en sus *Institutes*, Coke señala que un jurista integral debe contar con el conocimiento de lo universal y con la experiencia en los casos particulares. Para ello, apoya su afirmación en la cita expresa —en latín— del 981a 15 de la *Metafísica* de Aristóteles, aduciendo que la experiencia es el conocimiento de lo singular y el arte de lo universal.

La cita de Coke señala:

¹⁴⁴ ARISTÓTELES, *Problemas*, Trad. Ester Sánchez Millán (Madrid: Gredos, 2004), XVIII, 3, 916b 25-35.

Nadie puede ser un jurista completo solo con el conocimiento de lo universal sin la experiencia de los casos concretos, o con la sola experiencia sin el conocimiento universal, éste debe ser ambos especulativo y activo, para la ciencia de las leyes, le aseguro, debe llenar sus manos con experiencia. *Experientia* (dice el gran filósofo) *est cognitio singularium, ars vero universalium*.¹⁴⁵

Al parecer el juez subversivo hace referencia al siguiente texto de la *Metafísica* de Aristóteles:

Pues bien, para la vida práctica, la experiencia no parece ser en nada inferior al arte, sino que incluso tienen más éxito los expertos que los que, sin experiencia, poseen el conocimiento teórico. Y esto se debe a que **la experiencia es el conocimiento de las cosas singulares, y el arte, de las universales**; y todas las acciones y generaciones se refieren a lo singular. No es al hombre, efectivamente, a quien sana el médico, a no ser accidentalmente, sino a Calias o a Sócrates, o a otro de los así llamados, que, además, es hombre. Por consiguiente, si alguien tiene, sin la experiencia, el conocimiento teórico, y sabe lo universal pero ignora su contenido singular, errará muchas veces en la curación, pues es lo singular lo que puede ser curado.¹⁴⁶

Al seguir expresando argumentos acerca de las bondades de sus propios escritos, Coke enlaza los conceptos de experiencia y precedentes (*Books of Authority*) como materialización del conocimiento, seguro de que la ley es erudita por pertenecer a un pasado venerable.

Para apoyar su argumentación se basa en la autoridad de Aristóteles, lo cual es normal para un renacentista que buscaba un material sólido en el cual

¹⁴⁵ Cfr. COKE, *The selected...*, vol. II, 560-561.

¹⁴⁶ *Met.* I, 1, 981a 10-20. Se agregan las negritas y el subrayado. Es preciso señalar que en la edición trilingüe de Gredos, la cual sigue en este aspecto a la de "...Guillermo de Moerbeke para los libros I-XII, y la traducción de Besarión para los libros XIII-XIV" la parte en latín que interesa no coincide con la manera en que es invocada por Coke: "*Causa autem est quia experientia quidem singularium est cognitio: ars vero universalium...*".

afianzarse. Pues su autoridad intelectual, como un criterio de verdad, no solo correspondió al Medievo, sino que también se extendió al Renacimiento.

Aristóteles era un autor admirado en el Reino Unido en los siglos XVI y XVII. Sus trabajos formaban parte del currículo de las universidades.¹⁴⁷ Dado su prestigio, era normal que se le citara expresamente o se le parafraseara de manera implícita. Por ejemplo, el razonamiento de que nadie puede ser juez de su propia causa, es invocado explícitamente como uno de los argumentos en el *Bonham's case*: “*quia aliquis non debet esse Judex in propria causa, imo iniquum est aliquem sui rei esse judicem*”¹⁴⁸ e “*iniquum est aliquem suae rei esse judicem*”¹⁴⁹; teniendo dos expresiones afines en la *Política* de Aristóteles:

Y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales. Pero se prescinde de ‘para quienes’, y se juzga mal. La causa de ello es que el juicio acerca de sí mismo y, por lo general, la mayoría son malos jueces acerca de las cosas propias.¹⁵⁰

El hecho es que los médicos, cuando están enfermos, mandan llamar para sí mismos a otros médicos, y los maestros de gimnasia, cuando la practican ellos, a otros maestros de gimnasia, en la idea de que no son capaces de emitir un juicio verdadero al tener que juzgar sobre sus propios asuntos y sentirse afectados por ello.¹⁵¹

¹⁴⁷ Uno de los textos de Marco Sgarbi nos da luces sobre el tema, ya que busca mostrar la importancia histórica y filosófica del aristotelismo británico de finales del siglo XVI a finales del XVII y el papel que jugó la filosofía Escolástica en los planes de estudio universitarios. En su libro precisa: “*Without the Aristotelian tradition without its doctrines, and without its conceptual elaborations, British empiricism would never have been born, especially as scholarship often describes seventeenth-century British philosophy as Platonic. The most important basis for an empiricist opposition to Platonism can be found in the Aristotelian tradition*”. Marco SGARBI, *The aristotelian tradition and the rise of british empiricism. Logic and epistemology in the British Isles (1570-1689)* (Nueva York: Springer, 2013), edición Kindle, pos. 8760.

¹⁴⁸ COKE, *The selected...*, vol. I, 275.

¹⁴⁹ COKE, *The selected...*, vol. I, 277.

¹⁵⁰ ARISTÓTELES, *Política*, Trad. Manuela García Valdés (Madrid: Gredos, 2008), III, 9, 1280a 2.

¹⁵¹ *Pol.* III, 16, 1287a 8-1287b. La frase que establece que nadie debe ser juez de su propia causa es un lugar común en el mundo griego, Aristóteles, a su vez, estaba recreando a Jenofonte: “Efectivamente, los desterrados consideraban justo que se resolviesen los asuntos litigiosos en un tribunal imparcial, pero ellos les obligaron a juzgarlos en la misma ciudad. Aunque los regresados alegaron que cómo podría hablarse de juicio si los mismos que incurrieron en falta son los que juzgan, y no les hicieron ningún caso”. JENOFONTE, *Helénicas*, Trad. por Orlando Guntiñas Tuñón (Madrid: Gredos, 2000), V, 3, Sitio de Fliunte, 10.

Para remarcar la continuidad de las ideas de Aristóteles a lo largo del tiempo, Coke identifica al *common law* con una razón perfecta. Aristóteles dice: “La ley es, por tanto, razón sin deseo”.¹⁵² En otras palabras, en el Estagirita existe cierta identidad entre la ley y la razón, la cual es retomada por Coke. Obviamente, Aristóteles no es la única fuente en este tema. El estoicismo ya había permeado el pensamiento jurídico, pero es innegable el *leitmotiv* aristotélico de los planteamientos de Coke.

Para un encargado de administrar justicia es asombrosa la riqueza de los textos aristotélicos, pues son referentes de algunas de las instituciones legales contemporáneas, tales como la idea de justificación en lo dicho por otros o la idea de la duda razonable:

Cada uno de nosotros preferiría absolver al culpable de un delito como si no lo hubiera cometido, que condenar al inocente como si hubiera delinquido, por ejemplo, si alguien es acusado de algo relativo a la esclavitud o a un asesinato. Y es que, existiendo cada uno de estos hechos de que les acusan, preferiríamos absolver antes que condenar por delitos inexistentes. Pues, cuando se está en duda, hay que elegir el error menor. Está mal hecho considerar al esclavo como libre; pero es mucho peor cuando se condena al libre como esclavo. Además, si resulta que uno reclama y otro está en desacuerdo sobre la cuestión que sea, no creemos que inmediatamente haya que dar la razón al reclamante, sino que el poseedor del objeto en cuestión debe mantenerlo en su poder hasta que se celebre el juicio. Del mismo modo también en los casos de más personas, cuando es igual el número de los que afirman la culpabilidad y de los que no están de acuerdo, como cuando desde el principio uno acusaba y el otro negaba, no creemos que el legislador deba ponerse de parte del acusador, sino que el acusado debe de mantener el dominio hasta que el acusador tenga cierta superioridad.

De igual forma en el caso de los jueces: cuando no hay ninguna superioridad porque los votos no están igualados, el legislador deja estar las cosas en su sitio. Además, los castigos de los delitos importantes son considerables, de modo que a los que emiten un voto condenatorio injustamente y sin conocimiento de causa no les es posible que tengan ocasión

¹⁵² Pol. III, 16, 1287a 5.

de reparar su error. En cambio, a los que han absuelto en contra de lo que convenía, si esa persona se comporta de forma tan discreta que no comete ya ningún delito, ¿qué grave falta habrían cometido los jueces al haber librado de la muerte a tal hombre? Pero, si en adelante cometiera alguna falta, entonces sería justo castigarle por ambos delitos.¹⁵³

Sería una exageración afirmar que Platón y Aristóteles ya lo dijeron todo, sin embargo, muchas de las instituciones actuales y de los problemas que se discuten actualmente ya fueron formulados por ellos. Para mostrar que el mundo griego impacta en la manera en que los juristas entienden las cosas, sobre las virtudes morales de prudencia, la templanza, la fortaleza y la justicia, hay un texto que Coke dirige a sus lectores. A continuación, se muestra en su inglés original debido a su carga emocional intraducible:

*And for a farewell to our Jurisprudent I wish unto him the gladsome light of Jurisprudence, the loveliness of Temperance, the stabilitie of Fortitude, and the soliditie of Justice.*¹⁵⁴

Aunque Aristóteles no habla de virtudes cardinales, permanece un panorama de influencia del mundo griego, por lo que parece que el concepto de experiencia al que alude Coke, si bien no es el mismo que utiliza Aristóteles en la *Metafísica*, tiene rastros aristotélicos que inciden en la manera en la que se construyen las sentencias que constituyen los *Books of Authority*.

Lo anterior no debe distraernos de la conclusión negativa, cuando Coke alude a la experiencia no se refiere al caso resuelto por el propio estudiante, sino al cúmulo de asuntos ya decididos por los tribunales, o sea, los precedentes. La experiencia a la que se refiere está centrada en el caso ya resuelto, el cual es Derecho Objetivo que debe ser reproducido y reiterado.

¹⁵³ *Problemas XXIX*, 13, 951b 15- 951b20.

¹⁵⁴ COKE, *The selected...*, vol. II, 744.

Por su parte, para Aristóteles, la experiencia es diferente a los actos concretos de los cuales emerge. Para él, la experiencia es un fruto de la memoria de lo mismo, un conocimiento por reiteración de lo singular que el propio sujeto conoce, "...un estado epistemológico inmediatamente superior a la memoria".¹⁵⁵

Para que una persona sea justa, Aristóteles afirma, es necesario que haga actos de justicia, al igual que el citarista toca la cítara o el constructor edifica casas. La habilidad o la destreza emergen a través de la experiencia que se da por medio de muchos particulares.

Sin embargo, cuando Coke invoca la autoridad de Aristóteles al hablar de la experiencia de lo singular y el arte de lo universal, lo hace para justificar la importancia de los *Books of Authority*. Alude a una técnica de aprendizaje y a la solución de controversias judiciales como Derecho Objetivo, en otras palabras, como soluciones dadas en juicios particulares que deben ser reiterados en la medida de lo posible. No se trata de una experiencia en sentido aristotélico, sino que guarda más relación con el diverso concepto aristotélico de *endoxa*, entendida como la opinión autorizada, pero que a su vez forma parte de la metodología de Aristóteles.

Aunque se quiera ver a la filosofía de Aristóteles como una filosofía centrada en los hechos, que retoma la voz de quienes ya dijeron algo sobre el tema, o que presente problemas y soluciones, como incontables aporías y ejemplos, lo cierto es que su legado no es una casuística como la que representan los *Books of Authorities*.

Aristóteles no afirmaría que una técnica de enseñanza que compila y recrea la deliberación acerca de problemas concretos pueda subsanar la falta del ejercicio personal de la facultad. Para ser virtuoso es necesario hacer actos virtuosos, de igual manera, solo quien haga actos de justicia, puede ser considerado justo. Para ser prudente hace falta ejercer la prudencia. En otras palabras, tanto la política como la ética aristotélica no pueden ser equiparadas a un libro de casos. Por lo que parece que la cita de Aristóteles hecha por

¹⁵⁵ Héctor ZAGAL ARREGUÍN y Sergio AGUILAR-ÁLVAREZ BAY, *Límites de la argumentación ética en Aristóteles. Lógos, physis y éthos* (México: Publicaciones Cruz O, 1996), 47.

Coke tiene una función persuasiva; se trata de un recurso retórico. Por ello, es comprensible que una frase descontextualizada de la *Metafísica* parezca enlazar el concepto de experiencia con el de los libros de casos. En términos aristotélicos, la experiencia es intransferible, de ahí que los jóvenes puedan ser geómetras, pero no prudentes y, en consecuencia, para Aristóteles tampoco podrían ser juristas, por muchos libros que lean.

El telón de fondo es la tensión entre el conocimiento teórico y aquél sustentado en la experiencia. Si aguzamos el oído con tradición y experiencia, es posible notar que Sócrates en su diálogo del *Protágoras* y la lucha contra los tiranos que no aman el conocimiento es una veta que permanece de forma callada en el *judicial review*.¹⁵⁶

Lo anterior permite concluir que los conceptos de Aristóteles y Coke acerca de la experiencia no son los mismos. Sin embargo, conviene mostrar un trazo que permite ubicar cuál sería el lugar que ocuparían los libros de casos —como opiniones de los jueces respetados— dentro de la metodología del Estagirita.

4.3. LA METODOLOGÍA ARISTOTÉLICA Y EL COMMON LAW

Como ya se señaló, Coke realiza un empleo inexacto del concepto de experiencia en términos aristotélicos. Sin embargo, existen puntos en los que la

¹⁵⁶ Al respecto Guthrie clarifica las tensiones que subyacen entre Sócrates, Platón y Aristóteles respecto a la pregunta de si la virtud es posible enseñarla: “Para Sócrates —con seguridad el más intransigentemente intelectual de todos los maestros de ética— lo que un hombre podría dar a otro por medio de la enseñanza era el conocimiento. Pero si la virtud (en la que, ciertamente, incluía las virtudes morales) podía ser enseñada, entonces debía ser una forma de conocimiento (*Menón 87c*). Como sucede respecto a la enseñanza de ella, su respuesta no era ni tosca ni simple, y deberá ser investigada más adelante; pero estaba convencido de que era una forma de conocimiento. Ahora bien, si la virtud es conocimiento, el vicio o la mala conducta sólo puede deberse a la ignorancia, y de ahí se sigue que <<nadie peca deliberadamente>>. La buena acción seguirá automáticamente al conocimiento de lo que es bueno. Sócrates estaba juzgando a los demás con arreglo a sí mismo porque, por asombroso que pudiera parecer, en su caso era verdad. Su tranquila seguridad de que estaba siguiendo el recto camino no se veía turbada por el hecho de que terminaría en la copa de cicuta, que se bebió de un trago con una completa confianza de que <<ningún daño puede sobrevenir al hombre bueno>>. Una doctrina tan heroica no era para muchos. Aristóteles dijo terminantemente que estaba <<en abierta contradicción con la experiencia>> (*É.N.* 1145b27). Platón obliga a Sócrates a reconocer la preeminencia de la opinión contraria en el *Protágoras* (352d-e). <<Sabes —dice— que la mayor parte de la gente no nos cree. Dicen que hay muchos que conocen lo que es mejor, pero que no están dispuestos a ponerlo en práctica. Para ellos está claro, pero actúan de otro modo>>”. W.K.C. GUTHRIE, *Historia de la filosofía griega III. Siglo V. Ilustración*, (Madrid: Gredos, 1994), 253.

metodología de las *Éticas Nicomáquea* y *Eudemia* guardan paralelismo con la del *common law*. Y si bien no existe identidad, hay una cierta afinidad logística en la que ambas tratan sus asuntos. Aunque dicho paralelismo no es el punto central de este trabajo, se hará una somera aproximación al tema, con el fin de ubicar en un contexto más amplio la función de un libro de precedentes dentro de la metodología aristotélica.

Si bien los juristas del *common law* saben que su familia jurídica tiene alguna inspiración aristotélica,¹⁵⁷ tales profesionales remiten, sobre todo, a conceptos que la hacen operativa —democracia, formas de gobierno, Constitución, asamblea, duda razonable—, aun cuando meras expresiones, al margen de su contenido, se remontan al mundo griego y, en no pocas ocasiones, remiten vagamente a Aristóteles. Este trabajo va más allá, pues recordemos que su objetivo es mostrar la semejanza entre la metodología del *common law* y la metodología que Aristóteles muestra en sus dos *Éticas*.

Se reitera que este trabajo se trata de un esbozo que no pretende ser un nuevo planteamiento de investigación, su propósito es únicamente dilucidar cuál sería la función de los libros de casos dentro de la metodología aristotélica. Porque de esta manera se podría ubicar tal técnica de enseñanza como la forma, en la que los aprendices del *common law*, no solo conocen casos que configuran su derecho, sino que también hacen suya tal metodología y se encuentran obligados a aplicarla al estar indisolublemente ligada al caso que constituye Derecho Objetivo. Aunque para Aristóteles aun eso sería insuficiente para ser considerado jurista.

No se afirma, obviamente, una identidad metodológica, sino que se alega una fuerte afinidad entre la metodología aristotélica y el *common law*, lo que se bosqueja en las siguientes líneas.

Aristóteles reconoce el papel de las *opiniones comunes y plausibles*, los *endoxa*, como una fuente válida de conocimiento. La dialéctica permite discutir a partir de una colección de creencias compartidas por las personas más reconocidas de una comunidad. Pero la utilidad de los *endoxa* no se limita a la

¹⁵⁷ Cfr. Tomislav HAN, *The transformation of Aristotelian political epistemology in eighteenth-century American constitutional discourse* (Lewiston, N.Y.: The Edwin Mellen Press, 2003) y Stephen A. SIEGEL, "The Aristotelian basis of English Law. 1450-1800", *New York University Law Review* 18, vol. LVI (1981).

práctica dialéctica; la ciencia política y, en general, el ejercicio de la prudencia asumen tales creencias. El individuo sensato y prudente da por buenos los valores aceptados por la comunidad.

Los *endoxa* no suplen la experiencia personal, pero no por ello son despreciables. El hombre prudente y el político parten de las creencias socialmente aceptadas sobre lo justo, lo noble o lo honorable. La obra moral de Aristóteles, concentrada en la *Eudemia*, la *Nicomáquea*, la *Retórica* y la *Política*, es sobre todo una exploración de la vida plena a partir de los *endoxa*.

Se duda que sea posible afirmar que la retórica, la dialéctica, la experiencia o los *endoxa* conformen sin más el núcleo del *common law*. Parece, más bien, que su capacidad para brindar satisfactores a controversias concretas radica en que su metodología es afín a la de Aristóteles en sus dos *Éticas*. Atendiendo a la traducción de Gómez Robledo, la siguiente cita de la *Ética Nicomáquea* puede servir para mostrar el aspecto arriba señalado:

Es menester, por tanto, así como en otros casos lo hemos realizado, establecer los hechos tal como aparecen, y comenzando por plantear la problemática, mostrar lo más posible todas las opiniones más recibidas acerca de estas pasiones; y si no todas, la mayor parte y las más autorizadas. Si las dificultades pueden resolverse, y quedan en pie las opiniones más aceptadas, la demostración habrá sido suficiente.¹⁵⁸

Owen hizo notar que la metodología aristotélica de la investigación científica no parte tanto de la observación empírica directa, sino del análisis de las opiniones compartidas.¹⁵⁹ Sin embargo, esto es compatible con el hecho de que la experiencia, en sentido estricto, es empírica, especialmente cuando se trata del desarrollo de la prudencia y del arte. Los *hechos* de los que se parte en la investigación aristotélica son las opiniones compartidas, los *endoxa*.

¹⁵⁸ ARISTÓTELES, *EN VII*, 1, 1145b 2-7.

¹⁵⁹ Guilym Ellis Lane OWEN, *Logic, science and dialectic: collected papers in greek philosophy* (Nueva York: Cornell University Press, 1986), 239.

Para mostrar una sutil diferencia —aunque importante desde el punto de vista metodológico—, atiéndase ahora a la traducción que Julio Palí Bonet realiza del pasaje:

Como en los demás casos, deberemos, después de establecer los hechos observados y resolver las dificultades que se presenten, probar, si es posible, la verdad de las opiniones admitidas sobre estas pasiones, y si no, la mayoría de ellas y las más importantes; pues si se resuelven las dificultades y las opiniones aceptadas quedan firmes, resultará suficientemente establecido este asunto.¹⁶⁰

En la *Ética Eudemia* existe un pasaje afín al referido de la *Nicomáquea*:

Lo cual padecen por su incultura, porque incultura es, tratándose de cualquier asunto, el no poder distinguir los argumentos que le son pertinentes de aquellos que le son extraños. Y también es bueno juzgar separadamente el razonamiento relativo a la causa y el hecho puesto en evidencia, y esto por lo que acabamos de decir, que no hay que atender siempre exclusivamente al razonamiento, sino más bien, y a menudo, a los hechos de demostración inmediata. Ahora, en cambio, cuando no puede resolverse la cuestión, se ve uno constreñido a dar crédito a lo que se ha dicho. Sin contar, además, con que a menudo lo que parece haber sido demostrado por la razón es verdadero, pero no por la causa invocada en el argumento. Es posible, en efecto, probar lo verdadero por lo falso, según resulta de los *Analíticos*.¹⁶¹

Este pasaje de la *Eudemia* resalta el papel de los *endoxa*. Ya que no es posible dar demostración de cualquier asunto y, en no pocas ocasiones, se ha de conformar con invocar la autoridad de la creencia compartida.

¹⁶⁰ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea. Ética Eudemia* (Madrid: Gredos, 1993), VII, 1, 1145b 2-7. Esta cita corresponde a la traducción de Julio Palí Bonet.

¹⁶¹ ARISTÓTELES, *Ética Eudemia*, Trad. Antonio Gómez Robledo (México: UNAM, 1994), I, 1217a 5-20.

Héctor Zagal considera que el método de la ciencia política, que parte de las opiniones comunes, tiene las siguientes características:

- I. Los *endoxa* como puntos de partida del análisis y como argumentos de autoridad.
- II. Recurso a la aporía (procedimiento diaporético).
- III. Utilización del argumento por paradigma (argumento por analogía).
- IV. La flexibilidad metodológica.¹⁶²

Además, Zagal, siguiendo a otros autores, considera que los rasgos del método aristotélico en cuestiones políticas y morales son:¹⁶³

1. Recurso al *edoxon*.
2. Análisis del lenguaje ordinario.
3. Ejercicio dialógico: análisis de las partes y contrapartes, es decir, debate.
4. Experiencia directa.
5. Uso continuo de la analogía.
6. Flexibilidad metodológica.

Para mostrar de una forma más fácil la relación de la metodología aristotélica con el *common law*, se advierte afinidad en las características:

1. Problema y diálogo.

¹⁶² Héctor ZAGAL ARREGUIN, "Argumentación y Método en la *Ética Eudemia*", México, *Tópicos* 7 (1994): 45, http://topicos.up.edu.mx/topicos/wp-content/uploads/2012/12/1994_TOP07_A_Zagal.pdf consultada el 24 de mayo de 2015.

¹⁶³ Cfr. ZAGAL y AGUILAR-ÁLVAREZ, *Límites...*, 7-62.

2. Lenguaje ordinario y educación.
3. *Doxa* y *endoxa*.
4. Conocimiento orientado al hacer que requiere de la analogía.
5. Experiencia y prueba.

La manera en la que son expuestas permite mostrar la tensión e interdependencia existentes entre ellas. Por ejemplo: los *endoxa* son las opiniones de los otros, incluso los del pasado, lo que presupone una cierta instrucción académica; mientras que la analogía implica una flexibilidad metodológica, pues se trata de una ciencia de lo inexacto (doxástica). De forma paralela esto se contrarresta a partir de los límites que implican los conceptos de experiencia y prueba, lo cual está circunscrito por los conceptos de aporía y diálogo, pues a partir de ellos se fijan tanto la materia de discusión como los contendientes.

Debe dejarse en claro que en lo que sigue no se reexamina la metodología aristotélica —tarea exhaustivamente realizada por Héctor Zagal—, sino que se remarca el paralelismo existente entre las metodologías de las dos *Éticas* de Aristóteles y la del *common law*.

4.3.1. PROBLEMA Y DIÁLOGO

Como se vio en los pasajes antes citados de la *Ética Nicomáquea*, cuando Aristóteles señala que procede a “establecer los hechos tal como aparecen y comenzando por plantear la problemática”, está fijando la materia de la discusión como el primer paso de su metodología. Zagal precisa: “La aporía aristotélica es un primer paso para solucionar problemas [...] La exposición aporética lleva a problematizar, a discutir y argumentar. Es una posición abierta. Conduce al lector a plantearse él mismo la pregunta y a observar las

dificultades de una respuesta precipitada”.¹⁶⁴ La aporía implica a su vez, una concepción dialógica de la filosofía aristotélica, pues se trata de un diálogo con otro o consigo mismo. El diálogo aristotélico es una forma de hacer filosofía, pues el discurso enlaza un *logos* que se comparte y se disputa, donde oposición y acuerdo coexisten. Para poder estar en desacuerdo hay que tener muchos acuerdos previos con el otro, lo que implica hacer del otro parte constituyente de la explicación. Asimismo, la demarcación de límites presupone líneas que se comparten.

El paralelismo entre la problematización aristotélica y la del *common law* es claro. De hecho, parece que Aristóteles actuara como un juez fijando la materia del debate, a manera de una especie de *litis*, con el objeto de fijar los hechos materia de prueba en un procedimiento judicial. En otras palabras, lo que Zagal identifica con la aporía se refleja en la idea de litigio o el simple debate, y para ello al menos se requiere de un interlocutor, una contraparte o alguien quien resuelva.

El *common law* participa de igual manera de un diálogo entre los adversarios y el juez, existe una relación de los discursos no solo de los integrantes del proceso, sino también de los otros que sirven como referentes, lo que implicaría varios niveles de diálogo: entre los presentes, los que ya no están y los que están por venir. La decisión judicial mira a las partes presentes, con referencia al pasado y contemplando las consecuencias a futuro.

En realidad, el *common law* está emparentado con la cuestión disputada medieval y ésta es heredera legítima de la dialéctica aristotélica. La argumentación, tal y como se prescribe en los *Tópicos*, es una discusión estrictamente regulada. Las reglas procedimentales y las autoridades que pueden invocarse son el componente esencial de la práctica dialéctica aristotélica.

4.3.2. LENGUAJE ORDINARIO Y EDUCACIÓN

¹⁶⁴ ZAGAL y AGUILAR-ÁLVAREZ, *Límites...*, 21.

Si Aristóteles apela al uso ordinario del lenguaje “acudiendo al significado y uso ordinario de las palabras”,¹⁶⁵ también es una práctica común del *common law*, el buscar la interpretación de los contratos o de las leyes conforme a los usos lingüísticos ordinarios, en el entendido que eso posibilita su cumplimiento.

Por su parte, respecto a la educación como una característica de la argumentación ética, Zagal señala que la “ausencia de un conocimiento de las tradiciones culturales de una comunidad argumentativa pueden hacer que un argumento ético resulte inatento por muy apropiado que resulte desde el punto de vista lógico-formal”.¹⁶⁶ Lo cual tiene su reflejo en la propia acepción de razón artificial utilizada por Coke, la cual requiere, en primer término de largo estudio, como ya se vio de forma reiterada en el capítulo anterior.

Así, el uso de lenguaje ordinario y la dirección a personas instruidas son algunas características de la metodología aristotélica que pueden advertirse en la familia del *common law*. Es decir, se recurre al lenguaje ordinario por medio de eruditos legales, se trata de una tensión que puede advertirse en el propio *Bohman’s Case*.

Si el sentido que impera respecto del lenguaje es el ordinario, no podría concederse autoridad para entender su sentido únicamente al experto legal. Pero si se considera que solo él tiene autoridad para precisar el sentido, entonces cabe preguntarse: ¿Cómo puede obligar una norma que no es comprensible para todos, y cuyo sentido emerge hasta el momento en que el juez resuelve la controversia? La tensión devalúa en cualquiera de sus extremos un sinsentido.

4.3.3. DOXA Y ENDOXA

La ética es un saber doxástico, en oposición a las ciencias duras que son apodícticas, ya que “no es posible alcanzar un saber demostrativo o evidente,

¹⁶⁵ ZAGAL y AGUILAR-ÁLVAREZ, *Límites...*, 9.

¹⁶⁶ ZAGAL y AGUILAR-ÁLVAREZ, *Límites...*, 54-55.

tal es el caso de la producción y la *praxis* [...]. No existen en política las demostraciones apodícticas”.¹⁶⁷

La pretensión de certeza absoluta no es propia del *common law*. Sus integrantes son conscientes de que su familia jurídica no cuadra con un modelo matemático. No en balde sus juristas están habituados a que las interpretaciones mayoritarias coexistan con las minoritarias. Respecto a esto, resulta relevante la cita de Allen:

No podemos, pues, buscar más ‘certeza’ en el derecho casuístico que la que con tanta constancia nos aportan los jueces; la que, enfrentados con problemas y circunstancias de variedad caleidoscópica, pueden razonablemente alcanzar; y por temor de que, esperando demasiado, suframos un desengaño, debería preveérsenos que este grado de certeza es limitado e inconstante. No puede ser de otra manera cuando, como hemos visto, todo el sistema de precedentes debe inevitablemente actuar a través del medio fluctuante y subjetivo de la interpretación. Es necesario aceptar esta advertencia, porque las alegaciones sobre la ‘certeza’ del precedente son, a veces, extravagantes y por tanto engañosas para los estudiantes... Es una inconsecuencia manifiesta exigir al derecho casuístico, una vez, una amplia medida de certeza y a la vez siguiente, una amplia medida de flexibilidad.¹⁶⁸

El *common law* acepta que solo existe la máxima certeza posible que una opinión probable pueda dar.

En términos generales, los *endoxa* aristotélicos son la opinión de otros, bien de la mayoría (aunque descarta la del vulgo), de los doctos o de los poetas. Además, los *endoxa* tienen múltiples justificaciones y funciones dentro de la filosofía de Aristóteles. Por un lado, fijan criterios de relevancia en el debate o sirven como autoridad en la toma de posiciones. Darle un espacio en la discusión a la opinión de los otros es un gesto de virtud aristotélica, puesto que son:

¹⁶⁷ ZAGAL y AGUILAR-ÁLVAREZ, *Límites...*, 7.

¹⁶⁸ ALLEN, *Las fuentes...*, 508

Opiniones que se acercan a la verdad por dos motivos básicos: el primero es que, tanto para alcanzar lo verosímil como para descubrir la verdad, se debe hacer uso de la misma facultad. El segundo de estos motivos es que todo hombre que tiene el poder de enunciar argumentos verosímiles tiene por esto cierta disposición a la verdad.¹⁶⁹

Los *endoxa* aristotélicos forman parte de un estilo de planteamiento y solución de los problemas que se presentan a través de la oposición y adhesión a las opiniones de los otros. Parece que se trata de un eslabón que necesariamente debe incorporarse en la cadena que constituye el mismo estilo aporético, dialógico, académico (aunque con alusiones al lenguaje común) y doxástico. Además, con los *endoxa*, Aristóteles, y todo aquel que los cite, se asegura un lugar en una comunidad que realiza un trabajo intelectual en nombre del deseo de saber.

Aristóteles señala una jerarquización de los *endoxa*: “1. los sabios, 1.1. los filósofos y 1.2. los poetas, y 2. la mayoría”¹⁷⁰. Lo cual también se relaciona con el lenguaje ordinario como una forma de opinión, ya que el “significado de una palabra refleja una serie de convicciones comúnmente aceptadas en una comunidad lingüística”.¹⁷¹

Los *endoxa* en Aristóteles, en su modalidad de la cita de la opinión de los expertos, tendrían su afinidad en los libros de casos. Puesto que es materia de estudio constante siendo una obligación de sus juristas reiterar, en la medida de lo posible, lo dicho por los jueces en los casos previamente resueltos, es decir, la de sus máximos eruditos legales.

Los libros de casos como medio de enseñanza constituyen una vinculación a lo ya dicho por sus venerables jueces, un símbolo de una justicia fiel al pasado. Dominar tal lenguaje y su logística genera una sensación de pertenencia y un orgullo en los juristas del *common law*. Un árbol que ama sus raíces está

¹⁶⁹ Claudia SEGGIARO, “El papel de la opinión de los predecesores en la concepción aristotélica de filosofía en especial en los primeros libros de la *Metafísica*”, *Praxis Filosófica* 38 (enero-junio 2014): 165.

¹⁷⁰ ZAGAL y AGUILAR-ÁLVAREZ, *Límites...*, 38.

¹⁷¹ ZAGAL y AGUILAR-ÁLVAREZ, *Límites...*, 41.

destinado a crecer. En este sentido el padre del *common law* moderno afirmaba:

Y, por tanto, aun cuando todas las inteligencias que se encuentran dispersas en tantas cabezas fueran unidas en una sola, ni aun así, podrían hacer una Ley como la Ley de Inglaterra, porque ésta ha sido creada y corregida a partir de la sucesión en el tiempo de un número infinito de hombres dignos y sabios, que con una gran experiencia la acercaron a la perfección, para el gobierno de este Reino...¹⁷²

Lo que Coke llama experiencia encarnada en sus libros de casos se aproxima a lo que Aristóteles llama *endoxon*. Aunque no todos los *endoxa* aristotélicos serían referencias a las opiniones de los otros como un criterio de autoridad, también sirven para fijar uno de los lados de la aporía. Es decir, implica un concepto más amplio que los libros de precedentes. Asimismo, lo que conllevan tales libros de casos —metodológicamente hablando— es más amplio que el concepto de *endoxa* para Aristóteles.

Los libros de precedentes son más que un tipo de *endoxon*. Los jueces están obligados a resolver, en la medida de lo posible, como ya se resolvió en el pasado, transformando el *endoxon* en Derecho Objetivo. Es decir, se trata más que de simples opiniones que deben ser tomadas en cuenta, ya que existe una suerte de obligación de retomarlas y reproducir su sentido obligatorio.

En el *common law*, el empleo de los *endoxa* es diferente al de Aristóteles. En el proceso fija las partes de la contienda como dos opiniones contrapuestas (atendiendo a la idea de *litis*). Por otra parte, constituye lo dicho por otros jueces al dictar sentencia, como Derecho Objetivo, fijando, además, una estructura metodológica afín a la metodología aristotélica. A continuación se remarcan algunas cuestiones importantes para comprender esta afinidad:

¹⁷² Traducción que se infiere del texto original: “*And therefore if all the reason that is dispersed into so many severall heads were united into one, yet could he not make such a Law as the Law of England is, because by many successions of ages it hath been fined and refined by an infinite number of grave and learned men, and by long experience growne to such a perfection, for the government of this Realme*”. COKE, *The selected...*, vol. II, 701.

- a) Los *endoxa* como pretensión que fija la litis: el *common law* es más cercano a un modelo de contienda, pues se escuchan las opiniones de las contrapartes, a manera de fijar una aporía.
- b) Los *endoxa* de los libros de casos como Derecho Objetivo: desde una diversa perspectiva, los libros de casos también rebasan tanto el concepto de *endoxa* aristotélicos como los ejemplos de los que echa mano para justificar algún argumento. Su función es más amplia porque las sentencias de los casos constituyen materialmente un derecho cuya respuesta debe ser reiterada en el siguiente caso que le guarde similitud. Se trata de un derecho judicial que se estructura a partir del principio de estarse a lo ya decidido (*stare decisis*)¹⁷³.
- c) Los *endoxa* de los expertos que constituyen los libros de casos también tuvieron como consecuencia una estandarización metodológica en el *common law*. Los libros de casos constituyen materialmente una forma de transmisión de la metodología del propio *common law* al establecer como obligación el resolver lo semejante conforme a lo semejante, lo que provocó que tal estilo sea reiterado para poder plantear un problema ante los tribunales o, bien, para que la opinión que se proponga para resolver un caso tenga posibilidad de ser aceptable. Tales libros de casos constituyen el entrenamiento académico que, como discurso, debe reproducirse por quien aspire a ser reconocido como capacitado para estar en el tribunal como parte o como juez. En otras palabras, el entrenamiento académico estructurado a partir de los libros de casos implica que el aprendiz, en orden a ser aceptado como jurista, debe reiterar las mismas estructuras metodológicas aporéticas, dialógicas, doxásticas y analógicas de examen de los hechos como un criterio relevante, flexible, dirigido a la práctica, etcétera.

¹⁷³ Cabe hacer aquí la aclaración que no es materia de esta investigación determinar si el principio estructural del *stare decisis* tiene o no base en la teoría de la Justicia de Aristóteles.

En síntesis, en el *common law*, los libros de los casos recrean el procedimiento deliberativo frente a lo contingente y emergen como Derecho Objetivo. De lo que resulta una superación provisional de la contingencia como el eje del proceso en el tribunal.

Volviendo a los *endoxa*, es cierto que hay conflicto y tomas de posiciones en Aristóteles. Sin embargo, su planteamiento no inicia de cero. Mucho de su discurso parte de discusiones previamente establecidas que genera otras nuevas. Así, el propio pensamiento aristotélico se edifica partiendo del diálogo con otros pensamientos, creando con ello un aparato abocado a la búsqueda del saber, forma de pensar que, en tanto discurso, vive más allá de su autor, pues cobra vida a partir de quien lo invoque. De hecho, los *endoxa* aristotélicos son una manera de ubicar el estado de la cuestión, continuar la búsqueda de la verdad como una tarea de grupo e incorporar sus nuevos planteamientos como puntos de referencia para quienes sigan en la empresa de ser filósofos.

De igual manera, en el *common law* existe continuidad, pues los libros de casos conllevan una transmisión de saberes. Su visión mira al pasado, en cuanto a la decisión y al estilo que debe ser reiterado; al presente, en las pruebas y el acto en sí de resolver; y, al futuro, mediante el criterio que debe reiterarse en lo sucesivo siendo consciente de sus efectos.

- d) Los *endoxa*, como la opinión de la mayoría, tiene un paralelo en el derecho a ser juzgado por sus pares —*trial by jury*—. Además, en el *common law*, los *endoxa* aristotélicos tiene otro símil: el derecho a ser juzgado por un jurado, que es una forma de *endoxa* de la mayoría, los cuales son paralelos a los de los expertos (poetas y filósofos). Asimismo, aunque Aristóteles desecha la opinión del vulgo, se trata de una coparticipación en el gobierno de expertos legales de los ciudadanos legos. Con relación a las materias en las cuales deben ejercer soberanía los hombres libres y la masa de ciudadanos, Aristóteles permite:

Participen en las funciones deliberativas y judiciales. Por eso precisamente Solón y algunos otros legisladores les encargan de las elecciones de magistrados y de la rendición de cuentas, pero no les permiten ejercer individualmente el poder. Pues todos reunidos, tienen suficiente sentido y, mezclados con los mejores, son útiles a las ciudades.¹⁷⁴

Respecto a la versión contemporánea del derecho a ser juzgado por un jurado, Larry May señala que éste toma su decisión de manera independiente de los expertos del sistema de justicia y es un símbolo de ser gobernado por el pueblo, o sea, de justicia democrática.¹⁷⁵

4.3.4. CONOCIMIENTO ORIENTADO AL HACER QUE REQUIERE DE LA ANALOGÍA

El estilo de las *Éticas Nicomáquea* y *Eudemia* no es una cuestión que permita encasillar sus elementos en cajones autónomos y aislados. Se trata, más bien, de elementos interconectados en la profundidad del pensamiento aristotélico, los cuales se implican mutuamente siendo interdependientes. Asimismo, el análisis aristotélico de las *Éticas Nicomáquea* y *Eudemia* es un conocimiento dirigido al hacer, lo que implica que se trata de una ciencia de lo inexacto.

Respecto al *common law* no puede decirse que el vértice a partir del cual se comprende a sí mismo sea un saber teórico al margen de la acción, por el contrario, el proceso tiene como vértice la condición humana. El análisis comienza por los hechos, lo que implica un conocimiento de lo altamente probable, pero no certero, pues la idea misma del proceso como contienda de opiniones encontradas lo excluye. De igual manera, la disidencia judicial, es decir, la ausencia de opiniones unánimes, se manifiesta en que, en los cuerpos

¹⁷⁴ *Pol.* III, XI, 1281b 8.

¹⁷⁵ *Cfr.* Larry MAY, *Global Justice and Due Process* (Nueva York: Cambridge University Press, 2011), Edición Kindle, pos. 4485.

colegiados de jueces, no existe una opinión uniforme en la manera de resolver un caso.

Respecto de la *Ética Eudemia*, como señala Zagal “una característica de la metodología de la *EE* será precisamente la subordinación de la *pístis* apodíctica a la *pístis* operativa”.¹⁷⁶ Misma orientación del *common law*:

Con respecto al Derecho, un evolucionista indudablemente vacilará en atribuir validez universal a sus ideas sociales, o a los principios que considera acreedores a la consagración legislativa; más bien se contentará en demostrar que los mismos son los *mejores* aquí y ahora. Probablemente ha de admitir que nada sabe acerca de un *mejor* absoluto en el cosmos, y que prácticamente nada puede llegar a saber acerca de un *mejor* permanente para la humanidad.¹⁷⁷

La analogía es importante para Aristóteles porque es una forma de hacer filosofía que implica, por sí misma, una actitud flexible frente a las cosas. “Es probable que el momento analógico sea el momento decisivo en el quehacer filosófico y no solo en el ‘acceso’”.¹⁷⁸ Sin dejar de advertir que “la analogía escolástica es una cosa distinta a la proporción aristotélica”.¹⁷⁹ Respecto del concepto de analogía Walter Bruger señala:

Con este término se expresa ante todo la analogía del conocimiento, el cual concibe un ente por su relación con otros distinto. El ser de un ente es, por consiguiente, inferido o al menos aclarado, comparado con otro diferente... La analogía supone que el ser con que se va a hacer la comparación (por lo menos desde el punto de vista de la misma) es más conocido que el otro y que entre ambos hay a la vez coincidencia y diversidad. Sin coincidencia desaparece toda posibilidad de comparación; sin diversidad, la comparación da como resultado una mera repetición de lo mismo sin nueva aclaración. De ahí

¹⁷⁶ ZAGAL ARREGUÍN, “Agumentación y Método...”, 65.

¹⁷⁷ Oliver Wendell HOLMES, *La senda del Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975), 34.

¹⁷⁸ Jorge MORÁN Y CASTELLANOS, “Los momentos metodológicos en Aristóteles” en José Luis RIVERA NORIEGA (ed.), *Ensayos aristotélicos* (México: Publicaciones Cruz-O, 1996), 81.

¹⁷⁹ MORÁN Y CASTELLANOS, “Los momentos...”, 80.

que el conocimiento analógico del ente, gracias a la cual dos o más entes coinciden y al mismo tiempo se distinguen en su ser.¹⁸⁰

En relación con la analogía como forma de trabajo, Aristóteles, en su *Ética Nicomáquea*, libros IV y V, señala que el análisis de la justicia es algo necesariamente proporcional, tomando su símil de la geometría. Además, el estilo con el que analiza las características de la justicia es analógico, haciendo un recorrido de identidades y diferencias. En otras palabras, uno de los textos clave para comprender el concepto de justicia en la historia de la filosofía occidental está construido con base en analogías.

En el *common law*, la analogía es lo que posibilita la aplicación del precedente al caso en controversia, permite examinar si lo que se resolvió en una sentencia previa es aplicable para solucionar la controversia actual. La analogía permite advertir en la existencia de la identidad y la diferencia entre ambos casos, aunque sería inexacto considerarla como la única explicación posible acerca de la importancia de los precedentes.

No obstante las críticas, la analogía es una explicación socorrida acerca de la manera en que son utilizados los precedentes para tomar decisiones en el *common law*:

A mi juicio, la virtud del razonamiento analógico se encuentra en una variedad de beneficios indirectos que pueden resultar cuando los jueces la adoptan como práctica y se consideran obligados a explicar las nuevas decisiones, en términos de la comparación con sus decisiones anteriores, lo que produce una gran cantidad de información para la toma de decisiones. En segundo lugar, las reglas y principios que resultan del razonamiento analógico representan los esfuerzos de colaboración de varios jueces a través del tiempo. En tercer lugar, el razonamiento analógico tiende a corregir los sesgos que, de otro modo, podrían conducir a los jueces a descartar el posible razonamiento que ejerce una fuerza conservadora en la ley: manteniendo el desarrollo del derecho a un

¹⁸⁰ Walter BRUGGER, *Diccionario de filosofía* (Barcelona: Herder 1994), 59.

ritmo gradual, limita el alcance de error y contribuye a la aceptación pública de la ley como una norma de conducta.¹⁸¹

4.3.5. EXPERIENCIA Y PRUEBA

Como ya se señaló en el apartado anterior, el concepto aristotélico de experiencia no es idéntico al de Coke en el *common law*, aunque sí guarda cierta afinidad. Sin embargo, lo que interesa en este apartado es el concepto de los hechos patentes o de la opinión común.

En buena medida el concepto de prueba o de demostración del hecho, como se puede advertir, es neurálgico para el *common law*. Pero lo que parece claro es que Aristóteles no inicia sus reflexiones con la observación de los hechos patentes (aun para una reflexión dirigida al hacer, su vértice no está centrado en el análisis de hechos concretos). Es imposible dejar de ver que para Aristóteles los hechos desvirtuarían la argumentación:

Pues bien, lo relativo a la reproducción de las abejas parece ser de este modo, atendiendo tanto a la lógica como a lo que se desprende de los hechos que parecen relacionados con ellas. Sin embargo, al menos los hechos no son suficientemente conocidos, y si alguna vez se conocieran, entonces **habrá que fiarse más de los sentidos que de los argumentos; de éstos, si demuestran que concuerdan con los datos aparentes.**¹⁸²

¹⁸¹ Traducción ofrecida de la cita original: “...In my view, the virtue of analogical reasoning lies in a variety of indirect benefits that are likely to result when judges adopt it as a practice and consider themselves obliged to explain new decisions in terms of their comparing prior decisions produces a wealth of data for decision making. Second, the rules and principles that result from analogical reasoning represent the collaborative efforts of a number of judges over time. Third, analogical reasoning tends to correct biases that might otherwise lead judges to discount the likelihood reasoning exerts a conservative force on law: by holding the development of law to a gradual pace, it limits the scope of error and contributes to public acceptance of law as a standard of conduct”. Emily SHERWIN, “A defense of analogical reasoning in law”, *Cornell Law Faculty Publications* 840 (1999): 1186.

¹⁸² ARISTÓTELES, *Reproducción de los animales*, Trad. Ester Sánchez (Madrid: Gredos 1994), III, 760b 25-30. Se agregan negritas y subrayado.

Lo que llama la atención es que la forma en que los hechos son invocados está determinada por las aporías, que a su vez se circunscriben por los *endoxa*, respecto de las cuales se establece una comunicación dialógica.

En el tratamiento del problema de la *akrasia*, Aristóteles no analiza un hombre concreto observándolo, no se advierte el estudio de un hecho concreto en el cual el Estagirita interroga al incontinente acerca del por qué hace las cosas o por qué para la *polis* debe ser castigado. Cuando establece las razones por las cuales su conducta es reprochable, no hay un análisis directo de la conciencia del incontinente. Si bien no se trata de un problema central para Aristóteles, sus repercusiones para los aparatos de justicia permanecen, pues la justificación del castigo radica en que el sujeto criminal es responsable por los delitos cometidos estando bajo los efectos del alcohol, no obstante se nubla su entendimiento y conozca que su conducta no es en sí misma delictiva.

Además, por si fuera poco, y al margen de la estructura metodológica de Aristóteles, y solo para dejar constancia de su influencia, la idea misma de equidad sirve de nombre a una clase de tribunales en el *common law*:

La notoria influencia del derecho continental en nuestros tribunales de equidad ha sido muy controvertida. Sin embargo, no hay duda que para la población civil, la equidad inglesa debe mucho a los canonistas romanos, desde que los primeros cancilleres ingleses eran eruditos hombres de iglesia. (Bentham, creo que fue quien dijo que la equidad inglesa había sido una importación del espíritu eclesiástico). St. Germain en su texto del siglo XVI: *El Doctor y el Estudiante*, influenciado, por Gerson, un canónico continental, influyó en la forma de entender la equidad. Entonces, por medio de Tomás de Aquino y otros, las ideas de Aristóteles acerca de la equidad, llegaron hasta nosotros.¹⁸³

¹⁸³ Traducción directa del texto original: "The extent of the influence of civil law on our equity has been much disputed. Yet no one doubts that, to the civilians, English equity owed much by way of the Romanized canonists, since the early English chancellors were learned churchmen. (Bentham, I think it was who said that English equity had been imported on ecclesiastical bottoms.) Later, St. Germain's early sixteenth century Doctor and Student, influenced by Gerson, a continental canonist, affected English equity thinking. Thus, via Aquinas and others, Aristotle's ideas about equity came down to us". Jerome FRANK, "Civil law influences on the common law. Some reflections on 'comparative' and 'contrastive' law", *University of Pennsylvania Law Review* 7, vol. 104 (mayo 1956): 894, en

4.4. ACLARACIONES RESPECTO DE LA FAMILIA JURÍDICA DE DERECHO CONTINENTAL.

Únicamente con afanes explicativos, puesto que una posible respuesta a la hipótesis de la tesis ha quedado varias líneas atrás, conviene señalar que la familia jurídica de derecho continental también comparte algunos puntos de los anteriormente señalados: el planteamiento del problema, la prueba y la referencia endoxástica, —aunque esta última refiere en términos generales a la academia—. De lo que resulta que la referencia a un Derecho Objetivo no comparte la misma relación que con el *common law*, porque la referencia a normas específicas tiene fuerza y vinculación, lo cual es diferente al concepto de *endoxa* aristotélico.

Los juristas de la familia jurídica de derecho continental asumen que sus sistemas de justicia cuentan con características de exactitud, universalidad y sistematicidad, lo que es antagónico a la pretensión doxástica, flexible, analógica, orientada a la experiencia y prueba, propias de la logística aristotélica y que por sí mismas cuestionan las estructuraciones teóricas de la referida familia de derecho continental.

Sin embargo, el análisis de lo anterior está fuera de los planteamientos originales y ni por afanes explicativos es posible abordarlos, pues implica un trabajo autónomo en el que se analicen tanto las bases de la manera de entender el mundo como juristas de la familia jurídica del derecho continental, así como la manera en la que se construye su ciencia jurídica a partir de la cual comprenden su Derecho Objetivo.

Un análisis de tal complejidad implica herramientas de antropología, comunicación y sociología de la educación jurídica ajenos a este trabajo. Lo que hay que reconocer es que puede ser un camino para optimizar los aparatos de justicia a partir del mejoramiento de las estancias académicas de los juristas, con conocimientos encaminados a desarrollar destrezas en las que

http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7487&context=penn_law_review
(consultado el 22 de octubre de 2015).

el alumno sepa si, bajo un contexto determinado, el aparato de justicia puede brindar un satisfactor.

5. Conclusiones generales

El objetivo de esta investigación era determinar si el concepto de experiencia que utiliza Coke, para justificar tanto los libros de casos como el monopolio hermenéutico a cargo de la judicatura, es compatible con el de Aristóteles. Después del desarrollo de todo este trabajo, se puede concluir que la respuesta es negativa: el concepto de experiencia de Coke es diferente al de Aristóteles.

Esta investigación muestra que el modelo aristotélico de experiencia, aun descontextualizado, incide en el ejercicio del poder al legitimar y validar el monopolio hermenéutico de la justicia que ostenta la judicatura.

Para dar contestación a la hipótesis se desarrollaron diversos apartados:

1. Plano de derecho comparado: muestra los conceptos generales acerca de la tradición jurídica de Occidente.
2. Plano histórico: John Marshall y Edward Coke.
3. Plano filosófico: expone el concepto aristotélico de experiencia.

En el primer capítulo se expuso que la tradición jurídica de Occidente es el conjunto de características comunes que comparten las familias jurídicas del *common law* y del derecho continental, cuyas características comunes son: la autonomía, la credencialización y la relación con el poder del estado. Asimismo, se precisaron las características principales que diferencian al *common law* del derecho continental; el primero se centra en el principio de *stare decisis* y en la figura clave del juez. Mientras que el segundo tiene como principio la ley codificada como Derecho Objetivo, herencia de su racionalismo jurídico y, como personaje clave, al erudito legal. Por último, se precisa el concepto de trasplante jurídico como una copia de Derecho Objetivo de un sistema de justicia a otro. Y el de trasplante conceptual como la utilización, en la tradición jurídica de Occidente, de conceptos provenientes de otras áreas del conocimiento —como la filosofía, la teología o la sociología— al margen de su

contexto. Lo anterior fue necesario para entender la expansión de la revisión judicial y la manera tácita en la que Marshall echa mano de lo planteado por Coke.

En el capítulo dos, dadas las circunstancias políticas en los Estados Unidos a principios del siglo XIX, se expone la controversia *Marbury vs. Madison*. Donde John Marshall desestima la pretensión por estar sustentada en una disposición que consideró no aplicable en tanto era contraria a su Constitución. Este asunto se retoma porque sirve de base para justificar la revisión judicial como el medio más socorrido de control constitucional a cargo de la judicatura y que posteriormente evoluciona en un sistema de control encomendado a tribunales internacionales. Además, si bien Marshall no invoca a Coke en su sentencia, lo cierto es que pertenece a una tradición en la que se conocen sus tratados, donde se encuentra el embrión del control constitucional a cargo de la judicatura.

El capítulo tres está centrado en el mítico juez Edward Coke, quien, en las *Prohibitions del Roy*, se opone al rey Jacobo I señalando que el intérprete autorizado es el juez porque cuenta con experiencia. Argumento que retoma en el caso del doctor Bonham, donde declara la no aplicación de una disposición normativa por considerar que iba en contra del *common law*. Asimismo, se señala que el concepto clave de Coke es de *razón artificial*, con el que justifica un monopolio hermenéutico a cargo de la judicatura. A lo largo de su obra, al explicar su visión acerca de la experiencia, Coke alude al cúmulo de asuntos que se encuentran contenidos en sus *Books of Authority* y, para legitimar su erudición, invoca una cita de Aristóteles referente a la experiencia como el conocimiento de lo particular.

En el penúltimo capítulo, para examinar la consistencia en el manejo del concepto de experiencia de Coke, se expuso la noción aristotélica de experiencia. Remarcando que, si bien se trata de un conocimiento reiterado de lo singular, es un conocimiento intransferible. Una lectura conjunta de la *Metafísica* y de los *Analíticos Segundos* muestran que la experiencia es el resultado de la memoria de la misma cosa que no puede legar el experto, es decir, no puede enseñarse. En consecuencia, las concepciones acerca de

experiencia de Aristóteles y Coke no son iguales, aunque de su análisis pudo advertirse cierta afinidad metodológica entre el Estagirita y el *common law*.

Alrededor de lo anterior, pueden encontrarse algunas consecuencias prácticas acerca de los orígenes estructurales del déficit de los sistemas de justicia que se remarcan a continuación.

La cuestión subyacente es que la familia jurídica del derecho continental, en su aspecto de racionalismo jurídico, excluye a Aristóteles, para quien el conocimiento y la destreza no se conciben sin la experiencia, lo cual es antagónico a la concepción moderna de la justicia. El problema entonces es que, *de facto*, esta familia opera con dos modelos de comprensión de la ley y de su destreza mutuamente excluyentes.

La importación forzada de la revisión judicial a los sistemas de justicia de corte codificado implica la coexistencia de dos maneras distintas de entender la interpretación, pues según el racionalismo jurídico, base del derecho codificado, todo ciudadano puede comprender la ley sin ningún obstáculo, lo que justifica el ejercicio de la violencia contra los súbditos. Mientras que, en la concepción de Coke, el último autorizado para interpretar la ley debe ser el erudito legal. Lo anterior puede resumirse en la siguiente paradoja: todo mundo puede interpretar la ley, pero la interpretación que importa para el propio sistema de justicia es la del profesional del derecho. Por ello, aunque la modernidad promete una ley comprensible en sí misma, lo cual generaría una inevitable fuga de legitimidad del sistema de justicia, dicha promesa es imposible de cumplir. Esto es clave para entender uno de los puntos que más debilitan la legitimidad social de cualquier estructura gubernamental.

Una vez que la hipótesis de la tesis se ha respondido en forma negativa, las conclusiones se inclinan a reflexionar acerca de las implicaciones que el concepto de experiencia aristotélico genera para la tradición jurídica de Occidente. Para ello se señalará, en términos aristotélicos, la condición para que alguien sea considerado experto en el arte del derecho. Esto es relevante porque muestra una veta de investigación acerca de una de las causas del déficit en la formación de los profesionales de la referida tradición jurídica de Occidente y, por ende, del desempeño de sus aparatos de justicia.

Para dar claridad al lector sobre la aplicación del concepto de *experiencia* aristotélica en la tradición jurídica de Occidente, se señalarán algunos ejemplos con fines meramente ilustrativos.

En primer lugar, imagínese que un alumno tiene diversas maneras de aprender a cocinar: en un estilo, el alumno empieza aprendiendo los conceptos de cocina, cubertería, estufa, refrigerador y los diversos tipos de alimentos: carnes, vegetales, frutas. Su aprendizaje se centra en tener conceptos de la esencia de las cosas, cómo se clasifican, qué excepciones hay y las diversas interpretaciones de la cocina. Este sería el estilo del derecho continental.

En el otro lado del canal, en la familia jurídica del *common law*, el alumno empieza leyendo relatos de cocineros que están interesados en hacer comida siguiendo una receta de cocina. En ese sentido, estarían leyendo una narración acerca de los ingredientes necesarios, por ejemplo, para un *risotto*: un determinado tipo de arroz (arbóreo), un fondo, mantequilla, determinados tiempos de cocción y temperaturas. Es decir, estarían encaminados a leer sobre la experiencia de otros acerca de cómo hacer un alimento.

Ninguno de estos dos estilos sería la manera en la que Aristóteles entendía la educación jurídica de aquellos que pretendan integrarse al aparato de justicia. Para el maestro del conquistador de Persia el eje es la *phrónesis* y solo es posible ser justo haciendo actos de justicia. Ahora bien, ¿qué implicaciones tendría tomarse hasta sus últimas consecuencias a Aristóteles para la tradición jurídica de Occidente?

La educación jurídica de los sistemas de justicia implicaría sobre todo el acreditamiento a partir de la demostración de la habilidad. En otras palabras, si ser justo implica hacer actos de justicia, la repetición de un conocimiento que se contempla a sí mismo como no contingente no puede ser un acto de justicia, porque la justicia está subsumida en el dominio de la *phrónesis*,¹⁸⁴ la cual tiene su ámbito en lo contingente. De lo contrario, sería suponer que el eje de la

¹⁸⁴ “Así como hay una perfección del arte, no hay una perfección de la prudencia” y “Es, por tanto, evidente que la prudencia es una virtud y no un arte. Siendo dos las partes del alma dotadas de razón, la prudencia podría ser la virtud de una de ellas, a saber, de la que es apta para opinar, ya que la opinión versa sobre lo que puede ser de otra manera, como también la prudencia”. ARISTÓTELES, *EN VI*, 5, 1140b 20-25.

natación es su teoría, es decir, es innegable su conveniencia, pero solo se aprende a nadar, nadando.

Esto es un cambio para la *paideia* de los sistemas de justicia, porque permite advertir una de las causas de sus déficits operativos: el acreditamiento de profesionales sin experiencia en sentido aristotélico.

Los sistemas de justicia pertenecientes a la familia del derecho continental enseñan centrándose en conceptos, definiciones, clasificaciones, referencias a la multiplicidad de variantes conceptuales, clasificatorias y variantes interpretativas, pero distantes de la actuación concreta de la creación normativa, bien sea genérica o individual. Ello los vuelve menos aptos para generar profesionales diestros en el uso del aparato de justicia, más allá de la reiteración discursiva de los propios contenidos didácticos que los validan como juristas.

En el *common law*, el aprendizaje del derecho está direccionado al estudio de los precedentes —planteados ya sea como paradojas o en forma lineal— que se reproducen como Derecho Objetivo a través de analogías, lo que los aleja poco de los actos operativos que se esperan del sistema de justicia. Sin embargo, tampoco cumplen con los requisitos que marca Aristóteles para contar con una virtud. Seguir y conocer lo concreto ciertamente les da una ventaja para un uso posterior del aparato de justicia, pero tal educación se queda corta, porque si se sigue a Aristóteles, solo pueden ser considerados como justos aquellos quienes practican la justicia; de esta manera, solo podría ser jurista aquel que maneja la maquinaria del sistema de justicia.

Desde su acorazada sobriedad, Aristóteles lanza un reproche contra los sofistas, pues el mero conocimiento teórico, por sí mismo, no puede asegurar una buena práctica.

En una diversa perspectiva, lo que materialmente hacen los libros de casos es reproducir no solo un Derecho Objetivo, sino un estilo de trabajo, una metodología que guarda similitud, pero no identidad, con la del Estagirita en sus *Éticas*.

Finalmente, más que cerrar con una conclusión negativa, se abren rutas para la optimización de los aparatos de justicia a partir de su *paideia*. Aparatos de justicia que reconozcan su dialogicidad, doxicidad, endoxicidad, aporía, flexibilidad metodológica y que se centren en los hechos por la experiencia de la *phrónesis*, lo que establecería un puente que logre poner a prueba la efectividad del aparato de justicia como un medio para obtener satisfactores que coexistan de forma indisolublemente amalgamada con otros sistemas de control social.

BIBLIOGRAFÍA

- ALLEN, Carleton Kemp. *Las fuentes del derecho inglés*. Traducido por Antonio Ortíz García. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1969.
- ALONSO, Martín. *Enciclopedia del idioma. Diccionario histórico y moderno de la lengua española (siglos XII al XX). Etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano*. México: Aguilar Ediciones, 1998.
- ALSTYNE, William W. Van. «A critical guide to Marbury v. Madison». *Duke Law Journal* 1, enero 1969.
- American History From Revolution to Reconstruction and beyond*. s.f. <http://www.let.rug.nl/usa/biographies/john-marshall> (último acceso: 30 de marzo de 2014).
- ANÓNIMO. *Gilgamesh o la angustia por la muerte (poema babilonio)*. Traducido por Jorge Silva Castillo. México: El Colegio de México, 2015.
- ARISTÓTELES. *Ética eudemia*. Traducido por Antonio Gómez Robledo. México: UNAM, 1994.
- . *Ética nicomáquea*. 3ra Edición. Traducido por Antonio Gómez Robledo. México: UNAM, 2012.
- . *Ética nicomáquea. Ética eudemia*. Traducido por Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 1993.
- . *Metafísica. Edición trilingüe*. 2da Edición. Traducido por Valentín García Yebra. Madrid: Gredos, 1987.
- . *Política*. Traducido por Manuela García Valdés. Madrid: Gredos, 2008.
- . *Problemas*. Traducido por Ester Sánchez Millán. Madrid: Gredos, 2004.
- . *Reproducción de los animales*. Traducido por Ester Sánchez. Madrid: Gredos, 1994.
- . *Tratados de lógica (Órganon) II. Sobre la interpretación. Analíticos primeros. Analíticos segundos*. Traducido por Miguel Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1995.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Traducido por Juan Antonio De las Casas. Madrid: Alianza, 2004.
- BERLIN, Isaiah. *El estudio adecuado de la humanidad. El erizo y la zorra. Ensayo sobre la visión histórica de Tolstoi*. Edición Kindle. Traducido por Francisco González Aramburo y María Antonia Neira. México: FCE, 2014.
- BERMAN, Harold J. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*. Traducido por Mónica Utrilla de Neira. México: FCE, 2001.
- . *Law and revolution II. The impact of the protestant reformations on the Western legal tradition*. Edición Kindle. Estados Unidos: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.
- La Sagrada Biblia*, Traducido por Félix Torres Amat, Colombia: Rezza Editores, 1998.
- BICKEL, Alexander. *The least dangerous branch*. Nueva York: Yale University Press, 1986.

- BLACKSTONE, William. *Blackstone's commentaries with notes of reference, to the Constitution and laws, of the federal government of the United States; and of the Commonwealth of Virginia*. Editado por St. George Tucker, 6 volúmenes, Nueva Jersey: The Lawbook Exchange, 1996.
- BODINO, Juan. *Los seis libros de la república*. Traducido por Pedro Bravo. Caracas: Instituto de Estudios Políticos/ Universidad Central de Venezuela, 1966.
- BOYER, Allen D. *Sir Edward Coke and the Elizabeth age*. Stanford: Stanford University Press, 2003.
- BRAVO AGUILAR, Nauhcatzin Tonatiuh. «Revisión Judicial: el origen de un poder no concedido expresamente en la Constitución de los Estados Unidos de América». *Reforma Judicial* 9, enero-junio 2007.
- BRUGGER, Walter. *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Herder, 1994.
- BRUNDAGE, James A. *The medieval origins of the legal profession, canonists, civilians, and courts*. Chicago: The Chicago University Press, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La justicia constitucional (Estudios de Derecho Comparado). Tomo I*. México: Facultad de Derecho/UNAM, 1987.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Historia del derecho natural. Un ensayo*. México: UNAM, 1999.
- COKE, Edward. *The reports of Sir Edward Coke: in thirteen parts*. Nueva Jersey: The Lawbook Exchange, 2003.
- . *The selected writings of Sir Edward Coke. Vol. I y II*. Indianapolis: Liberty Fund, 2003.
- COLLINS, Randall. *La sociedad credencialista. Sociología histórica de la educación y de la estratificación*. Traducido por Ricardo Lezcano. Madrid: Akal, 1989.
- CORWIN, Edward S. «The "Higher law" background of American Constitution». *Harvard Law Review*, vol. XLII, diciembre 1928.
- DAHL, Robert. *Democracy and its critics*. Nueva York: Yale University Press, 1991.
- DRINKER BOWEN, Catherine. *The lion and the throne. The life and times of Sir Edward Coke*. Nueva York: Little, Brown and Company, 1984.
- DURÁN GUDIOL, Antonio. «El rito de la coronación del rey en Aragón». s.f. <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/652092.pdf> (último acceso: 29 de agosto de 2015).
- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Edición Kindle. Nueva York: Cambridge University Press, 2008.
- EIMERIC, Nicolau y Francisco PEÑA. *El manual de los inquisidores*. Traducido por Luis Sala-Molins y Francisco Martín. Barcelona: Colección Herejía, 1983.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La evolución de la justicia constitucional*. Madrid: Dykinson-Constitucional, 2013.

- FLORIS MARGADANT, Guillermo. *La segunda vida del Derecho Romano*. México: Miguel Ángel Porrúa, 1986.
- FRANK, Jerome. «Civil law influences on the common law. Some reflections on "comparative" and "contrastive" law», *University of Pennsylvania Law Review* 7, vol. 104, mayo 1956.
- GARNER, Bryan A. *Blacks law dictionary*. 7ª edición. Saint Paul, Minnesota: West Group, 1999.
- GIERKE, Otto Von. *Teorías políticas de la Edad Media*. Traducido por Piedad García Escudero. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- GUTHRIE, William Keith Chambers. *Historia de la filosofía griega III. Siglo V. Ilustración*. Madrid: Gredos, 1994.
- HALL, Kermit L. *The Oxford companion to the Supreme Court of the United States*. Nueva York: Oxford, 2005.
- HAMILTON, Alexander, James MADISON y John JAY. *El federalista*. Traducido por Gustavo R. Velasco. 2ª edición. México: Fondo de Cultura Económica, 1957.
- HAN, Tomislav. *The transformation of aristotelian political epistemology in eighteenth century American constitutional discourse*. Lewiston/Nueva York: The Edwin Mellen Press, 2003.
- HASTINGS, Lyon (ed.). *Edward Coke. Oracle of the law*. Cambridge: Miffin Houghton Company, 1929.
- HEAD, John Warren. *Great legal traditions. Civil law, common law and chinese law in historical and operational perspective*. Durham: Carolina Academic Press, 2011.
- HILL, Christopher. *Los orígenes intelectuales de la revolución inglesa*. Traducido por Alberto Nicolás. Barcelona: Crítica, 1980.
- HOLMES, Oliver Wendell. *La senda del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1975.
- The Honourable Society of the Inner Temple*. s.f. <http://www.innertemple.org.uk/>, (último acceso: 2 de septiembre de 2014).
- ITURRALDE SESMA, Victoria. *El precedente en el common law*. Madrid: Civitas, 1995.
- JAEGER, Warner. *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*. Traducido por A. Truyol y Serra. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1953.
- JAEGER, Werner. *Cristianismo primitivo y paideia griega*. Traducido por Elsa Cecilia Frost. México: FCE, 1998.
- JENOFONTE. *Helénicas*. Traducido por Orlando Guntiñas Tuñón. Madrid: Gredos, 2000.
- JONSEN, Albert R., y Stephen Edelston TOULMIN. *The abuse of casuistry. A history of moral reasoning*. California: University of California Press, 1989.
- Jurispedia. El derecho compartido*. s.f. http://es.jurispedia.org/index.php/Corpus_luris_Civilis (último acceso: 22 de mayo de 2014).

- JUSTINIANO. *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Tomo I*. Traducido por Idelfonso L. García del Corral. Valladolid: Lex Nova, s.f. Edición facsímil de la del traductor editada en Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1889.
- KANTOROWICZ, Ernest H. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teoría política medieval*. Traducido por Susana Aikin Araluce y Rafael Blánquez Godoy. Madrid: Akal, 2002.
- KOSCHAKER, Pablo. *Europa y el Derecho Romano*. Traducido por José Santa Cruz Tejeiro. Madrid: Editorial Revista de Derecho Romano, 1955.
- LORENZO, José María de. «El ejercicio de la abogacía en Inglaterra y Gales. *Solicitors y Barristers*». *Miramar Internacional* en <http://www.icamalaga.es/portalMalaga/archivos/ficheros/1299508049900.pdf>. (último acceso: 2 de septiembre de 2014).
- LOUGHLIN, Martin. *Foundations of public Law*. Edición Kindle. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Historic US Supreme Court Decision. Marbury v. Madison*. Edición Kindle. LandMark Publications, 2011.
- MAY, Larry. *Global justice and due process*. Edición Kindle. Nueva York: Cambridge University Press, 2011.
- MORÁN Y CASTELLANOS, Jorge. «Los momentos metodológicos en Aristóteles». En *Ensayos aristotélicos*, de José Luis RIVERA (ed.). México: Publicaciones Cruz O, 1996.
- NELKEN, David y Johannes FEEST (eds.). *Adapting legal cultures*. Portland: Hart Publishing, 2001.
- OWEN, Guilym Ellis Lane. *Logic, science and dialectic: collected papers in greek philosophy*. Nueva York: Cornell University Press, 1986.
- PARICIO SERRANO, Javier y Alejandrino FERNÁNDEZ BARREIRO. *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1997.
- PATTERSON, Perry. «James Madison and Judicial Review». *California Law Review* 1, vol. 28, noviembre 1939.
- PLATÓN. *Leyes. Diálogos.VIII. Leyes (Libros I-VI)*. Traducido por Francisco Lisi. Madrid: Gredos, 1999.
- RADBRUCH, Gustav. *El espíritu del derecho inglés*. Traducido por Juan Carlos Peg Ros. Madrid: Marcial Pons, 2001.
- SALISBURY, Juan de. *Policraticus*. Traducido por Matías García Gómez. Madrid: Editora Nacional, 1984.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la Constitución*. Traducido por Manuel Sánchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998.
- SCHWARTZ, Bernard. *Algunos artifices del derecho norteamericano*. Traducido por Rubén Laporte. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1985.

- SEGGIARO, Claudia. «El papel de la opinión de los predecesores en la concepción aristotélica de filosofía en especial en los primeros libros de la Metafísica». Cali, *Práxis Filosófica* 38, enero-junio 2014.
- SGARBI, Marco. *The aristotelian tradition and the rise of british empiricism. Logic and epistemology in the British Isles (1570-1689)*. Edición Kindle. Nueva York: Springer, 2013.
- SHERWIN, Emily. «A defense of analogical reasoning in law». *Cornell Law Faculty Publications* 840, 1999.
- SIEGEL, Stephen A. «The Aristotelian Basis of English Law. 1450-1800». *New York University Law Review* 18, vol. LVI, 1981.
- STEIN, Peter. *El Derecho Romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Traducido por César Hornero Méndez y Armando Romanos Rodríguez. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2001.
- TEJEDA, Francisco Elías de. *Las doctrinas políticas en la baja Edad Media Inglesa*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1946.
- THAYER, James Bradley. «Origins and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law». *Harvard Law Review*, vol. VII, 1893.
- THORNE, S.E. «Dr. Bonham's Case». *The Law Quartely Review*, vol. CCXVI, 1938.
- ULLMAN, Walter. *Principios de gobierno y política de la Edad Media*. Traducido por Graciela Soriano. Madrid: Editorial Revista de Occidente, 1971.
- . *The medieval idea of Law as represented by Lucas de Penna. A study in fourteenth century legal scholarship*. Edición Kindle. Estados Unidos: Routledge Revivals, 2010.
- WALDRON, Jeremy. «The core of the case against judicial review». *The Yale Law Journal* 115, 2006,
http://cddl.fsi.stanford.edu/sites/default/files/waldron_core_of_the_case_against_judicial_review.pdf (último acceso: 14 de julio de 2015).
- WATSON, Alan. *Legal transplants. An approach to comparative law*. Atenas: The University of Georgio Press, 1993.
- WECKMANN, Luis. *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*. México: FCE, 1993.
- WOOD, Gordon S. «The origins of judicial review revisited, or how the Marshall Court made more out of less”, ». *Washington & Lee Law Review* 3, vol. 56, junio 1999.
- ZAGAL ARREGUÍN, Héctor. «Argumentación y Método en la Ética Eudemia». *Tópicos* 7, 1994 en http://topicos.up.edu.mx/topicos/wp-content/uploads/2012/12/1994_TOP07_A_Zagal.pdf (último acceso: 24 de mayo de 2015).
- . *Felicidad, placer y virtud. La vida buena según Aristóteles*. México: Ariel, 2013.
- ZAGAL ARREGUÍN, Héctor, y Sergio AGUILAR ÁLVAREZ BAY. *Límites de la argumentación ética en Aristóteles. Lógos, physis y éthos*. México: Publicaciones Cruz O, 1996.

ZAPATA LARRAÍN, Patricio. *La jurisprudencia del tribunal constitucional*. Santiago: Corporación Tiempo, 1994.

ZWEIGERT, Konrad, y Hwin KÖTZ. *Introducción al derecho comparado*. Traducido por Arturo Aparicio Vázquez. México: Oxford, 2008.