



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE ECONOMÍA

¿ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO COMPATIBLE CON EL
DERECHO MEXICANO?

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN ECONOMÍA

PRESENTA:

EDER ARMANDO GONZÁLEZ CASTILLO

ASESOR:

LIC. FODEL JAMIT SIMENTAL

CIUDAD UNIVERSITARIA, CD. MX., NOVIEMBRE 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.

DEDICO ESTE TRABAJO:

A MIS PADRES, IRMA VILLAVICENCIO DELGADILLO Y JESÚS CASTILLO ZÁRATE.

A MI FAMILIA.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

AGRADECIMIENTOS.

A los profesores, Gabriel Mosqueda Pérez, José Alberto Reyes de la Rosa, Gilberto Javier Ruiz López, Zirahuén Villamar Nava, Manuel Morales Hernández, Miguel Cervantes Jiménez y Emilio Sacristán Roy †, quienes día a día con sabiduría, conocimientos y mucha dedicación, impulsan con sus cátedras el desarrollo de la Economía en las aulas de mi querida Facultad. En lo personal, no sólo aprendí de ellos los principios técnicos de la Economía, asimismo me enseñaron a amar la noble profesión de economista.

Además, a parte del anterior agradecimiento, le doy uno especial a los profesores, Miguel González Ibarra, Fodel Jamit Simental, Natividad Vargas Cruz, Gustavo Zavaleta Hurtado y Miguel Ángel Jiménez Vázquez, por haberme orientado y aportado sus observaciones y críticas constructivas en la elaboración de este trabajo y por aceptar ser sinodales en mi examen profesional.

A mi novia, Alba, que me motivó a terminar este trabajo y me ayudó a revisarlo todas las veces que se lo solicité, sacrificando para ello valiosas horas de merecido descanso.

Y finalmente, a mis amigos, Gonzalo Ramírez Fajardo, Michel Cecilia Murillo Loeza y Jessica Pérez González, junto a los que pasé, los que considero por lo menos hasta ahora, los mejores años de mi vida al tener la oportunidad de estudiar junto a ellos en esta magnífica institución que es la Universidad Nacional.

Eder Armando González Castillo

Ciudad Universitaria, Cd. Mx., noviembre de 2016



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECCIÓN GENERAL DE
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
P R E S E N T E .**

Me permito informar a Usted, que de acuerdo a los Artículos 19 y 20, Capítulo IV del Reglamento General de Exámenes, he leído en calidad de Sinodal, el trabajo de **tesis** que como prueba escrita presenta el (la) **C. Eder Armando González Castillo**, bajo el siguiente título “**¿Es el análisis económico del derecho compatible con el derecho mexicano?**”. En tal virtud, considero que dicho trabajo reúne los requisitos para su réplica en examen profesional.

A t e n t a m e n t e

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Miguel González Ibarra'.

Mtro. Miguel González Ibarra.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECCIÓN GENERAL DE
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
P R E S E N T E .**

Me permito informar a Usted, que de acuerdo a los Artículos 19 y 20, Capítulo IV del Reglamento General de Exámenes, he leído en calidad de Sinodal, el trabajo de **tesis** que como prueba escrita presenta el (la) **C. Eder Armando González Castillo**, bajo el siguiente título “**¿Es el análisis económico del derecho compatible con el derecho mexicano?**”. En tal virtud, considero que dicho trabajo reúne los requisitos para su réplica en examen profesional.

Atentamente

Lic. Fodel Jamit Simental.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECCIÓN GENERAL DE
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
P R E S E N T E .**

Me permito informar a Usted, que de acuerdo a los Artículos 19 y 20, Capítulo IV del Reglamento General de Exámenes, he leído en calidad de Sinodal, el trabajo de **tesis** que como prueba escrita presenta el (la) **C. Eder Armando González Castillo**, bajo el siguiente título “**¿Es el análisis económico del derecho compatible con el derecho mexicano?**”. En tal virtud, considero que dicho trabajo reúne los requisitos para su réplica en examen profesional.

Atentamente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Natividad Vargas Cruz', with a small checkmark at the end.

Lic. Natividad Vargas Cruz.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECCIÓN GENERAL DE
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
P R E S E N T E .**

Me permito informar a Usted, que de acuerdo a los Artículos 19 y 20, Capítulo IV del Reglamento General de Exámenes, he leído en calidad de Sinodal, el trabajo de **tesis** que como prueba escrita presenta el (la) **C. Eder Armando González Castillo**, bajo el siguiente título “**¿Es el análisis económico del derecho compatible con el derecho mexicano?**”. En tal virtud, considero que dicho trabajo reúne los requisitos para su réplica en examen profesional.

A t e n t a m e n t e

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'M. Jiménez Vázquez'.

Lic. Miguel Ángel Jiménez Vázquez.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

**LIC. IVONNE RAMÍREZ WENCE
DIRECCIÓN GENERAL DE
ADMINISTRACIÓN ESCOLAR
P R E S E N T E .**

Me permito informar a Usted, que de acuerdo a los Artículos 19 y 20, Capítulo IV del Reglamento General de Exámenes, he leído en calidad de Sinodal, el trabajo de **tesis** que como prueba escrita presenta el (la) **C. Eder Armando González Castillo**, bajo el siguiente título “**¿Es el análisis económico del derecho compatible con el derecho mexicano?**”. En tal virtud, considero que dicho trabajo reúne los requisitos para su réplica en examen profesional.

Atentamente

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Gustavo Zavaleta Hurtado", written over a large, faint circular stamp or watermark.

Mtro. Gustavo Zavaleta Hurtado.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.....	19
CAPÍTULO I. ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?	25
I.1. LOS DIFERENTES ENFOQUES DEL AED.....	25
I.1.1. LA CORRIENTE NEOINSTITUCIONAL.	26
I.1.2. LA CORRIENTE DE LA ELECCIÓN PÚBLICA.	27
I.1.3. LA CORRIENTE DE LOS ESTUDIOS DE LA CRÍTICA JURÍDICA.	29
I.2. LA CORRIENTE TRADICIONAL DEL AED.	32
I.2.1. DEFINICIONES DEL AED EN LA LITERATURA SOBRE EL TEMA.	32
I.2.2. ¿A QUÉ SE REFIEREN CON “ECONOMÍA” LOS PROMOTORES DEL AED?	34
I.2.3. ¿DE QUÉ MANERA CONCIBEN EL DERECHO LOS PROMOTORES DEL AED?	39
I.2.4. LA APLICACIÓN DEL AED MÁS ALLÁ DEL ÁMBITO DE LOS MERCADOS EXPLÍCITOS.....	39
I.2.5. NUESTRA DEFINICIÓN DE AED.....	43
CAPÍTULO II. LA TRADICIÓN DEL COMMON LAW Y EL SISTEMA JURÍDICO EN ESTADOS UNIDOS.	46
II.1. LA TRADICIÓN JURÍDICA DEL COMMON LAW.	46
II.1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR COMMON LAW?	46
II.1.2. EL COMMON LAW.....	47
II.1.3. LA EQUITY.....	48
II.1.4. LA DOCTRINA DEL STARE DECISIS.	50
II.1.5. LAS FUENTES DEL COMMON LAW.	51
II.2 EL SISTEMA JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS.	54
II.2.1. DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO ESTADOUNIDENSE.....	55
II.2.2. EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA JURÍDICO DE LOS ESTADOS UNIDOS.....	66

II.3. RESUMEN.	74
CAPÍTULO III. LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA Y EL SISTEMA JURÍDICO EN MÉXICO.	78
III.1. LA TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA.	78
III.1.1. ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TRADICIÓN JURÍDICA ROMANO-CANÓNICA?	79
III.1.2. EL DERECHO CIVIL ROMANO.	79
III.1.3. EL DERECHO CANÓNICO.	84
III.1.4. EL IUS COMUNNE.	85
III.1.5. EL DERECHO MERCANTIL.	88
III.1.6. LA INFLUENCIA DE LA ILUSTRACIÓN.	90
III.1.7. EL POSITIVISMO JURÍDICO.	96
III.2. EL SISTEMA JURÍDICO DE MÉXICO.	99
III.2.1. DESARROLLO HISTÓRICO DEL DERECHO MEXICANO.	100
III.2.2. EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.	115
III.3. RESUMEN.	125
CAPÍTULO IV. ¿POR QUÉ EL AED HA TENIDO ÉXITO EN ESTADOS UNIDOS Y EN MÉXICO NO?	131
IV.1. EXPLICACIONES SOBRE EL ÉXITO DEL AED EN ESTADOS UNIDOS.	131
IV.2. EL AED, LOS SISTEMAS JURÍDICOS ROMANO-CANÓNICOS Y EL DERECHO MEXICANO.	135
IV.2.1. EL AED POSITIVO.	137
IV.2.2. EL AED NORMATIVO.	142
CONCLUSIONES.	149
BIBLIOGRAFÍA.	153

INTRODUCCIÓN.

El Análisis Económico del Derecho (AED) es, considerado por sus promotores, una novedosa corriente de estudio del Derecho que utiliza la teoría microeconómica neoclásica, es decir, aquella que concibe al mundo como un lugar en el que los recursos para satisfacer las necesidades humanas son escasos, con el fin de buscar la asignación eficiente, por medio de las leyes, de los derechos de propiedad de los recursos a los agentes económicos que más los valoren. En otras palabras, el objetivo del AED es estudiar el Derecho a la luz de la microeconomía con el objetivo de recomendar la elaboración de normas jurídicas que propicien que el comportamiento de las personas sea eficiente.

En la opinión de Richard Posner, posiblemente el más conocido exponente del AED en el mundo, este enfoque es el que más destaca dentro de los estudios legales en Estados Unidos y considera que su éxito allá es notable porque varios miembros prominentes de la judicatura estadounidense son estudiosos del AED, entre ellos al menos un juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos y varios jueces de la Corte de Apelaciones —entre los que se encuentra el mismo Posner— y otro tanto de jueces federales. Además, en las escuelas de Derecho de las universidades estadounidenses es frecuente que se impartan cursos de Economía a sus estudiantes por parte de profesores con estudios en Economía, y también existen varias asociaciones profesionales cuya misión es profundizar y difundir el estudio del AED (Posner, 2005, p. 7). En la práctica, debido a la influencia que el AED tiene entre los jueces de los Estados Unidos, varias decisiones judiciales han sido tomadas con base en el razonamiento económico, sin que estas hayan tenido que ver exclusivamente con asuntos de mercados explícitos

A raíz de nuestro primer contacto con el AED a través de la obra de Richard Posner, nos pareció importante abordar el tema porque en su opinión hacer que un sistema jurídico no sea un obstáculo a la hora de que las personas realicen intercambios económicos es una de las metas del AED, y México cuenta con una incipiente economía de mercado que ha padecido la falta de un marco jurídico que permita que la actividad económica se desarrolle

de manera adecuada. Por poner un ejemplo, año con año el Banco Mundial publica un estudio denominado *Doing Business*, en el cual clasifica a las economías según la facilidad que tienen las personas para hacer negocios, estudiando las normas que regulan su actividad empresarial, con parámetros tales como la facilidad para abrir una empresa y para registrar una propiedad inmobiliaria, o que tan factible es que se dé cumplimiento a un contrato. Desde que el estudio se ha realizado, México obtuvo su mejor calificación en 2016 al llegar al lugar 38 de entre 189 países evaluados, ello gracias a ciertas reformas legales que se llevaron a cabo desde 2013 —contenidas en el denominado “Pacto por México”— sobre todo en el ámbito fiscal y financiero que permitieron a los empresarios reducir la carga impositiva al eliminarse el Impuesto Empresarial a Tasa Única (IETU) y por las facilidades para conseguir créditos bancarios para los empresarios, lo que le llevo a México a ocupar el 5° lugar, sólo superado por Nueva Zelanda, Estados Unidos, Colombia, Ruanda y Australia. Sin embargo, en temas como el registro de propiedades, pago de impuestos y cumplimiento de contratos la evaluación deja al país en los lugares 106, 92 y 41 respectivamente. Los tres parámetros son ámbitos en los cuales el Derecho tiene un papel relevante, ya que son temas en los que las leyes, reglamentos e instituciones jurídicas participan para hacer que se cumplan estos objetivos. Este nos pareció un claro ejemplo de cómo el AED podría ayudar a buscar soluciones prácticas para la situación mexicana.

Sin embargo, al ir profundizando nuestro conocimiento del AED observamos que éste no sólo se limita al estudio del Derecho que regula lo que Posner denomina “mercados explícitos”, sino que también pretende estudiar el Derecho que se aplica a otro tipo de relaciones que desde el punto de vista de la Economía convencional no tienen un carácter mercantil, por ejemplo cuestiones como el matrimonio y el divorcio, el robo y en general cualquier conducta delictiva, el proceso legislativo e incluso las adicciones son también objetos de estudio del AED a los que considera “mercados implícitos”.

Debido al alcance, bondades y potenciales aplicaciones que los promotores del AED dicen que tiene tal enfoque, fue que nos llamó la atención el hecho de que su estudio y aplicación en México es prácticamente inexistente. Al revisar los planes de estudio vigentes

de algunas importantes instituciones universitarias en las que se imparte la Licenciatura en Derecho en México —la Facultad de Derecho y las Facultades de Estudios Superiores Aragón y Acatlán de la UNAM, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) , y la Escuela Libre de Derecho—, sólo en el CIDE y en el ITAM son impartidos varios cursos de economía y de métodos cuantitativos, y además se imparte la asignatura de Análisis Económico del Derecho de manera obligatoria. Los promotores del AED consideran que en general los profesores de Derecho no suelen tener preparación alguna en temas económicos —especialmente en teoría económica— y los alumnos no tienen interés en aprender Economía, lo que ha impedido que entre la comunidad académica permee el AED. En términos prácticos, el uso del análisis económico para crear leyes en este país se ha limitado a los temas explícitamente económicos y fundamentalmente macroeconómicos —competencia, desarrollo económico, presupuesto público, política fiscal y monetaria— sobre todo a partir de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994. Los legisladores —quienes son los principales constructores del sistema jurídico mexicano por tener la facultad de sancionar las leyes— suelen carecer de formación económica y jurídica y en general suelen delegar la creación de los proyectos de ley a sus equipos de asesores —que no en pocos casos también carecen de conocimientos en Economía y Derecho—.

Al revisar la bibliografía, diversos autores remarcan que una de las limitantes para que el AED se aplique en países como México¹ es el distinto origen de su sistema jurídico. El sistema jurídico de los Estados Unidos tiene como origen el sistema legal que se comenzó a desarrollar en Inglaterra en el siglo XI y que en su espíritu es aún vigente en aquel país y en sus antiguas colonias, conocido como *Common law*, para el cual los precedentes judiciales juegan un papel central y en ocasiones más importante que la ley producto del proceso legislativo, por ello suele decirse que es un “Derecho de los jueces”. En cambio, en México los orígenes del sistema jurídico se remontan a múltiples sistemas jurídicos vigentes en la antigüedad, entre ellos el Derecho romano, el Derecho canónico, además de otras influencias de diversos países europeos e incluso de Estados Unidos, que se agrupan en la denominada tradición romano-canónica, para la cual la ley escrita es capital.

Es por ello que decidimos a llevar a cabo el presente trabajo con el objetivo de responder a la pregunta: ¿Es el Análisis Económico del Derecho compatible con el Derecho mexicano? Nos pareció interesante que las diferencias entre los sistemas legales de ambos países fueran una limitante para que se pudiera hacer análisis económico para formular políticas que permitieran que los mercados, explícitos e implícitos, tuvieran un mejor desempeño.

La hipótesis del trabajo es que el Análisis Económico del Derecho es compatible con el sistema jurídico mexicano, ya que a pesar de que los orígenes, la estructura funcional, las instituciones y los valores que conforman el Derecho mexicano son diferentes a las que conforman el Derecho estadounidense, la teoría económica en la que se fundamenta el AED es universal y con ella puede estudiarse cualquier sistema jurídico que funcione en una moderna economía de mercado y con ello permitir la formulación de políticas que permitan el sano desarrollo de los mercados explícitos e implícitos. Lo que pretendemos demostrar es que el AED puede ser utilizado para estudiar al sistema jurídico mexicano, sin que las diferencias entre las instituciones, tradiciones y valores del sistema jurídico de México y el de los Estados Unidos sean un impedimento para ello.

Para cumplir con nuestro objetivo, utilizaremos el método del Derecho comparado, que es una disciplina jurídica que confronta las semejanzas y las diferencias de los diversos sistemas jurídicos existentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un determinado país. Esta tesis se limitará a estudiar de manera comparativa a dos sistemas jurídicos que se enmarcan en lo que los estudiosos del Derecho comparado denominan tradiciones jurídicas: el Derecho estadounidense en la tradición jurídica del *Common law*, y el Derecho mexicano en la tradición jurídica romano-canónica. La idea de confrontar ambos sistemas es analizar si es factible que el AED sea aplicado al Derecho mexicano a partir de la experiencia de aplicarlo al Derecho de los Estados Unidos, en donde nació el AED y donde su desarrollo ha sido muy fructífero.

El AED es un enfoque bastante controvertido y hace que las cejas de la mayoría de las personas se levanten cuando escuchan de él —a nosotros también nos sucedió, tanto al

principio como durante el desarrollo de la investigación— y es seguro que esta tesis tenga el mismo efecto entre los lectores.

El AED, no sólo entre la comunidad económica, sino también entre la comunidad jurídica tanto en México como en Estados Unidos, despierta incredulidad y hasta rechazo absoluto por su singular manera de abordar el estudio del Derecho considerando que la finalidad de un sistema jurídico es fomentar la eficiencia de los mercados, muy lejos de las tradicionales posturas positivistas e iusnaturalistas sobre los fines del Derecho que son sostenidas por los juristas convencionales.

Por otro lado, debemos advertir al lector que en este trabajo no pretendemos contribuir con aplicaciones concretas del AED en los cuales puede mejorar el desempeño de mercados específicos por medio de la elaboración de hipotéticas leyes y su consecuente puesta en marcha, y por tanto no aportamos datos sobre ningún caso en particular ni hacemos ningún tipo de demostración especulativa de carácter estadístico ni econométrico. En algunas partes del texto se habla de ejemplos en los cuales el AED ha influido en el sistema legal estadounidense y en algunos casos en el mexicano, pero no aportamos pruebas sobre su éxito o fracaso —ni siquiera decimos si tales situaciones ocurrieron—, porque no es el objetivo de esta tesis. **Repetimos, nuestro objetivo es demostrar si es posible que el AED pueda ser usado para analizar el Derecho mexicano y si sus diferencias con el Derecho estadounidense son un obstáculo para ello.**

Este trabajo puede ser acusado de ser “muy histórico”, “muy jurídico”, “bastante teórico” y “poco económico”. Tenemos la firme convicción de que la tarea de un economista va mucho más allá de hacer demostraciones matemáticas de lo que asevera, y consideramos que nuestra concepción de economista queda resumida y perfectamente explicada en un texto de John Maynard Keynes en el que habla de Alfred Marshall —sin embargo, como señala su biógrafo Robert Skidelsky (2009, pp. 77), realmente es una descripción de él mismo—, en donde señala que:

“... el gran economista debe poseer una rara combinación de dotes. Tiene que llegar a mucho en diversas direcciones, y debe combinar facultades naturales que no siempre

se encuentran reunidas en un mismo individuo. Debe ser matemático, historiador, estadista y filósofo (en cierto grado). Debe comprender los símbolos y hablar con palabras corrientes. Debe contemplar lo particular en términos de lo general y tocar lo abstracto y lo concreto con el mismo vuelo del pensamiento. Debe estudiar el presente a la luz del pasado y con vista al futuro. Ninguna parte de la naturaleza del hombre y de sus instituciones debe quedar por completo fuera de su consideración. Debe ser simultáneamente desinteresado y utilitario; tan fuera de la realidad y tan incorruptible como un artista, y sin embargo, en algunas ocasiones, tan cerca de la tierra como el político” (Skidelsky, 2009, p. 77)ⁱⁱ.

La tesis se divide en cuatro capítulos. En el primero definimos que es el AED y abordamos las diferentes perspectivas desde las que se estudia. El tema del segundo capítulo es la tradición jurídica del *Common law* y cómo es que el Derecho de los Estados Unidos se vio influido por ella. En el tercer capítulo realizamos el mismo ejercicio, pero en la tradición romano-canónica y el Derecho mexicano. Finalmente, en el cuarto capítulo analizamos cuales son las razones que explican que el AED se haya desarrollado exitosamente en Estados Unidos y cuáles son las razones por las que el AED no ha podido ser aceptado en los sistemas de tradición romano-canónica y en especial en México.

ⁱ Por supuesto, existen otras razones que han impedido la entrada del AED a México, entre ellas la pertinencia del enfoque neoclásico, pero en este trabajo decidimos abordar el asunto saltándonos esa discusión y considerando válido dicho enfoque económico. Abordar esta discusión implicaría dedicarle mínimo otro trabajo similar a éste en cuanto a extensión y esfuerzo, y además consideramos que a lo largo de más de 200 años no se ha llegado a una conclusión definitiva que permita descalificar a una corriente de pensamiento económico, y nosotros pensamos que no haríamos diferencia alguna con tratar el tema en una tesis.

ⁱⁱ Citado por Skidelsky. En Keynes, John Maynard. (1933). *Essays in Biography*. Pp. 173-174.

CAPÍTULO I. ¿QUÉ ES EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO?

I.1. Los diferentes enfoques del AED.

El Análisis Económico del Derecho es una corriente de estudio del Derecho que en su forma moderna se comenzó a desarrollar en la década de 1960, principalmente en los Estados Unidos. Análisis Económico del Derechoⁱ es sólo una de sus denominaciones, ya que también se le conoce, sobre todo entre la comunidad estadounidense, como Derecho y Economía (*Law and Economics*)ⁱⁱ, o bien como Economía del Derecho. En este trabajo, utilizaremos la denominación “Análisis Económico del Derecho” o bien su acrónimo “AED”.

En la literatura especializada en el tema no existe un consenso sobre lo que es el AED, ya que cada autor remarca algún aspecto y deja a un lado otros, es decir, cada uno adopta un diferente enfoque. Creemos que todo estudio sobre escuelas de pensamiento en cualquier disciplina es siempre complicado debido a la inmensa variedad de enfoques que existen dentro de cada escuela de pensamiento, por ello es que, al elaborar un trabajo como el presente, hay que tomar una decisión frente a una multitud de opciones y elegir cual será el enfoque con el que se abordará la cuestión a tratar. Por tanto, hemos elegido trabajar con lo que Andrés Roemer considera que es la perspectiva tradicional del AED, cuyo principal exponente es el juez estadounidense Richard Posner, contenido principalmente en su *cuasi* tratado —o libro de texto-tratado, como él mismo lo llama— intitulado *El Análisis Económico del Derecho* (véase la bibliografía al final de la tesis).ⁱⁱⁱ, ya que es en cierta medida la más difundida y aceptada, y sobre todo la que se invoca cuando se mencionan las palabras “Análisis Económico del Derecho”^{iv}. Sin embargo, antes abordaremos brevemente otros enfoques que existen en torno al tema, con la finalidad de que no nos quedemos con la idea de que AED es un cuerpo bien definido y homogéneo de estudios económicos sobre los sistemas jurídicos.

Para comenzar, en su obra introductoria sobre el tema, Roemer (1994, p. 4) señala que existen cuatro enfoques diferentes de AED, que son el tradicional, el neoinstitucional,

el de elección pública y el de los Estudios de la Crítica Jurídica. La corriente tradicional la trataremos más adelante y primero abordaremos brevemente los otros tres enfoques.

1.1.1. La corriente neoinstitucional.

La corriente neoinstitucional es en esencia el análisis tradicional, pero con algunas diferencias fundamentales. Este enfoque nace como una respuesta a las deficiencias de la teoría económica neoclásica en razón de que no toma en cuenta las verdaderas condiciones institucionales en las que se desarrollan los intercambios económicos, como son la consideración de que “los derechos de propiedad están plenamente definidos y asignados, mantenidos en manos privadas e intercambiables sin costo” (Roemer, 1994, p. 44). Roemer señala que “la obra de esta escuela es sensible a la temática organizacional y pretende extender el alcance de la aplicación de la perspectiva tradicional, considerando la forma en que la estructura de los derechos de propiedad y los costos de las transacciones afectan los incentivos y el comportamiento económico” (Roemer, 1994, p. 42). La diferencia entre ambas corrientes parte de los supuestos económicos a partir de los que modelan el comportamiento de las personas frente al Derecho. Estos supuestos, son según Roemer (1994, pp. 45-46):

- el análisis parte del individualismo metodológico, ya que, aunque el principal interés de este enfoque son las instituciones, se considera que son los individuos los que determinan su forma;
- derivado de esto, su enfoque de comportamiento maximizador deja a un lado la dicotomía con la que tradicionalmente se aborda en la teoría económica convencional, es decir, dividirla entre la maximización del consumidor y la del productor, ya que esta se amplía a todas las disyuntivas que una persona enfrenta en su vida, y aunque alguien sea directivo de una empresa, siempre buscará cumplir sus objetivos individuales dentro de los límites que el marco institucional le permita;

- por otro lado, consideran que las personas tienen una racionalidad limitada para poder obtener conclusiones más realistas, y por ello dicen que debido a que la racionalidad representa costos, las personas tomarán medidas *ex ante* para contingencias *ex post*;
- finalmente, y más importante, las personas presentan un comportamiento oportunista, ya que se considera que algunos buscan “buscan el interés propio con dolo”, lo que impide que se puedan hacer contratos incompletos —a causa de la racionalidad limitada— porque las personas no son dignas de fiar.

Estos dos últimos puntos son esenciales para llevar a cabo un análisis económico, ya que de lo contrario “toda contratación económica resultaría trivial” (Roemer, 1994, p. 46) porque con racionalidad perfecta y buena fe los contratos serían automáticos y por tanto el análisis económico sería irrelevante. Para los neoinstitucionalistas, las restricciones institucionales son importantes porque determinan el comportamiento maximizador de las personas, e impiden que el análisis tradicional pueda ser aplicado a todas las situaciones posibles, es por ello que consideran que el análisis tradicional debe “generalizarse” para poder abarcar a todas ellas. Por ello, su visión de eficiencia es de maximización restringida, es decir, aquella que está sujeta a las diferentes estructuras de derechos de propiedad que existen, a los diversos arreglos institucionales y a la existencia de costos de transacción superiores a cero.

I.1.2. La corriente de la elección pública.

La segunda perspectiva es la que toma como base a la teoría de la elección pública, la cual pretende estudiar los fenómenos que tradicionalmente son objeto de estudio de la Ciencia Política, como son el Estado, el proceso legislativo y el proceso electoral, utilizando los métodos de la Economía. Esta concepción, al igual que la anterior, en su parte positiva toma como base el individualismo metodológico, ya que considera que los esfuerzos individuales determinan las políticas generales; por otro lado, sostiene la premisa de que el

comportamiento de los burócratas y en general de los políticos, busca maximizar el presupuesto público principalmente con la finalidad de cumplir sus propios intereses y sólo como objetivo secundario, la finalidad será la búsqueda del bien social. En resumen, estudia los llamados “fallos del gobierno”, como una respuesta ante quienes sostienen que el gobierno debe intervenir ante los “fallos del mercado”; de esta manera concluye que es el gobierno, y no el mercado, el ente que debe ser limitado o reducido por el bien de la sociedad. Por ello, en su parte normativa, la teoría de la elección pública pretende desarrollar un marco institucional que disminuya el poder político frente a la sociedad civil. Los postulados de la teoría de la elección pública explican que los legisladores son agentes económicos que buscan maximizar los votos por medio de la “venta” de la ley a grupos de presión que buscan que la legislación sea favorable a sus intereses. Dicho de otra manera, este punto de vista concibe al aparato legislativo como un medio para que los particulares puedan promover sus intereses y concretarlos por medio de la expedición de una ley; a esta promoción del interés particular se le conoce como búsqueda de rentas.

Este último punto, Posner argumenta que el Derecho debe de ser impersonal porque así el juez, conocedor de los principios del AED, podrá superar los incentivos a la corrupción y dictará su sentencia de forma objetiva: “si obtener una compensación por daños dependiera de la reputación de una persona, la gente invertiría recursos desmesurados para convertirse en personas aceptadas y bien vistas. Si dichas inversiones supusieran hacer cosas buenas de verdad, redundarían en el bienestar social. Pero, por lo general, sería más fácil obtener una buena reputación, cultivando la amistad de los poderosos, aliándose a ellos a través del matrimonio, evitando declaraciones poco populares, de hecho, perjudiciales, para el bien de la sociedad. Además, incluso cuando una persona obtuviese una buena reputación a través de medios correctos, una vez que hubiesen obtenido dicha reputación y pudiesen utilizarla para causar daños con impunidad a personas que carecen de una buena reputación, se podrían crear incentivos perversos. Aquellos sin amigos serían una clase de prófugos a quienes cualquiera de los “buenos” podría cazar con impunidad” (Posner, 2005, p. 13).

Esto último es una fuente de conflictos frente a la perspectiva tradicional, ya que la escuela de la elección pública rechaza la concepción neutral de Derecho, según la cual, los jueces están exentos de influencias que comprometan su juicio y decidirán los casos siguiendo criterios de eficiencia pura sin que los intereses de las partes involucradas puedan afectar su decisión. Los seguidores de la elección pública, por el contrario, consideran que los jueces son también funcionarios que se pueden ver sujetos a las mismas debilidades, es decir, a la satisfacción de sus propias necesidades, antes que de buscar alcanzar la justicia en la resolución de un asunto judicial.

De esta manera, el análisis desde la perspectiva de la teoría de la elección pública se centra en el origen del sistema legal y en considerar que su elaboración es un mercado en el que ciertos agentes oferentes —los legisladores y los jueces— ponen en venta la ley a aquellos otros agentes que demandan un marco legal más favorable para lograr sus propósitos particulares. Esto, dicho de otra manera, es corrupción, es decir, la obtención de un beneficio privado —tanto para el funcionario (el corrupto) como para el particular (el corruptor)— utilizando para ello los recursos públicos, en detrimento del beneficio público. Por eso es que en su parte normativa la elección pública recomienda la elaboración de un sistema jurídico que no genere esta clase de incentivos, ya sea buscando que la ley sea breve, clara y concisa al determinar los derechos de propiedad y, por otro lado, buscando que los procesos legislativos y judiciales sean lo más simplificados y transparentes posibles.

I.1.3. La corriente de los Estudios de la Crítica Jurídica.

La perspectiva de los Estudios de la Crítica Jurídica (ECJ) o Estudios Críticos del Derecho —CSL por sus siglas en inglés (*Critical Legal Studies*)— es una visión crítica tanto de la perspectiva tradicional del AED como del Derecho tradicional que se estudia en las facultades de Derecho en los Estados Unidos —lo que también hace el AED—, pero que contrasta por tener un enfoque neomarxista (Roemer, 1994, p. 76) o de “izquierda” (Molina Ochoa, 2015, p. 435). Señala Molina Ochoa que el nacimiento de esta perspectiva tuvo

como base dos premisas que se trataron en una conferencia en 1977 en la Universidad Madison-Wisconsin:

A esta conferencia, asistieron varios grupos de académicos [juristas] que compartían tanto el malestar por la forma como el derecho era enseñado en las facultades norteamericanas, como la aspiración por desarrollar nuevos métodos de investigación jurídica que incluyeran ideas de diferentes disciplinas. El segundo hito fueron las persecuciones que sufrieron varios profesores de Harvard que simpatizaban con posiciones de izquierda. (Molina Ochoa, 2015, p. 438).

Este enfoque, al igual que el del AED tradicional, tiene como fundamento el movimiento del Realismo Jurídico estadounidense, que identifica al Derecho con la eficacia normativa, con la fuerza del Estado para aplicarlo y con las decisiones judiciales que hacen que el Derecho sea realmente efectivo, ya que considera que una ley que no es observada es “letra muerta”, por tanto, una ley es válida solamente si es ejecutada, porque en su opinión el Derecho no está formado por enunciados con contenido ideal acerca de lo que es obligatorio, sino por las reglas realmente observadas por la sociedad o impuestas por la autoridad estatal, lo que supone que el concepto de validez pasa a un segundo término, mientras que el concepto de vigencia —o eficacia— se convierte en piedra angular del conocimiento del Derecho, lo que es contrario a las posiciones del iusnaturalismo y al iuspositivismo^v. Por ello, los CLS consideran que el Derecho es un instrumento de control “social, económico y político tanto en el sentido de apoyar los intereses concretos de los dominadores, así como de legitimar el orden social existente” (Roemer, 1994, p. 75)^{vi}.

Roemer enlista las características predominantes de esta multitud de puntos de vista, gracias a los cuales es posible hablar de un enfoque más o menos homogéneo, ya que “en contraste con otras escuelas más tradicionales del pensamiento jurídico, en CLS no es posible encontrar al menos una tesis compartida por la mayoría de sus miembros” (Molina Ochoa, 2015: 436):

- defiende la idea de la indeterminación jurídica, es decir, la no existencia de una única solución para los problemas jurídicos, lo que no sólo es una teoría,

sino también es una herramienta política que le permite tanto criticar como proponer alternativas a las decisiones tomadas por los jueces;

- es un movimiento de carácter neomarxista, lo que según Roemer significa que “rechazan la idea marxista tradicional de que la ley implica la burda opresión de la clase dominante”^{vii}. Según Roemer, los críticos jurídicos consideran que “el derecho es política y, en consecuencia, a su modo de ver, el derecho sirve a un propósito ideológico al ‘enmascarar’ la explotación en una justicia aparente, de tal forma que induce a que los explotados apoyen al ‘sistema’ y a su propia opresión; así el derecho ‘legitima’ la estructura de clases” (Roemer, 1994: 76). La diferencia radica en que mientras para el marxismo ortodoxo el Derecho es una superestructura que está determinada por la infraestructura económica, para aquellos que adoptan el denominado enfoque neomarxista es una forma de expresión ideológica que permite el cambio de las condiciones sociales de producción. Este es el corazón económico de este enfoque de estudios legales;
- señala Roemer que el movimiento de los ECJ es utópico y teórico, y que por lo tanto no ofrecen programas de política concreta, ya que sus promotores “son jurisconsultos^{viii} en búsqueda de la idea última que explique un mundo lleno de asperezas”^{ix};
- considera que, a pesar de la indeterminación del Derecho, existen grupos de poder que se aprovechan de la ley para promover sus propios fines por encima de la voluntad o el bienestar de las mayorías (Roemer, 1994, p. 76).

Una vez explorados los enfoques no ortodoxos de Análisis Económico del Derecho, es hora de pasar a analizar la perspectiva tradicional comenzando por las definiciones que los autores que abordan el tema dan para explicar de qué trata el enfoque y posteriormente revisaremos los conceptos para llegar a una definición más clara que ayude a responder la pregunta clave de la tesis.

I.2. La corriente tradicional del AED.

El enfoque tradicional es lo que comúnmente se conoce como AED, ya que los otros puntos de vista expuestos anteriormente no usan siquiera la denominación “Análisis Económico del Derecho” o sus similares; sin embargo, se consideran como corrientes del AED por el objeto de estudio en torno al cual trabajan.

I.2.1. Definiciones del AED en la literatura sobre el tema.

Consideramos que definir que es el AED es sencillo, sin embargo, para algunos puede parecer bastante complicado hacerlo, por ejemplo, para Bullar “es difícil explicar y dar una definición de lo que es el AED. Es como definir correr; la única forma de entenderlo es corriendo o viendo a una persona correr. El AED es parecido. La única forma de entenderlo es aplicarlo y viendo cómo funciona en la realidad” (Bullar, 2015, pp. 746-747)^x.

Por otro lado, Roemer proporciona una enunciación bastante atinada y sencilla que describe casi por completo lo que es el AED al comenzar su estudio sobre el enfoque tradicional definiéndolo como “la aplicación de la teoría económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas” (Roemer, 1994, p. 6).

Con esta formulación coinciden en gran medida Arjona Trujillo y Rubio Pardo, quienes además la amplían al explicar a qué se refieren con teoría económica al decir que el AED es “la aplicación de la teoría económica, y en particular de la microeconomía y de la teoría del bienestar, al análisis de la formación, la estructura, los procedimientos y el impacto económico del derecho y de las instituciones legales” (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002, p. 120). García García y Zavala Rubach complementan lo anterior señalando que el AED es una “corriente de pensamiento legal” y “una forma de estudiar al derecho” que pretende “el uso de las herramientas económicas, es decir, las herramientas de la economía como ciencia, para analizar sistemas normativos” (García García & Zavala Rubach, 2009, p. XV).

Si bien la definición de lo que es AED es simple, lo complicado es establecer cuál es su utilidad práctica, porque parece que en ella no hay un acuerdo entre aquellos que lo promueven. Roemer no da ninguna señal propia sobre los fines prácticos del AED. Bullar, a pesar de no poder dar una definición, sí habla sobre los potenciales usos del AED, y señala que este es "... establecer los costos y los beneficios de determinadas conductas, y como el Derecho está plagado de conductas -en sí mismo es una técnica de regular conductas-, el AED puede ser aplicado para determinar los costos y los beneficios de estas conductas" (Bullar, 2015, p. 747). Este objetivo lo logra el AED por medio de "la aplicación del método económico para entender las instituciones jurídicas" (Bullar, 2015, p. 742) y "predecir [las] conductas de [los] seres humanos" frente a ellas (Bullar, 2015, p. 747). Esta es justamente la línea de pensamiento que sigue Posner, para quien la eficiencia de las conductas influidas por el sistema legal es la finalidad del AED.

Sin embargo, a pesar de que para García García y Zavala Rubach el objetivo del AED es "la búsqueda de eficiencia en los sistemas legales" (García García & Zavala Rubach, 2009, p. XV), aclaran que la búsqueda de eficiencia no es el fin de un sistema legal, ya que su objetivo es encontrar la Justicia, y que la tarea del AED es hacer la búsqueda de esta Justicia de manera eficiente (García García & Zavala Rubach, 2009, p. XVI).

Esta pelea entre Justicia y eficiencia económica, Posner la reconoce como algo controvertido dentro del AED y que lo hace criticable sobre todo a los ojos de los juristas convencionales. Posner dice que la Justicia puede tener varios significados, como justicia distributiva, que es el grado apropiado de igualdad económica; o justicia en términos de eficiencia, que según él, es el significado más común y que nos llevaría a pensar que en "un mundo de recursos escasos se considere inmoral el desperdicio". Así, Posner equipara a la Justicia con la eficiencia económica. Pero lo matiza, líneas más adelante, al reconocer que "las nociones de justicia son algo más que preocupaciones por la eficiencia" ya que muchas disposiciones legales que impiden ciertas conductas como la discriminación racial, la antropofagia en circunstancias desesperadas, o la compra-venta de niños para adopción no

pueden ser explicadas desde el punto de vista de la Economía, ya que “la justicia es algo más que economía” (Posner, 2007, p. 62).

I.2.2. ¿A qué se refieren con “Economía” los promotores del AED?

Ahora, un problema en las definiciones de los autores que arriba se citaron, salvo en el caso de Arjona Trujillo y Rubio Pardo, es que se habla de usar o aplicar las herramientas y los métodos de la ciencia económica, y todos parecen asumir que hay una única teoría económica. Sin embargo, cualquier economista serio no omitiría mencionar que en Economía no existe un consenso sobre lo que es la ciencia económica y cómo es que ésta se lleva a cabo, como bien lo expresa Skidelsky (2009, p. 49) “en las ciencias sociales, a diferencia de las ciencias naturales, existe una variedad de opiniones en las disciplinas que las integran, de manera que es algo engañoso hablar de paradigmas dominantes”^{xi}, lo que implica que al decir la palabra “Economía” no se puede entender en automático un conjunto de conocimientos homogéneos y generalmente aceptados.

Desde que Adam Smith publicó en 1776 su *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* y hasta el día de hoy, varios ilustres pensadores han desarrollado diversos enfoques con los que se pretende estudiar el fenómeno económico. De entre todas las corrientes de pensamiento económico hay una que los economistas comúnmente llaman teoría neoclásica. Es a ella a la que los autores anteriormente citados hacen referencia^{xii}. Nosotros al realizar esta investigación, tomamos por ciertos los postulados neoclásicos —sin que ello implique que estemos de acuerdo con ellos—, y fue preciso hacerlo porque el AED tiene como fundamento dicho enfoque de la teoría económica, y no nos interesa saber si sus conclusiones son correctas o erróneas, sino conocer si su aplicación como instrumento de análisis y formulación de políticas no se contraponen con la naturaleza del Derecho mexicano.

El término teoría económica neoclásica o economía neoclásica nombra a aquella teoría “que usa el enfoque general, los métodos y técnicas de los economistas marginalistas

de la segunda mitad del siglo XIX, en especial J. M. Clark, F. Y. Edgeworth, I. Fisher, A. Marshall, V. Pareto, L. Walras, y K. Wicksell. El término neoclásico se deriva del entendimiento de que los economistas de la revolución marginal extendían y mejoraban las bases o fundamentos de los economistas clásicos [aquellos que desarrollaron la economía política clásica], en especial, David Ricardo y J. S. Mill” (Maya, 2013, p. 210). Sin embargo, hoy la economía neoclásica no sólo se compone de las aportaciones de los economistas antes nombrados, sino también de economistas que hicieron avances en la teoría durante el siglo XX como Solow, Mundell, Barro, Becker, Coase, entre muchos otros más que sería oprobioso mencionar, pero cuyos aportes, tanto de los economistas del siglo XXI como los del XX, se pueden resumir en los siguientes principios fundamentales sobre los que se asienta el enfoque de la teoría neoclásica, que son:

- en primer lugar, el subjetivismo como criterio de valor económico fundamental, cuyos determinantes son la satisfacción de los consumidores y el beneficio de las empresas;
- segundo, el individualismo metodológico, por el cual se considera que son los mercados individuales los que determinan la estructura y comportamiento de los mercados agregados;
- tercero, sus objetos de estudio son el equilibrio del consumidor y de la empresa en el mercado, los cuales se alcanzan por medio de la maximización de la utilidad y de la ganancia, y la optimización de los recursos —tierra, capital y trabajo— en un mundo donde estos son escasos;
- cuarto, existe la convicción de que el libre juego de la oferta y de la demanda en el mercado establece los precios que permiten asignar los recursos de manera eficiente.

La teoría neoclásica hace su análisis de la realidad suponiendo que la Economía funciona con los siguientes principios:

- uno, el mundo donde empresas y consumidores viven es uno en el que todos cuentan con plena información sobre los precios, los costos, la disponibilidad

de los factores de la producción y las necesidades planeadas por los consumidores;

- dos, se considera que hay total movilidad de factores y por lo tanto los empresarios pueden trasladar su inversión de un lugar a otro;
- tres, se supone que los factores son divisibles y sustituibles entre sí;
- cuatro, el mercado opera libremente sin intervención del Estado, y está abierto al ingreso y salida de sus participantes.
- cinco, los recursos en este mundo son escasos y por tanto se busca que estos se asignen a aquellos agentes que hagan el mejor uso de ellos, o de lo contrario se estará en una situación de ineficiente en la que se estará desperdiciando valiosos recursos. El criterio que se sigue para evitar la ineficiencia es el conocido como Optimo de Pareto, que de manera simple establece que una situación es eficiente cuando la condición de una persona mejora sin empeorar la condición de otra;
- seis, las personas son racionales. La racionalidad que según la teoría neoclásica hace que las personas tiendan a comportarse en forma maximizadora se sustenta en los siguientes axiomas:
 - el primero es la comparabilidad, según el cual, para cualquier par de bienes X e Y, X es preferible a Y o Y es preferible a X. Esto en un sentido inclusivo, lo que implica que no existen vacíos en la estructura de preferencias del agente, es decir, es un campo completo, así, el agente se pronuncia ya sea por X o por Y, pero no puede abstenerse;
 - el segundo es la transitividad, que señala que en un conjunto de tres bienes X, Y, Z, si el agente considera que X es al menos tan bueno como Y e Y es al menos tan bueno como Z, entonces X es tan bueno como Z, en otras palabras, la relación es consistente y el cumplimiento de este axioma impide que el agente económico caiga en contradicción;

- el tercero es la selección, en el que, dada una estructura de preferencias, si existe un conjunto obtenible, dentro del cual existe un subconjunto X, que produce la máxima utilidad, el individuo siempre seleccionará el subconjunto X, que maximiza su utilidad;
- y el cuarto es la dominancia que señala que, si existen dos bienes X e Y, tal que X domina a Y, luego X se prefiere a Y (Soria Romo, 2004).

El realismo de los supuestos neoclásicos siempre ha sido un tema que ha levantado un acalorado debate, ya que las bases del mundo real son mucho más complejas que las descripciones que los supuestos plantean. Sin embargo, los economistas neoclásicos han defendido la validez de su teoría esgrimiendo un argumento que Milton Friedman formulara para justificar el método de la economía positiva, diciendo que la validez de una teoría no se puede juzgar por medio del realismo de sus supuestos, ya que cualquier supuesto es por principio irreal, sino por la capacidad predictiva de la teoría frente a la realidad.

A pesar de ello, el AED asume que en la realidad el mercado no es perfecto y que presenta ciertas fallas que impiden que la eficiencia se dé automáticamente en todos los casos porque en algunas transacciones existen costos que impiden una asignación adecuada de los derechos de propiedad. Ante este problema, Ronald Coase llevó a cabo una serie de estudios en la década de 1960 que le permitieron conceptualizar y dar sentido práctico a lo que denominó costos de transacción, que formalizó en el denominado Teorema de Coase, el cual “sostiene que, cuando los costos de transacción del mercado son cero, la asignación inicial de derechos es irrelevante para la eficiencia, ya que, si la asignación es ineficiente, las partes la rectificarán a través de una transacción privada” (Posner, 2005: 9). De esta forma, el Teorema de Coase es la piedra angular del AED, porque explica que cuando los mercados no funcionan adecuadamente porque los costos de transacción son prohibitivos, el Derecho tiene que funcionar simulando el comportamiento de los mercados.

Arjona Trujillo y Rubio Pardo explican que el análisis tradicional se divide en dos ramas, la positiva y la normativa, y señalan que la primera “intenta explicar cuáles son los

efectos de las leyes y, a partir de esas explicaciones, establecer qué leyes permiten alcanzar determinados resultados que se consideran deseables. La especificación de estos ‘objetivos deseables’ corresponde a la rama *normativa* de la teoría, ya que consiste en señalar qué situaciones son mejores para la sociedad, lo que supone necesariamente emitir juicios de valor” (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002, p. 120). Es a partir de esto que el AED normativo puede emitir recomendaciones de política económica que impliquen que el Derecho, en caso de observar errores que corregir en los mercados, los enmendará por medio de leyes que traten de emular al mercado mediante la búsqueda de la máxima eficiencia a través de la correcta asignación de los derechos de propiedad en el intercambio de bienes y factores productivos, con la convicción de que los costos de transacción sean en la medida de lo posible lo más cercanos a cero. Posner da un ejemplo de esto: “la doctrina del *fair use* de los derechos de autor en Estados Unidos, [...] permite, entre otras cosas, a los escritores publicar pequeñas citas de un trabajo que tiene derechos de autor sin negociar con el titular de los mismos. Usualmente, los costos de tales negociaciones serían prohibitivos. Y, cuando no lo fueran, el resultado de la negociación generalmente sería permitir la cita del trabajo a un precio muy cercano a cero. En consecuencia, la doctrina del *fair use* se daría si las transacciones del mercado fueran factibles” (Posner, 2005, p. 9). Asimismo, si existen factores que afecten la eficiencia en el mercado, deberá ser el Derecho quien establezca las condiciones en que pueda efectivamente alcanzarse, buscando en su accionar llevar al equilibrio a los mercados.

Ahora bien, hasta aquí la economía neoclásica sólo puede responder a preguntas como ¿qué?, ¿por qué? o ¿cómo?, pero no puede contestar una pregunta del tipo ¿cuánto? o ¿cuándo? Para poder dar respuesta a estas interrogantes los economistas neoclásicos recurren a los instrumentos econométricos, que son métodos estadísticos que se utilizan para estimar relaciones económicas, probar teorías económicas y evaluar e implementar políticas económicas.

1.2.3. ¿De qué manera conciben el Derecho los promotores del AED?

El AED concibe al Derecho como un instrumento para mantener el equilibrio en la sociedad. Posner se remite al concepto de “justicia correctiva” tratado por Aristóteles en la *Ética nicomáquea*, para establecer la finalidad del Derecho, por el cual “... si una persona, a través de una conducta equivocada (el autor de un acto ilícito), altera el balance existente entre él mismo y otra persona en perjuicio de esta última (la víctima), algún tipo de compensación deberá proporcionarse que pueda, al punto que sea factible, restaurar el balance preexistente —el cual corregirá, en otras palabras, la desviación del equilibrio que surgió como consecuencia del acto ilícito—”, y considera que para que el Derecho logre este cometido debe tener un carácter impersonal, es decir, que los jueces sólo dicten su sentencia en razón de los hechos que giran en torno al acto que generó el desequilibrio, y no juzgar las cualidades o antecedentes de las partes (Posner, 2005, p. 13).

Posner sigue a Max Weber, para quien la tarea del Derecho es sentar el marco regulatorio que permita que la sociedad se modernice y de oportunidades adecuadas para el desarrollo adecuado del capitalismo, y considera que el Derecho es neutral y como tal

[...] las reglas no prescriben las acciones privadas, no dicen a la gente qué tipo de contrato hacer, qué riesgos tomar, qué profesión seguir. En cambio, crean el marco dentro del cual la gente puede realizar sus negocios, adquiriendo y explotando propiedades, haciendo contratos, invirtiendo y prestando, involucrándose en actividades riesgosas y así sucesivamente, con la confianza de que sustancialmente neutrales, claras y conocidas proveen la declaración exclusiva de sus derechos y deberes públicos. En la medida en que el sistema legal se amolde a estos criterios, logra una racionalidad formal, el entorno óptimo para el capitalismo (Posner, 2005, pp. 13 y 14).

1.2.4. La aplicación del AED más allá del ámbito de los mercados explícitos.

El AED tuvo su primera etapa de desarrollo cuando los economistas estadounidenses interesados en los asuntos de competencia económica, recurrieron a los expedientes de los

casos contra los monopolios que se resolvían en los tribunales, para obtener de ellos datos que les permitieran “analizar las practicas corrientes en los negocios y sofisticar la teoría sobre el comportamiento de la firma en ambientes no competitivos” (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002, p. 121). Sin embargo, el AED pretende no limitarse al estudio de las normas jurídicas que regulan los mercados explícitos, es decir, aquellos mercados en los que hay intercambios de bienes y servicios, como es el caso de la competencia económica, la regulación financiera o el sistema tributario, sino que va más allá al concebir todas las relaciones entre las personas como intercambios motivados por la maximización del interés propio en un mundo de recursos escasos. Así, el AED “ampliado” estudia “campos del Derecho no comerciales o casi no comerciales, tales como el Derecho de responsabilidad civil extracontractual, Derecho de familia, Derecho penal, de libre expresión, Derecho procesal y teoría de la prueba, [...]” y en general toda clase de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los seres humanos, las relaciones de ellos con las cosas y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, incluyendo también “las normas sociales vistas como una fuente de, como obstáculo para, y como un sustituto del Derecho formal” además de figuras legales como “juez y jurado, agencias reguladoras y legislaturas” (Posner, 2005, p. 8). Al AED “ampliado” Posner lo llama “Nuevo AED” frente al “Antiguo AED” que solamente se ocupaba del Derecho de los mercados explícitos; es por ellos que no hablamos de un “análisis económico del derecho económico” sino de Análisis Económico del Derecho en toda su amplitud.

Para llegar a este punto, la definición de Ciencia económica que esgrimen los promotores del AED es sumamente amplia, al punto de considerar a la economía neoclásica como la ciencia social por excelencia al poder estudiar cualquier clase de relación social de cualquier “naturaleza” —ya no sería “cualquier naturaleza”, porque en estricto sentido todas las relaciones tendrían “naturaleza económica”— sean estas políticas, jurídicas, culturales o incluso amorosas o adictivas. Por ello, la Ciencia económica según Posner es “la ciencia de la elección racional en un mundo —nuestro mundo— donde los recursos son limitados en relación con las necesidades humanas” (Posner, 2007, p. 25), sin acotar si los recursos escasos son los factores productivos o el dinero, ni tampoco si las necesidades

humanas son aquellas que se pueden satisfacer por medio del consumo y la producción de bienes y servicios.

Este enfoque que los promotores del AED utilizan de la Ciencia económica tiene su origen en un movimiento conocido como “imperialismo económico”, expresión que según Cossío Díaz “trata de describir una situación en la que la explicación a la que aspiran las ciencias sociales deriva de categorías o supuestos microeconómicos...”. Ello es así porque se ha considerado que la economía neoclásica ha alcanzado tal nivel de desarrollo y formalización en sus categorías y conceptos “por medio de una progresiva unificación y aceptación de unos cuantos supuestos y objetivos y, por la otra, de la continua formalización y refinamiento de sus herramientas analíticas” (Cossío Díaz, 1997, p. 11), sumado al “... empeño de sus miembros [los economistas neoclásicos] por captar complicados procesos sociales mediante ecuaciones o una clara causalidad como prueba del mayor compromiso científico de la disciplina, y reivindican su distancia y la falta de compromiso de las ciencias sociales más discursivas” (Fourcade, et al., 2015, p. 16), lo que le permite a los economistas neoclásicos estudiar las conductas humanas con mayor precisión que los otros científicos sociales, permitiéndoles entonces entrar en campos que antiguamente eran materia de estudio de la Ciencia política, la Sociología y por supuesto el Derecho.

Posner considera que lo que dio inicio al “Nuevo AED” fue el artículo que a finales de la década de 1960 publicara Gary Becker sobre el comportamiento criminal y su respuesta frente a la ley titulado *Crime and Punishment: An Economic Approach*, por el que retomaba el punto de vista de Jeremy Bentham de que “el modelo económico, percibido como la simple elaboración de las implicaciones que resultan de suponer que las personas son maximizadoras racionales de sus satisfacciones, podría aplicarse a todos los campos de la actividad humana, en vez de quedar confinado a los mercados explícitos de la economía” (Roemer, 1994, p. 7). Punto de vista que hasta el artículo de Becker fue prácticamente ignorado por la comunidad de economistas. Sin embargo, existe un antecedente aún más antiguo que adoptaba esta visión, sin expresarlo en la retórica de la economía neoclásica,

que fue el estudio realizado y publicado en 1764 por César Bonesana, marqués de Beccaria, titulado *Dei delitti e delle pene* en el que habla sobre la influencia de las leyes, en especial la ley penal, sobre la sociedad.

Sin embargo, está aventura emprendida por el AED para tratar de abarcar aspectos del Derecho que van más allá de lo tradicionalmente considerado “económico”, no ha sido bien recibida por los juristas en general —incluso en Estados Unidos—, ya que estos han considerado que el AED no toma en cuenta los objetivos que el Derecho penal y otras materias como el constitucional o el familiar tienen: “por primera vez los economistas sugerían objetivos para el sistema jurídico que no habían sido previamente discutidos con los juristas. Aunque trabajos posteriores, como por ejemplo el de Posner, se han movido en la dirección de tratar de entender la lógica económica del sistema penal, el planteamiento original de Becker parece haber persistido, y progresivamente fue adoptado sin que se hubiera hecho un trabajo previo, de índole positiva, de analizar cuáles eran los objetivos del derecho penal y de la política criminal” (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002, p. 123).

Es así como se puede decir que el AED “moderno” pretende utilizar los instrumentos microeconómicos para analizar cualquier área del Derecho, sin importar que esta regule relaciones humanas que no sean necesariamente económicas, y como señalan Arjona Trujillo y Rubio Pardo, este enfoque se sustenta en tres premisas, que son: “uno, los individuos son racionales, en el sentido que maximizan su utilidad tanto en situaciones de mercado como de no mercado. Dos, los individuos responden a los incentivos de precios en los mercados, y a los incentivos legales, que se pueden asimilar a los precios, en las situaciones de no mercado. Tres, el sistema jurídico, y el impacto del derecho, pueden y deben analizarse con base en el criterio de eficiencia. Además, se prescribe que el sistema jurídico debe de promover (ante todo) la eficiencia” (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002, p. 123).

1.2.5. Nuestra definición de AED.

Teniendo todo esto en cuenta, nos hemos permitido formar una definición que consideramos aceptable, por lo completa que es, para poder comenzar a dar respuesta a la pregunta que plantea la tesis. Así, para este trabajo:

El Análisis Económico del Derecho es una corriente de estudios legales que, en su ámbito positivo, utiliza la teoría económica de la escuela de pensamiento neoclásico y los métodos econométricos para examinar la formación, estructura y procesos del Derecho, para tratar de predecir la influencia de éste sobre el comportamiento de las personas; la versión normativa del Análisis Económico del Derecho pretende formular política económica que propicie que el comportamiento de las personas, originado de la observancia del Derecho, sea justo, entendiendo a la Justicia como eficiencia económica.

ⁱ Señala Villoro Toranzo que la palabra Derecho se puede usar en diferentes sentidos pero que es análoga porque se usa desde un punto de vista semejante:

Cuatro son los sentidos en que se usa la palabra “derecho”: 1) derecho como facultad: el derecho del propietario a usar de su propiedad; 2) derecho como ciencia: estudiante de Derecho; 3) derecho como ideal ético o moral de Justicia: no hay derecho a que se cometan determinados abusos; y 4) derecho como norma o sistema de normas: el Derecho Mexicano. (Villoro Toranzo, 1966, p. 6).

Este último sentido, al que también se le conoce como Derecho objetivo, es al que en la mayoría de las ocasiones me estaré refiriendo al utilizar la palabra “Derecho”; otros autores en las obras que cito a lo largo de la tesis, usan la palabra “derecho” en el sentido de Derecho objetivo, sin embargo, la escriben con minúsculas, y para no alterar las citas, lo he mantenido tal cual.

ⁱⁱ Arjona Trujillo y Rubio Pardo dicen que:

el AED se ha desarrollado en dos áreas: (i) el estudio del derecho aplicando el instrumental metodológico de la teoría económica, y (ii) el estudio de la relación entre los fenómenos económicos y el sistema jurídico. Para algunos el área (i) es la que recibe el nombre de AED, mientras el área (ii) se refiere a ‘Derecho y Economía’ (*Law and Economics*, en adelante L&E). Sin embargo, cuando se usan los términos AED y L&E se hace por lo general referencia a las dos áreas (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002, p. 120).

En este trabajo, al hablar de AED, me referiré a la primera área, ya que como se verá a lo largo de éste capítulo, la relación que nace del estudio del AED entre la Ciencia económica y la Ciencia del Derecho no es de igualdad entre dos ciencias sociales, sino de sometimiento del objeto de estudio de una de ellas (el Derecho) a revisión por los instrumentos de la otra (la Economía).

ⁱⁱⁱ Un tratado es un texto expositivo, ordenado y objetivo sobre un tema determinado.

^{iv} Como se podrá apreciar en la exposición, los únicos que denominan su materia como Análisis Económico del Derecho son justamente los que de alguna manera se cubren con el manto de la obra de Posner, el resto de los enfoques no usan este término.

^v El Iusnaturalismo o Derecho Natural, es una corriente filosófica del Derecho que considera que el Derecho:

está compuesto de aquellos principios y normas morales que rigen, según el criterio formal de la Justicia, la conducta social de los hombres y que son conocidos por la 'recta razón escrita en todos los corazones' [Cicerón, La Republica, III, 22] por estar impresos en la naturaleza humana y conformarse al orden natural de las cosas (Villoro Toranzo, 1966, p. 8).

Para esta corriente, la validez del Derecho radica en si sus postulados son justos o no.

Frente a esta posición, está el Positivismo Jurídico, que señala que el Derecho "es un sistema de normas emanadas de la autoridad competente y promulgadas de acuerdo con el procedimiento de creación imperante en una nación determinada" (Villoro Toranzo, 1966, p. 8). Para el Iuspositivismo, la validez de una norma jurídica radica en si fue creada conforme al procedimiento previamente acordado (comúnmente en la *Constitución* de un país) para elaborar y promulgar leyes.

^{vi} Citado por Roemer. En *Invitation to the First Conference on Critical Legal Studies*, 17 de enero de 1977.

^{vii} Esta idea fue expresada por Marx con base en que "las relaciones jurídicas como las formas políticas no podían ser comprendidas ni a partir de lo que ha dado en llamarse el desarrollo general del espíritu humano, sino que, por el contrario, radican en las condiciones materiales de vida" (Marx, 1981, p. 4). Para él, el Derecho y el Estado están determinados por las relaciones de producción e intercambio de mercancías que existan en un momento determinado de la historia y son instrumentos de la clase gobernante que utilizan para justificar y perpetuar su poder frente a la clase dominada y que, con el avance a un estadio más elevado de la sociedad, es decir, el comunismo, estos dos instrumentos dejarían de ser necesarios al dejar de existir la sociedad de clases.

^{viii} Según Padilla:

El jurista es el estudioso, el conocedor del Derecho y a él acude quien tiene un problema para consultarle, de ahí *iurisconsultus* (jurisconsulto) el que es consultado y da *responsum* (respuesta) (Padilla Sahagún, 2008, p. 25).

En la antigua Roma, los jurisconsultos, por medio de sus respuestas fueron la principal y más importante fuente del Derecho Romano y según este respetado romanista "el esplendor de la época clásica se debe al pensamiento refinado del jurisconsulto (Padilla Sahagún, 2008, p. 26).

Hoy en día, un jurisconsulto es aquel que conoce la Ciencia del Derecho, y tanto litigantes, jueces, fiscales y académicos del Derecho deben de conocer y estudiar el Derecho ya que

sería absurdo, en efecto, que ninguno de estos tipos debiese conocer la ciencia del Derecho y que su conocimiento sólo se reservase al jurisconsulto o jurisprudente [previamente señala que ambos términos son sinónimos y que denotan sabiduría o entendimiento del Derecho], pues únicamente el llamado 'legista' puede prescindir de él, toda vez que su "sapiencia" se reduce a la ley positiva, que de ninguna manera agota el amplio campo jurídico (Burgoa Orihuela, 2009, p. 41).

^{ix} Citado por Roemer. En Schwartz, Louis B. *With gun and camera through darkets CLS-Land*. Stanford Law Review. Vol. 36. No. 1. Pp. 423 y 426.

^x Consideramos que ésta explicación lo único que hace es dejar más incertidumbre al respecto, ya que, si la única forma de entender y poder definir el AED es llevándolo a cabo, al final cada quien según su propia experiencia lo entenderá a su manera y dará su propia definición de AED. Piensamos que esta afirmación que hace tiene como finalidad hacer oscuro y dotarle de más importancia al AED, ya que a lo largo del texto que cito habla de sus características y finalidades, lo que sin duda le da los suficientes elementos para poder

definirlo. Y, finalmente, su afirmación llevaría a pensar que nunca ha practicado el AED o que nunca lo ha visto en acción, lo que resulta contradictorio con el hecho de haber escrito un texto en donde habla de él.

^{xi} Existe un chiste que ilustra muy bien esta situación en la Economía: *si alguien le pregunta algo a cinco economistas, recibirá de ellos siete respuestas diferentes, dos de ellas sobre Keynes.*

^{xii} Cabe señalar que Posner, a raíz de la Crisis financiera de 2008, comenzó a dudar de la validez general del enfoque neoclásico en el que basa sus estudios del AED y publicó un ensayo titulado *Cómo me convertí en keynesiano. Segundas reflexiones en medio de una crisis*, en el que adopta la clásica visión dicotómica en la que se sustentan en general los planes de estudio de las escuelas de Economía al separar el comportamiento microeconómico del macroeconómico en dos mundos que parecen no estar conectados de modo alguno. Los datos del ensayo se pueden consultar en la bibliografía.

CAPÍTULO II. LA TRADICIÓN DEL *COMMON LAW* Y EL SISTEMA JURÍDICO EN ESTADOS UNIDOS.

II.1. La tradición jurídica del *Common law*.

El *Common law* es una de las tantas herencias que el Imperio británico legó al mundo después de su desarticulación a mediados del siglo XX. Los sistemas jurídicos, no sólo del Reino Unido en general y de Inglaterra en particular, sino también de Canadá, Australia, Nueva Zelanda —países que hoy día forman parte de la *Commonwealth*ⁱ— y Estados Unidos se desarrollan con una fuerte influencia de sus costumbres jurídicas. Además, los sistemas legales de Israel, India, Sudáfrica y otros tantos países africanos —todos ellos en algún momento fueron colonias del Imperio— e incluso Japón, se vieron influenciados también por el *Common law*, aunque, por azares de la historia también recibieron elementos de la tradición romanista. Para comenzar este breve estudio sobre el *Common law*, primero abordaremos el significado del término, posteriormente hablaemos sobre su desarrollo histórico y finalmente trataremos algunas cuestiones sobre su estructura y sus fuentes.

II.1.1. ¿Qué se entiende por *Common law*?

Por *Common law*, según Morineau (2003, p. 8), se pueden entender varias cosas:

En primer lugar, si se utiliza una acepción restringida, sirve para designar a la rama más antigua del derecho inglés.

La segunda acepción, más amplia, incluye también a la otra rama, la *equity*, y entonces nos referiremos al orden jurídico de Inglaterra en su conjunto.

Por último, la tercera acepción, que tiene una connotación todavía más amplia, se utiliza para referirse a la familia jurídica que se fue formando al extenderse tanto el dominio político, como el derecho inglés a otros lugares, más allá de Inglaterra.

II.1.2. El *Common law*ⁱⁱ.

La isla de Gran Bretaña fue ocupada por el Imperio romano desde el año 43 d.c. por ordenes del emperador Claudio. La máxima extensión de la provincia de *Britannia* —forma en la que los romanos denominaron a la región— fue lo que hoy son los territorios de Inglaterra y Gales, ya que aunque intentaron tomar el control de Escocia, nunca lograron su cometido; por otro lado, en ningún momento buscaron conquistar Irlanda. La ocupación romana duró alrededor de trescientos años, hasta que la debilidad del Imperio y las continuas invasiones bárbaras provenientes de los territorios germanicos obligó a los romanos a abandonar la isla.

Después de la desocupación romana, los diversos pueblos que se establecieron en la antigua *Britannia* mantuvieron sus costumbres y elaboraron nuevas, sin tomar en cuenta para ello la influencia de la cultura romana, significando en la práctica su desaparición; por otro lado, los pueblos jamás buscaron la integración entre ellos, lo cual formó un mosaico muy variado de culturas en la isla. El orden jurídico no fue la excepción, y cada comunidad creó su propio sistema de normas, transmitidas de manera oral, que se hacían según las exigencias de la vida, sin que la tradición jurídica romana influyera en su desarrollo, al grado de que no obstante Gran Bretaña fue cristianizada, los misioneros usaron las lenguas locales para llevar a cabo su tarea, y por ello ni siquiera las leyes fueron elaboradas en latín como era la costumbre en el resto del antiguo territorio del Imperio (Morineau, 1998, p. 11).

Esta fue la situación del Derecho inglés hasta el año 1066, fecha en la que el Rey normando Guillermo el Conquistador y sus ejércitos vencieron al Rey anglosajón Harold II de Inglaterra en la Batalla de Haastings y conquistaron Inglaterra. El nuevo Rey de Inglaterra importó el feudalismo que se practicaba en el continente (Morineau, 1998, p. 14), confiscó la tierra de los que estaban en su contra y lo consideraban un usurpador del trono, y la repartió entre sus seguidores estableciendo “límites a su posesión para prevenir que su poder fuera retado, y por consiguiente un sistema legal centralizado en la institución monárquica” (Lan Arredondo, 2008, p. 56), todo ello gracias a la habilidad política del rey,

quien logró ponerse por encima de los señores feudales desde el primer momento y por ello le fue posible instaurar un gobierno centralizado en su figura.

Esta centralización incluyó por supuesto a la administración de justicia. Los conquistadores procedieron a crear reglas sustantivas y adjetivasⁱⁱⁱ a través de los tribunales reales con la finalidad de hacer valer la ley frente a todos los ingleses. Las antiguas costumbres locales de cada pueblo quedaron integradas en el nuevo derecho que los jueces aplicaban buscando que era lo “común” entre las costumbres para así crear un derecho unificado que sería aplicable a todos los que vivían en Inglaterra, es por esta razón que se le conoció como Derecho Común (*Common law*) (Merryman, 1989, p. 100).

Existían en Inglaterra tres tribunales reales: el *Court of Exchequer*, el *Court of King's Bench* y el *Court of Common Pleas*. Sin embargo, todos ellos eran tribunales de excepción y por tanto los tribunales ordinarios seguían siendo los *County Courts*. Por esta razón, para que cualquier persona pudiera acceder a la justicia del rey era necesario que obtuviera un documento que era expedido por un funcionario no judicial al servicio del monarca llamado canciller (*chancellor*). El documento en cuestión se denominaba *writ*, que era una autorización real para que una causa pudiera ser admitida por los tribunales, y debido a que “... muchas de las demandas, para las que los particulares solicitaban dicha autorización, eran semejantes, con el tiempo, los textos de los *writs* se estandarizaron, y así, los litigantes obtenían formatos tipo o machotes, que sólo debían completar con los datos particulares del caso” (Morineau, 1998, p. 16). No obstante, con el paso del tiempo, debido a esta estandarización, el *Common law* se convirtió en un sistema legal muy rígido porque muchas de las demandas se perdían debido a que el *writ* elegido no era el adecuado (Lan Arredondo, 2008, p. 57).

II.1.3. La *Equity*.

Esta situación limitó al *Common law* y dejó a muchas personas insatisfechas con los resultados ofrecidos por los tribunales, así que algunas de estas personas descontentas

comenzaron a recurrir al rey para que fuera él quien resolviera las controversias. El rey, al ser la máxima autoridad en todos los ámbitos, incluyendo la Justicia, escuchaba a las partes y emitía su veredicto en un proceso menos formal y más dinámico; pero como los litigios que necesitaban de una revisión real se incrementaron al poco tiempo, el rey delegó esta labor al *chancellor*. De esta manera, al *chancellor* se le dotó de la facultad para variar la aplicación del derecho, siempre que ello fuera en favor de la Justicia; es así como nace la *Equity*, que Bodenheimer describe como “... el ejercicio de un poder extralegal, destinado a agrandar el campo de los derechos individuales; [la *Equity*] brindó al particular acciones y recursos en casos en que, la rigidez y el formalismo del *Common law*, no hubiera podido defender sus pretensiones y derechos legítimos” (Bodenheimer, 1994, pp. 123 y 124); con él coincide Morineau al señalar que “se puede decir que la *Equity* nació como una rama complementaria del *Common law*, para remediar situaciones que este último, debido a su carácter más rígido y formal, fue incapaz de resolver” (Morineau, 1998, p. 17).

Si bien la *Equity* tenía su lado óptimo al pretender hacer Justicia, a veces esta situación generaba más malestar porque la discrecionalidad con la que trabajaba el *chancellor* tendió a convertirse en arbitrariedad al resolver los asuntos. Así que para evitar esta situación, al paso del tiempo, esta tarea poco a poco se fue institucionalizando por medio de procedimientos y reglas hasta convertirse en otra función judicial que operaba a la par del *Common law*, función que fue depositada en un nuevo tribunal al que se le llamó “de equidad”.

La *Equity* fue una forma de atenuar la dureza de la ley y de corregir los vacíos que existían en la ley o en el *Common law* al otorgarle al *Chancellor* y luego a los jueces del tribunal de equidad la facultad discrecional de decir lo que era justo y lo que era injusto más allá de lo que la letra de la ley o del precedente judicial dijeran. La *Equity*, por su carácter más eficiente —eficiente en términos de satisfacción de las partes con el resultado establecido en la sentencia que dictara el tribunal de equidad—, tuvo la facilidad de poder aplicarse a más tipos de asuntos que el *Common law*, y ello dio lugar a la creación de nuevas instituciones judiciales, haciendo a esta rama del sistema judicial inglés más rica en

soluciones. Durante mucho tiempo, el *Common law* y la *Equity* fueron dos sistemas legales diferentes que funcionaron a la par en Inglaterra. Si bien en ocasiones existieron conflictos entre los tribunales reales y los tribunales de equidad, nunca existió una rivalidad competitiva y durante el tiempo que estuvieron operando de manera separada se complementaron, ya que uno aplicaba el derecho y el otro rebajaba su dureza o imprecisión buscando que las partes se fueran a casa con la convicción de que en su asunto se había hecho justicia. Finalmente, “entre 1873 y 1875, dos leyes del Parlamento, los *Judicature Acts*, modificaron la organización judicial fusionando los tribunales del *Common Law* y los de la Cancillería”, y se “dispuso que cualquier tribunal pudiera conocer asuntos derivados tanto de *Common Law* como de *Equity*” (Morineau, 1998, p. 19). De esta manera, es así como hoy en día el *Common law* está integrado por ambos sistemas legales.

II.1.4. La doctrina del *Stare decisis*.

Los tribunales de la *Equity*, al igual que los del *Common law*, adoptaron la costumbre de referirse a las sentencias precedentes dictadas por otros tribunales para poder resolver los casos que fueran similares. Esta forma de solucionar los asuntos se conoce como *stare decisis et quia non movere*, “que significa, en traducción flexible, ‘estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, lo que está quieto’” (Legarre & Rivera, 2006, p. 109). Así pues, el precedente judicial (*case law*) es una de las fuentes más importantes del derecho inglés, ya que, aparte de la ley, es el referente que los abogados toman para dar sus argumentos ante el tribunal sobre la manera en la que alguna controversia debe de ser resuelta, y el juez, al conocer la existencia del precedente y antes de dictar su sentencia, debe considerar las decisiones anteriores.

Esto puede hacer que el el *Common law* parezca un sistema jurídico muy rígido, pero si bien la doctrina es clara al decir que “a casos iguales, soluciones iguales”, la dificultad radica en que en la práctica es muy difícil encontrar cuestiones que tengan características iguales, a lo sumo se encontraran asuntos similares, pero nunca iguales. Por tanto el juez, apoyado por los principios de la *Equity*, podrá tomar una decisión que tome como base lo

resuelto anteriormente si se ajusta al caso que se trata actualmente; pero por otro lado el juez podrá aportar soluciones nuevas para aquellas cuestiones que son novedosas y que ningún precedente judicial ha tratado. Así, mientras la *Equity* le da flexibilidad al *Common law*, el *Stare decisis* le brinda certeza.

II.1.5. Las fuentes del *Common law*.

II.1.5.1. Los precedentes judiciales (*case law*).

Como ya lo mencionamos líneas antes (véase *supra* II.1.4), el *case law* es el conjunto de las sentencias dictadas por los tribunales. Morineau (1998, p. 23) dice que en los países de tradición romano canónica, el término que se usa para esto es “jurisprudencia”. Sin embargo, concordamos con Legarre y Rivera cuando señalan que jurisprudencia y precedente (*case law*) no son términos sinónimos porque “la palabra ‘precedente’ debería reservarse para el *common law*, pues en sentido estricto preguntarse por el precedente es preguntarse si hay una decisión previa aplicable (*in point*) que me obligue a mí como juez a resolver el caso presente de una determinada manera” (2006, p. 112), mientras que la jurisprudencia implica la existencia de una serie de sentencias sucesivas e ininterrumpidas en el mismo sentido —como ocurre, por ejemplo, en México—.

En los sistemas de *Common law* un único precedente genera Derecho. En los sistemas de tradición romanista esta obligación de seguir una decisión previa aplicable no existe, ya que “la jurisprudencia adquiere importancia [se convierte en Derecho] cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre” (Legarre & Rivera, 2006, p. 110).

II.1.5.2. La legislación.

La legislación es el proceso por medio del cual se crean las leyes^{iv}. Morineau menciona que los “*statute, act* y también *law*, se situa[n] al lado de la jurisprudencia [mejor dicho, del precedente] como la otra fuente importante del derecho inglés” (1998, p. 24).

En Inglaterra, en un principio las leyes eran creadas por el rey o por alguien a quien él confiaba la tarea de hacerlas en su nombre. Pero desde la firma de la *Carta Magna* de 1215, “... la cual era un documento suscrito por el soberano para apaciguar la rebelión de los nobles terratenientes y de los dignatarios eclesiásticos quienes se oponían al intento del rey de gravarles con excesivas cargas económicas” (Andrade Sánchez, 2008, p. 6), los nobles y los jerarcas religiosos se siguieron reuniendo “... y constituyeron un cuerpo que daría lugar a la Cámara de los Lores. A fines del mismo siglo [siglo XIII], el rey Eduardo I introdujo la representación de las ciudades, con lo que abrió paso a la actividad política de los burgueses... que no poseían títulos de nobleza ni propiedades territoriales. De esta representación surgiría la Cámara de los Comunes” (Andrade Sánchez, 2008, p. 7).

Ambas Cámaras conforman el Parlamento, que es el órgano encargado de crear las leyes que rigen a Inglaterra y al Reino Unido. La ley es Derecho por sí misma, pero una vez que llega a manos de los jueces, ellos la interpretan y dictan la forma en la que la ley surte efectos sobre las personas.

Pero lo que los jueces no pueden hacer es declarar un precepto legal inválido o inconstitucional, dado que esa posibilidad no existe al no haber una constitución propiamente dicha. Se dice que la *Constitución* del Reino Unido no está escrita, pero lo correcto es decir que no está compilada, tal como ocurre con las *Constituciones* de otros países, por ejemplo, México o Estados Unidos. La *Constitución* del Reino Unido se integra por un conjunto de leyes independientes que sientan las bases de la estructura del Estado y garantizan los derechos fundamentales de los ciudadanos (Aguirre, 2001, p. 15). Estas leyes sólo son especiales por esta particular consideración, pero nada más. Su aprobación y modificación se hace por medio del procedimiento legislativo ordinario con el que se aprueban, modifican y abrogan el resto de las leyes, contrario a lo que sucede en Estados

Unidos —o en México—, que como veremos más adelante (véase *infra* II.2.1.2.), para añadir una enmienda a la *Constitución* se precisa de cierta mayoría de votos en el Congreso federal y otra mayoría de votos de las legislaturas estatales. Dado que no hay un documento constitucional, no existe tampoco un tribunal constitucional, y por tanto la última palabra en esta materia es la del Parlamento —principalmente de la Cámara de los Comunes—. La Justicia ordinaria tiene total independencia para trabajar, pero sus sentencias y sus precedentes carecen de alto impacto público y más bien conservan un perfil bajo. Hasta 2006, año en que se creó la Corte Suprema del Reino Unido (*Supreme Court of the United Kingdom*), la última instancia en el sistema de justicia británico era un Comité Judicial en el seno de la Cámara de los Lores.

II.1.5.3. La costumbre.

Las costumbres que practicaban los antiguos pueblos que habitaban Inglaterra antes de la conquista normanda, son la base del *Common law*, ya que en ellas los antiguos jueces se basaron para crear las reglas del Derecho común que regiría a todos los ingleses. Sin embargo, dichas costumbres en la actualidad se encuentran contenidas tanto en las leyes del Parlamento como en las sentencias de los tribunales.

Existe también la costumbre local, que son aquellas prácticas que se realizan en Inglaterra y que alguien puede argumentar ante un tribunal buscando que se haga valer un derecho contenido en ella. Una vez que los tribunales la reconocen, deja de ser costumbre para convertirse en Derecho objetivo (Morineau, 1998, pp. 26 y 27). Por tanto, se puede deducir que la costumbre por sí sola no es una fuente del Derecho autónoma, sino solamente lo es hasta que la autoridad jurisdiccional así lo determina.

II.2 El sistema jurídico de los Estados Unidos.

Estados Unidos es un referente en prácticamente cualquier cuestión desde su fundación en 1776 cuando se realizó la *Declaración de Independencia*. Son la primer republica moderna cuyas características principales son el federalismo, el presidencialismo, el equilibrio de poderes y la democracia liberal. Este modelo de nación ha sido considerado como terreno fértil para el desarrollo de una economía de mercado, el cual que es el ejemplo a seguir por las naciones que pretenden convertirse en potencias económicas.

Los estudiosos del Derecho comparado agrupan al sistema jurídico de los Estados Unidos en la tradición del *Common law*, ya que tiene como fundamento sus instituciones jurídicas básicas: el *Common law*, la *Equity* y la doctrina del *Stare decisis*. A pesar de ello, los sistemas estadounidense e inglés no son iguales, ya que veremos más adelante cómo el proceso de desarrollo del Derecho estadounidense lo ha llevado por caminos muy distintos a los que siguió el Derecho inglés.

También hay que precisar que en el territorio de los Estados Unidos hay al menos 53 jurisdicciones diferentes, que son la federal y la del Distrito de Columbia, las 50 estatales y la militar. A parte, existen territorios sobre los que el gobierno de los Estados Unidos ejerce cierta soberanía, como son Puerto Rico, Guam, las Islas Vírgenes de los Estados Unidos, entre otros, y cada uno de ellos tiene su propio sistema jurídico independiente. Para los fines de este trabajo, me enfocaré principalmente en estudiar al sistema jurídico federal.

Así, a lo largo de esta sección, abordaremos el desarrollo histórico del Derecho de los Estados Unidos, primero en su época colonial y luego ya en su época independiente, y posteriormente explicaremos la estructura y funcionamiento del sistema jurídico de los Estados Unidos.

II.2.1. Desarrollo histórico del Derecho estadounidense.

En la Inglaterra del siglo XVI había una situación muy tumultuosa: los conflictos religiosos, un cambio en el modelo económico y una devastadora guerra contra España tenían al país y a sus pobladores en medio del caos. Muchas personas no encontraban un lugar en la sociedad inglesa de aquella época y sólo vivían para pasar penurias. Varios años antes, en 1492, Cristóbal Colón llegaba, sin saberlo él, a un continente que los europeos no conocían. Inglaterra se mantuvo al margen de la conquista de América por mucho tiempo, hasta que aventureros como John Hawkins y Walter Raleigh emprendieron algunos viajes a América durante el reinado de Isabel I. El Nuevo Mundo si bien no despertó el interés de la corona, si despertó el de varios grupos de personas que clamaban por una oportunidad de paz y prosperidad en sus vidas.

La gran mayoría de los colonos que llegaron al Nuevo Mundo, lo hicieron al huir de las dificultades que enfrentaban en Inglaterra, hayan sido estas la intolerancia religiosa, o bien la falta de oportunidades de sobrevivir en un entorno donde las ciudades comenzaron a sobrepoblarse, ello a causa de la migración masiva que llegaba del campo, lo que condujo a un excedente de mano de obra y por tanto al desempleo de una enorme cantidad de personas (Velasco Márquez, 2008, p. 19). Así que toda esta gente que de alguna manera era indeseable en su tierra, vio con esperanza las oportunidades que el Nuevo Mundo parecía ofrecerle.

El principio de esta aventura no fue fácil, ya que los primeros intentos de colonización por parte de Inglaterra fueron infructuosos, debido en buena medida a que eran empresas financiadas por capital privado e individual (Morison, et al., 1999, p. 28), a diferencia de lo que ocurría en el resto del continente conquistado por España y Portugal, en donde la iniciativa de colonización fue de carácter estatal financiada con las arcas de la corona. Esta no era una opción en el caso de Inglaterra, porque el reino se encontraba inmerso en conflictos internos de carácter político y religioso, y también tenía enfrentamientos con Francia y España, situaciones que no le permitieron destinar recursos a la exploración y conquista de América. Aunque posiblemente la verdadera razón detrás

del por qué Inglaterra no intervino de manera más activa en la conquista del continente americano se haya debido a la influencia del pensamiento económico dominante en aquella época: el mercantilismo. España y en menor medida Portugal ya habían acaparado las regiones del continente que eran ricas en metales preciosos, relativamente fáciles de extraer. En cambio, en Norteamérica, esos metales no abundaban y los que llegaban a descubrirse eran de difícil obtención. De ahí el bajo interés que la corona inglesa tuvo en invertir en una iniciativa que era, desde el punto de vista del mercantilismo, inútil al no generar ningún tipo de riqueza.

La historia de los Estados Unidos comenzó en el año de 1607, cuando los primeros colonos británicos llegaron a la costa del actual estado de Virginia y fundaron el primer asentamiento permanente en Jamestown. Varios intentos de establecer una colonia se habían hecho con anterioridad, pero las adversas condiciones del Nuevo Mundo varias veces echaron abajo esos intentos. En 1620 llegó a Norteamérica a bordo del buque *Mayflower* un grupo de puritanos perseguidos en Inglaterra por su postura ultraconservadora frente a la Iglesia anglicana oficial en torno a los valores morales. Su idea era fundar una “Nueva Jerusalén” libre de pecadores. El mal clima y errores de navegación hicieron que en lugar de que el barco llegara al destino planeado en Virginia, tocara tierra más al norte en lo que hoy es el estado de Massachusetts, una región apenas explorada y que estaba fuera de la jurisdicción de la compañía que había expedido la autorización a los peregrinos. Esto hizo que quedaran en una especie de limbo legal en el cual no había autoridad que los gobernara, así que “algunos de los ‘advenedizos’ que habían conseguido pasaje en el *Mayflower* a instancias de los mercaderes londinenses que financiaban esta aventura ‘consideraban [...] que cuando tocaran tierra, aquellos harían uso de su libertad, pues nadie tendría el poder de gobernarlos, ya que la licencia era para Virginia’” (Morison, 1997, p. 15).

Algunos pasajeros advirtieron esta situación e instaron a los demás pasajeros a firmar un documento conocido como el *Pacto del Mayflower*, en el que se comprometían a establecer un gobierno y a acatar las reglas que este elaborara para lograr una adecuada

convivencia entre los colonos. Con la firma de este documento esperaban que su asentamiento tuviera éxito, debido a que muchos de los anteriores intentos de establecer una colonia habían fracasado en buena medida por la falta de organización política de sus colonos. Así, estos personajes conocidos como los *Padres peregrinos* fundaron Nueva Plymouth, que fue el segundo asentamiento inglés en Norteamérica que tuvo éxito.

Los colonos que llegaron a América trajeron consigo el *Common law*. Sin embargo, estas personas sólo conocían ciertas partes y términos del sistema legal, pero no eran doctas en Derecho, así que al establecerse en el Nuevo Mundo y al tener que solucionar disputas entre ellos por la vía jurisdiccional, emplearon una versión muy rudimentaria del *Common law* (Friedman, 2007, p. 22). Con el paso del tiempo y con la llegada de abogados y personas que conocían mejor las cuestiones jurídicas, el Derecho de las colonias iría refinándose y haciéndose más “americano”, pero en esencia el primitivo sistema jurídico colonial era Derecho inglés. Sin embargo, el *Common law* que los colonos practicaban era muy distinto del que se practicaba en Inglaterra por una cuestión de fondo: la sociedad colonial era diferente a la sociedad inglesa. En Inglaterra había una estratificación que iba desde el rey, los nobles, el clero, los burgueses y al final el pueblo (Friedman, 2007, p. 22), mientras que en las colonias la sociedad era más igualitaria y a lo mucho las diferencias sociales se hacían a partir de dos factores: la propiedad y la raza. Mientras que en Inglaterra la tierra estaba en muy pocas manos, en las colonias la tierra era accesible a prácticamente cualquier hombre blanco que quisiera trabajarla. Por otro lado, la esclavitud era una institución que no se reconocía en Inglaterra, pero dada la apremiante necesidad de mano de obra que las colonias tenían, pasó de ser una simple costumbre a convertirse en parte fundamental del sistema jurídico colonial. Así que los colonizadores tomaron del Derecho inglés “lo que sabían, lo que necesitaban y lo que recordaban” (Friedman, 2007, p. 22).

En total se fundaron 13 colonias en un periodo que, según Velasco Márquez, abarcó de 1607 a 1732 (2008, p. 20). Una vez que las colonias estuvieron establecidas, la metrópoli, al no haber intervenido de ninguna manera en su creación salvo en la expedición del documento de autorización, se abstuvo de entrometerse en su organización interna, a pesar

de que los colonos juraban lealtad al monarca y realizaban el pago de ciertos impuestos a Inglaterra, sin embargo “hacían sus propias leyes, comerciaban con quien se les antojaba, se defendían sin la ayuda de la metrópoli y elaboraban sus propias instituciones” (Morison, et al., 1999, p. 41). A pesar de ello, eran muy dependientes entre sí porque ninguna era autosuficiente y por tanto el comercio entre ellas era vital para garantizar su existencia. Cada colonia tenía su propio modelo de economía: algunas eran, especialmente las del norte, mercantiles; mientras que las del sur, con mayores extensiones de tierra, un clima más favorable y la masiva llegada de esclavos de África, eran agrícolas enfocadas principalmente en el cultivo del algodón.

La autonomía que las colonias detentaban propició que cada una de ellas se organizara política y jurídicamente de la manera en que le pareció más conveniente, pero todas coincidieron en al menos dos cosas, que fueron, por un lado, el establecimiento de una asamblea colonial que fungía como órgano de representación de los intereses de los colonos y en los que se proponían, discutían y aprobaban leyes para aplicarse en toda la colonia; y por el otro, un sistema de tribunales en los que los jueces jugaban un papel central en la vida de las colonias, ya que no únicamente tenían a su cargo la función jurisdiccional, sino que también ejecutaban varias tareas administrativas y legislativas. Así, cada colonia tenía su propio sistema jurídico, y a pesar de que el contenido de sus leyes era diferente, en esencia la dinámica era la misma, pero debido a esta circunstancia no es posible hablar concretamente de un Derecho colonial, porque no había ninguna unidad jurídica entre ellos.

Las asambleas y los tribunales, si bien eran democráticos, no daban libre acceso a la representación y a la justicia a ciertos grupos, ya que en general era necesario ser hombre, ser blanco, ser libre y tener tierras, y en unos casos se negaba este acceso a ciertas regiones de las colonias o a algunos grupos sociales (Velasco Márquez, 2008, p. 23).

Gran Bretaña intentó en varias ocasiones establecer controles más estrictos en las colonias, pero por una u otra razón fracasó en su intento, hasta el estallido de la Guerra de los Siete Años (1754-1763), conflicto que originalmente enfrentó a Francia con el Reino

Unido en Europa pero que conforme fue avanzando el tiempo se extendió también a sus colonias en Asia, África y América. Para defender los territorios coloniales la Gran Bretaña destinó enormes cantidades de recursos materiales y humanos que, al finalizar la guerra con un resultado bastante favorable^v, tenía que pagar los costos del conflicto más los gastos que implicaban las nuevas conquistas obtenidas, y la única manera que encontró fue estableciendo impuestos en las colonias. Por otro lado, los británicos habían hecho alianzas y tratados con las diferentes tribus indígenas de Norteamérica y con los colonos franceses que habitaban Canadá, en los cuales se comprometían a respetar sus tierras impidiendo que los colonos británicos los invadieran. Las colonias habían hecho un gran esfuerzo al combatir junto a su monarca en la guerra, y sin embargo desde su punto de vista “los penalizaba y además retribuía a los que habían sido sus enemigos: los indios y los franceses” (Velasco Márquez, 2008, p. 26). Acostumbradas a vivir sin la intervención de nadie en sus asuntos y alegando que no se les podía cobrar contribución alguna sin tener representación en el Parlamento en Londres^{vi} y que su prosperidad dependía de la expansión hacia el oeste y el norte y del libre comercio entre las colonias, estas se rebelaron y comenzaron un proceso para independizarse de Gran Bretaña.

La Revolución norteamericana fue ante todo la búsqueda de “la solución a un problema político más antiguo que la historia misma: el equilibrio de libertad y autoridad” (Morison, et al., 1999, p. 80). Las colonias sentían que estaban sometidas a una tiranía en la que sus derechos estaban siendo pisoteados por una autoridad que vivía en otro continente y que sin embargo les quería someter a sus leyes. En un principio, los colonos únicamente renegaron de la autoridad del Parlamento y reconocieron solamente al monarca como su única liga con Gran Bretaña; sin embargo, la respuesta del rey no fue la esperada ya que declaró a las colonias en rebeldía. Por tanto, la opinión de los colonos cambió radicalmente, al volverse favorable a la independencia total de la Gran Bretaña, y el 4 de julio de 1776 el segundo Congreso Continental se reunió para aprobar la *Declaración de Independencia* en la que establecía la emancipación total de las colonias del dominio británico.

El documento, elaborado principalmente por Thomas Jefferson, uno de los *Padres fundadores*^{vii} y quien a la postre llegaría a ser el tercer presidente de los Estados Unidos, contenía las razones por las cuales las colonias se sentían con el derecho y el deber de romper sus lazos con Gran Bretaña:

que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, que derivan sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados.

Enlistaron una serie de agravios —obstrucción de la justicia, mantenimiento de ejércitos en tiempo de paz en las colonias, cobro de impuestos sin su consentimiento, entorpecimiento del comercio, etcétera— que el rey de Gran Bretaña había cometido en contra de las colonias, y denunciaron que habían hecho diversas advertencias a sus “hermanos británicos” de que esos agravios terminarían por romper las conexiones entre ellos, obteniendo a cambio solamente indiferencia. Concluyeron que:

estas colonias son, y por derecho deben ser, Estados Libres e Independientes; que están absueltas de toda obligación de fidelidad a la corona británica: que toda conexión política entre ellas y el Estado de la Gran Bretaña, es y debe ser totalmente disuelta, y que como Estados Libres e Independientes, tienen pleno poder para hacer la guerra, concluir la paz, contraer alianzas, establecer comercio y hacer todos los otros actos que los estados independientes pueden por derecho efectuar.^{viii}

Durante la guerra, ante la necesidad de poder actuar de manera conjunta para lograr la independencia, los estados buscaron organizarse en una confederación cuya base organizativa estuvo asentada en los *Artículos de la Confederación y Unión Perpetua*^{ix} elaborados por el segundo Congreso Continental en 1777. Estos *Artículos* se consideran una primera “Constitución”^x y establecían una endeble alianza entre los trece estados a la que denominaron “Estados Unidos de América”. El documento fue eficaz mientras las colonias luchaban contra Gran Bretaña, pero una vez que la guerra terminó se hizo evidente que no estaba a la altura de las circunstancias. En 1787, a instancias de Alexander Hamilton y James

Madison, el Congreso confederado convocó a los estados a una Convención que se reuniría en la ciudad de Filadelfia a revisar los *Artículos* con la finalidad de mejorarlos para adaptarlos a la nueva realidad que enfrentaban los Estados Unidos.

Después de los primeros debates, los delegados concluyeron que tenían que elaborar un nuevo documento en el que se instituyera un nuevo gobierno federal que tuviera la fuerza necesaria para poder realizar sus funciones sin tener que pedir el consentimiento de los estados, pero que no terminara por convertirse en un gobierno tiránico que impusiera su autoridad sin el consentimiento de los estados y del pueblo. Siguiendo la tradición de establecer documentos en los cuales se esbozan los arreglos institucionales con los cuales los hombres podrían vivir en paz que se remontaba al *Pacto del Mayflower*, teniendo como cimientos ideológicos las demandas y los ideales contenidos en la *Declaración de Independencia*, remontándose a los principios establecidos en la *Carta Magna* de 1215 y teniendo como estructura legal la seguida en los *Artículos de la Confederación*, los representantes se aprestaron a redactar una *Constitución para los Estados Unidos*.

Para los constituyentes "... la consideración predominante a lo largo de los debates consistió en levantar un gobierno que no fuera demasiado fuerte ni chocara con los prejuicios populares y, sin embargo, suficientemente fuerte y bien estructurado para que funcionara bien" (Morison, et al., 1999, p. 147). Por ello, la *Constitución de los Estados Unidos* estableció un innovador sistema de gobierno con tres principios rectores: el federalismo, la división de poderes y el sistema de pesos y contrapesos.

Por medio del primer principio, la autoridad se repartía en dos niveles: el federal y el estatal. La autoridad federal quedó limitada por la Constitución a las materias que expresamente se señalaban en ella, tales como la defensa y la organización del ejército y la marina de guerra, las relaciones exteriores y el comercio interestatal. Los estados conservaron la mayor parte de las facultades para gobernar a los ciudadanos, así pues, estos no quedaron subordinados al gobierno federal. Más tarde esto quedó claramente definido en la Enmienda X en la que se estableció que "Los poderes no delegados a los Estados

Unidos por la Constitución, ni prohibidos por ella a los estados, están reservados a los estados o al pueblo"

El segundo principio implicó la creación de un gobierno federal integrado por tres ramas:

- La legislativa, cuyas funciones serían llevadas a cabo por dos cámaras, una de Representantes y un Senado, que en general se encargarían de manera exclusiva de "... expedir todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a efecto los poderes anteriores [señalados en la sección octava de del Artículo I] y todos los demás que esta Constitución confiere al gobierno de los Estados Unidos o cualquiera de sus departamentos o funcionarios".
- La ejecutiva, que se investió en el Presidente de los Estados Unidos, entre cuyas facultades estarían las de ser el comandante en jefe de las fuerzas armadas, celebrar tratados con las potencias extranjeras con el "consejo y consentimiento del Senado", hacer los nombramientos provisionales de altos cargos del gobierno mientras el Senado estuviera en receso, y en general de "cuidar que las leyes se ejecuten puntualmente".
- La judicial, que se depositó en la Corte Suprema de los Estados Unidos — único tribunal nombrado y creado por la *Constitución*— y los tribunales inferiores que el Congreso creara, y que tendría la toda la autoridad en materia judicial. La "revisión constitucional" no fue establecida por la *Constitución*, sino que la Corte Suprema se la arrogó en la sentencia que dictó en 1803 en torno al caso *Marbury v. Madison*, en la cual se estableció que la Corte juzgaría si una ley está conforme a lo que dicta la *Constitución* y de no ser así, dejarla nula.

Antes de continuar con el tercer principio rector, es necesario hablar del caso *Marbury v. Madison*, ya que es fundamental para entender la importancia y trascendencia que la Corte Suprema y sus fallos tienen en los Estados Unidos y porqué la rama judicial es igual a la legislativa y ejecutiva y no un poder subordinado a estos.

Marbury v. Madison se considera el asunto más importante que la Corte Suprema ha tratado en su historia, no por la sustancia misma del caso, que fue originado por una pugna política entre el Partido Federalista y el Partido Demócrata Republicano, sino por la enorme relevancia del precedente que sentó. En 1800 el Partido Federalista del saliente presidente John Adams perdió la presidencia y la mayoría en el Congreso. Con la finalidad de no perder toda la influencia en el gobierno, Adams trató de colocar en la rama judicial a sus partidarios. Entre ellos estaba John Marshall, entonces secretario de Estado, al que nombró juez presidente de la Corte Suprema. Otro de los beneficiados fue William Marbury, a quien le dio un nombramiento como juez de paz en el Distrito de Columbia. Todos los nombramientos tenían que ser firmados y sellados por el secretario de Estado, pero por alguna razón el nombramiento de Marbury se quedó en la oficina de Marshall y no fue entregado a Marbury. Cuando Thomas Jefferson, militante del Partido Demócrata Republicano y nuevo presidente, se enteró de la situación, ordenó a su secretario de Estado, James Madison, no entregar el nombramiento a Marbury. Él esperó a que se le entregara el nombramiento, y al ver que nada sucedía, presentó una demanda ante la Corte Suprema, ahora presidida por Marshall, en la que exigía se le entregara el nombramiento que por derecho le correspondía. El juez Marshall se encontró frente a una encrucijada, ya que, si dictaba sentencia a favor de Marbury ordenando a Madison a entregarle el nombramiento, este simplemente podría negarse a hacerlo y ello implicaría una derrota de la rama judicial frente a la ejecutiva —y por supuesto, una derrota política para el Partido Federalista—; por otro lado, si no lo hacía parecería que estaba traicionando a sus camaradas federalistas. Una ley, la *Judiciary Act* de 1799, establecía la facultad de la Corte de emitir mandatos judiciales para obligar a los funcionarios del gobierno a cumplir con sus funciones, este argumento fue con el que Marbury acudió a la Corte. Pero la *Constitución* establecía que la Corte exclusivamente atendería casos en primera instancia cuando las partes fueran “embajadores, otros ministros públicos y cónsules, así como en aquellos en que sea parte un estado”. Por ello Marshall concluyó que, si bien era cierto que el nombramiento debía ser entregado a Marbury, la Corte no tenía facultades para ordenar a Madison a entregar el nombramiento, ya que la *Constitución* limitaba a la Corte como tribunal de primera

instancia a aquellos asuntos en que las partes sean las que la *Constitución* expresamente establecía, y Marbury no contaba con la calidad de ninguna de ellas, por tanto, declaró que la regla de emitir mandatos judiciales establecida en la *Judiciary Act* era inconstitucional^{xi}. Fue con esta peculiar sentencia que se estableció la facultad de revisión constitucional de las leyes por parte de la Corte Suprema.

Finalmente, el tercer principio es el sistema de pesos y contrapesos, por medio del cual las diferentes ramas del gobierno tienen su esfera de poder delimitada, pero bajo ciertas circunstancias en las que se note un evidente abuso de su poder, las otras ramas tienen la facultad de intervenir para detener ese abuso, por ejemplo, el veto presidencial a las leyes del Congreso, el control del presupuesto por parte del Congreso, y la misma revisión constitucional de las leyes por parte de la Corte Suprema —que como ya vimos, no fue expresamente atribuida a la Corte por la *Constitución*, pero la Corte interpretó que esta facultad estaba implícita en su texto—.

Para poder modificar la *Constitución*, se estableció un mecanismo en el Artículo VI en el cual es necesario que una enmienda sea aprobada por dos terceras partes de los miembros de cada Cámara del Congreso federal y por el voto de dos terceras partes de todas las legislaturas estatales. La *Constitución*, según su Artículo VII, tenía que ser ratificada por medio de convenciones electas popularmente por al menos nueve estados para poder entrar en vigor. El primero en aprobarla fue Delaware en 1787, y el noveno fue Nueva Hampshire en 1788.

Durante las discusiones para aprobar la *Constitución*, fue una constante la demanda de parte de los detractores antifederalistas —aquellos que no apoyaban a la nueva *Constitución*— de una *Bill of Rights* (*Carta de Derechos*) en la *Constitución*, en la cual que establecieran los derechos básicos de todos los ciudadanos que el gobierno federal tendría que respetar y proteger, inspirado ello en el ejemplo de la *Carta Magna* de 1215. Por ello “el trabajo del primer Congreso fue casi exclusivamente proponer y lograr que las garantías individuales fueran adicionadas a la Constitución” (Blackmore, 2008, p. 147), y es por esa razón que los federalistas, para restarle argumentos a sus contrincantes, apoyaron la

propuesta y las aprobaciones por parte de los estados fueron acompañadas por listas de derechos que tendrían que aprobar el Congreso y los demás estados. Así, las primeras diez enmiendas a la Constitución son conocidas como la *Carta de Derechos*, y en ella se establecieron los derechos básicos de los ciudadanos de los Estados Unidos, como la libertad de culto, de expresión, de prensa (I Enmienda), el derecho a la posesión de armas (II Enmienda), el derecho a no autoincriminarse (V Enmienda), entre otros.

Empero, la definición de ciudadano de los Estados Unidos no quedó precisada en la *Constitución*, y esto fue clave en un asunto bastante controvertido para un país que declara que parte de sus principios fundamentales son la libertad y la igualdad de las personas: la esclavitud. El tema fue el centro de números debates a lo largo del primer medio siglo de existencia de Estados Unidos tanto en los círculos privados como públicos. Los estados del norte en general habían prohibido la esclavitud, pero los del sur la permitían y protegían. La postura del gobierno federal era ambigua. En 1857, Dred Scott, un esclavo al que su dueño lo había llevado primero al estado de Illinois y luego a un territorio del oeste bajo jurisdicción federal, en ambos prohibida la esclavitud en virtud de su *Constitución local* y del *Acuerdo de Misuri* —una ley federal— respectivamente, demandó a su dueño ante los tribunales alegando que gracias a esas acciones era un hombre libre y que no podía volver a ser un esclavo nuevamente. El caso llegó hasta la Corte Suprema. El juez Roger Taney, entonces presidente de la Corte, escribió la sentencia del caso *Scott v. Sanders* que sería aprobada por sus colegas, y en ella señaló que “al redactarse la *Constitución* se había considerado a los negros como ‘una clase subordinada e inferior’ excluida del reclamo de la Declaración de Independencia de que ‘todos los hombres son creados iguales’, y ajena por tanto a la clase de personas que, en su calidad de ciudadanos, podían entablar un litigio en un tribunal federal” (Feinman, 2010, p. 15) Por otro lado, declaró inconstitucional el *Acuerdo de Misuri* —primera vez que la Corte declaraba la inconstitucionalidad de una ley desde el caso *Marbury v. Madison*— por considerar que había rebasado el Congreso sus facultades, y declaró también que no se podía privar a nadie de sus propiedades por el sólo hecho de cruzar la línea fronteriza entre estados.

La resolución del caso, en lugar de calmar la controversia entre aquellos que apoyaban la esclavitud y aquellos que no —tal como lo esperaba el juez Taney— hizo todo lo contrario y atizó el fuego de la Guerra Civil que se libraría entre los estados que permanecieron fieles a la Unión y aquellos que se separaron creando los Estados Confederados de América^{xiii} durante los años 1861 y 1865.

Al finalizar el conflicto con la victoria de la Unión sobre la Confederación, los estadounidenses iniciaron una nueva etapa en su historia que se conoce como “La Reconstrucción”, que consistió precisamente en volver a construir a los estados devastados por la guerra y en establecer nuevas reglas para que lo sucedido no se volviera a repetir. Una de las medidas tomadas por el gobierno federal fue la aprobación de tres nuevas enmiendas constitucionales, conocidas como las “Enmiendas de la Guerra Civil”, en la que se abolía la esclavitud en todos los estados y en aquellos territorios que estuvieran bajo la jurisdicción del gobierno federal (Enmienda XIII), se reconocía la ciudadanía estadounidense para todas aquellas personas nacidas en los Estados Unidos y para los hijos de los estadounidenses (Enmienda XIV) y se prohibía que los estados limitaran el derecho al voto de las personas por cuestiones de raza o patrimonio (Enmienda XV).

Así, en la *Constitución* los estadounidenses imprimieron la solución a la disyuntiva entre la libertad de los estados y sus ciudadanos, y la autoridad cedida al gobierno federal por parte de los estados para buscar el bien común, y además crearon garantías para proteger los derechos de los ciudadanos frente a posibles abusos del gobierno federal y de los gobiernos estatales; todo ello sin menoscabar la autoridad que un gobierno necesita para llevar a cabo sus funciones.

II.2.2. El funcionamiento del sistema jurídico de los Estados Unidos.

Como vimos, la historia del sistema jurídico estadounidense fue determinada por eventos de diferente carácter que aquellos que se dieron en Inglaterra desde 1066 hasta que comenzaron las primeras exploraciones en Norteamérica en el siglo XVI. Realmente,

como dice Magaloni Kerpel “lo que en realidad importaron de Inglaterra los estadounidenses no fue el derecho sustantivo, sino un modo de entender el derecho y un método jurídico para que los jueces lo desarrollasen caso por caso” (2008, p. 243), es decir, importaron únicamente la tradición jurídica, pero el derecho sustantivo y procesal es creación original de los estadounidenses. Ahora abordaré el estudio de la estructura del sistema jurídico en los Estados Unidos para ver cómo opera actualmente al hacer frente a las controversias que son puestas ante él.

II.2.2.1. El lugar de la rama judicial en el gobierno federal.

A pesar de que Estados Unidos heredó su tradición jurídica de Inglaterra, los jueces tienen diferente relevancia. ¿Qué pasa en el Reino Unido? Si sus jueces al resolver un asunto tomando en cuenta las sentencias que fueron dictadas anteriormente sientan un precedente, ya que en normalmente siguen la doctrina de *Stare decisis*, ¿por qué no son igual de influyentes que los jueces estadounidenses?

Como ya habíamos visto anteriormente, el Parlamento es la máxima autoridad en el Reino Unido, ya que es quien hace las leyes que rigen al país. Los jueces no pueden declarar inválida una ley del Parlamento argumentando que sea inconstitucional, porque las normas que se consideran constitucionales tienen ese carácter exclusivamente por la función que cumplen —la cual es darle forma al Estado y proteger los derechos de los ciudadanos de posibles abusos de autoridad por parte del gobierno— y no por una cuestión de forma, ya que ni están compiladas en un tomo ni requieren de un procedimiento especial para ser elaboradas, reformadas o abrogadas. Por tanto, la máxima autoridad constitucional en el Reino Unido es el Parlamento. Los jueces nunca han retado la esfera de soberanía legislativa del Parlamento, y este a su vez ha respetado la labor de los jueces. Morineau menciona que ello se debe a que “en el siglo XVII, cuando se dieron los conflictos entre los reyes Estuardo y el Parlamento [los Estuardo pretendían volver a los tiempos en que el rey concentraba todo el poder], los tribunales apoyaron la causa de este último, aceptando desde entonces su supremacía como órgano legislador, en tanto que el Parlamento, desde entonces, a su

vez también reconoció y sigue respetando la independencia de la judicatura” (1998, p. 25). Este es un acuerdo de mutuo respeto es meramente una tradición que desde entonces se ha practicado. Así pues, los jueces sólo interpretan la ley que el Parlamento emite y la aplican a los casos concretos que llegan a sus manos, reduciendo de ser preciso su dureza, pero el efecto de sus sentencias exclusivamente afecta a las partes en conflicto. De ahí que la trascendencia de su trabajo sea muy acotada.

Como se puede apreciar, en Gran Bretaña las instituciones que ejercen la función judicial son de menor importancia que aquella que ejerce la función legislativa. Entonces ¿por qué en los Estados Unidos la rama judicial es tan influyente?

Recordemos la que la *Constitución de los Estados Unidos* estableció un sistema de tres ramas de gobierno que, si bien son autónomas una de la otra, para tomar ciertas decisiones necesitan del consentimiento de alguna de las otras dos ramas —el sistema de pesos y contrapesos—. En el caso de la rama judicial su integración, su jurisdicción, sus procedimientos y su presupuesto quedaron bajo el control tanto de la rama ejecutiva como de la legislativa; pero una vez que un juez es nombrado, su cargo es vitalicio y la única forma de retirar a un juez es por medio de un *Impeachment*, y su salario no puede ser disminuido a lo largo de su gestión. Esto brinda la suficiente seguridad a los jueces de que sus fallos no afectaran sus posibilidades de mantener su cargo si afectan los intereses de alguien en alguna de las otras dos ramas. Por otro lado, hay que recordar la sentencia del caso *Marbury v. Madison*, en la que la Corte Suprema se atribuyó la facultad de revisar la validez constitucional de leyes y actos de las otras ramas del gobierno y también de los gobiernos de los estados cuando sus leyes y actos vayan en contra de la *Constitución*. De esta manera, la Corte con un simple fallo puede decir que algo es o no es constitucional y cambiar de la noche a la mañana todo el panorama que se tenía por cierto antes de que asentara su fallo. Sentencias como las dictadas en los casos *Scott v. Sanders*^{xiii}, *Plessy v. Ferguson*^{xiv}, *Brown v. Board of Education of Topeka*^{xv}, *Roe v. Wade*^{xvi}, *Obergefell v. Hodges*^{xvii} han sido el inicio de cambios sociales muy profundos en la sociedad estadounidense sin que haya habido la

necesidad de que el Congreso aprobara leyes para promover estos cambios o de que el Presidente promoviera iniciativas o ejecutara acciones encaminadas a ello.^{xviii}

II.2.2.3. La jerarquía y funcionamiento de los tribunales federales.

Como ya hemos visto, a nivel federal la *Constitución de los Estados Unidos*, en su Artículo III, establece la existencia de una rama judicial del gobierno federal y señala que estará integrado por una Corte Suprema y los tribunales inferiores creados por el Congreso. El Congreso, desde la aprobación de la *Judiciary Act* de 1799 y sus posteriores modificaciones que ahora se encuentran completamente contenidas en el Código Federal de los Estados Unidos (*Code of Laws of the United States*)^{xix} en su título 28 sobre la judicatura y los procedimientos judiciales, ha estructurado un sistema de tribunales de dos niveles por debajo de la Corte Suprema, compuesto por las Cortes de Distrito (*District Courts*) y por las Cortes del Circuito de Apelaciones (*Circuit Courts of Appeals*).

Las Cortes de Distrito son los tribunales de primera instancia por excelencia, es decir, aquellos que conocen el asunto por primera vez y “tienen la ardua labor de instruir el proceso judicial, es decir, de desahogar todas las pruebas y definir los hechos que quedan demostrados jurídicamente a partir de esta evidencia” (Magaloni Kerpel, 2008, p. 250), tanto en casos criminales como en casos civiles. Son los más numerosos del sistema; a la fecha en la que escribo este trabajo (2016) el territorio de los Estados Unidos se divide en 94 distritos judiciales, y en cada uno se asienta una Corte de Distrito integrada por uno o varios jueces. Sin embargo, cada causa es atendida solamente por un juez. Además, “existen Cortes de Distrito especializadas, es decir cuya jurisdicción sólo comprende cierto tipo de litigios, como lo son, entre otras, la Corte de Comercio Internacional y la Corte de Reclamaciones Federales” (Herrera González, 2012).

El siguiente nivel está integrado por la Corte de Apelaciones, que el tribunal de segunda instancia en la que cualquiera de las partes de un juicio tiene derecho de apelar la sentencia que un juez de distrito haya dictado —excepto el gobierno en los casos del orden

criminal cuando el veredicto haya sido “no culpable”—, a pesar de ello, la mayoría de los casos son atendidos solamente en primera instancia y son proporcionalmente pocos los que terminan en una apelación. El país está dividido en 12 circuitos judiciales^{xx} regionales más un 13° circuito federal asentado en Washington, D.C. cuya jurisdicción de apelación son las sentencias emitidas por las Cortes de Distrito especializadas en asuntos de patentes, comercio marítimo y controversias en las que las agencias del gobierno federal sean parte. Las Cortes de Apelaciones sesionan en salas (*panels*) de 3 jueces que son los que deciden sobre las causas presentadas ante ellos, sin admitir nueva evidencia, sino solamente analizando la ya existente y emitiendo una nueva sentencia en la que enmiende las posibles omisiones del juez de primera instancia.

El tercer nivel es el que incumbe a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Además de las facultades que la *Constitución* le otorga para atender casos en primera instancia de manera exclusiva enumerados en el Artículo III, la Corte tiene jurisdicción de apelación “para revisar las sentencias de 74 tribunales de apelación: las de los 13 Tribunales Federales de Apelación, las del Tribunal Militar de Apelación y las decisiones de los 50 Tribunales Supremos de los estados donde se aborda o resuelve alguna cuestión de derecho federal” (Magaloni Kerpel, 2008, p. 253). Debido a que la cantidad de asuntos que potencialmente pueden quedar bajo su competencia es muy alta, a su exclusivo criterio la Corte Suprema puede presidir en casos de apelación de todos estos tribunales, si el asunto es de la trascendencia suficiente para que amerite una revisión por parte de este máximo tribunal.

Actualmente y desde 1869, la Corte está integrada por ocho jueces asociados (*associate justices*) y un juez presidente (*chief justice*) nombrados por el presidente de los Estados Unidos y ratificados por el Senado. Normalmente, el presidente postula para el cargo a abogados que tengan cierta afinidad con el partido político al que pertenezca o la ideología que profese, debido a esto en la Corte suelen agruparse los jueces en dos conjuntos informales que se denominan “el ala conservadora” y “el ala liberal”. El primero de estos grupos suele asociarse con una doctrina interpretativa de la *Constitución* conocida como *originalismo* (*originalism*), cuya guía indica a los jueces que deben conducirse al

resolver un caso conforma a las intenciones que tenían aquellos que la redactaron y al significado intrínseco de las palabras. Los jueces del “ala liberal” suelen comulgar con la teoría de la *constitución viviente* (*living constitution*), que señala que los redactores la hicieron deliberadamente breve para que en el futuro esta pudiera ser interpretada según los requerimientos del momento.

A cada uno de los jueces se le asigna jurisdicción sobre uno o más circuitos de apelación, y cualquier controversia que quiera ser presentada ante la Corte tiene que ser llevada a la oficina del juez que tiene competencia sobre el asunto en términos territoriales. El juez que recibe el asunto redacta el proyecto de sentencia que presentara ante el resto de sus compañeros, quien lo votaran aprobándolo o rechazándolo por mayoría simple.

II.2.2.4. Los jueces estadounidenses.

Para poder ser nombrado juez federal en los Estados Unidos, es necesario que el aspirante tenga un grado de *Juris Doctor* en una universidad acreditada con facultad de Derecho. A pesar de que su nombre parece indicarlo, no es equivalente a un título de Doctor en Derecho como se entiende en México, sino que es apenas el nivel de estudios básico para poder ejercer la profesión de abogado. Un grado de *Juris Doctor* en Estados Unidos es un postgrado que se otorga después de un curso de estudios de tres años en alguna carrera afín al Derecho, para finalmente presentar un examen de admisión a una escuela de Derecho.

Además, en Estados Unidos no basta contar con un título universitario para poder ejercer como abogado. Como un efecto del federalismo estadounidense, cada estado pone sus propios requisitos para ejercer la profesión, y por ello los abogados estadounidenses tienen que obtener una licencia en el estado o los estados en los que planean ejercer el Derecho. Además, la colegiación es obligatoria y la mayoría de los estados requieren que los solicitantes de una licencia aprueben un examen de la Barra de Abogados del estado, que es la asociación gremial que cuida los estándares de ética profesional con la que los

abogados deben de desempeñar la profesión. Existen estados que permiten que los abogados se integren a la Barra de Abogados estatal a raíz de su asociación con la Barra de Abogados de otro estado. Todos los estados permiten a los abogados de otras entidades ejercer en ese estado en casos en particular y bajo ciertas condiciones. Los abogados pueden ejercer cualquier rama del Derecho, sin embargo, existe mucha especialización informal derivada de las exigencias del mercado laboral.

Como señala Merryman (Merryman 1989, p. 191), los abogados tiene mucha movilidad en las diferentes ocupaciones posibles, ya que pueden iniciar sus carreras como abogados en el gobierno, en una empresa, en la fiscalía, en la judicatura federal o estatal o bien ejerciendo por su cuenta, pero tienen total libertad para cambiar su ámbito de desempeño sin que su inexperiencia en el área sea un impedimento para ello.

Los jueces en Estados Unidos a nivel federal son nombrados por el Presidente y confirmados por el voto mayoritario del Senado, y mientras cumplan con su encargo con buen comportamiento, podrán desempeñarlo de manera vitalicia. Los abogados nominados para el cargo en son personas distinguidas en la academia, o bien en la judicatura estatal, como también en la práctica privada o en el sector público, y el nunca haber trabajado en la judicatura no es impedimento alguno para ser considerado o posteriormente confirmado como juez.

El juez estadounidense es “un héroe cultural, incluso una figura paternal” (Merryman, 1989, p. 72). Los jueces suelen ser las mayores y más prestigiosas figuras de autoridad en cuestiones de Derecho, y debido a ello suelen ser famosos y respetados. Una vez que un juez sea designado y comience a realizar su trabajo “sus opiniones se discutirán en los periódicos y se analizarán y criticarán en las publicaciones legales especializadas. Será una persona muy importante” (Merryman, 1989, p. 73).

El papel que el juez desempeña en el sistema jurídico de los Estados Unidos es único si se le compara con el que realiza un juez en cualquier otro país, incluso en Inglaterra (véase *supra* II.2.2.1.). La influencia del juez norteamericano va más allá del ámbito jurídico y llega

directamente a las esferas sociales, políticas y económicas, sin que ello sea considerado de manera negativa. Sin embargo, hay que acotar que los jueces que realmente pueden ejercer tal influencia son los que forman parte de la Corte Suprema y en menor medida los jueces de la Corte de Apelaciones. La jerarquía de los tribunales indica cual es el precedente que tiene más importancia, y para ello aplican las siguientes tres reglas:

- Los jueces de primera instancia... [] están vinculados jerárquicamente a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo y por el Tribunal de apelación con jurisdicción para revisar sus sentencias.
- Los Tribunales de Apelación sólo están vinculados a los precedentes establecidos por el Tribunal Supremo; el resto de los precedentes de los tribunales federales, sin importar cuál sea su rango, sólo tienen fuerza persuasiva.
- Los Tribunales Federales de Apelación y el Tribunal Supremo están vinculados a sus propios precedentes. Sin embargo, en este caso la autovinculación al precedente opera de forma condicional: deben seguir sus propios precedentes, salvo que existan razones sustantivas para no hacerlo. En este caso, los tribunales modifican y adaptan el derecho de creación judicial previamente establecido en concordancia con los cambios sociales (Magaloni Kerpel, 2008: 255).

Es en este punto en donde se conjugan las dos facultades clave para que el juez estadounidense sea un hombre con tanta influencia en su país: los principios del *Common law* que le permiten al juez rebajar la dureza de la ley en aras de la justicia y sentar precedentes que deberán ser seguidos por otros jueces en lugares y épocas distintas a la suya, y la facultad de revisión constitucional de las leyes y actos que emitan y realicen las otras ramas del gobierno federal o los poderes públicos de los estados de la Unión. Un juez puede decidir sobre un caso sin seguir al pie de la letra lo que dicta el derecho sustantivo, si es que considera que su aplicación puede resultar en una injusticia, y en cambio puede apoyarse en las conclusiones o métodos de otras disciplinas para llegar a una conclusión

más justa para ambas partes. Sus decisiones, en caso de ser recurridas a instancias superiores y confirmadas por ellas se convertirán en ley para todos los estadounidenses.

El juez es el principal agente constructor del Derecho de los Estados Unidos, aún por encima del legislador, ya que si bien las leyes son Derecho vigente una vez que son promulgadas, si caen en las manos de un juez el será el que deje firme su vigencia o las revoque.

II.3. Resumen.

El *Common law* es una tradición jurídica que se formó a partir de un sistema legal conformado por un conjunto de antiguas costumbres jurídicas practicadas por los pueblos bárbaros que habitaban Inglaterra y que careció de toda influencia del Derecho romano. Flexible y creativo en un principio, el *Common law* al paso de los años se convirtió en un sistema jurídico muy rígido y complejo que lo volvió injusto a los ojos de las personas que quedaban insatisfechas con sus resultados. Para tratar de mitigar sus efectos negativos se creó la *Equity*, un nuevo sistema jurídico que buscaba reducir la dureza del *Common law* otorgándole a los jueces un alto nivel de discrecionalidad sobre lo que ellos consideraban que era lo justo para resolver las disputas presentadas ante ellos. En el siglo XIX en Gran Bretaña ambos sistemas se fusionaron en uno mismo conocido genéricamente como *Common law*.

Si bien la *Equity* podría quitarle certeza al Derecho, la doctrina del *Stare decisis* le otorga estabilidad, al obligar a los jueces a resolver las controversias tomando como punto de partida las decisiones tomadas por sus colegas en casos similares resueltos anteriormente.

Así, equidad y precedente son los pilares del funcionamiento del *Common law*. Su influencia actual va más allá del ámbito territorial del Reino Unido y se hace sentir en las antiguas colonias del Imperio británico, en las que a pesar de las modificaciones que han

hecho en función de sus diferentes realidades, sus sistemas jurídicos tienen como base los pilares del *Common law*.

El sistema jurídico de los Estados Unidos es el resultado de la importación por parte de los colonos que se asentaron en Norteamérica de los principios tradicionales del *Common law* practicado en Inglaterra, y de la interacción de estos con los principios establecidos en la *Constitución de los Estados Unidos*. Ambos cuerpos de principios les han dado a los jueces estadounidenses características únicas en el mundo en general e incluso entre aquellos países de cuyo sistema jurídico está influenciado por el *Common law*.

La *Constitución de los Estados Unidos* es la ley suprema de aquella nación, y a ella se deben de ajustar todas las leyes federales y los actos de todas las autoridades. En los Estados Unidos, los tribunales son a la vez tribunales de legalidad y de constitucionalidad. Cualquier tribunal estadounidense puede declarar inconstitucional cualquier ley o acto que vaya en contra de la *Constitución*, con efectos *erga omnes*. De esta manera, se puede decir que en Estados Unidos opera un sistema de revisión judicial disperso —en el que además los tribunales estatales también tienen atribuciones de revisión constitucional—, pero en el que la última palabra la tiene la Corte Suprema de los Estados Unidos.

A esto hay que sumarle que los jueces estadounidenses, por herencia de la tradición del *Common law* británico en su sentido más amplio, pueden ajustar sus sentencias

ⁱ *The Commonwealth*, conocida popularmente como *The British Commonwealth* (Mancomunidad británica), es una asociación de países que en el pasado tuvieron lazos coloniales con el Reino Unido y que se dedica a mantener lazos de amistad entre las antiguas colonias y la ex metrópoli en temas de desarrollo social, científicos, culturales y deportivos principalmente. Mozambique (antigua colonia portuguesa) y Ruanda (excolonia belga) son excepciones y por ello se le ha preferido llamar a la organización *Commonwealth of Nations*.

ⁱⁱ En este apartado nos referimos a la acepción restringida de *Common law*.

ⁱⁱⁱ “Se les atribuye el carácter de normas jurídicas integrantes del Derecho Sustantivo a las reglas de conducta humanas bilaterales, heterónomas, externas y coercibles que regulan situaciones jurídicas de fondo, estáticamente consideradas, a diferencia de las normas jurídicas de Derecho Adjetivo, que rigen el procedimiento” (Arellano García, 2004: 18). El derecho procesal o adjetivo “es el conjunto de reglas destinadas a la aplicación de las normas del derecho [sustantivo] a casos particulares...” (García Máynez, 1953, p. 143).

^{iv} Recordemos la diferenciación que hace García Máynez (1953, p. 52) entre legislación y ley como fuente del Derecho: a la legislación “podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado

formulan y promulgan determinadas reglas jurídicas de observación general a las que se les da el nombre específico de leyes”. Señala García Máynez que algunos autores confunden a la ley como fuente del derecho, pero que “olvidan que no es fuente del derecho, sino producto de la legislación”, ya que la ley es propiamente el Derecho (Derecho objetivo).

^v La victoria para Gran Bretaña sería el inicio propiamente del Imperio británico que perduraría hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. Después de la guerra con la firma de los Tratados de París en 1763 “había conquistado la India, toda Norteamérica hasta el Mississippi y lo mejor de las Indias Occidentales, y se había afianzado su supremacía en el mar” (Morison, et al., 1999, p. 78).

^{vi} Los colonos reclamaban los derechos que como súbditos británicos les correspondían, “entre ellos, el de que no le [fueran] impuestos tributos sin su propio consentimiento dado éste personalmente o por sus representantes”; los colonos por tanto decían que “el Parlamento no tenía autoridad para legislar en materia de impuestos directos en las colonias, pues carecían de representantes en ese órgano. A lo cual el Parlamento arguyó que los colonos estaban representados, pues cada uno de sus miembros, aunque electos en un distrito específico, al momento de ocupar un escaño representaban ‘virtualmente’ a todos los súbditos británicos. En consecuencia, mientras los colonos exigían una representación ‘real’, el Parlamento afirmaba que había una representación ‘virtual’” (Velasco Márquez, 2008, pp. 27 y 28).

^{vii} En general, los *Padres fundadores* fueron aquellos hombres que de alguna manera lucharon por la independencia de los Estados Unidos. Hay muchas definiciones del término, algunas más amplias y otras más concretas. Sin embargo, siete hombres se pueden considerar como los protagonistas principales por sus contribuciones determinantes, desde sus participaciones en los debates en el Parlamento británico exponiendo las consideraciones del porque los derechos de los colonos estaban siendo pisoteados, la elaboración de la *Declaración de Independencia*, el mando de las tropas, la discusión para aprobar la Constitución y la creación de las instituciones de la nueva república. Por tanto, la definición más concreta de todas es la que sólo incluye a Thomas Jefferson, George Washington, Benjamin Franklin, Alexander Hamilton, John Jay, James Madison y John Adams.

^{viii} Tomadas por Commanger (1999, pp. 67-69) de la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*.

^{ix} Una Confederación “se crea por la unión de varios estados independientes que conservan plenamente su soberanía -a diferencia de la federación- y que se proponen ciertos propósitos (sic) comunes sin la intención de configurar una entidad política distinta y superior” (Andrade Sánchez, 2008, p. 93).

^x Siguiendo a Andrade, a una Confederación “no se [le] dota de una Constitución propia, ni dispone de órganos centrales a los que transfiere poderes soberanos. No existe un orden jurídico que resulte aplicable a todos los habitantes de los estados confederados. Esta forma de unión se formaliza a través de tratados internacionales, pero las normas establecidas por medio del tratado que constituye la confederación obligan únicamente a los estados como tales, pero cada uno tiene un sólo y exclusivo orden jurídico” (Andrade Sánchez, 2008, p. 93).

^{xi} Para una revisión más profunda y detallada del caso *Marbury vs. Madison*, véase (Feinman, 2010, pp. 23-28); (Morison, et al., 1999, p. 193); y Valdés S. Clemente. *Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en Estados Unidos*.

^{xii} Los estados que se separaron de la Unión fueron en orden de secesión Carolina del Sur, Misisipi, Florida, Alabama, Georgia, Luisiana, Texas, Virginia, Arkansas, Carolina del Norte y Tennessee. Establecieron su capital primero en Montgomery, Alabama y luego la trasladaron a la ciudad de Richmond, en Virginia.

^{xiii} En esta sentencia, la Corte declaró que las personas de raza negra no eran ciudadanos de los Estados Unidos según la Constitución.

^{xiv} Después de la Guerra de Secesión, muchas personas en los estados del sur querían limitar a toda costa que las personas de raza negra ejercieran los derechos que las Enmiendas de la Guerra Civil le habían otorgado, así que en esta sentencia la Corte estableció la doctrina “separados pero iguales” con la que se permitió la segregación racial en lugares públicos desde 1896.

^{xv} En esta sentencia de 1954 la Corte decretó que la segregación racial en escuelas públicas era inconstitucional y fue el principio del fin del precedente de *Plessy v. Ferguson*. A la larga, esta sentencia significó el fin de la segregación en otros espacios públicos (baños, transporte, oficinas, etcétera).

^{xvi} En esta sentencia de 1973, la Corte Suprema reconoció el derecho al aborto de las mujeres y se declararon inconstitucionales las leyes que lo prohibían.

^{xvii} La Corte en esta sentencia de 2015 declaró inconstitucionales las leyes que prohibían el matrimonio homosexual.

^{xviii} En el caso de la discriminación racial, que la Corte declaró constitucional en el caso *Scott v. Sanders*. El Congreso y las legislaturas estatales de los estados que permanecieron fieles a la Unión durante la Guerra Civil aprobaron las Enmiendas de la Guerra Civil con el fin de terminar con la discriminación, y con ello invalidaron aquella sentencia. Pero ello no fue suficiente para que la Corte por medio del fallo de *Plessy v. Ferguson* volviera a declarar constitucional la discriminación racial. Varios años más tarde, ya cuando incluso a nivel federal la discriminación era algo más o menos aceptado, la propia Corte dio marcha atrás y declaró inconstitucional la discriminación en *Brown v. Board of Education*. Es un claro ejemplo de como la rama judicial está a la altura de las otras dos.

^{xix} A nivel federal, las leyes se compilan en el *Code of Laws of the United States* para fines de uso público y de investigación jurídica. La versión más actual del *U.S. Code* data del año 2012 y contiene 54 títulos, que se dividen en subtítulos, partes, subpartes, capítulos y subcapítulos. Cada título contiene las leyes de un tema específico, por ejemplo, el *Chapter 11 of Title 11 of the U.S. Code*, es famoso y citado incluso en la prensa extranjera —incluyendo a la mexicana— porque contiene las normas que regulan el proceso de quiebras en los Estados Unidos, y sale a relucir cada que una gran empresa estadounidense quiebra —por ejemplo, Enron o General Motors—.

Aprovechando esto, podemos ver que este es un ejemplo de codificación jurídica en una jurisdicción de *Common law* que, si bien puede parecer similar a la codificación llevada a cabo en una jurisdicción romanista, es diferente por los motivos que hay detrás, ya que la *U.S. Code* fue elaborado como un código con meros fines prácticos para que los abogados y en general todo aquel que quiera consultar la ley federal pueda hacerlo de una forma cómoda y práctica, y por lo tanto no hay motivación ideológica alguna.

^{xx} En la antigüedad, cuando las poblaciones estaban dispersas y su densidad era baja, los jueces no se establecían ahí, sino que hacían viajes anuales a lo largo de los territorios para ir resolviendo las controversias que los pobladores les planteaban. A esas rutas se les conocía como “circuitos”. Hoy día el termino se sigue usando, pero los jueces itinerantes ya están en desuso.

CAPÍTULO III. LA TRADICIÓN ROMANO-CANÓNICA Y EL SISTEMA JURÍDICO EN MÉXICO.

III.1. La tradición jurídica romano-canónica.

Los sistemas jurídicos influidos por la tradición romano-canónica son tantos, que la mejor manera de mencionarlos a todos es señalando que a ella pertenecen prácticamente todos los sistemas legales de la mayoría de los países de Europa —incluyendo a Rusia y excluyendo por supuesto a Reino Unido y posiblemente a los países escandinavos— todos los de América Latina, y una buena cantidad de los sistemas de países africanos y asiáticos. A parte, los sistemas de regiones subnacionales de países cuya tradición dominante es el *Common law*, por razones históricas, forman parte de la tradición romanista, como son el caso de Puerto Rico y del estado de Louisiana, y la provincia de Quebec, en Estados Unidos y Canadá respectivamente. Además, su propagación no únicamente se limitó a sistemas legales de Estados nacionales, sino que también los sistemas derivados de asociaciones supranacionales, tales como la Unión Europea y los marcos legales de los tribunales internacionales como la Corte Penal Internacional, el Tribunal de Justicia de La Haya o la Corte Interamericana de Derechos Humanos están influenciados por esta tradición.

Este breve repaso sobre la tradición romano-canónica lo comenzaré primero abordando las implicaciones del término, posteriormente hablaré sobre su desarrollo histórico de su estructura y sus fuentes de una manera muy general, debido a que la gran extensión temporal —por lo menos 1500 años más antigua que el *Common law*— y geográfica de esta tradición hace muy difícil hablar de cuestiones específicas en un trabajo como éste.

III.1.1. ¿Qué se entiende por tradición jurídica romano-canonica?

En inglés a esta tradición se le conoce como *Civil Law*ⁱ, empero, en español no existe un término concreto para nombrarla. Es por ello que los estudiosos del Derecho comparado le dan nombres diversos: tradición romanista, romano germánica, e incluso se le conoce como “Derecho continental”, en referencia a Europa y en contraposición a la tradición del “Derecho de las islas británicas”. Lo que estos nombres si nos dejan claro es que el Derecho romano es una parte fundamental de esta tradición, y por ello en este trabajo hemos decidido utilizar de manera indistinta los términos “tradición romano-canonica” —que es utilizado por John Henry Merryman en su obra introductoria al tema, en la cual nos hemos apoyado ampliamente— o bien “tradición romanista” —un término de uso más común en la bibliografía comparatista—.

El Derecho civil romano es la más antigua e importante de sus influencias—y tal vez, esta sea la más importante herencia que el Imperio romano le dejó a la cultura occidental—, pero no es la única, ya que como señala Merryman, los actuales sistemas jurídicos de los países de tradición romano-canonica también se vieron influidos por el Derecho canonico, el Derecho mercantil, las ideas de las revoluciones Ilustradas del siglo XVIII y la Ciencia Jurídica (Merryman, 1989, p. 24). Por ello, siguiendo a Merryman, he decidido abordar el desarrollo de esta tradición a partir de estas cinco influencias, porque considero que esto nos dará una mejor idea del espíritu infundido en el sistema jurídico mexicano.

III.1.2. El Derecho civil romano.

La compilación del Derecho romano realizada entre los años 529 d.C. a 534 d.C. por orden del emperador bizantino Justiniano, la cual en la Edad Media sería redescubierta por los estudiosos del Derecho del norte de Italia, y luego nombrada por ellos como *Corpus Iuris Civilis* —es decir, la normas que rigen a las personas en sus relaciones seculares, contrapuestas al *Corpus Iuris Canonici*, que eran las normas que regían a la Iglesia y las relaciones de ella con las personas—, es la más antigua influencia de los actuales sistemas

jurídicos que pertenecen a la tradición romano-canónica. El Derecho romano fue el sistema legal que operó en la antigua Roma desde la fundación legendaria de la ciudad en el año 753 a. de C. hasta la caída del Imperio Romano de Occidente en 476 d. de C., y en el Imperio Romano de Oriente hasta la época del emperador Justiniano, que gobernó entre los años 527 d. de C. a 565 d. de C. (Padilla Sahagún, 2008, p. 1).

Los romanos no son reconocidos en la historia por haber hecho grandes aportaciones a la filosofía ni a la teoría del Derecho. Por ello, la base filosófica del Derecho romano fue la que tomaron de los principios del Derecho natural estoico. Bodenheimer explica que los Estoicos consideraban que la razón era la materia de la que se encuentra hecho el universo, y que por tanto “el Derecho natural era idéntico a la ley de la razón”. Para los estoicos los seres humanos habían vivido en una época en la que todos eran iguales, convivían fraternamente como hermanos, sin distinción alguna de clase, género o raza, y desconocían la propiedad privada y la familia. Sin embargo, creían que en algún momento el ser humano se degeneró y surgió en él el egoísmo, la ambición y el ansia de poder. Fue por ello que, para contener estos males, surgieron figuras jurídicas artificiales como la propiedad privada, el matrimonio o la *patria potestas*. A pesar de ello, consideraban que el Derecho humano debía de apegarse en lo posible al Derecho emanado de la razón. Esta perspectiva influyó a los primeros jurisconsultos romanos y en ella basaron sus opiniones (Bodenheimer, 1994, pp. 134 y 135).

El Derecho romano tuvo su mejor época en los tiempos de la República —un periodo de que abarcó del año 509 a. de C. al 27 a. de C.—, ya que era principalmente un Derecho que daba soluciones a los problemas que las personas enfrentaban en la vida diaria, y debe su grandeza a que estas soluciones eran pensadas meticulosamente por personas que dedicaban su vida al estudio del Derecho por el simple gusto de hacerlo y no cobraban ninguna gratificación por ello. Estas personas no eran magistrados de ningún tipo, sino jurisconsultos —hombres que gozaban de *autorictas*, que estaba fundamentada en su conocimiento socialmente reconocido debido a la capacidad moral que tenían para emitir opiniones cualificadas que eran valoradas por la comunidad; diferente de la *potestas* de los

magistrados, es decir, del poder socialmente reconocido que procedía únicamente del cargo público que ejercían—, que daban consejo a aquel que les planteara alguna cuestión jurídica. En un principio, las partes en conflicto acudían al jurisconsulto en busca de consejo, y luego planteaban las opiniones ofrecidas por él frente al pretor, magistrado romano que administraba la Justicia. Las opiniones de los jurisconsultos no eran vinculantes, es decir, los pretores no tenían la obligación de seguir su consejo, sin embargo, debido a la *autorictas* con la que estaban investidos los jurisconsultos, los pretores solían seguir sus consejos, e incluso con el tiempo “ellos mismo acudían directamente por ayuda con ellos... [y así]... se estableció la feliz simbiosis entre su *potestas* [del pretor] y la *autorictas* de los juristas” (Pampillo Baliño, 2008, p. 119). Es así como las opiniones de los jurisconsultos se convirtieron en Derecho.

Hay que aclarar aquí que

los pretores no eran jueces en el sentido moderno, sino que el camino que había de llevar hacia el juez pasaba por ellos: estos magistrados, sin investigar los hechos, juzgaban si los argumentos presentados por las partes tenían relevancia jurídica y, en caso de tenerla, transmitían el pleito a algún juez o tribunal colegiado, para la investigación de los hechos y para que se dictara sentencia (Floris Margadant, 2000, pp. 107 y 108).

Así que el juez no conocía el asunto de primera mano, sino que el pretor evaluaba la relevancia jurídica de la controversia y luego se la transmitía él para que dictara una sentencia.

La idea que los juristas romanos tenían del Derecho en aquella época era distinta a la que actualmente tenemos, que como bien lo expresa Pampillo Baliño al decir que “la actividad del jurisprudente es pues, ante todo, prudencial —*in sola prudentium interpretatione consistit*—, y consiste en el hallazgo de lo plausible, acomodado y a-*jus*-tado a la realidad problemática que se le ofrece reclamándole soluciones” (Pampillo Baliño, 2008, p. 108), es decir, que los juristas hacían el Derecho cuando analizaban el fondo de las controversias para poder darles una solución con la cual se hiciera Justicia a las partes,

pudiendo ir más allá de lo que las leyes, rígidas y muy generales, pudieran decir. Empero, a la larga esta concepción se fue deteriorando conforme la jurisprudencia fue mejorando, y se convirtió en víctima de su propio éxito, ya que por su propia autoridad se transformó en un cuerpo normativo al que los juristas posteriormente recurrían para encontrar soluciones, en lugar de tomar esta jurisprudencia solamente como guía. La estocada final de la jurisprudencia romana clásica llegó cuando, ya en la época del Imperio, Octavio Augusto decreta el *ius publicum respondendi ex auctoritate Principis*, con el cual la *autoritas* del jurisprudente quedó confundida con la *potestas* del emperador, al concederle a ciertos juristas el privilegio de que sus opiniones serían obligatorias para los jueces al resolver las controversias, lo que en los hechos fue “... una auténtica operación de ‘alta política jurídica’, consistente en la expropiación total de la autoridad, con delegación parcial y selectiva de potestad” (Pampillo Baliño, 2008, p. 119). De esta manera, la autoridad que la jurisprudencia romana clásica tuvo en su mejor momento, se perdió porque los juristas ya no eran libres a la hora de poder dar sus opiniones, ya que, para gozar del privilegio de la potestad delegada por el emperador, era implícitamente necesario agradaarle con opiniones que le fueran favorables a él. Así, “por este camino, el derecho mismo dejará de ser concebido como *ius*, o sea, como ‘lo justo’, como la solución *a-jus-tada* al problema, para convertirse, en contrapartida, en la directriz impuesta desde el poder, en la norma establecida que rige y gobierna a los hombres: *dirigere, directum...*” (Pampillo Baliño, 2008, p. 120).

La jurisprudencia no era la única fuente del Derecho romano. Los edictos de los magistrados, los senadoconsultos, los plebiscitos y, ya en la época del Imperio, las constituciones imperialesⁱⁱ, también eran Derecho. Pero el prestigio del Derecho romano se debe fundamentalmente a las aportaciones que los juristas hicieron, sobre todo en los ámbitos que en la actualidad competen al Derecho civil, como son el Derecho de las personas, la familia, la herencia, la propiedad y los contratos. Es en estos rubros en los que el Derecho romano ejerce la mayor influencia sobre los actuales sistemas jurídicos de tradición romano-canónica, a pesar de que el Derecho romano también trataba cuestiones penales o sobre la estructura del Estado, ámbitos hoy enmarcados en el Derecho público,

pero que por su poca adaptabilidad a los problemas presentes en el momento en que el Derecho romano fue compilado, y luego redescubierto en la Edad Media, pasaron a segundo plano y fueron prácticamente olvidados.

Aunado a que la jurisprudencia romana clásica fue perdiendo calidad a lo largo del tiempo, sobre todo en la época del Imperio, el Derecho romano no era un cuerpo normativo completo y armónico, sino que a lo largo de los años las normas que se creaban iban superponiéndose a las normas preexistentes, lo que se tradujo en sistema normativo disperso y confuso que a la larga se volvió complicado de entender y por tanto también complicado de aplicarse. Por ello, el emperador Justiniano decidió emprender la ambiciosa tarea de compilar y depurar el Derecho. Dice Merryman que Justiniano se vio motivado a llevar a cabo tal tarea por dos razones, en primer lugar “consideraba decadente el derecho romano contemporáneo; trataba de rescatar el sistema legal romano de varios siglos de deterioro y devolverle su pureza y su grandeza de otros tiempos”, y en segundo lugar, estaba consciente de que “la masa de materiales autorizados y semiautorizados se había vuelto tan grande, e incluía tantos refinamientos y puntos de vista diferentes... [] que estimó conveniente eliminar lo que estuviera oscuro o fuera repetitivo; resolver conflictos y dudas; y organizar lo que conviniera conservar en alguna forma sistemática” (Merryman, 1989, p. 26).

La misión de realizar esa obra de tal magnitud, se la encargó al jurista Triboniano y a un grupo de colegas en el periodo que transcurrió entre los años 529 d. de C. a 534 d. de C., espacio muy corto de tiempo para lo ambicioso de la encomienda, cuya conclusión se materializó en cinco grandes obras que fueron: el Código (*Codex vetus* o *primus*) —obra que reunió constituciones imperiales reunidas en los Códigos Hermogeniano, Gregoriano y Teodosiano, entre otros; esta obra no se ha conservado, salvo por un fragmento del índice—, el Digesto (*Digesta*) o Pandectas (*Pandectae*) —obra capital del *Corpus Iuris Civilis*, que consta de 50 libros en los que se reúnen las opiniones de los jurisconsultos de la época clásica del Derecho romano—, las Instituciones (*Instituta*) —obra de carácter pedagógico que tenía la finalidad de introducir en el estudio del Derecho a los nuevos juristas—, el

Nuevo Código o Código de Justiniano (*Codex*) —obra que reúne constituciones imperiales posteriores a las codificadas en el *Codex vetus* hasta la época del propio Justiniano— y las Novelas (*Novellae*) —que son las constituciones decretadas durante el reinado de Justiniano (para mayor detalle al respecto, véase Padilla Sahagún, 2008: 18 y 19). El contenido del *Corpus Iuris Civilis* no es homogéneo, ya que en él se fundieron tres tradiciones legales que funcionaron en la antigua Roma, que fueron la clásica —la jurisprudencia romana clásica, o sea, el *ius*—, la postclásica —el Derecho monopolizado por el emperador, o sea, el *directum*—, y la cristiana, que se dio cuando la religión católica fue aceptada por el Imperio y sus puntos de vista morales influyeron en la elaboración del Derecho romano (Pampillo Baliño, 2008, p. 122).

Al terminar el trabajo, Justiniano decretó que el *Corpus Iuris Civilis* era la ley vigente en el Imperio y ordenó destruir los manuscritos originales, y además prohibió hacer comentarios a su compilación, considerando que su contenido era suficiente para atender a las necesidades de los ciudadanos del Imperio —prohibición que incluso en durante su vida no se acató (Merryman, 1989, p. 26)—. Por ello es que el *Corpus Iuris Civilis* es la principal fuente de conocimiento que tenemos del Derecho romano, y también la principal influencia sobre los sistemas jurídicos de tradición romano-canónica actuales.

III.1.3. El Derecho canónico.

El Derecho canónico es el sistema jurídico elaborado por la Iglesia católica, que regula las relaciones que hay entre ella y los bautizados, así como también regula su estructura y sus relaciones internas. El término canónico proviene de sus principales fuentes normativas: los *cánones* o acuerdos conciliares. El Derecho canónico proviene fundamentalmente de dos fuentes: las llamadas divinas, y las humanas. Entre las primeras se encuentran el Antiguo Testamento y el Nuevo Testamento, consideradas dentro del dogma de la Iglesia como la “palabra de Dios”; mientras que las humanas son aquellas normas dictadas por las autoridades terrenales de la Iglesia, entre ellas el Papa y los otros obispos reunidos en Concilio.

Este Derecho canónico terrenal comenzó a ser desarrollado desde el inicio mismo de la cristiandad. Aun cuando la Iglesia y sus fieles fueron perseguidos por el Imperio Romano durante los primeros siglos de su existencia, su propagación fue tal que con el tiempo se convirtió en la principal religión dentro del Imperio, lo que finalmente llevó a los emperadores romanos, primero a tolerarla, por medio del *Edicto de Milán* de 313 d. de C. dictado por Constantino —quien poco antes de morir se bautizó cristiano—, y luego a convertirla en la religión oficial del Imperio por medio del *Edicto de Teodosio II* de 380 d. de C. (Bernal Gómez, 2010, p. 122 y 123). Finalmente, en 382 d. de C. el emperador Graciano renunció a su título de *Pontifex maximus*, que acreditaba a quien lo ostentaba como la máxima autoridad religiosa del Imperio, cediéndolo al Papa Siricio, convirtiéndose desde entonces el título en un honor añadido al cargo de obispo de Roma; así, desde entonces existió en el mundo cristiano una dicotomía de autoridad entre el emperador romano y el Papa.

El contenido del Derecho canónico evolucionó desde las normas que solamente regían sobre disciplina y organización de la Iglesia para también abordar cuestiones seculares que ya eran tratadas por el Derecho romano, como el Derecho de familia y de los bienes, aparte de intervenir y legitimar actos de carácter público, como por ejemplo la coronación de los emperadores, ya que se comenzó a considerar que la autoridad del emperador era delegada por Dios —lo que llevaría a la larga a conflictos entre los emperadores y los Papas, cuyo fondo de la discusión era cual autoridad era superior, sí la papal o la imperial (Floris Margadant, 2000, p. 134)—, y también se desarrollan los principios del Derecho procesal, al establecerse el procedimiento legal eclesiástico que se seguía en los tribunales del clero (Bernal Gómez, 2010, p. 125).

III.1.4. El *ius commune*.

La Roma antigua llegaría a su máximo esplendor, al menos en términos territoriales, durante el gobierno del emperador Trajano (98 d. de C. a 117 d. de C.), momento en el cual el Imperio ocupaba el territorio que abarca desde la península ibérica hasta la frontera con

Persia en lo que hoy día es Irak, y desde el norte de África hasta el muro de Adriano, en lo que hoy son más o menos los límites entre Inglaterra y Escocia, siendo está su frontera más septentrional. A partir de ahí comenzó un proceso, largo, lento y a la vez constante, de decadencia política, militar, social y económica que se traduciría tanto en una consecuente disminución territorial, como en una dificultad de administrar lo aun vastos dominios romanos. Esta segunda situación llegó a un punto culminante cuando el emperador Diocleciano instauró un nuevo régimen conocido como “tetrarquía”, con el cual el Imperio se dividió en una parte occidental y otra oriental, y cada una de ellas estaría gobernada por un *augusto*, y esperando en la sombra a cada uno de ellos, un *césar* heredaría el Imperio a su muerte o abdicación. Esta situación sería revertida por Constantino I, quien reunificaría el Imperio; pero no duro mucho porque Teodosio I lo dividiría de manera definitiva entre sus dos hijos, uno de los cuales recibió el Imperio de Oriente con capital en Constantinopla, y el otro recibió el de Occidente con capital en Roma —ciudad que iría perdiendo preminencia política en favor de Rávena, ciudad al norte de Italia, que con el tiempo se convirtió en la nueva capital occidental—.

La situación empeoró cuando a finales del siglo IV d. de C., desde Asia central llegó a Europa un pueblo nómada, los hunos, causando estragos a las tribus germánicas que habitaban al norte del Imperio, las cuales, aterrorizadas pidieron que se les permitiera entrar a los territorios romanos: “Roma les deja pasar y trata de arraigarles en la península balcánica. No les gusta allí a los huéspedes: prefieren Italia y entran por la fuerza. Las tropas romanas, colocadas en las fronteras norteñas, son retiradas para la defensa de la capital, pero dejan la puerta abierta, de modo que luego entran avalanchas de germanos” (Floris Margadant, 2000, p. 84). Con el tiempo, el Imperio Romano de Occidente perdería toda su gloria e influencia de antaño a manos de los invasores barbaros, hasta que en 476 d. de C., Odoacro, jefe tribal germánico que se había asentado en el centro de Italia, destituyó al joven Rómulo Augústulo —curiosamente homónimo de Rómulo, fundador legendario de Roma en 753 a. de C.— como emperador romano de Occidente, y envió las insignias imperiales a Constantinopla, reconociendo así la autoridad del emperador de Oriente sobre todo el Imperio.

De forma convencional dentro de la historiografía tradicional, se considera que el año 476 d. de C. es el inicio de la Edad Media, una época caracterizada por la descentralización política debido a que el ejercicio del poder se dispersó entre una multitud de pequeños condados, baronazgos, principados y reinos; sin embargo, la Iglesia y el Sacro Imperio Romano Germánico trataron de mantener la unidad de Europa y hacer valer su soberanía sobre los señores feudales, cosa que nunca pudieron lograr y más bien su autoridad tuvo que convivir a la par de aquellos. Así, durante esta época la tarea de crear del Derecho se dispersó entre todos esos gobiernos independientes, cuya base fueron las antiguas costumbres tribales germánicas y una versión “vulgarizada” del Derecho romano.

Alrededor del siglo XII, en la Universidad de Bolonia al norte de Italia, fue redescubierto el *Corpus Iuris Civilis*, la compilación del Derecho romano ordenada por Justiniano en el siglo VI. Esta había llegado hasta allá desde Constantinopla cuando durante el mismo reinado de Justiniano, al mando del general Belisario, el ejército bizantino logró reconquistar vastos territorios del antiguo Imperio Romano, incluyendo Italia, y en esos territorios conquistados el *Corpus* fue la ley que los rigió; sin embargo, la conquista no duró mucho y la compilación se perdió y fue olvidada.

Con el paso del tiempo, el *Corpus Iuris Civilis* se convirtió en la ley que se aplicaba en Europa:

había varias razones para esta atención al *Corpus Iuris Civilis* y la omisión de otros cuerpos de derecho existentes. Primero, en la Italia del siglo XII era muy fuerte y real la concepción de un Sacro Imperio Romano. Justiniano era considerado como un Sacro Emperador romano, y su *Corpus Iuris Civilis* era tratado como una legislación imperial. Por lo tanto, tenía la autoridad del Papa y del emperador temporal detrás de sí. Esto lo volvía muy superior a la legislación de un príncipe local, las regulaciones de un gremio o la costumbre local. Segundo, los juristas reconocían la alta calidad intelectual del *Corpus Iuris Civilis*. Veían que esta obra, llamada por ellos ‘la razón escrita’, era superior a las compilaciones barbarizadas que se habían puesto en vigor bajo la invasión germánica. El *Corpus Iuris Civilis* no

sólo tenía la autoridad del Papa y el emperador, sino también la autoridad de una civilización y una inteligencia obviamente superiores (Merryman, 1989, p. 29).

Junto al Derecho canónico contenido en el *Corpus Iuris Canonici*, el Derecho romano del *Corpus Iuris Civilis* fue estudiado por todos aquellos interesados en el Derecho que fueron a aprenderlo a Bolonia y después regresaron a sus lugares de origen, en donde también lo enseñaron, y de esta forma, ambos cuerpos de Derecho se fueron convirtiendo en la ley que regía sobre toda Europa, por ello fue conocido como *Ius commune*, es decir, Derecho común de Europa, la cual a pesar de seguir dividida políticamente, seguía los mismos principios legales en todos lados. Esto hay que matizarlo, ya que no sucedió en toda Europa al mismo tiempo, como fue en el caso de España a donde tardó más tiempo en llegar ésta influencia debido a que su territorio estaba ocupado por los musulmanes desde el siglo VIII, o el de Inglaterra (véase *supra* II.1.2), donde la centralización del poder en el rey desde la conquista normanda provocó que el Derecho inglés tuviera sólo una fuente, el rey mismo, y su contenido provino de las costumbres de los pueblos nativos de Gran Bretaña.

III.1.5. El Derecho mercantil.

El Derecho mercantil es un buen ejemplo de un Derecho de origen consuetudinario, es decir, de la costumbre de un grupo de personas que se sanciona como ley, sin que esta sea legislada y coaccionada por el poder del Estado.

El comercio ha sido una práctica que ha existido desde que los diferentes grupos humanos dejaron de ser autárquicos y se comenzaron a especializar en ciertas ramas de la producción de bienes y servicios, y para poder satisfacer sus necesidades que no eran cubiertas con su propia producción, se vieron en la necesidad de intercambiar productos con los otros grupos que si tenían aquellos satisfactores de los que ellos precisaban. Sin embargo, su importancia ha variado de época en época, y durante la primera parte de la Edad Media el comercio prácticamente desapareció de Europa, ya que el aislamiento de la gente propicio que la organización económica de aquella sociedad hiciera prevalecer la

producción dentro del feudo de todo lo que la población del mismo necesitara. A ello hay que sumarle la mala calidad de las vías de comunicación y la inseguridad que en ellas prevalecía; por otro lado, existía también una enorme diversidad de pesos y medidas, lo que hacía que un potencial comercio fuera imposible de realizarse. El comercio únicamente se mantuvo vivo y fue relevante en las ciudades costeras del norte de Europa en lo que hoy es Bélgica, Países Bajos y Alemania, y en las ciudades del norte de Italia.

Explica Huberman que esta situación cambió radicalmente en el segundo milenio con la Cruzadas que, si bien como campañas militares para liberar a la Tierra Santa de los musulmanes fueron un rotundo fracaso, entre sus beneficios no planeados estuvo el impulso que provocaron para que la población europea saliera a conocer el mundo más allá de los muros de sus aldeas. Los cruzados necesitaron de pertrechos para llevar a cabo la campaña, y por ello los comerciantes viajaron con ellos, para proveerles de todo lo que necesitaran. A su regreso, los cruzados trajeron un apetito por los productos que conocieron en aquellas tierras, y ello generó una demanda que los comerciantes estuvieron dispuestos a satisfacer. Además, las Cruzadas permitieron quitarle el control del mar Mediterráneo a los musulmanes, devolviéndoselo a los europeos, lo que abrió otra ruta para permitir el comercio entre oriente y occidente (Huberman, 1995, p. 21).

Los comerciantes, agrupados en organizaciones conocidas como gremios, se enfrentaron a diversos problemas a la hora de realizar su actividad, y como no existía una autoridad única y soberana en Europa, no tenían a quien recurrir para solucionar las controversias que surgieran entre ellos. Por ello fueron creando reglas e instituciones que tenían como finalidad zanjar los diferendos entre los comerciantes y solucionar los problemas propios de la actividad comercial, y establecieron tribunales cuyos jueces también eran comerciantes, que eran los que aplicaban el Derecho (véase De Pina y Vara, 2011, p. 8).

Con el paso del tiempo, la formación de los Estados nacionales propicio que, como con el resto del Derecho, la creación y aplicación del Derecho mercantil se convirtiera en

una facultad de las autoridades estatales, que tomaron como base el Derecho elaborado por los comerciantes:

la participación del Estado en la normatividad del comercio no pudo ser otra que la de reconocer la existencia de las *lex mercatorias*, normas que provenían de la lógica pura, del sentido común, del equilibrio de la partida doble y de cientos de años de tortuosas experiencias, que las convirtieron en normas de hechura impecable y, por tanto, de una importancia insoslayable para el gobernante, aún como fuente histórica o de inspiración (Dávalos Mejía, 2013, p. 13).

III.1.6. La influencia de la Ilustración.

Como señala Merryman (1989, p. 38), estas tres subtradiciones sólo explican el origen del Derecho contenido en los códigos civil, penal, de procedimientos civiles, de procedimientos penales y el código de comercio, que suelen estar presentes en las jurisdicciones de tradición romano-canónica; pero no hay nada en ellas que explique, salvo por el caso del Derecho penal y sólo en parte, el origen del Derecho público, es decir, aquellas normas que regulan la organización del Estado y sus relaciones con los ciudadanos; tampoco explican la supremacía que tiene en esta tradición el Derecho legislado sobre el Derecho elaborado por los jueces —característica con la que las personas en general diferencian al *Common law* de la tradición romano-canónica— ni el fenómeno codificador.

Ello se debe a que todo esto surgió gracias a la Ilustración, que fue un movimiento filosófico que renegaba de los moldes de pensamiento y tradiciones vigentes durante la Edad Media, porque creían que no tenían como fundamento la razón humana. Los pensadores de la Ilustración argumentaban que la razón era el arma para combatir la ignorancia, la superstición y la tiranía, que mantenían al hombre en la “tinieblas” —de ahí el nombre en francés del movimiento: “*les Lumières*”, ya que se consideraba que la razón era “la luz”—. Era un movimiento con un fuerte carácter anticlerical y antiaristocrático, porque creían en la igualdad inherente de los hombres, y que por tanto ningún designio divino ni tampoco ningún título de nobleza podían ser motivo para diferenciar a los hombres

y menoscabar con ello sus derechos; los ilustrados eran partidarios del nacionalismo y estaban a favor de la centralización del poder político en el Estado y de la soberanía de éste frente a cualquier otro grupo de poder interno o externo. Es gracias a la Ilustración que "... se superaron ciertos moldes de pensamiento por largo tiempo establecidos acerca del gobierno y del individuo, y se sustituyeron por nuevas ideas acerca del hombre, la sociedad, la economía y el estado" (Merryman, 1989, p. 38), cambios que en su mayoría se fueron concretando por medio de luchas armadas en Europa y en América. Estas luchas armadas tenían como objetivo democratizar el gobierno al quitarle el poder a los monarcas, a la aristocracia feudal y a la Iglesia, para otorgársela a la naciente clase burguesa; desde luego, si alguna de estas instituciones sobrevivió al proceso revolucionario, fue porque se adaptó a los requerimientos del nuevo régimen. Estas revoluciones se presentaron y desarrollaron de diferentes formas, pero todas tuvieron en el fondo la misma controversia, y tuvieron como antecedente los conflictos entre el rey y el Parlamento británico, que culminaron en 1688 con la Revolución Gloriosa con el triunfo del Parlamento sobre la Corona y sus resultados se concretaron al ser decretada la *Bill of Rights* de 1689. Durante el siglo XVIII estos movimientos también se presentaron en otras regiones, ejemplos de ellos fueron la Independencia de Estados Unidos, las guerras de independencia en el Nuevo Mundo y la unificación de Italia y de Alemania; sin embargo, la más paradigmática fue la Revolución francesa.

La influencia de la Ilustración también tuvo eco en el Derecho, y no es descabellado afirmar que la personalidad que actualmente tienen los sistemas jurídicos de tradición romano-canónica es fundamentalmente herencia de la Ilustración más que de las antiguas tradiciones romanas o medievales, si bien a ellas debe la mayor parte del contenido del Derecho privado. Uno de los puntos en los que la Revolución francesa puso especial énfasis, fue en la separación estricta de las funciones ejecutiva, legislativa y judicial. Los revolucionarios franceses no sólo lucharon contra el clero y la aristocracia terrateniente, sino también contra otra clase aristocrática que debía su influencia no a las tierras, sino al ejercicio del servicio público. En Francia, desde el siglo XV, debido a las frecuentes crisis de finanzas públicas que había por la mala administración de estas, se generalizó la costumbre

de vender los cargos públicos al mejor postor con la finalidad de recaudar recursos fiscales, lo que generó el nacimiento de una clase social conocida como la “aristocracia de las togas”. Este fenómeno, por supuesto, también alcanzó a las instituciones judiciales, y por tanto los jueces eran personas que obtenían el cargo por la compra del mismo o por herencia, y no por la capacidad que demostraran para ejercerlo. Los jueces tendían a identificarse con la clase gobernante, a la que, en muchos casos, también pertenecían:

en Francia, la aristocracia judicial era uno de los blancos de la Revolución, no sólo por su tendencia a identificarse con la aristocracia terrateniente, sino también por su incapacidad para distinguir muy claramente entre la aplicación y la elaboración de la ley (Merryman, 1989, p. 41).

A diferencia de lo que ocurría en Inglaterra, en donde los jueces fueron aliados de la ascendiente clase burguesa y apoyaron al Parlamento frente a las pretensiones absolutistas de los monarcas, en Francia los jueces lucharon contra el progreso y, por medio de su autoridad, ayudaron a mantener firme al *ancien régime* negándose a implementar las leyes que lo contrariaban, así que “los tribunales se negaban a aplicar las leyes nuevas, las interpretaban en forma contraria a su intención o frustraban los esfuerzos de los funcionarios por administrarlas” (Merryman, 1989, p. 42).

La actitud frente a la función judicial es uno de los rasgos más característicos de la tradición romano-canónica. Al triunfo de la Revolución la doctrina de la “separación de poderes” expuesta por Montesquieu en *El espíritu de las leyes*ⁱⁱⁱ se llevó al extremo. A los jueces se les retiró cualquier facultad que les permitiese de alguna manera legislar, lo que conllevó a prohibirles interpretar la ley, para evitar que tuvieran la posibilidad de cambiar el sentido que los legisladores le habían dado a la ley, y su función se limitó a aplicar el texto a los casos que se ajustaran a él, impidiendo de esta manera que recurrieran a cualquier otra fuente, incluyendo el uso de precedentes judiciales, lo que implicó el rechazo de la doctrina del *Stare decisis*, y además “el hincapié que se hacía en la separación de poderes produjo un sistema separado de tribunales administrativos, inhibió la adopción de la revisión judicial de la legislación y limitó a los jueces a un papel relativamente secundario

en el proceso legal” (Merryman, 1989, p. 46). Esta es una diferencia muy notable con lo que ocurrió tanto en Inglaterra como en Estados Unidos, ya que el motivo que llevó a cada uno de estos países a implantar la separación de funciones fue diferente al de los revolucionarios franceses. En el caso inglés, el problema era la intención del rey de mantener el control absoluto del poder, primero por encima de la nobleza y luego sobre la burguesía, quienes reunidos en el Parlamento lucharon contra ello logrando que la soberanía quedara en ese cuerpo legislativo, quitándole poco a poco facultades al monarca hasta que en la actualidad actúa meramente como una figura ceremonial sin ningún papel relevante en la política británica; reitero que, en el caso de la función judicial, los jueces fueron activistas en favor del cambio y apoyaron la lucha del Parlamento, lo que derivó en un mutuo respeto de sus esferas de competencia. En Estados Unidos, la separación de funciones se instituyó con la finalidad de evitar que se diera una concentración del poder en una sola persona o corporación que actuara de forma tiránica frente al pueblo, y por ello en la *Constitución* se estableció el sistema de “pesos y contrapesos”, con el cual las tres ramas del gobierno se regularían entre sí, evitando con ello el abuso del poder (para ambas experiencias, véase *supra* II.2.2.1.). El desarrollo histórico de las instituciones judiciales inglesas y estadounidenses determinó que en ninguno de los dos casos se promoviera medida alguna para limitar el poder de los jueces:

se aceptaba que los jueces tenían el poder del *mandamus* (para obligar a un funcionario a cumplir con sus deberes legales) y el *quo warranto* (para cuestionar la legalidad de un acto ejecutado por un servidor público) (Merryman, 1989, p. 42).

Al contrario, la tradición romano-canónica quedó marcada no sólo por la histórica función secundaria que los jueces cumplían desde la época romana (véase *supra* III.1.2.), sino también por la ideología revolucionaria, que vino a remarcarlo con más contundencia, y en buena medida por ello en los países romanistas los jueces no tienen el cargo de manera vitalicia y suelen estar sujetos a sistemas de carrera judicial en donde se ponen a prueba sus capacidades y competencias:

el juez de derecho civil desempeñó así un papel sustancialmente más modesto que el juez de la tradición del derecho común, y el sistema de selección y antigüedad de los jueces del derecho civil es compatible con esa posición tan diferente de la profesión judicial (Merryman, 1989, p. 78).

También esta actitud hacia los jueces trajo consigo la creación de “tribunales no judiciales”, es decir, organismos con funciones jurisdiccionales que no estaban adscritos a la estructura formal de los poderes judiciales, cuya tarea consistía en interpretar la ley, tratar cuestiones de constitucionalidad, o bien de resolver controversias en el ámbito administrativo, los cuales, a pesar de la ideología de los revolucionarios que repudiaba la intromisión de los jueces en tareas legislativas o ejecutivas, tenían como misión resolver problemas prácticos que eran difíciles de ignorar.

Durante la Edad Media la nueva clase burguesa se enfrentó a la gobernante clase aristocrática porque sus intereses estaban en conflicto. Los burgueses necesitaban seguridad y estabilidad para poder realizar sus negocios, hayan sido estos la industria o el comercio, seguridad y estabilidad que el régimen feudal no podía proporcionar, por tanto, como dice Huberman, “lo que se necesitaba era una autoridad central, un Estado nacional, un poder supremo que pudiera imponer el orden al caos feudal. Los viejos señores no podían por más tiempo llenar su función social. Sus días habían pasado. Había llegado el de un fuerte poder social que unificara al país” (Huberman, 1995, p. 86). Los revolucionarios, en su lucha para lograr la unificación de los señoríos feudales en torno a una autoridad central, buscaron crear un Derecho nacional y renegaron del *Ius commune*, al que consideraban ineficiente, injerencista y retrogrado, porque eran leyes que no se aplicaban de manera uniforme por un sistema de tribunales centralizado, eran sancionadas por el sacro emperador romano y por el Papa, y tendían a proteger al viejo régimen. Uno de los primeros pasos que los revolucionarios dieron para lograr su cometido fue arrebatarse de las manos a la Iglesia su jurisdicción temporal, lo que tuvo como consecuencia que sus tribunales dejaran de atender los asuntos civiles y penales, y estos pasaran a la jurisdicción de la autoridad estatal. Sin embargo, a pesar de que el *Ius commune* fue descartado como Derecho vigente, su contenido fue bien recibido por los legisladores revolucionarios, por

ello el antiguo Derecho civil romano pasó a formar parte, primero de las leyes civiles francesas, y luego sería compilado en el Código civil francés de 1804, ya que

se rechazó la autoridad (pero no el contenido) del *jus commune*; un derecho común del mundo de derecho civil era ya cosa de la historia. En el futuro todo el derecho sería derecho nacional, y la variación del *jus commune* no sólo se aceptaba, sino que se apreciaba como demostración del genio y la identidad nacionales (Merryman, 1989, p. 45).

La codificación del Derecho fue la medida que los revolucionarios utilizaron para desaparecer la autoridad formal del *Ius commune* y abrirle paso al Derecho nacional. Ya sabemos que Justiniano ordenó realizar la compilación del Derecho romano por considerar que éste era disperso y difícil de aplicar, ello principalmente por el periodo de decadencia que sufrió durante la época imperial. Además, quería que el Derecho que rigiera a su Imperio fuera el que él sancionara como tal con su autoridad, esto con la intención de eliminar cualquier influencia ajena (véase *supra* III.1.2.). Los motivos que los revolucionarios tuvieron para hacer la compilación del Derecho civil en un tomo llamado “código” no fueron muy diferentes. Por un lado, los revolucionarios trataron de hacer que el Derecho fuera accesible a todos los ciudadanos, y por ello buscaron juntar todas las leyes en un único tomo ordenado y coherente. Por otro lado, los abogados revolucionarios más extremistas consideraban a todo el orden legal antiguo decadente y pretendieron derogar todas las leyes anteriores e iniciar desde cero un nuevo sistema legal para la nación francesa. Sin embargo, no lo lograron, porque ellos mismos habían estudiado y estaban formados en el antiguo Derecho, y al final se dieron cuenta de que el problema no eran los conceptos e instituciones jurídicas que estaban contenidas en el Derecho antiguo, los cuales habían pasado por siglos de perfeccionamiento que ellos no podrían superar; sino que el problema real era que el Derecho protegía al antiguo régimen y esto era lo que se tenía que cambiar.

Es un lugar común decir que la diferencia más relevante, por no decir que la única, entre el *Common law* y la tradición romano-canónica es la preponderancia de las decisiones judiciales sobre el derecho estatutario en el primer caso, y a la inversa, la supremacía de la

ley escrita sobre los precedentes judiciales en el segundo. Más aún, se suele decir que la mejor forma de diferenciar a ambas tradiciones consiste en verificar que en el caso de las jurisdicciones de *Common law* los códigos legales son raros o inexistentes y que en el caso de los sistemas de tradición romanista su existencia es la norma. Lo cierto es que en los sistemas jurídicos de las dos tradiciones las leyes escritas y los códigos existen y son importantes; más bien, la diferencia entre ambas tradiciones es la motivación ideológica para la razón de su existencia y nivel de relevancia (Merryman, 1989, p. 62).

III.1.7. El positivismo jurídico.

Merryman habla de una última subtradición que influyó sobre el pensamiento de los juristas romanistas que él denomina como “Ciencia Jurídica”. Esta subtradición nació de los estudios de la Escuela Histórica Alemana, cuyo origen se remonta al siglo XIX. La Escuela Histórica Alemana, cuyo principal exponente fue Friedrich Karl von Savigny, surgió de los estudios que los juristas alemanes hicieron del *Digesto* de Justiniano —la parte más importante del *Corpus Iuris Civilis*—, después de que el *Ius commune* fue formalmente recibido en Alemania como el Derecho vigente. A esta escuela de estudios jurídicos también se le conoce como *Pandectística*, ya que el *Digesto* también es conocido como *Pandectas*.

Savigny estaba en contra del movimiento codificador francés y consideraba que era incorrecto que los demás países europeos estuvieran copiando el *Código Civil Francés* de 1804, lo cual sucedió en buena medida por la influencia que Francia ejerció sobre buena parte de Europa durante y después de las Guerras Napoleónicas. Para él “el derecho de un pueblo es un producto orgánico históricamente determinado del desarrollo de ese pueblo, una expresión del *Volkgeist*. En consecuencia, un estudio completo del derecho alemán existente y de su desarrollo histórico era un prelude necesario para la codificación apropiada” (Merryman, 1989, p. 67). De esta manera, los alemanes hicieron estudios exhaustivos de la historia legal de su país, con la meta de tener el conocimiento adecuado del Derecho alemán que les permitiera hacer su propio código civil, lo cual lograron en 1896. Los promotores de la Escuela Histórica ya en una época posterior a Savigny, continuaron

estudiando el Derecho romano recibido en Alemania y elaborando una importante y rigurosa bibliografía sobre el tema, ello con el afán de buscar cuales eran los principios más elementales del Derecho alemán. Esto los llevo a la conclusión de que estos principios

podían estudiarse como los datos en la biología, la química o la física para determinar los principios más generales de los que eran manifestaciones específicas, podrían estudiarse los datos del derecho alemán a fin de identificar y extraer de ellos los principios inherentes del orden legal alemán de los que eran expresiones específicas (Merryman, 1989, p. 68).

Esta concepción del Derecho es conocida como positivismo histórico, y es solamente una de las tantas expresiones de una doctrina mucho más amplia que se conoce como positivismo jurídico. Bodenheimer identifica, además del positivismo histórico, el positivismo analítico y el positivismo sociológico. Pero todas sus diferentes versiones tienen en común un planteamiento antimetafísico, defendiendo que el objeto de estudio de la Ciencia Jurídica es, exclusivamente, el derecho positivo, y que éste tiene, en su origen y desarrollo, una relación directa con determinados fenómenos sociales.

En general, el positivismo jurídico plantea que el Derecho es un conjunto de normas dictadas por los seres humanos —los autores clásicos de esta doctrina suelen hablar más bien del soberano, sin importar si este es un monarca absoluto, el Parlamento o algún cuerpo legislativo, o el pueblo—, a través del Estado, mediante un procedimiento formalmente válido, con la intención o voluntad de someter la conducta humana al orden disciplinario por el acatamiento de esas normas. Una de las principales tesis del positivismo jurídico es la separación conceptual de moral y Derecho, lo que supone un rechazo a una vinculación lógica o necesaria entre ambos. Al positivismo jurídico le da igual lo justo o injusto de la aplicación de una norma, y por ello es posible la existencia de un Derecho injusto.

Sin embargo, la doctrina positivista que ha sido más ampliamente aceptada es la analítica, cuyo principal exponente es Hans Kelsen, que en su obra *La teoría pura del Derecho*, afirmó que la Ciencia Jurídica, para mantenerse dentro de los límites científicos,

debe liberarse de elementos extraños. Como dice Bodenheimer, “la ‘teoría pura del Derecho’ es un intento de eliminar de la Jurisprudencia todos los elementos no jurídicos. Derecho y Estado han de ser entendidos en su pura realidad jurídica, y las disciplinas extrañas, como psicología, sociología o ética, han de ser desterradas de la Ciencia jurídica” (Bodenheimer, 1994, p. 328). En opinión de Kelsen, la Ciencia Jurídica no busca describir la realidad, formular juicios de hecho o hacer comprobaciones empíricas —como lo hacen las disciplinas que pretende erradicar del estudio del Derecho—, puesto que su estudio se concentra en enunciados de “deber ser”, y por tanto es una ciencia normativa. La validez de las normas jurídicas es el centro de atención de la Ciencia Jurídica, para la cual

el “deber ser” de que trata el derecho no es un valor ético, sino una estructura lógica: cuando ocurre lo antijurídico, y el derecho establece que debe acontecer la consecuencia jurídica, ese “deber ser” no constituye una valoración o prescripción, sino que tiene un carácter puramente formal ya que se deriva de la proposición jurídica. los contenidos del derecho que ha sido producido “de manera formalmente correcta” posee validez de manera independiente de cuál sea su contenido (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002, p. 134).

Esta actitud frente al Derecho ha tenido consecuencias muy duraderas y determinantes sobre la tradición romano-canónica, porque los juristas prestan más atención a la validez general de los conceptos que a la potencial utilidad que pueden tener:

lo peculiar en la ciencia jurídica era el hecho de que sus conceptos fuesen nuevos (o se les diese un nuevo énfasis), que se cargara el acento en su “validez” antes que en su utilidad funcional, que su arreglo y manipulación adecuados se consideraran como el campo de los académicos y que tendieran a ser muy abstractos (Merryman, 1989, p. 125).

Es así como se comenzó a considerar que el Derecho era un fenómeno y que este se podía estudiar siguiendo los métodos que los científicos utilizaban para estudiar a la naturaleza, y se comenzó a poner un gran énfasis en definir, sistematizar y jerarquizar los

conceptos jurídicos, haciendo a un lado el estudio del Derecho como algo que está relacionado con la realidad humana.

A diferencia de lo que vimos que sucede en el *Common law*, donde los jueces dicen lo que es y no es Derecho, en la tradición romanista son los académicos quienes hacen esto. Si bien los juristas no hacen las leyes, lo que es tarea exclusiva del cuerpo legislativo, si son ellos quienes van dando señas sobre el camino que el Derecho debe de seguir, y estas señas las siguen los litigantes, los jueces y los legisladores. Este papel del académico como constructor del Derecho ya lo hemos visto, con los jurisconsultos en la Roma clásica, los académicos justinianos que compilaron el Derecho romano, los juristas medievales que redescubrieron el *Corpus Iuris Civilis* y lo propagaron por toda Europa, luego con los pensadores ilustrados y ahora con los historicistas alemanes.

III.2. El sistema jurídico de México.

México comenzó su existencia propiamente dicha a partir de la consumación de su independencia, la cual ocurrió el 27 de septiembre de 1821. Antes de que esto ocurriera su territorio era conocido por el nombre de Nueva España, estaba bajo la autoridad de España, tenía el estatus de colonia y su forma de gobierno era la del virreinato. Previo a la conquista española, el actual territorio mexicano estaba habitado por una multitud de pueblos que tuvieron diversos orígenes, culturas, religiones, lenguas y formas de organización política, de los cuales, los pueblos maya y mexica —conocido también como azteca— eran los más numerosos y desarrollados.

En todas estas etapas existieron ordenamientos jurídicos que rigieron a la gente que vivía en estas diferentes épocas. Sin embargo, el actual Derecho mexicano tiene su origen solamente en el Derecho que los españoles implantaron al conquistar a los pueblos originarios, y las antiguas instituciones jurídicas indígenas desaparecieron y no ejercieron influencia alguna en el ordenamiento jurídico mexicano. El Derecho español, al igual que el de la mayoría de los países europeos, fue influenciado por el *Ius commune* medieval, y es

así como esta subtradición jurídica llegó a México. Los constituyentes de 1824, para elaborar la primera *Constitución*, tomaron como modelo —por no decir que en buena medida la copiaron— la *Constitución de los Estados Unidos*. Ya en la época del México independiente e incluso antes, los intelectuales mexicanos leían acerca de los desarrollos que en materia jurídica se estaban dando en Europa, y fue así como llegaron a nosotros las ideas de la Ilustración francesa y el positivismo jurídico, las cuales le dieron forma a nuestro sistema jurídico y principalmente a nuestros códigos civiles. Ya en tiempos más recientes, el Derecho mexicano ha recibido otras influencias, sobre todo del Derecho estadounidense en materia comercial.

Por todo lo anterior, se considera que el sistema jurídico mexicano forma parte de los sistemas de tradición romano-canónica. Sin embargo, recordemos que la tradición son solamente ideas y convicciones sobre la forma de concebir el Derecho mas no es un dogma, es decir, que las formulas generales de la tradición romanista no se aplican de forma estricta para elaborar el Derecho, ni el mexicano ni el de ningún otro país que forme parte de dicha tradición. El Derecho mexicano tiene sus especificidades, las cuales se dieron por el contexto en el que los mexicanos vivieron en cada época, y es muy diferente al Derecho de cualquier otro país romanista.

En el presente subcapítulo abordaremos el desarrollo histórico del Derecho mexicano, brevemente durante la época colonial y ya en la época independiente; y finalmente describiremos la estructura y funcionamiento del sistema jurídico mexicano.

III.2.1. Desarrollo histórico del Derecho mexicano.

La tradición romano-canónica como influencia fundamental del Derecho mexicano es una herencia de la época colonial. Cuando los conquistadores españoles tomaron posesión de las tierras que hoy conforman lo que es México, encontraron varias civilizaciones que habitaban en ellas, todas con algún grado más o menos avanzado de organización social, política y económica, y reguladas por ciertas normas jurídicas. Sin

embargo, esos antiguos sistemas jurídicos prehispánicos desaparecieron junto con aquellas civilizaciones, y fueron reemplazados por las leyes que los españoles impusieron.

A diferencia de lo que ocurrió con la colonización de Norteamérica por parte de Inglaterra, la colonización llevada a cabo por España era una iniciativa de la corona, con la finalidad de que ella se beneficiara de los recursos económicos que se encontraran en los nuevos territorios. Por ello, una vez que los conquistadores aseguraron la zona, establecieron una administración burocrática de las colonias, a las cuales les dieron el estatus de virreinos —aunque también existieron otras modalidades administrativas, como las capitanías—, administrados por un virrey, que fue la figura de autoridad durante la época colonial en Hispanoamérica responsable de administrar y gobernar en representación de la corona española. El cargo de virrey, que no era hereditario y cuya responsabilidad únicamente era frente al monarca, surgió en 1535 con la creación del Virreinato de la Nueva España, siendo el primero en ostentarlo Antonio de Mendoza y Pacheco.

Los españoles implantaron el Derecho castellano, que era el sistema jurídico de la metrópoli, como el sistema jurídico operante en los territorios conquistados. Sin embargo, con el tiempo se percataron de que había una situación que por cuestiones geográficas, culturales y sociales, era diferente a la que existía en España, y por ello fue necesario establecer un régimen jurídico especial en las Indias —nombre que los españoles le dieron a las tierras del Nuevo Mundo— que respondiera a las necesidades que su realidad demandaba, fue por ello que nació el Derecho indiano, que fueron las leyes y demás disposiciones jurídicas promulgadas por las monarquía y por las autoridades coloniales a ellos subordinadas que gobernarían sobre los territorios conquistados.

Las características que tenía el Derecho indiano las enlista Cruz Barney así:

- *Es un derecho casuista.* Esto trae como consecuencia una gran profusión de disposiciones, ya que se legislaba sobre cada caso concreto en busca de generalizar la solución adoptada.

- *De una gran minuciosidad reglamentaria.* Ots Capdequí señala que ‘los monarcas españoles pretendieron tener en sus manos todos los hilos del gobierno de un mundo tan vasto, tan complejo en su diversidad, y tan lejano... [que]... Lo mismo quisieron conocer de los grandes problemas políticos y económicos que afectaban a todas la Indias..., como de cuestiones minúsculas que interesaban a una sola ciudad o a un reducido distrito rural’.^{iv}
- *Con una tendencia asimiladora y uniformista.* Los monarcas castellanos buscaron que la vida jurídica indiana quedara estructurada con base en las concepciones peninsulares; sin embargo, las instituciones adquirieron una serie de modalidades propias de ambiente geográfico, social y económico indiano.
- *Con hondo sentido religioso y espiritual.* Dos fueron las preocupaciones fundamentales para los monarcas castellanos en la conquista y pacificación de las Indias: la conversión de los indígenas a la fe católica y la defensa de la religión (Cruz Barney, 2004, p. 225).

El Derecho indiano fue vigente sobre todas las colonias españolas en América^v, hasta que estas se independizaron de la metrópoli, y su influencia no se detuvo ahí, porque los sistemas jurídicos de las nuevas repúblicas independientes tomaron como fundamento este sistema jurídico colonial e incluso, como sucedió en México, fue vigente hasta bastantes años después de la consumación de la independencia.

El periodo de la historia de México que abarca desde la consumación de la Guerra de Independencia hasta el triunfo de la República frente al Segundo Imperio en 1867 fue bastante turbulento. Inestabilidad política y fragmentación de la clase política, cambios radicales en la forma de gobierno, falta de cohesión social e invasiones al territorio nacional por potencias extranjeras fueron causas determinantes de la debilidad característica del Estado mexicano que carecía de la fuerza suficiente para controlar todo el territorio nacional y para imponer su capacidad extractiva fiscal en aquellos tiempos. Expresión concreta de lo anterior, fue que nunca tuvo prevalencia un texto constitucional, ya que las diferentes facciones que existieron en el seno de la clase gobernante de la época, los

conservadores-centralistas y los liberales-federalistas, mantuvieron un enfrentamiento en el que, en cierto momento, ganaba un bando e imponía sus ideas y al siguiente ganaba el otro bando e imponía las suyas. Durante este tiempo existieron diversos documentos que, aparte de la *Constitución* de 1824, hicieron las veces de texto constitucional, como fueron las *Bases Constitucionales* del 22 de febrero de 1822, el *Reglamento Político Provisional del Imperio Mexicano* de 18 de diciembre de 1822, el *Acta Constitutiva de la Federación Mexicana* del 31 de enero de 1824, la cual fue el anticipo de la *Constitución* del 5 de octubre de 1824, las *Bases Constitucionales* del 23 de octubre de 1835, las *Siete Leyes Constitucionales* del 30 de diciembre de 1836, y las *Bases de Organización Política de la República Mexicana* del 12 de junio de 1843. No nos podemos detener a tratar de manera específica a cada uno de estos documentos, porque ello rebasa con creces los alcances de este trabajo, pero abordaremos aquellos puntos que serían retomados en la *Constitución* de 1857 y posteriormente en la de 1917.

En los *Tratados de Córdoba* se estipuló el reconocimiento a México como un imperio monárquico, constitucional y moderado, independiente de la monarquía española. En primer término, la corona imperial mexicana se tendría que ofrecer a la familia Borbón, y en caso de que ninguno de sus miembros la aceptara, entonces el Congreso mexicano la entregaría a quien considerara adecuado —sin especificar si esta persona tenía que pertenecer a una casa monárquica europea o bien podía ser un ciudadano mexicano un potencial candidato para ser emperador—, se integraría una Junta Provisional Gubernativa integrada por hombres “notables”, que tendrían como misión nombrar una regencia integrada por tres personas que ejercerían la función ejecutiva mientras el emperador era designado, y esta regencia convocaría a las Cortes, quienes ejercerían la función legislativa, y las leyes vigentes serían todas aquellas que regían sobre la antigua Nueva España —es decir, el Derecho indiano y el castellano— en tanto no se opusieran al *Plan de Iguala*, hasta en tanto las Cortes sancionaran una nueva *Constitución* para el Imperio (Cruz Barney, 2004, p. 619). A pesar de que los *Tratados* fueron desconocidos por España, al argumentar que el representante español no estaba facultado para suscribirlos, la esencia de ellos se llevó a la práctica. Iturbide, quien había encabezado la consumación de la independencia mexicana,

logró que el Congreso lo nombrara, el 21 de julio de 1822, emperador mexicano con el nombre de Agustín I. A los pocos meses decretó el *Reglamento Político Provisional del Imperio Mexicano* del 18 de diciembre de 1822, con el que quedaba abolida la *Constitución de Cádiz* y todas las leyes anteriores que no fueran compatibles con el *Reglamento*, y estableció, entre otras cosas, un gobierno centralizado y la división de funciones ejecutiva, legislativa y judicial y las asignó al emperador, a la Junta Nacional Instituyente y a un Supremo Tribunal de Justicia, respectivamente (Cruz Barney, 2004, p. 643). El Imperio fue efímero. A principios de 1823 hubo levantamientos en su contra de antiguos insurgentes y en marzo de 1823 Iturbide abdicó y abandonó el país.

Después de la caída de Iturbide, se restableció el Congreso constituyente, que previamente Iturbide había disuelto, el cual desconoció la forma de gobierno establecida tanto en el *Plan de Iguala* como en los *Tratados de Córdoba*, y comenzó a elaborar una nueva constitución. El proyecto que se presentó para la discusión ante la asamblea fue sustancialmente idéntico a la *Constitución de los Estados Unidos*, en tanto se estableció una forma de gobierno republicana, democrática y federal; las funciones estatales se dividieron en ejecutiva, legislativa y judicial, y estas se depositaron respectivamente en:

- un presidente, cuyo mandato duraría 4 años, y sus faltas serían suplidas por un vicepresidente. La elección la llevarían cabo las legislaturas estatales, mediante la designación de una lista con dos candidatos y el computo de los votos los realizaría el Congreso federal. El candidato con más votos sería designado presidente, y el segundo lugar asumiría la vicepresidencia. En caso de empate, el Congreso decidiría la elección;
- un Congreso federal compuesto por dos Cámaras, la de Diputados y la de Senadores, integrada la primera por representantes electos directamente por los ciudadanos y la segunda por dos representantes de cada estado que serían electos por sus respectivos Congresos locales; y
- la función judicial estaría depositada en una Corte Suprema de Justicia, en los Tribunales de Circuito y en los Juzgados de Distrito. Los 11 ministros de la Corte Suprema serían elegidos por las legislaturas estatales y

ostentarían el cargo de por vida; y los magistrados y jueces serían nombrados por el ejecutivo a propuesta de la Suprema Corte, sin embargo, no se especificó la duración del cargo (Cruz Barney, 2004, pp. 646 y 647).

El tema que levantó más polémica a lo largo de las discusiones, fue la adopción del federalismo, con la cual las antiguas intendencias del virreinato se convirtieron en estados libres y soberanos, tomando como modelo el federalismo estadounidense. Recordemos (véase *supra* II.2.1.2.) que en lo que hoy son los Estados Unidos, las colonias británicas eran prácticamente autónomas, no únicamente frente a la corona británica, sino también entre ellas, y cuando alcanzaron la independencia se convirtieron en Estados soberanos. Cuando se dieron cuenta de que para poder subsistir tendrían que unir fuerzas, aquellos Estados crearon un gobierno federal al que cedieron ciertas facultades para que éste las ejerciera en su nombre, y entonces pasaron simplemente a ser estados, los cuales conservaron la mayoría de sus facultades soberanas en cuanto a su régimen interior, y en la *Constitución de los Estados Unidos* expresamente aclararon que todas aquellas facultades no atribuidas expresamente al gobierno federal, se reservaban para los estados o para el pueblo. Éste no fue el caso en México. Los constitucionalistas mexicanos adoptaron el modelo, pero no tuvieron la misma motivación que los estadounidenses para hacerlo, ya que

aunque efectivamente, algunas áreas de lo que había sido el territorio de la Nueva España se habían proclamado como estados independientes antes de la suscripción del *Acta Constitutiva de la Federación Mexicana* del 31 de enero de 1824, la Colonia había sido una unidad política que debería ser dividida en partes, las cuales, no habían tenido una existencia aislada e independiente con anterioridad, como si había ocurrido con las ex colonias británicas que formaron Estados Unidos de América. Empero, la construcción teórica del Estado mexicano parte de la suposición de que los estados que forman la Federación tenían un poder soberano original que conservan en lo relativo a su régimen interior, y por decisión propia edificaron un centro de poder derivado que constituye la autoridad federal (Andrade Sánchez, 2008, p. 446).

El motivo por el cual los constituyentes adoptaron el federalismo, fue más bien el temor a que el gobierno concentrara una gran capacidad para ejercer el poder —de la que eran partidarios los centralistas— y de esta manera se buscó reducirla.

La *Constitución* de 1824, que no podía ser reformada hasta 1830, estuvo vigente hasta el 23 de octubre de 1835, año en el cual los centralistas-conservadores impusieron su voluntad y la abrogaron por medio de las *Bases Constitucionales* de carácter centralista. Durante este periodo nueve personas ejercieron la presidencia, y de ellos sólo Guadalupe Victoria, el primer presidente de México, lograría terminar su mandato de 4 años, los restantes ocho presidentes no, ya que las fricciones entre los dos grupos políticos existentes, conservadores y liberales, mantuvieron al país siempre en conflicto, aparte de que el gobierno nunca logró imponer el orden constitucional más allá de la Ciudad de México y una de las potestades fundamentales del Estado, que es la de cobrar impuestos, nunca se hizo valer adecuadamente, lo que provocó que las arcas estatales siempre estuvieran vacías con la consecuente debilidad del gobierno que ello acarrea.

En 1836 el Congreso promulgó las *Siete Leyes*, cuyo punto más relevante, aparte de la confirmación del régimen centralista, fue la creación de un cuarto poder: el Supremo Poder Conservador. Esta fue la cuestión que más polémica levantó durante de discusión de las *Siete Leyes*, ya que

la inclusión de este organismo en la Segunda Ley Constitucional y la aceptación por el Congreso constituyente de lo complejo de sus atribuciones, fue la cuestión más debatida y la que dio motivo a las más apasionantes controversias, no tan sólo jurídicas, sino también políticas, ya que Santa Anna, que luchaba por la conquista del poder absoluto, siempre vio con malos ojos la posibilidad de que existiera en la ley fundamental una institución que podría, por su propia naturaleza, tanto más si llegaba a tener eficacia, ser usada en contra de sus aspiraciones (Noriega Cantú, 1972, p. 204).

El Supremo Poder Conservador estaba integrado por cinco miembros, los cuales duraban en su encargo 2 años y eran renovados de manera escalonada. Su proceso de

elección era bastante complejo, ya que en el intervenían las juntas departamentales — órganos de gobierno de los departamentos, figura que adoptaron los antiguos estados—, el Congreso federal y el presidente. Este fue el primer mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes y actos del gobierno que existió en México, ya que los anteriores textos constitucionales no previeron en ningún momento algo similar. Como señala Noriega Cantú, “el Supremo Poder Conservador, tiene el mérito de haber sido la primera institución jurídico-política que existió para proteger la pureza de la Constitución, al tener la facultad de declarar la nulidad de una Ley o Decreto, ‘cuando fuere contrario a artículo expreso de la Constitución’; así como también la facultad de declarar la nulidad de los actos del Poder Ejecutivo, cuando estos fueran contrarios a la Constitución o a las Leyes” (Noriega Cantú, 1972: 205), y también podía declarar la nulidad de las resoluciones y actos de la Suprema Corte de Justicia; además, el Supremo Poder Conservador tenía la facultad de disolver a los otros tres poderes y de volverlos a instituir.

A pesar de estos poderes tan amplios que tuvo, la existencia del Supremo Poder Conservador fue precaria y poco relevante. No pudo evitar la inestabilidad política ya característica en México, ya que durante el periodo que rigieron las *Siete Leyes*, es decir, del 19 de abril de 1837 al 22 de septiembre de 1841, fueron presidentes Anastasio Bustamante —dos veces—, Antonio López de Santa Anna —cuatro meses en 1839— y Nicolás Bravo —seis días en julio de 1839—. Además, el centralismo establecido en las *Siete Leyes* propició rebeliones por todo el país, que llevó en algunos casos a los antiguos estados a declarar su independencia, como fue el caso de Yucatán y Texas, además fue durante esta misma época en la que se dio la guerra entre México y Estados Unidos, en donde más de la mitad del territorio mexicano pasó a manos de Estados Unidos. Finalmente, el Supremo Poder Conservador fue eliminado el 28 de septiembre de 1841, cuando los generales Manuel Paredes Arrillaga, Gabriel Valencia y Antonio López de Santa Anna se levantaron contra el gobierno y promulgaron las *Bases de Tacubaya* en donde cesaban las funciones del Supremo Poder Conservador.

Como señalamos, durante este lapso de tiempo el estado de Yucatán, descontento por el régimen centralista establecido en las *Siete Leyes*, se separó *de facto* de la República, ello le permitió al estado promulgar la *Constitución de Yucatán* del 31 de marzo de 1841, cuya importancia para la historia legal de México radica en las aportaciones que hizo al constitucionalismo mexicano: las garantías individuales, la libertad religiosa y la figura jurídica del amparo. Respecto a esta última figura, el artículo 62 de dicho documento, cuyo proyecto fue elaborado por Manuel Crescencio Rejón, expresaba que "corresponde a este tribunal [la Corte Suprema de Justicia de Yucatán] reunido: 1°- amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la constitución, o contra las providencias del gobernador, cuando en ellas se hubiese infringido el código fundamental en los términos expresados, limitándose en ambos casos, a reparar el agravio en la parte en que la Constitución hubiese sido violada" (Constitución Política de Yucatán de 1841). De esta manera es que se habló por primera vez en México de un medio de protección de los derechos constitucionales de las personas, siendo éste decretado por órganos jurisdiccionales con la finalidad de combatir agravios contra las garantías individuales cometidos por las autoridades. Tiempo después esta institución jurídica se plasmó en el *Acta Constitutiva y de Reformas* de 1847, con lo que se estableció el juicio de amparo a nivel federal, el cual sería retomado en la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1857 y, 60 años más tarde, también en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917.

La situación en el México de mediados del siglo XIX era caótica, y el conflicto entre liberales y conservadores seguía en pie, y justamente en esta época llegó a su clímax para posteriormente decidirse en favor del bando liberal. En 1854 se proclamó el *Plan de Ayutla* en contra de la dictadura de Santa Anna, el alzamiento encabezado entre otros por Juan Álvarez, un veterano de la Guerra de Independencia, e Ignacio Comonfort se extendió por diversas partes del país, logrando el éxito en octubre de 1855. Santa Anna fue obligado a retirarse de la presidencia —ahora si de manera definitiva— y los liberales nombraron presidente a Álvarez, que por problemas de salud se retiró de nuevo a su hacienda en Guerrero a los pocos meses de haber tomado posesión del cargo y su lugar lo ocupó Ignacio

Comonfort, quien nombró un gabinete integrado por personas de fuerte talante liberal, entre los que se encontraba Benito Juárez, a la postre presidente de México y bajo cuyo mandato por fin se instauraría el orden en el país.

Los liberales con su revolución propiciaron un profundo cambio en el país, que comenzó con la creación y posterior ratificación de la *Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos* de 1857, en la que se estableció un gobierno republicano y federal, además de que por primera vez se reconocieron a nivel constitucional las garantías individuales y el amparo como protección de ellas. Señala Cruz Barney que la en opinión de Emilio O. Rabasa los Constituyentes de 1857 fueron un “Constituyente ilustrado” por la influencia que tuvieron en ellos diversos pensadores tanto de la antigüedad como contemporáneos a ellos (Cruz Barney, 2004, p. 670)^{vi}, lo que nos permite concluir que las ideas que abundaban en aquella época en Europa acerca del Derecho llegaron a México por este camino.

Por otro lado, a lo largo de los gobiernos liberales de Álvarez, Comonfort, Juárez y Sebastián Lerdo de Tejada, fueron promulgadas una serie de leyes que son conocidas como las *Leyes de Reforma*, en las cuales se estableció entre otras cosas la separación entre la Iglesia y el Estado, el matrimonio civil, la eliminación de los fueros clericales y militares, la libertad de expresión, el cobro de impuestos por parte de la Iglesia, entre otras medidas, las cuales no fueron bien recibidas por los grupos afectados. Esto polarizó a la sociedad y en diciembre de 1857 los conservadores desconocieron al gobierno y a la nueva *Constitución* mediante el *Plan de Tacubaya*, el cual dio inicio a la Guerra de Reforma. Al final, los liberales lograron la victoria en 1861, y de esta forma el presidente Juárez regresó a la Ciudad de México después de tener que salir de la capital para lograr mantener su gobierno en pie durante el conflicto. La paz y la estabilidad no fueron duraderas, ya que en ese mismo año el gobierno tuvo que suspender los pagos a la deuda extranjera, lo que inconformó a varios países, entre ellos Francia. El gobierno mexicano logró llegar a un acuerdo con la mayoría de los acreedores, pero no así con los franceses, quienes con este pretexto y con la ayuda de los conservadores, resentidos y no conformes con la derrota que

habían sufrido en la Guerra de Reforma, comenzaron una intervención armada conocida como la Segunda Intervención Francesa.

A partir de este episodio, los conservadores mexicanos iniciaron un cabildeo para buscar apoyo para instituir un régimen monárquico en México por segunda ocasión, lo que consiguieron cuando en 1863 el austriaco Maximiliano de Habsburgo aceptó la corona del nuevo Imperio Mexicano. Durante su breve reinado, la *Constitución* de 1857 fue derogada y se estableció el *Estatuto Provisional del Imperio Mexicano* de 1865, que vino a hacer las veces de constitución en lo que se elaboraba una *Constitución* para el Imperio. Sin embargo, Maximiliano I no cumplió con las expectativas de sus patrocinadores conservadores, ya que “ofreció dar a México un régimen constitucional y establecer instituciones liberales, [y] expidió una serie de medidas que confirmaban las *Leyes de Reforma*” (Cruz Barney, 2004, p. 682). Esta situación le fue quitando poco a poco a Maximiliano I el apoyo conservador, lo que sumado a la pérdida de su principal apoyo militar sustentado en las tropas francesas instaladas en México, las cuales fueron repatriadas a partir de 1866 para defender los intereses de Francia ante la inminencia de una guerra con Prusia, y la derrota de los Estados Confederados de América en la Guerra Civil estadounidense en 1865, permitió que el ejército de la República se reorganizara y fortaleciera para poder reiniciar la lucha contra el Imperio. Al final, en 1867 el Imperio fue derrotado y Maximiliano I fue fusilado en Querétaro, lo que significó el triunfo definitivo del bando liberal y el restablecimiento de la República y la *Constitución* de 1857. Las *Leyes de Reforma* serían elevadas a rango constitucional mediante la *Ley del 25 de septiembre de 1874*.

La *Constitución* de 1857 fue vigente hasta la promulgación de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* de 1917. Durante este periodo se dieron varios cambios profundos en el Derecho mexicano, el principal de ellos fue la codificación, lo que permitió de una vez por todas ordenar el tan disperso acervo legal que existía en el país, heredado desde la época colonial, de la época previa a la restauración de la República y ya en los tiempos de los gobiernos liberales, principalmente de Juárez y Porfirio Díaz. Pero este no fue el motivo principal de dicho proceso, ya que en buena medida se vio influenciado por la

ideología de la Ilustración (véase *supra* III.1.6.), que buscaba que el Derecho vigente sólo fuera aquel que emanara de los órganos del Estado, y si el Derecho anterior se preservaba, era solamente porque el legislador así lo quería.

Díaz gobernó el país desde 1876 y abandonó el cargo hasta 1911 —con un periodo que fue de 1880 a 1884 en que cedió el cargo a un amigo, pero durante el cual ejerció la presidencia tras bambalinas—. Durante este periodo, conocido como el Porfiriato, el Estado mexicano terminó de consolidarse tanto política como económicamente. Sin embargo, los beneficios de esto no llegaron al grueso del pueblo mexicano, ya que tanto la política como la economía eran manejadas por una oligarquía que buscaba beneficiar sus propios intereses y los del capital extranjero, cobijados bajo el manto protector de Díaz; mientras que los trabajadores, los agricultores e incluso la clase empresarial y terrateniente mexicana fueron sistemáticamente excluidos de la bonanza de este periodo.

A finales del siglo XIX el crecimiento económico del país se fue desacelerando, lo que ocasiono el desmejoramiento de las ya de por si malas condiciones económicas, sobre todo de los obreros. Justamente la clase obrera, que fue de la que más sufrió la debacle económica, comenzó a movilizar a sus miembros exigiendo la mejora de los derechos laborales, inspirados por el movimiento obrero que había surgido en Estados Unidos. Los trabajadores mexicanos deseaban poder obtener condiciones de trabajo más dignas, para lo cual se lanzaron a la calle en manifestaciones nunca antes vistas y organizaron huelgas, como la de Cananea, en Sonora, en 1906, y la de Río Blanco, en Veracruz en 1907. La respuesta que los obreros obtuvieron del gobierno *Porfirista* fue el uso de la fuerza para sofocar las revueltas, y los dueños de las empresas en cuestión permitieron al ejército penetrar en sus instalaciones para acabar con la huelga teniendo como resultado matanzas en ambos casos.

Los burgueses —como se le conocía a la clase media, integrada principalmente por burócratas y profesionistas liberales— tuvieron un papel importante en la revolución política. Muchos de ellos, tuvieron acceso a la educación en otros países, lo que les permitió desarrollar un fuerte sentido de nacionalismo contrario a la política gubernamental de

ensalzar otras culturas extranjeras. Además, los burgueses sentaron las bases ideológicas que más tarde darían forma a las luchas sociales de la revolución. El otro grupo de la clase media, terratenientes y hacendados, sin tener la misma ideología radical que los profesionistas, también se opuso al *Porfirismo*, especialmente contra los privilegios de los que gozaban los empresarios extranjeros. Su principal blanco de ataque fue el grupo conocido como "los Científicos", los hombres más cercanos a Díaz y a quienes se les acusaba de convertir al país en una oligarquía para mantener sus intereses políticos y económicos. La inconformidad de este grupo fue un factor crucial en el estallido de la revolución política de 1910. Por otro lado, los campesinos, cuyo máximo exponente estuvo representado por Emiliano Zapata y los campesinos del estado de Morelos, fueron inspirados por las ideas liberales, y junto a los obreros, protestaron por el despojo de tierras agrícolas y la baja de salarios, y también comenzaron a organizarse en grupos para defender sus intereses.

Las tensiones entre todos estos grupos, y la negativa de Díaz y su grupo a abandonar el poder, llevaron al país a un conflicto armado que duraría cerca de 10 años y destruiría prácticamente todo lo que se había logrado armar durante los años de los gobiernos liberales posteriores a la Reforma. Krauze hace un breve, pero ilustrativo resumen de estos años:

La Revolución comenzó como un movimiento democrático moderno acompañado de una añeja petición de tierras. Pese a su triunfo inicial, esta primera etapa desencadenó una reacción autoritaria. La respuesta a esta contrarrevolución generó fuerzas militares y sociales que, una vez triunfantes, no consiguieron alcanzar un acuerdo que condujese a la restauración del orden. La disensión llevó a la guerra y a una escisión centrífuga no muy diferente de la vivida por el país durante la guerra de Independencia y en la primera mitad del siglo XIX. El triunfo de una facción [los Constitucionalistas de Venustiano Carranza, y luego los caudillos sonorenses, Álvaro Obregón y Plutarco Elías Calles] devolvió la corriente a su cauce. Las ideas y las políticas fueron sustituyendo gradualmente a las balas (Krauze, 2009, p. 15).

En efecto, a pesar de la destrucción y el caos generalizado, los triunfadores del conflicto tenían en mente la premisa de que el país necesitaba cuanto antes la restauración del orden legal e institucional. El grupo encabezado por Carranza tenía la meta de volver a establecer la *Constitución de 1857*, según lo estipulado en su *Plan de Guadalupe* de 1913. Pero el Congreso Constituyente que fue convocado para hacer reformas y adecuaciones a dicha *Constitución*, las realizó de tal manera que el resultado fue una *Constitución* completamente diferente, sobre todo al incluir en su texto una serie de importantes reformas sociales en materia agraria y laboral, con lo que se cumplían las demandas de los grupos que se habían alzado en armas, además de que se consolidó, ahora sí, el Estado mexicano. Como explica Cruz Barney:

[...] Con la *Constitución de 1917* se consagró una serie de conquistas sociales que se realizaron fundamentalmente mediante la imposición de limitaciones a los particulares, más que por la imposición de prestaciones a cargo del Estado.^{vii}

Con la *Constitución de 1917* se consolidó el sistema federal y el principio de división de poderes en Ejecutivo, Legislativo y Judicial. Se introdujeron grandes reformas en el campo social y agrario. Se modificaron también aspectos de la relación Iglesia-Estado, en las que no se reconoce la personalidad jurídica de las iglesias.

[...] (Cruz Barney, 2004, p. 877).

La *Constitución de 1917* es una aportación original y revolucionaria de la tradición jurídica mexicana al constitucionalismo universal, dado que fue la primera constitución de la historia que incluyó muchos derechos sociales —es decir, aquellos derechos que facilitan a los ciudadanos su pleno desarrollo en igualdad y libertad, por permitirles tener acceso a unas condiciones económicas y de acceso a bienes necesarios para una vida digna—, buscando con ello garantizar el cumplimiento de las demandas de los grupos que participaron en la Revolución, y redimir los conflictos entre clases. De esta manera, ramas del Derecho mexicano como el laboral y el agrario se separaron del Derecho civil para adoptar su propia personalidad y crear sus propias instituciones y sistemas procesales, siempre en beneficio de los más débiles y en favor de los intereses de la sociedad en general y no de los de un individuo en particular.

Este modelo de nación plasmado en la *Constitución* permitió legitimar el gobierno e, incidentalmente, concentrar el ejercicio del poder en la facción triunfadora del conflicto, que eventualmente se organizaría en un partido político que concentraría a los grupos que participaron en la Revolución —los campesinos, los obreros, los militares y la sociedad en general—. Como señala Krauze “[...] en 1940, el Estado mexicano había alcanzado una configuración sólida: un presidente omnipotente elegido cada seis años sin posibilidad de reelección, pero con derecho a designar a su sucesor dentro de la “familia revolucionaria”, más un partido único (o casi) que servía al monarca-presidente en múltiples funciones de control: social, electoral y político” (Krauze, 2009, p. 17).

Este modelo de nación no sufrió mayores alteraciones a lo largo de mucho tiempo, hasta que las turbulencias en la economía mundial de la década de 1970 terminaron por afectar severamente al país a principios de la década de 1980, que se manifestó en una brutal crisis económica con hiperinflación, caída en el crecimiento económico y un severo endeudamiento externo público y privado; lo que llevó al descrédito al régimen revolucionario y provocó un cambio radical en la cúpula del Partido Revolucionario Institucional (PRI). A partir de 1982 comenzó una “transición real”^{viii}, lo que implicó un cambio en varios de los fundamentos del régimen revolucionario, entre ellos la apertura al mercado exterior, por medio de la adhesión de México a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en 1994^{ix}.

Al firmarse el TLCAN se planteó un plazo de 15 años para la eliminación total de las barreras aduaneras entre los tres países —esto ocurrió en prácticamente todos los mercados, pero se detalló que debían ser retiradas las restricciones de varios productos específicos, como son los vehículos de motor y piezas para éstos, las computadoras, los textiles y la agricultura—, además el Tratado también protege los derechos de propiedad intelectual — es decir, patentes, derechos de autor y marcas comerciales— y destacó la eliminación de las restricciones de inversión entre los tres países y la eliminación de cualquier medida proteccionista que fomentara la competencia desleal.

Sin embargo, los acuerdos comerciales no solamente implican una mayor facilidad para el tránsito de las mercancías, sino que también implican todo tipo de intercambios culturales, y el Derecho, como una expresión más de la cultura, también se ve afectado por los tratados comerciales, tal como ha sucedido con el Derecho mexicano a raíz de su cercana convivencia con el Derecho de los Estados Unidos, o en palabras de López Ayllón

En un contexto internacional de apertura de mercados, la proliferación de los intercambios comerciales y su juridización a través de instrumentos legales (sean estos aplicables a las relaciones entre Estados o a las transacciones entre particulares), así como el establecimiento de instituciones comunes, conduce necesariamente al encuentro de sistemas y culturas jurídicas. En el largo plazo, el efecto acumulativo de los intercambios generará probablemente un auténtico derecho transnacional que afectará el modo en que los sistemas jurídicos nacionales operan en la actualidad (1997, p. 217).

Estos cambios, tanto sustantivos como procesales, se han manifestado principalmente en las áreas del Derecho mexicano que regulan las relaciones comerciales que fueron parte de la negociación en el TLCAN, y ello ha implicado la adopción de figuras jurídicas y procedimientos que en los Estados Unidos fueron desarrollados. Y, aunque el mayor impacto de esta interacción entre los dos Derechos ha sido en la esfera comercial, estos también terminan por influir en otros ámbitos del Derecho, porque “[...]ayudan a catalizar otros procesos de cambio internos que tienen que hacer frente a fuerzas del campo jurídico interno. Piénsese por ejemplo en la construcción de regímenes democráticos, el respeto a los derechos humanos o el medio ambiente” (López Ayllón, 1997, p. 218).

III.2.2. El funcionamiento del sistema jurídico mexicano.

Como vimos, en México al igual que en los Estados Unidos, no se puede hablar de un sistema jurídico único, ya que existe un régimen federal, por lo tanto, cada entidad federativa tiene su propio gobierno que, al igual que el gobierno federal, divide sus

funciones ejecutiva, legislativa y judicial entre diferentes órganos para que se dé un equilibrio entre ellas. De esta forma, en México existen al menos 34 sistemas jurídicos diferentes: el federal, los estatales y el de la Ciudad de México y el militar. En este trabajo nos enfocaremos en el sistema jurídico a nivel federal.

III.2.2.1. El lugar del Poder Judicial de la Federación en el gobierno.

En los países latinoamericanos, todos con un sistema de gobierno presidencialista, por lo regular la función judicial siempre ha estado subordinada a la ejecutiva, encabezada generalmente por un presidente, electo o no democráticamente. En los sistemas políticos presidencialistas el líder por excelencia es el presidente, lo que en los hechos lo coloca en una posición privilegiada frente a los órganos que ejercen las otras dos funciones estatales, la legislativa y la judicial, y esta situación le permite ejercer una enorme influencia sobre ellos y los subordina a su voluntad. En estos países también es frecuente que exista un único partido político o bien, que existan varios partidos pero que uno de ellos sea hegemónico, del que proviene la persona que ejerce la presidencia, lo que implica de los Congresos en estos países casi siempre terminan siendo controlados por el partido político del presidente y pocas veces contradicen o dejan sin apoyo alguna iniciativa presidencial. Además de lo anterior, en Latinoamérica hasta la década de 1990 —y en algunos casos, aun en la actualidad—, los jueces carecían en buena medida de garantías judiciales, es decir, medidas constitucionales que les den la seguridad a de que sus fallos no afectaran su futuro profesional, su seguridad económica o su integridad personal.

Casar Pérez identifica dos grupos de factores que determinaron esta falta de independencia de los órganos judiciales en América Latina, que son aquellos propios del poder judicial y aquellos derivados del contexto político.

Dentro del primer grupo se encuentran:

- a) La naturaleza del sistema legal, mismo que, al basarse en el “derecho codificado” (*code law*) en lugar de hacerlo en el derecho común (*common*

law), otorga poco apoyo a los tribunales para la revisión judicial o el activismo^x.

- b) Las normas de procedimiento son tan complicadas y las estructuras tan complejas, que disuaden a la población —cuando tienen acceso a ello— de emprender litigios civiles.
- c) El campo de acción de los poderes de revisión judicial es muy limitado en la mayor parte de los países de América Latina.
- d) Las garantías judiciales, definidas como los mecanismos que determinan la independencia del Poder Judicial: los métodos de nombramiento, la seguridad de permanencia en el cargo y las condiciones de destitución e independencia y seguridad económicas (Casar Pérez, 2010, pp. 128 y 129).

En cuanto al contexto político enlista:

- inestabilidad política seguida de cambios abruptos de régimen;
- [la] desmedida influencia de ciertos grupos de poder e intereses personales;
- [que exista una] amplitud de sectores de la población en condición de pobreza, rurales, analfabetas, y que se encuentran al margen de cualquier tipo de participación política;
- y el frecuente menoscabo de los derechos políticos^{xi} (Casar Pérez, 2010, p. 129).

Vale la pena agregar que, a pesar de lo ya expuesto, pueden ocurrir situaciones en las cuales los órganos judiciales y legislativos se fortalecen, y esto ocurre porque la rama ejecutiva ha perdido el apoyo de sectores clave que influyen en el ambiente político del país, como pueden ser los sindicatos, empresarios, aliados políticos, la población en general e incluso su propio partido político.^{xii}

A pesar de que la división de funciones que existe en México se hizo a imagen y semejanza de la que se estableció la *Constitución de los Estados Unidos* en aquel país, la independencia y relevancia del Poder Judicial de la Federación históricamente han dejado mucho que desear comparadas con las que ostenta la rama judicial estadounidense, ya que

lejos de gozar de un sistema en el que los poderes públicos se controlen entre sí a través de una delimitación efectiva de las facultades para poder producir leyes, ejecutarlas y solucionar conflictos, durante décadas hemos padecido la preeminencia, y en muchos casos el abuso del ejecutivo sobre el legislativo y el judicial (Ruiz Morales & Rocha Arrieta, 2012, p. 18)

o en palabras de Fix-Fierro:

en México, el Poder Judicial, más que tercer poder, era considerado un poder de tercera, es decir, que no actuaba en relación de paridad con el Ejecutivo y el Legislativo, sino que ocupaba un tercer sitio en términos de autoridad institucional, prestigio social y recursos económicos (2003, p. 252).

Retomemos para el caso de México los puntos expuestos por Casar Pérez y veamos en qué medida la realidad encuadra en ellos. Ya hemos visto que para la tradición romanista la fuente más importante del Derecho es la legislatura, y que los jueces simplemente tienen la obligación de aplicar las leyes que de ella emanen, como dice Fix-Fierro “en la tradición continental, los jueces son servidores públicos de carrera que deben aplicar de manera estricta las leyes que aprueba el legislador” (Fix-Fierro, 2003, p. 302). Anteriormente (véase *supra* III.1.6.) abordamos esta situación cuando tratamos la actitud que guardaron los juristas revolucionarios en Francia frente a la arbitrariedad de la que hacían gala los jueces del antiguo régimen, lo que los llevó a plantear la división de funciones en términos muy estrictos, quitándole a los jueces cualquier posibilidad de interpretar la ley y a partir de ello, reducir su función a simplemente aplicar mecánicamente las formulas dictadas por la legislatura en la ley. Tenemos que matizar este punto. A pesar de que esta actitud frente a la judicatura puede estar muy arraigada en la mayoría de los juristas europeos y latinoamericanos, la ideología que la sustenta no, porque el contexto en el que se desarrolló fue exclusivo de Francia a finales del siglo XVIII. En América Latina y en especial en México nunca existió un conflicto entre las autoridades judiciales y el resto de la sociedad, sin embargo, existe en este país esta misma tendencia a mantener en un papel bastante secundario a los jueces, lo que se traduce en sus funciones limitadas y en sus periodos muy limitados en el cargo. La razón por la que esta actitud ha sido asumida por los juristas

mexicanos bien puede encontrarse en el mero hecho de adoptar algo que en otro lugar ha dado buenos resultados. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió en buena parte de los países de Europa, en los cuales existieron prohibiciones expresas para que los tribunales hicieran algún tipo de revisión judicial sobre la constitucionalidad de las leyes o los actos realizados por los órganos legislativos y ejecutivos, en México esta facultad ha existido desde los primeros años de su etapa independiente, como vimos que sucedió con la implantación del Supremo Poder Conservador en 1836; luego en 1841 con la creación del juicio de amparo en la *Constitución del estado de Yucatán*, que posteriormente sería incluido en la *Constitución* de 1857 y en la de 1917; finalmente, dicha facultad fue reforzada con la creación de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad en 1994.

A diferencia de lo que sucedió en buena parte de América Latina durante el siglo XX, en donde hubo golpes de Estado y dictaduras militares, México se caracterizó por una relativa estabilidad política, lo que se tradujo en que desde la administración del presidente Lázaro Cárdenas que inició en 1934 y hasta la del presidente Felipe Calderón que concluyó en 2012, todos los presidentes han cumplido con su periodo de seis años al frente de la administración del país, además de que no existieron cambios radicales en la forma de gobierno ni tampoco golpes de Estado contra los organismos legislativos o judiciales. Sin embargo, fueron frecuentes las modificaciones a la *Constitución* que implicaron cambios en la organización, composición y duración de los cargos judiciales.

Las garantías judiciales se respetaron formalmente durante los gobiernos en los que existió algún grado de estabilidad política que permitía que las instituciones operaran según los establecido en la *Constitución* y en la ley, sin embargo, en el fondo estas garantías eran violadas frecuentemente. Casar Pérez lo ejemplifica con el método de designación de los ministros de la Suprema Corte:

mientras que la propuesta presidencial con aprobación del Senado es una práctica común en otros regímenes presidenciales, la existencia de un partido que durante más de 60 años ocupó todas las curules en el Senado hizo de este procedimiento

una simulación. El proceso de selección pierde todo sentido cuando hay sólo un candidato con el apoyo de la Presidencia, la oposición es inexistente y el partido oficial —único, hegemónico o dominante— aprueba automáticamente un candidato propuesto (Casar Pérez, 2010, p. 131).

Es en buena medida debido a lo anterior que en México nunca fue necesario que el ejecutivo realizara una “purga” de funcionarios hostiles de las instancias judiciales, ya que, como ocurría con el grueso de los cargos públicos de los tres ámbitos de gobierno (federal, estatal y municipal), los del Poder Judicial de la Federación también eran asignados a personas que pertenecían o tenían algún vínculo con el partido gobernante, lo que implicaba que poco importaba si la persona que ejercía un cargo judicial era idónea para la tarea, y por tanto los nombramientos “eran más bien producto de un sistema clientelar con la consecuencia de que la Suprema Corte se utilizaba para premiar a ciertos políticos, para ubicar a los ‘políticos en tránsito’ o a los que políticamente no tenían cabida en otro cargo^{xiii}” (Casar Pérez, 2010, p. 132), situación que se repetía en los Tribunales de Circuito y los Juzgados de Distrito, y también en los órganos judiciales estatales.

Esta situación cambió radicalmente a partir de la implementación de la profunda reforma judicial de 1994. Esta reforma implicó una revolución en el Poder Judicial de la Federación, ya que le dio un rol más protagónico y lo puso al nivel de los órganos que ejercen las funciones ejecutiva y legislativa. Las reformas reestructuraron los órganos judiciales, permitiéndoles ser más eficientes a la hora de hacer su trabajo, pero como señala Casar Pérez:

los avances han sido mayores en lo que a la función de protección del orden constitucional se refiere, en particular por lo que respecta a las controversias constitucionales y a las acciones de inconstitucionalidad, que crecientemente han tocado temas de gran sensibilidad y relevancia política y social, como la constitucionalidad del aborto, la libertad de expresión, el veto presupuestario o la defensa de los portadores del VIH [y se puede agregar la declaración de inconstitucionalidad por la vía del amparo que la Corte decretó en 2015, de algunos artículos de la *Ley General de Salud*, lo que le permitió a un grupo de

personas producir marihuana para su consumo personal con fines recreativos] (Casar Pérez, 2010, p. 138).

III.2.2.2. La jerarquía y el funcionamiento de los tribunales federales.

La *Constitución*, según su artículo 94, encomienda el ejercicio de la función judicial a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, a los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y a los Juzgados de Distrito. Además, existe un organismo denominado Consejo de la Judicatura Federal, cuya tarea es administrar los recursos y vigilar la disciplina tanto de los jueces como del personal que labora en el Poder Judicial de la Federación, excepto de la Suprema Corte y del Tribunal Electoral. Ya hablamos sobre la separación de la jurisdicción que suele existir en los sistemas jurídicos de tradición romanista, y México, a pesar de haber sido influenciado por el sistema jurídico de los Estados Unidos y haber adoptado en buena medida un sistema de jurisdicción unificada, no escapó de la influencia de la tradición y sus constituyentes también crearon organismos jurisdiccionales que formalmente están adscritos al poder ejecutivo, como son el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. Además, la función jurisdiccional no solamente implica la impartición de justicia, sino también la procuración de la misma, tarea de la que se encarga el Ministerio Público de la Federación, también adscrito formalmente al poder ejecutivo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación es el más alto tribunal del país, no sólo por ser el de mayor jerarquía entre los tribunales federales, ya que resuelve de manera definitiva cualquier controversia que haya sido abordada por los tribunales inferiores — excepto en materia electoral— en los que no está en disputa su constitucionalidad; sino también por su función como tribunal constitucional, lo que pone su autoridad por encima de la de cualquier ente local o federal cuyas leyes o actos vayan en contra de la *Constitución*. Esta es su función más importante, y la realiza a través de los medios de control constitucional, tales como la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad

y el juicio de amparo. El juicio de amparo es un medio de control constitucional *a posteriori* del sistema jurídico mexicano al igual que la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional. Sin embargo, a diferencia de estos dos últimos, el juicio de amparo es promovido por cualquier particular que considere que sus derechos humanos protegidos por la *Constitución* han sido violentados por normas generales, actos de autoridad o de particulares señalados en la ley. Los efectos generados por virtud de una sentencia de amparo tienen efectos *inter partes*, pero que pueden llegar a ser *erga omnes* en los casos previstos por la ley, como lo es la llamada declaratoria general de inconstitucionalidad^{xiv}.

La Corte actualmente está integrada por 11 ministros que duran 15 años en el cargo sin tener posibilidad de ser reelectos. El proceso de designación de los ministros consiste en que, cuando hay una vacante, el presidente de la República propone una terna de tres candidatos al Senado de la República, dos terceras partes de los senadores presentes eligen de entre ellos tres al idóneo para el cargo. Hasta 1994 el proceso de designación y la duración del cargo eran idénticos al que existe en los Estados Unidos (véase *supra* II.2.2.3.). Los ministros son inamovibles, la única forma de apartarlos del cargo es por la vía del juicio político, además su remuneración está garantizada, lo que implica que no puede ser disminuida mientras dure su encargo. Los ministros únicamente pueden renunciar por causa grave y tienen que informarlo al presidente, quien decide si acepta o no la renuncia, y esta debe de ser ratificada por el Senado de la República.

Uno de ellos es elegido por sus compañeros para ejercer la presidencia del tribunal por un periodo de 4 años, sin tener la posibilidad de ser reelecto para el periodo inmediato posterior. La Suprema Corte opera en pleno, es decir, todos los ministros juntos, o bien en salas. Actualmente existen dos salas, competentes en diferentes materias, compuestas por 5 ministros cada una —el ministro presidente no forma parte de ninguna—.

Como ya explicamos anteriormente, la principal función de la Suprema Corte es la de proteger el orden constitucional, y ello lo hace por medio de tres instrumentos, que son el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad.

Los Tribunales de Circuito son el siguiente nivel en la jerarquía de los tribunales federales. Los hay de dos tipos, los colegiados y los unitarios. Estos Tribunales tienen jurisdicción sobre demarcaciones territoriales conocidas como circuitos judiciales, igual que en los Estados Unidos (véase *supra* II.2.2.3.); en la actualidad existen 32 circuitos, cuyo territorio es en la mayoría de los casos el mismo que el de las entidades federativas. En cada circuito existen varios Tribunales de Circuito, y su número está en función de la cantidad de trabajo que existe en cada uno de ellos, además de que cada uno de ellos está especializado en una materia diferente. Los Tribunales Colegiados tienen atribuciones similares a las de la Suprema Corte, pero con diferente jurisdicción potencial, mientras que los Unitarios funcionan principalmente como órganos jurisdiccionales de segunda instancia. Los magistrados de circuito son nombrados por el Consejo de la Judicatura Federal después de aprobar una serie de exámenes y de cumplir los requisitos que la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* les exige, y duran en su encargo seis años, luego de los cuales, si son ratificados, sólo podrán ser removidos por causa grave o hasta cumplir 75 años, la cual es la edad de retiro forzoso para los funcionarios judiciales.

Los Juzgados de Distrito son los tribunales de primera instancia en México a nivel federal. Tienen entre sus atribuciones conocer y resolver las controversias en primera instancia, cuando estén en juego la aplicación y el respeto de las leyes federales, además de que también conocen sobre juicios de amparo indirecto. Su nombramiento y duración en el cargo tienen las mismas características que aquellos que aplican para los magistrados de circuito.

III.2.2.3. Los jueces mexicanos.

Para poder ser juez en México es necesario, invariablemente en todas las jurisdicciones, contar con el título de Licenciado en Derecho o su equivalente, expedido por una institución de educación superior con reconocimiento oficial. Para poder acceder a tal título, un estudiante debe cursar la carrera que dura en promedio 4 años, y cumplir con los requisitos de titulación, que suelen incluir la presentación de un examen profesional en el

que deben de defender un trabajo de investigación frente a un grupo de sinodales^{xv}. Como sucede en general en los países de tradición romano-canónica, los estudiantes mexicanos de Derecho deben de

elegir entre diversas carreras profesionales. [Pueden] iniciar una carrera de juez, de fiscal, de abogado gubernamental, de abogado privado o de notario. [Deben] tomar esta decisión pronto y atenerse a las consecuencias. En teoría [pueden] moverse de una de estas profesiones a otra, pero tales movimientos son relativamente raros. La elección una vez realizada, tiende a ser definitiva en la mayoría de los casos (Merryman, 1989, p. 192).

Así, cuando algún joven estudiante quiere convertirse en juez, por lo regular busca integrarse lo antes posible al Poder Judicial de la Federación, frecuentemente desde el momento en el que decide presentar el Servicio Social, y de ahí busca acceder a algún cargo menor dentro de las instancias judiciales.

Dentro del Poder Judicial de la Federación existe un Servicio Judicial de Carrera cuyo curso va desde Actuario del Poder Judicial de la Federación, pasa por Secretario de Tribunal de Circuito, Subsecretario de Acuerdos de Sala, Secretario de Acuerdos de Sala, Secretario de Estudio y Cuenta de Ministro, Secretario de Juzgado de Distrito, Subsecretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia, Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia, para al fin llegar primero a Juez de Distrito y por último a Magistrado de Circuito^{xvi}.

La jurisprudencia es la interpretación de las normas jurídicas que emiten el pleno o las salas de la Suprema Corte, o bien los Tribunales Colegiados de Circuito^{xvii}, al resolver las controversias que son puestas a su consideración, resultando obligatoria a otros órganos jurisdiccionales de menor jerarquía —otros Tribunales Colegiados, los Tribunales Unitarios, los Juzgados de Distrito y los tribunales y juzgados estatales—. Las reglas que controlan a la jurisprudencia determinan que existen dos formas de sentar jurisprudencia, que son la jurisprudencia por reiteración y la jurisprudencia por contradicción. En el primer caso “las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en

cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros, si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia de las salas”; en el segundo caso “...constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de Salas y Tribunales Colegiados”.^{xviii}

III.3. Resumen.

La tradición romano-canónica es la más antigua y más difundida de las tradiciones jurídicas que actualmente existen. A diferencia del *Common law*, cuya historia prácticamente se traslapa con la historia del Derecho inglés, la tradición romanista se ha ido desarrollando durante más de dos milenios en diferentes partes del mundo.

Son cinco sus principales componentes: el Derecho civil romano, el Derecho canónico, el Derecho mercantil medieval, las ideas de la Ilustración y la Revolución francesa, y la Ciencia jurídica que se formó a partir de la Escuela Histórica alemana.

De las primeras tres subtradiciones los sistemas legales de tradición romanista obtuvieron buena parte del contenido actual de los cuerpos legales que forman parte de su Derecho privado, sobre todo del Derecho civil, que suele ser considerado el rubro más importante, y es por ello que el Derecho romano tiene hoy día un papel protagónico en esta tradición. Pero además de ésta importante contribución material del antiguo Derecho romano a los sistemas legales romanistas actuales, su más importante aportación y la razón de su grandeza se debe al impecable trabajo que los antiguos jurisconsultos romanos hicieron al reflexionar sobre los problemas legales y diseñar de manera impecable todas esas instituciones jurídicas que conforman el Derecho civil. Con el tiempo, los jurisconsultos perderían la *autoritas*, es decir, el conocimiento socialmente reconocido que hacía que sus opiniones jurídicas fueran aceptadas por la comunidad, frente a la *potestas* del emperador, quien selectivamente cedió dicha facultad a ciertos jurisconsultos, llevando al Derecho romano a una etapa de decadencia, en la que el Derecho dejó de ser un instrumento para

buscar la justicia, para convertirse en un mero instrumento de control imperial. Ya desde esta época era posible apreciar la poca trascendencia de los jueces en el desarrollo del Derecho, quienes solamente se limitaban a aplicar las fórmulas que los jurisconsultos recomendaban.

Ya en una época posterior a la caída del Imperio Romano de Occidente, en Constantinopla el emperador bizantino Justiniano ordenó hacer una recopilación de lo más trascendente del Derecho romano, conocida como *Corpus Iuris Civilis*, la cual caería en el olvido y luego en el siglo XI sería redescubierta en Europa, lo que llevaría a su extenso estudio y posterior propagación por el viejo continente con la significativa excepción de Inglaterra.

Las restantes dos subtradiciones, que son las ideas de la Ilustración y el positivismo jurídico, si bien también aportaron contenido a los sistemas de tradición romanista, sobre todo en lo que se refiere al Derecho público, su principal contribución se da en el ámbito de la “personalidad” de los sistemas de tradición romano-canónica, es decir, las características ideológicas que realmente diferencian a ésta tradición del *Common law*, que son: la rígida separación de funciones estatales, con la finalidad de impedir que se invadan las facultades legislativas de los congresos sobre todo por los jueces; derivado de ello el papel secundario que tienen los jueces en el proceso de formación del Derecho; las razones de la codificación del Derecho y el énfasis en que la ley es su fuente suprema; la consideración de que el Derecho es un fenómeno que puede estudiarse de manera científica y aislarse del resto de la realidad; y finalmente, la fuerte influencia de los académicos en la formación del Derecho.

El sistema jurídico mexicano pertenece a los sistemas de tradición romano-canónica, ya que fue influido por la herencia directa que recibió del Derecho castellano y el Derecho indiano, pero además por las ideas ilustradas que aquellos que forjaron las primigenias instituciones mexicanas trajeron de Europa durante el siglo XIX. A pesar de ello, la cercanía con Estados Unidos y las relaciones económicas que existen entre ambos países, las cuales se intensificaron a raíz de la firma del TLCAN en 1994, incrementaron no solamente el

intercambio de bienes y servicios entre ambos países, sino también el intercambio de ideas y convicciones en torno al funcionamiento de los sistemas jurídicos de las dos naciones. Empero, el tráfico de estas ideas y convicciones ha sido mayor en dirección Estados Unidos-México que el en sentido contrario, lo que ha permeado al sistema jurídico mexicano de instituciones y procedimientos legales de origen estadounidense. Ello ha ocurrido principalmente en las materias del Derecho que están más vinculadas al comercio internacional, como son la competencia económica o la propiedad intelectual, pero también en algunos aspectos procesales, cuyo mejor ejemplo es la adopción del sistema adversarial y los juicios orales civiles y penales.

México, al igual que los Estados Unidos, es una República constitucional, en la que su *Constitución* es la norma suprema y todas las demás normas jurídicas y los actos de sus autoridades deben ajustarse a ella. A diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones romanistas, la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes y los actos que emiten y realizan los organismos legislativos y ejecutivos está asignada a los jueces que integran el Poder Judicial de la Federación, las cual lleva a cabo a través de tres instituciones, que son las controversias constitucionales, las acciones de inconstitucionalidad y el juicio de amparo. Las sentencias de los tribunales en torno a asuntos que versan sobre cuestiones constitucionales tienen efectos *erga omnes* en el caso de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, las cuales sólo pueden ser promovidas ante y solucionadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y efectos *inter partes* cuando se trata del juicio de amparo; por lo anterior, se dice que el sistema de revisión constitucional que existe en México es de carácter mixto.

En México las leyes tienen supremacía sobre las decisiones judiciales —excepto las que acabamos de exponer en el párrafo anterior—. La decisión que un juez tome en torno a algún asunto, tiene fuerza normativa sólo para las partes implicadas en el juicio, y para los demás jueces únicamente tienen efectos orientativos, debido a que en México no se reconoce la doctrina de *Stare decisis*. Sin embargo, ciertas resoluciones judiciales pueden

volverse obligatorias, si cumplen ciertos requisitos para que se conviertan en jurisprudencia por reiteración o en jurisprudencia por contradicción.

ⁱ No es adecuado hacer una traducción literal del término “*Civil law*”, que sería “Derecho civil”, y luego utilizarla para nombrar así a la tradición romano-canónica, porque podría llevarnos a una confusión con la rama del Derecho que “determina las consecuencias esenciales de los principales hechos y actos de la vida humana (nacimiento, mayoría, matrimonio) y la situación jurídica del ser humano en relación con sus semejantes (capacidad civil, deudas y créditos) o en relación con las cosas (propiedad, usufructo, etc.)” (García Máynez, 1953, p. 146) a la que en nuestra tradición jurídica conocemos como “Derecho civil”.

ⁱⁱ El término “constitución” se refiere a lo que el emperador romano mandaba en el ejercicio de sus funciones por edicto, mandato, decreto o rescripto, creando con ello una norma jurídica (*lex*) (véase Padilla Sahagún, 2008: 28 y 29).

ⁱⁱⁱ La idea de que la doctrina de la “separación de poderes” es autoría de Montesquieu es cuestionable, ya que como bien lo menciona Rodríguez Prats

Montesquieu ni siquiera pronuncia la expresión “separación de poderes”, de la que se han servido los partidarios de su teoría. El pensamiento de Montesquieu no es que los tres poderes deberían de estar separados, esto es, repartidos orgánicamente entre autoridades que representarían o expresarían tres voluntades estatales distintas. Su idea es que la libertad desaparecería y quedaría reemplazada por el despotismo si el ejercicio del poder dependía de la potestad del Estado enteramente y sin reparto, de la voluntad de un sólo hombre o de una asamblea” (Rodríguez Prats, 2006, p. 34).

Creemos que lo correcto es hablar de separación de funciones públicas y no de “separación de poderes”, y coincidimos con Rodríguez Prats cuando considera que el término “separación de poderes” es inapropiado porque

el poder es uno, con finalidades específicas. La división de las funciones busca disminuir las posibilidades de abuso del poder, o bien la de acrecentar las posibilidades de acierto en las decisiones. Es un mismo poder que tiene funciones complementarias desempeñadas a través de órganos diferentes regidos por ordenamientos coherentes. En el contexto del deber ser, es decir, conforme al lenguaje prescriptivo, ningún órgano puede hacer su voluntad; su acción está orquestada por normas jurídicas que le dan unidad de acción a todo el conjunto (Rodríguez Prats, 2006, p. 35).

A pesar de esta aclaración, nos ceñimos a la expresión “separación de poderes” porque Merryman así la utiliza en su obra y porque es así utilizada de manera generalizada. A lo largo de la tesis, cuando abordamos la estructura política de México, también ocupamos esta expresión y los conceptos de Poder ejecutivo, legislativo y judicial, porque en la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* así se emplea: “Artículo 49. El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.”; esto a pesar de que consideramos que lo correcto es hablar de funciones y no de poderes.

^{iv} Citado por Cruz Barney. En J. M. Ots Capdequí. *Instituciones*. Salvat. Barcelona. 1959. Pág. 231.

^v En términos estrictos, las Indias nunca fueron colonias de España. Los españoles nunca hablaron de las Indias como colonias, más bien se referían a ellas como los “Reinos de Ultramar”, lo que significaba dar a las Indias una calidad, jerarquía, cultura y personalidad iguales a las del Reino de España. Tanto es así que la corona creó un órgano de la misma importancia que el Gran Consejo de Castilla, que fue el Real y Supremo Consejo de Indias. Este punto, que a primera vista puede parecer superficial y carente de importancia, fue un determinante argumento jurídico a favor de la independencia de las Américas, porque al ser apresado y

depuesto Fernando VII — el titular de la corona española y de las Indias— durante la invasión napoleónica a la península ibérica, desapareció el factor de unión entre España y las Indias.

^{vi} Menciona a Platón, Sócrates, Cicerón, Cesar, Víctor Hugo, fray Luis de León, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Jeremy Bentham, Lamartine, Benjamin Constant, Thomas Jefferson, Tocqueville, Miguel Ramos Arizpe, Manuel Crescencio Rejón y José María Luis Mora. Citado por Cruz Barney. En Rabasa, Emilio O., *Historia de las Constituciones mexicanas*, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1997.

^{vii} Citado por Cruz Barney. En Cossío Díaz, José Ramón. “*Las concepciones del derecho en el Constituyente de 1916-1917*”. En Anuario mexicano de historia del derecho. Memorias del VII Congreso de Historia del Derecho Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1998, núm. X, p. 204.

^{viii} En nuestra opinión, la verdadera transición política no se dio en el año 2000 con el triunfo del Partido Acción Nacional (PAN) en las elecciones presidenciales, sino que realmente comenzó en 1982 con el giro del gobierno a políticas más liberales en términos económicos, lo que se contrapuso a la tradicional política proteccionista y nacionalista que el régimen priista había defendido desde el mandato del presidente Lázaro Cárdenas. Es por eso que diferenciamos entre una “transición real” en 1982 y una mera “transición de membrete”, como la que ocurrió a finales del siglo XX.

^{ix} Como señala López Ayllón, esta no fue una situación exclusiva en México, sino que fue un fenómeno generalizado a lo largo y ancho de América Latina:

Desde finales de la década de los setenta los países de América Latina experimentaron, por distintas razones, una serie de “crisis” resultado de complejas dinámicas tanto nacionales como internacionales. El modelo cerrado, “autosuficiente” que suponía el modelo de sustitución de exportaciones alcanzó sus límites (*i. e.* deuda externa, altas tasas de inflación, déficit público, falta de competitividad internacional de las empresas). Para principios de los años 80, y aunque con matices importantes en cada país, las políticas y estrategias del desarrollo económico se modificaron para dar lugar a procesos de liberalización de la economía, venta de empresas públicas, desregulación y apertura comercial. Todas estas políticas convergen en una modificación del papel del Estado, sumando a movimientos de democratización y respeto por los derechos humanos. (López Ayllón, 1997, p. 212 y 213).

^x Citado por Casar Pérez. En Verner, Joel G., “The Independence of Supreme Court in Latin America: A Review of the Literature”, en *Journal of Latin America Studies*, Cambridge University Press, vol. XVI, parte 2, noviembre de 1984; y de Wiarda, Howard J. y Harvey F. Kline (eds.), *Latin American Politics and Development*, Houghton Mifflin, Boston, 1979.

^{xi} Citado por Casar Pérez.

^{xixii} Un caso paradigmático de esto es lo que en 2016 está sucediendo en Brasil, en donde las autoridades judiciales, es decir, el ministerio público y los tribunales están llevando a cabo desde 2014 una serie de investigaciones sobre corrupción y otros delitos en contra de antiguos y actuales funcionarios de los órganos ejecutivo y legislativo. La debilidad del ejecutivo y de su partido político, que se deriva en buena medida del deplorable estado de la economía brasileña y de la profunda fragmentación política que existe en el Congreso brasileño, han permitido a los organismos judiciales hacer su trabajo y poner en una situación extrema al gobierno.

^{xiii} Citado por Casar Pérez. En González Oropeza, “Justice by Challenge. The Administration of Justice an the Rule of Law in Mexico”, *mimeo*, IJ-UNAM, México, 1994.

^{xiv} En los párrafos segundo, tercero y cuarto de la fracción II del artículo 107 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* se establece que:

“Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente.

Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.”

^{xv} En México en los últimos 20 años han surgido un elevado número de escuelas privadas que se enfocan en ofrecer carreras profesionales que tienen alta demanda en el mercado laboral y que además no precisan de una fuerte inversión por parte de la escuela en laboratorios u otras instalaciones especializadas para llevar a cabo la enseñanza, como es el caso de la contabilidad, la administración, la pedagogía y por supuesto el Derecho. Sin embargo, sus planes de estudio no abarcan un amplio campo de temas que el alumno necesitará saber al término de sus estudios, ya que se enfocan primordialmente en los temas más prácticos o el mero conocimiento de memoria de la ley escrita, y dejan a un lado cuestiones teóricas, filosóficas y deontológicas; o bien, ni siquiera cumplen con un programa que dure lo suficiente para que el estudiante se desarrolle adecuadamente; además, en buena parte de estas escuelas ya ni siquiera se exige la presentación de una tesis y para poder acceder a la titulación lo común suele ser desembolsar cierta cantidad de dinero.

^{xvi} Artículo 110 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*.

^{xvii} La sala superior y las salas regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación también pueden sentar jurisprudencia, pero solamente en materia electoral.

^{xviii} Artículo 192 de la *Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución*.

CAPÍTULO IV. ¿POR QUÉ EL AED HA TENIDO ÉXITO EN ESTADOS UNIDOS Y EN MÉXICO NO?

A lo largo de los dos anteriores capítulos estudiamos brevemente el desarrollo histórico y las características más relevantes tanto de la tradición jurídica del *Common Law* como del sistema jurídico estadounidense, así como de la tradición romano-canónica y del sistema jurídico mexicano. Ahora, con esta información, podremos analizar el motivo por el que el AED ha tenido un terreno fértil en el Derecho estadounidense para poder alcanzar tal nivel de desarrollo, y luego la razón por la que en México esto no ha sido posible. Para ello revisaremos las explicaciones que existen sobre la compatibilidad entre el AED y el Derecho estadounidense; después revisaremos los argumentos que Richard Posner aporta para explicar si es que el AED puede aplicarse en los sistemas jurídicos romano-canónicos —por supuesto entre ellos está el sistema jurídico de México— o no, para analizar si estos son válidos o no a la luz de la información que hemos expuesto sobre ambas tradiciones jurídicas.

IV.1. Explicaciones sobre el éxito del AED en Estados Unidos.

El AED no sólo nació en Estados Unidos, sino que también es en aquel país en donde se ha desarrollado plenamente. Posner describe la enorme relevancia del AED en Estados Unidos de esta forma: “El rápido crecimiento de las últimas décadas del alcance y rigor de la microeconomía ha motivado el surgimiento y continuo crecimiento... [del AED]... Cada una de las facultades líderes en la enseñanza del Derecho en Estados Unidos tiene uno o más Ph.D en Economía como profesores de sus facultades y, además, los profesores de los cursos regulares de Derecho, por lo general, incluyen la perspectiva económica en sus cursos. Nueve revistas (ocho en Estados Unidos y una en Europa) se especializan en el Análisis Económico del Derecho. Hay varios libros de texto, una amplia literatura monográfica, dos enciclopedias de varios volúmenes (ambas editadas en Europa), y

asociaciones profesionales en Estados Unidos, Europa, América Latina, Australia y Canadá. Varios jueces de las Cortes de Apelación en Estados Unidos, incluyendo un juez de la Corte Suprema, son antiguos estudiosos del Análisis Económico del Derecho... []; y la mayoría de los jueces federales y estatales han asistido a programas de educación continua en Análisis Económico del Derecho”; para rematar su exposición, Posner cita a un detractor del AED, quien a pesar de su postura crítica frente al AED, reconoce que es “una fuerza alentadora en el pensamiento legal americano”, y dice que ‘sigue siendo la escuela de teoría legal con mayor influencia en este país [Estados Unidos]’” (Posner, 2005, p. 7).

Esta importancia en el ámbito jurídico estadounidense, en palabras del mismo Posner, se debe a que el AED ha contribuido a que el Derecho sea visto como una disciplina coherente y sistemática:

las prácticas, instituciones, leyes que en su conjunto no están relacionadas entre sí, cuando se ven a través del lente ortodoxo del análisis legal implican un tema económico idéntico. Áreas completas del Derecho son intercambiables cuando se ven a través del lente de la economía. Cuando yo era estudiante de Derecho, esta disciplina parecía una colección de reglas, procedimientos e instituciones que no estaban relacionadas entre sí. La economía revela que el Derecho tiene una estructura profunda y de coherencia significativa (Posner, 2005, p. 12).

Esto se debe a que los promotores del AED consideran que la Economía es la ciencia que estudia la conducta del ser humano, y por ello cualquier conducta humana regulada por el Derecho es posible estudiarla desde el mismo punto de vista (véase *supra* 1.2.3).

Ya estudiamos en el capítulo II que el *Common law*, en su sentido restringido, surgió como una solución frente al problema de integrar a los diferentes pueblos británicos bajo las leyes del nuevo monarca, con la finalidad de evitar entrar en conflicto con dichos pueblos conquistados y también para evitar conflictos entre ellos mismos. Para ello los jueces ingleses aplicaron las leyes decretadas por el rey, pero tomaron de las costumbres jurídicas autóctonas las posibles soluciones que el Derecho real no podía dar por la generalidad de sus reglas y el desconocimiento por parte del legislador de aquellos aspectos que a la hora

de legislar podían ser irrelevantes, pero que a la hora de emitir un juicio sobre algún asunto eran determinantes.

Tiempo después, cuando el *Common law* perdió esta flexibilidad y se convirtió en un cuerpo de normas jurídicas tan rígidas como el Derecho legislado, volvieron a surgir problemas debido a los conflictos que se generaron por las injusticias que los tribunales cometían a la hora de resolver los asuntos ante ellos planteados. Por ello es que con el tiempo se tuvo que establecer un mecanismo para volver a flexibilizar el Derecho inglés, al que se le conoció como *Equity*, mediante el cual los jueces “doblaron” la ley al rebajar la dureza de las decisiones tomadas en los tribunales ordinarios.

Juntos, el *Common law* en sentido restringido y la *Equity*, conforman el *Common law* en sentido amplio (véase *supra* II.1.1). En este último sentido, Posner dice que el *Common Law* tiene una “lógica económica implícita” (véase Posner, 2007, p. 393), lo que significa que el *Common law* por su propia naturaleza es una herramienta útil para asignar adecuadamente los derechos de propiedad; pero que, además, esta eficiencia económica no fue hecha de manera consciente, sino que las circunstancias históricas fueron determinando que ello así sucediera. En efecto, nunca en la historia del Derecho inglés ni en la del Derecho de los Estados Unidos —al menos hasta el surgimiento del propio AED— los jueces pretendieron darle un sentido eficiente al *Common law*, sino que el mecanismo con el que funciona lo fue llevando por ese camino.

Roemer señala que el mecanismo por medio del cual ocurre esto funciona así:

- 1) las reglas ineficientes son cuestionadas con mayor frecuencia que las reglas eficientes, por tanto, las primeras se vendrían abajo para aumentar con ello el conjunto de reglas eficientes en el transcurso del tiempo; 2) los litigantes que se benefician con una regla eficiente invierten más en el pleito en un intento por persuadir al juzgado, que los que están a favor de una regla ineficiente; y 3) los jueces buscan o aplican criterios que promueven resultados eficientes (Roemer, 1994, p. 36).

Esto último lo hacen los jueces de manera inconsciente, al analizar los asuntos y referirse a casos anteriormente resueltos, que por la doctrina de *Stare decisis* se vuelven referente obligatorio a considerar al momento de dictar sentencia.

Este mecanismo ha podido funcionar en Estados Unidos por el amplio poder que los jueces pueden ejercer para echar abajo una norma emitida por la legislatura, si es que los abogados de las partes argumentan que la norma cuestionada esta va en contra de la *Constitución*, cosa que no ocurre en Gran Bretaña, porque los jueces carecen de cualquier facultad legislativa (véase *supra* II.2.2.1), lo que significa que cualquier resolución emitida por los jueces británicos sólo tiene efecto *inter partes*.

Relacionado con lo anterior, otro de los argumentos que explican el éxito del AED en Estados Unidos es que los juristas norteamericanos históricamente han visto al Derecho —concretamente aquellas partes que en la tradición romanista se clasificarían como Derecho privado, ya que el Derecho público es apreciado de forma similar por ambas tradiciones, es decir, como un instrumento de control del Estado hacia sus ciudadanos y viceversa— como un instrumento práctico de solución de conflictos. El interés de la sociedad estadounidense en general, que en un contexto de una economía de mercado desarrollada lo que considera más importante es el cumplimiento de los contratos, se combinó con la posibilidad de que se diera un punto de encuentro entre el Derecho y la Economía por medio de los intereses académicos de ambas disciplinas: “la estructura básica de la disciplina del AED —propiedad, contratos, *torts* y litigios— corresponde básicamente al currículo central de enseñanza del derecho en los Estados Unidos desde hace más de medio siglo” (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002, p. 145)ⁱ. Sin embargo, ya en el capítulo I vimos que la expansión del AED a los campos del Derecho que no regulan relaciones de mercado explícitas no ha sido aceptado con el mismo entusiasmo que el AED que pretende estudiar las relaciones explícitamente de mercado, porque a pesar de que el Derecho en la tradición del *Common law* es percibido como un instrumento práctico, los objetivos que los juristas esperan lograr con dicho instrumento distan mucho de la eficiencia económica, ya que en general los abogados no la consideran equiparable a la Justicia.

IV.2. El AED, los sistemas jurídicos romano-canónicos y el Derecho mexicano.

Existe un hecho: el AED en las naciones con sistemas jurídicos de tradición romano-canónica ha tenido una escasa penetración dentro de sus círculos académicos, tanto económicos como jurídicos, y mucho menos impacto ha tenido en la elaboración del Derecho. Eso, consideramos nosotros es indiscutible. Esto es cierto para todas las jurisdicciones romanistas y por supuesto es cierto para México. Pero lo que sí es discutible es si el AED debería de ser aplicado en el estudio y elaboración del Derecho en los sistemas jurídicos romanistas o no.

En general, los promotores del AED consideran que no existe obstáculo alguno que sea insalvable que evite que el AED pueda ser aplicado en los sistemas de tradición romano-canónicaⁱⁱ, y consideran necesario que el AED sea un instrumento que oriente la elaboración de la política legal. Por el contrario, los detractores del AED consideran que su aplicación no sólo es imposible por las diferentes condiciones estructurales de los sistemas jurídicos romanistas y los del *Common law*, sino que además consideran que no es recomendable, porque implicaría la contaminación de los principios en los que se sustentan los sistemas jurídicos romano-canónicos con los de una tradición completamente diferente, y peor aún, con los conceptos, valores y objetivos de una ciencia completamente ajena a ellos como es la Economía.

Posner, a quien consideramos el principal promotor del AED, en su artículo *El Análisis Económico del Derecho en el common law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo* argumenta que las diferencias entre el *Common law* y la tradición romano-canónica, si bien existen, son “modestas”. En primer lugar, considera que existen un principio, el de la “justicia correctiva” (véase *supra* I.2.3.), que es universal a todos los sistemas jurídicos, no importa si son de *Common law* o de tradición romanista, la cuestión es que el Derecho existe con la finalidad de mantener el equilibrio entre las personas, y en caso de que este equilibrio se rompa, el Derecho será el vehículo por medio del cual la situación vuelva al *status quo*; por otro lado, considera que los sistemas jurídicos existen para facilitar el desarrollo del capitalismo.

Posner considera que los jueces y el sistema judicial deben de respetar el Derecho, el cual es, digamos por “naturaleza”, un instrumento al servicio del desarrollo del capitalismo de libre mercado, y que ellos no tienen que ser activistas abiertos en su favor, sino que basta con que hagan su trabajo de la manera más objetiva posible para que cumplan con el objetivo del Derecho, es por ello que a su parecer

[...] los jueces no tienen que ser alentadores del capitalismo. Ellos deben de hacer cumplir las normas de la ley sin importar las consecuencias para las personas y las actividades comprendidas dentro de los casos en los cuales ellos tienen que tomar una decisión. Esta neutralidad, no sólo con respecto al valor personal tal como el concepto de justicia correctiva de Aristóteles sino también respecto de la ideología, es importante para realzar el carácter predecible de la ley —y es su carácter predecible lo que Weber pensó que los capitalistas necesitaban del marco legal—, y también para tranquilizar a las clases potencialmente inquietas de la sociedad respecto a que la ley no favorece a una clase en particular (Posner, 2005, p. 14).

Sin embargo, aclara que Weber basó sus conclusiones sobre el Derecho como pilar del capitalismo en sus estudios de la situación de Alemania, país de arraigada tradición romano-canónica y del cual provienen, como vimos, importantes componentes de dicha tradición, pero señala que “no obstante, la primera superpotencia capitalista [durante la segunda mitad del siglo XIX y los primeros años del siglo XX, época en la que Weber hizo sus estudios], y la potencia capitalista más avanzada desde sus días hasta los nuestros, Estados Unidos, pertenecían al *common law*, en lugar de a países codificadores”. A pesar de ello, Posner piensa que

[...] el problema que plantea el *common law* a la tesis de Weber es muy leve. El Poder Judicial continental es (y era igualmente en el tiempo de Weber) más creativo y menos limitado por reglas, menos ‘burocrático’, de lo que Weber creía, mientras que el *common law* ha sido siempre más predecible de lo que los foráneos lo han percibido. Por tanto, para ser breve, el *common law* y la tradición romano-germánica son convergente [en términos de que su finalidad es impartir

una justicia correctiva y promover el adecuado desarrollo del capitalismo] (Posner, 2005, p. 14).

Sin embargo, consideramos que sus argumentos no llegan a buen puerto y algunos de ellos, en nuestra opinión, son completamente equivocados, ya que Posner no hace mayor esfuerzo por entender las enormes diferencias que existen entre ambas tradiciones jurídicas, la de *Common law* y la romano-canónica. Nosotros, con la investigación que realizamos, tenemos una mejor idea de la naturaleza de cada tradición y de las diferencias estructurales que existen entre ambas. Vamos a analizar los argumentos que Posner proporciona y vamos a contrastarlos con la información que tenemos sobre las dos tradiciones jurídicas y los sistemas jurídicos de Estados Unidos y México.

IV.2.1. El AED positivo.

Recordemos que el AED tiene dos ámbitos de aplicación sobre el Derecho, que son el positivo y el normativo. En cuanto a su potencial positivo, no vemos mayores problemas de aplicación del AED al estudio no sólo del Derecho mexicano, sino también de los demás sistemas jurídicos de tradición romano-canónica que se deriven de sus diferencias con el *Common law* o con el Derecho estadounidense.

El AED positivo pretende entender, e incluso medir, la influencia que ejercen las normas jurídicas sobre el comportamiento de las personas. Este análisis procede cuando el estudioso aplica los métodos de la ciencia económica para detectar cuales son los incentivos o desincentivos que una ley o cualquier otra norma jurídica crean, para luego estudiar cuáles son sus efectos sobre el comportamiento humano. Al AED positivo no le importa cuales son las condiciones bajo las que se crea una norma jurídica, sino solamente conocer sus efectos una vez que dicha norma entra en vigor. Tal como lo afirman Arjona Trujillo y Rubio Pardo “[...] en el AED una ley se considera buena si tiene como resultado el máximo bienestar posible, donde ‘bienestar’ se define por lo general como minimización de costos sociales o a partir de otros criterios de eficiencia. De esta manera, el objetivo que planeta

la economía para la ley es que alcance ciertos resultados que se consideran valiosos (en virtud de su impacto en el bienestar)” (Arjona Trujillo & Rubio Pardo, 2002: 132).

Esta es una de las barreras que han impedido que el AED sea aceptado entre la comunidad académica-jurídica, cuyos integrantes, como vimos en el capítulo III, son las principales influencias en la tradición romano-canónica, al ser quienes dictan lo que se considera Derecho y lo que no. Para los juristas romanistas, la Ciencia del Derecho no tiene como tarea el estudio del contenido del Derecho, sino el estudio del Derecho como un fenómeno natural propio del hombre, y dedican sus esfuerzos en el estudio, definición y categorización de los conceptos jurídicos. Por ello, en general, los juristas no están interesados en el efecto que las leyes tienen sobre el mundo real, si estas leyes son justas o injustas y, por supuesto, no están preocupados en si las leyes producen resultados eficientes —concepto que está fuera del vocabulario jurídico—.

Los promotores del AED juzgan esta actitud de los juristas como equivocada, o incluso le dan otros calificativos, tal como Bullar se expresa:

En ese mundo [el de los académicos del Derecho] no hay nada real. Todo es imaginario. Los conceptos se pasean como personajes inexistentes a los que el jurista les habla mientras el lego, el cliente, el ciudadano común y corriente, mira al abogado como si estuviera conversando con el vacío. Son ‘cosas’ que no se ven, que no están allí, salvo para el jurista experto que queda sujeto al riesgo de ser considerado un genio o un loco.

Este mundo conceptual sujeta a los abogados a una suerte de ‘esquizofrenia jurídica’, un mirar a un vacío en el que se mueven visiones inexistentes e imperceptibles para los demás, conformadas por una serie de conceptos que encuentran y confirman su consistencia solo consigo mismos (Bullar, 2015, pp. 737 y 738).

Sin embargo, esta actitud ha ido cambiando desde mediados del siglo XX, cuando “la segunda guerra mundial [...] demostró que no bastaba con un método adecuado para crear derecho; el problema de los fundamentos morales no podía dejarse de lado” (Arjona Trujillo

& Rubio Pardo, 2002: 135). El conflicto armando y los graves crímenes cometidos durante su desarrollo, llevó a muchos juristas a replantearse la importancia del estudio del contenido del Derecho y a rechazar la posibilidad de que existieran “leyes injustas”. Uno de los tantos movimientos intelectuales que tomó conciencia de esto, fue justamente el de los Estudios Críticos del Derecho, uno de los enfoques del AED.

Pero esto representa otro obstáculo para el AED, no sólo para ser aceptado en los países romanistas, sino también en los países de *Common law* e incluso en Estados Unidos. No existe una definición generalmente aceptada de lo que es la Justicia, ya que es un valor subjetivo que cambia según los tiempos y el lugar. Sin embargo, existe la convicción entre los juristas de que la Justicia es el valor más alto que el Derecho debe perseguir. Pero son pocos los abogados que consideran que la Justicia pueda ser equiparada al concepto económico de eficiencia.

El AED en Estados Unidos ha sido completamente exitoso al tratar asuntos de competencia económica —materia de la que surgió propiamente dicho el AED— y otras materias que versan sobre los mercados explícitos, donde el concepto de eficiencia económica es plenamente aceptado. Pero cuando se pretende aplicar el AED a materias del Derecho que poco tienen que ver con la Economía como tradicionalmente se entiende, como es el caso de los delitos, la familia o el racismo, existe una enorme reticencia a llevar a cabo este tipo de análisis.

Los promotores del AED piensan que “... si bien queremos ser justos, no siempre podemos serlo a cualquier costo, porque sería un lujo que quizá no estemos dispuestos a asumir. No se puede separar el análisis de justicia totalmente de uno de eficiencia, porque no se puede llegar a la justicia, aunque suene duro, a cualquier precio” (Bullar, 2015: 752). Y es que para los juristas pensar en “cantidades óptimas” de delitos o de racismo es algo inconcebible ya que, si la ley prohíbe cierta conducta, la cantidad óptima de dicho comportamiento es “cero”. Para los juristas, las leyes son un mandato del Estado soberano, y estas se tienen que cumplir a cualquier costoⁱⁱⁱ.

Sin embargo, los promotores del AED consideran que la Justicia es plenamente equiparable a la eficiencia económica. Bullar dice que

existen algunos teóricos que han buscado, explicar en términos económicos la justicia. Calabresi es un ejemplo. Él siempre ha tratado de incorporar elementos valorativos en sus análisis para desarrollarlos desde el punto de vista económico, en ciertos casos con algún éxito. Es muy difícil aplicar criterios científicos sobre valores abstractos. Pero el concepto de eficiencia tiene un componente de justicia, pues como dijimos, evitar el desperdicio es una forma de justicia (Bullar, 2015, p. 752).

Aunque la idea de desperdicio es muy clara cuando hablamos de transacciones de mercado, resulta bastante ambigua cuando se trata de cualquier otra cuestión regulada por el Derecho.

Por otro lado, la supuesta finalidad del Derecho como instrumento promotor del capitalismo y además su concepción como una herramienta neutral es bastante criticable. La elaboración de las leyes está lejos de ser un procedimiento por medio del cual se creen normas jurídicas justas o que busquen la eficiencia y la reducción de costos sociales y, al contrario, suele ser un medio por el cual los más fuertes se vuelven aún más fuertes, lo que convierte la supuesta neutralidad del Derecho que defiende Posner en algo irreal:

Esta supuesta neutralidad me parece bastante cínica. Las reglas serían neutrales porque permiten que cualquiera pueda utilizarlas como herramientas de su propio interés, sin embargo, esta legislación blanda no tiene en cuenta las debilidades institucionales de muchos agentes del mercado, las reglas diáfanamente neutrales terminan siendo utilizadas para que los que detentan el poder económico puedan trasladar los costos de su actividad a la sociedad: 'si el Derecho es suave con los agresivos y oportunistas actores del mercado, quienes bajo el resguardo de una soft legalidad, consiguen transferir costos a la sociedad antes que enfrenten el costo real de sus actividades de mercado, es mejor tener un Derecho fuerte'.

Por ello, resulta con más razón difícil entender la neutralidad de la orientación positiva del AED, ella al final constituye claramente el motor de intervenciones e innovaciones normativas muy relevantes. Intervenciones que en muchos casos implican desregulación o desprotección, pero que siempre constituyen intervenciones, al fin y al cabo.

Es claro pues que todo instituto jurídico encierra un valor ideológico, como ya ha sido resaltado por los *crits*. La neutralidad simplemente no existe en el Derecho (Merino Acuña, 2008: 11)^{iv}.

Empero, Posner reconoce que “la Justicia es algo más que eficiencia económica” (véase *supra* I.2.1), por tanto, el AED en lugar de ser un enfoque que sustituye al enfoque tradicional de estudio del Derecho, más bien puede ser visto como un complemento para el mejoramiento del Derecho. El Derecho es mucho más antiguo que el capitalismo, y existe prácticamente desde que el ser humano existe.

El Derecho es un instrumento diseñado por la sociedad para impedir la llamada “ley del más fuerte”. Coincidimos con Bodeheimer en considerar al Derecho como un medio de control social que tiene como finalidad contener la capacidad de poder de los seres humanos para permitir su convivencia y garantizar la consecución de sus fines, sean cuales sean estos; y también compartimos la idea de que el poder es el concepto central sobre el que giran las ciencias sociales —incluidas en este grupo la Economía y el Derecho—. Se trata de un instrumento que tiene como finalidad ordenar la convivencia del hombre en sociedad, ya que el hombre es ante todo un ser social —de ahí el viejo aforismo romano que reza *Ubi homines, ibi societas; ubi societas, ibi ius*^v— (sobre esto, véase Bodenheimer 1994, capítulos I y II).

En resumen, al AED positivo no le interesa como es que las leyes son creadas, le interesa su contenido. Por ello es que son irrelevantes para el estudio económico positivo del Derecho las diferencias entre los sistemas jurídicos y las tradiciones jurídicas, porque al final consideran que el Derecho, como sea que haya sido creado y en donde sea que opere, es un instrumento que sirve para que la sociedad sea eficiente.

IV.2.2. El AED normativo.

Sin embargo, el potencial normativo del AED es el que genera mayores problemas para ser aceptado en el sistema jurídico mexicano, ya que mientras el análisis positivo estudia al sistema jurídico es sus condiciones dadas, el análisis normativo pretende modificar la realidad al proponer medidas de política económica —en este caso específico, de política legal— que encaminen el comportamiento de las personas a un fin determinado. El análisis normativo significa pasar de la teoría a la práctica, y es aquí donde las diferencias estructurales que existen tanto entre las tradiciones jurídicas de *Common law* y romanista, como entre el Derecho estadounidense y el mexicano se tornan relevantes.

Los propios promotores del AED están conscientes de este problema, aunque consideramos que no lo entienden plenamente, ya que en su opinión la diferencia fundamental entre el *Common law* y la tradición romano-canónica es que el primero es un sistema de “Derecho consuetudinario” (es decir, que proviene de la costumbre) y el segundo un sistema de “Derecho escrito”, lo cual es una caricatura burda de lo que son en realidad ambas tradiciones, cuyas diferencias, ya vimos, van más allá de la existencia o no de leyes escritas y compiladas.

Anteriormente expusimos que en la tradición romano-canónica los arquitectos del Derecho son los académicos, quienes descubren y organizan los conceptos del Derecho. Pero los constructores del Derecho son los legisladores, en quienes recae la tarea de elaborar las leyes que rigen a la sociedad. Si el AED busca un espacio para influir en la elaboración de las normas que integran el Derecho mexicano, debe de enfocar su atención no tanto en los jueces —ya que como hemos visto, los jueces siempre han tenido un papel muy secundario en la elaboración del Derecho en la tradición romanista—, sino más bien en los legisladores.

Vimos que en general en la tradición de *Common law* y concretamente en Estados Unidos, los precedentes judiciales y la ley dictada por el Congreso son igual de importantes, sin embargo, los precedentes pueden modificar la fuerza de una ley o incluso retirársela. Eso no es así ni en general en los sistemas romanistas ni específicamente en México. Posner

parece no tener en cuenta la divergente importancia que tienen los jueces en ambas tradiciones jurídicas, lo que no es para menos, ya que el mecanismo por el que, según los promotores del AED, el Derecho se convierte en un instrumento que promueve la eficiencia del mercado funciona cuando las normas legislativas son cuestionadas en los tribunales por aquellos que las consideran ineficientes, y el juez al dictar sentencia descarta aquellas normas que son ineficientes y confirma aquellas que son eficientes (tal como lo describimos en IV.1.).

Este mecanismo es la descripción fiel del funcionamiento del sistema judicial de los Estados Unidos, no así del funcionamiento de un sistema judicial en un país romanista, es más, ni siquiera de cómo funciona en Reino Unido (véase *supra* II.2.2.1.). En Reino Unido, los jueces revisan la legalidad de lo que se reclama en un juicio, y al dictar sentencia sientan un precedente que se vuelve obligatorio para los demás jueces cuando a sus juzgados llega un caso de características similares, ya que en Reino Unido también opera la doctrina de *stare decisis*. Pero ningún juez británico puede dejar sin efecto ley alguna del Parlamento, porque dicho cuerpo legislativo goza de soberanía, y sus decisiones no pueden ser cuestionadas ni revocadas por ninguna otra autoridad del país. Por ello, la única autoridad que puede emitir normas de carácter general es el Parlamento del Reino Unido, y los jueces no pueden hacer ningún tipo de proceso legislativo, sea positivo —es decir, creando normas jurídicas generales— o negativo —abrogando las leyes—. Es en buena medida por esta razón que el AED tampoco ha tenido un impacto significativo en el desarrollo del Derecho británico, a pesar de que su sistema jurídico es de *Common law*.

En México, si bien en la forma es diferente, la situación de fondo es la misma, y ello ha inhibido la aceptación del AED. En el sistema jurídico mexicano, la jerarquía del ordenamiento jurídico va desde la *Constitución*, los tratados internacionales, las leyes federales, los reglamentos, las circulares —estos últimos dos emitidos por autoridades administrativas— hasta llegar finalmente a las resoluciones judiciales, y todas ellas siempre deben de ir en el mismo sentido que la *Constitución*. El Poder Judicial de la Federación carece de facultades legislativas positivas, es decir no puede crear normas jurídicas de

carácter general. Sin embargo, como ya hemos visto, cuando cualquier norma jurídica va en contra de la *Constitución* mexicana, existen instituciones jurídicas que protegen su supremacía —el juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad— y que el Poder Judicial de la Federación hace valer cuando es presentada ante sus órganos una demanda de inconstitucionalidad, lo que le dota de cierta facultad legislativa negativa.

Si bien es cierto que el Poder Judicial tiene la obligación de proteger la supremacía constitucional por medio de su correcta interpretación, el contenido de la *Constitución* está fuera de su alcance —lo que también aplica para el proceso legislativo ordinario y las leyes—. El proceso de reforma constitucional —y también el proceso legislativo ordinario— es un proceso eminentemente político, no jurídico. Cuando se propone una reforma constitucional o la creación de una ley, estas son producto de promesas y programas de las fuerzas políticas representadas en el Congreso o de la agenda del presidente de la República. La Suprema Corte no tiene facultades para derogar una reforma constitucional por su contenido, sino solamente cuando esta reforma no siguió el procedimiento que en está establecido en el artículo 135^{vi}. No existe ningún límite material al poder del Constituyente permanente —el Congreso de la Unión y las legislaturas estatales—, y por ello puede adicionar o eliminar cualquier parte de su texto. Incluso cuando la Suprema Corte interpreta que algún ordenamiento federal o estatal es inconstitucional y lo deja sin efecto, el Constituyente puede volver constitucional el contenido de la ley impugnada^{vii}.

Esta situación es muy similar a la que prevalece en los Estados Unidos, en donde la *Constitución* es también la ley suprema. Sin embargo, la *judicial review* que ejerce la Corte Suprema es ilimitada —pero también carece de facultades legislativas positivas— y las reformas a la Constitución son muy complejas de realizarse, no por el mecanismo —que es idéntico al que opera en México—, sino por la independencia política tanto del Congreso federal como de cada una de las legislaturas estatales. Los grupos parlamentarios tanto en las Cámaras del Congreso de los Estados Unidos como en las Cámaras de las 50 legislaturas estatales no suelen alinearse al mandato de sus partidos o de sus líderes, lo que dificulta en

una enorme medida llevar a cabo una enmienda. Hasta el 2016, únicamente se han aprobado 27 reformas constitucionales, las diez primeras en 1791 — todas ellas integran lo que se conoce como la *Bill of Rights*, es decir, los derechos fundamentales de los ciudadanos estadounidenses— y la última en 1992. Seis enmiendas han sido presentadas, pero no fueron aprobadas, dos de ellas ya expiraron y cuatro de ellas aún están pendientes de aprobarse, incluso una desde 1789.

Como podemos ver, la *Constitución* estadounidense es muy estable en su texto, mas no en su interpretación, porque ha variado conforme también lo ha hecho la composición de la Corte Suprema entre liberales y conservadores, como podemos recordar que sucedió con la interpretación racista que tuvo la Corte después del fin de la Guerra Civil y la aprobación de las enmiendas XIII, XIV y XV, y la interpretación contraria a la segregación racial a mediados del siglo XX en pleno movimiento por los derechos civiles.

En México, la historia es muy diferente. Hasta 2013 la *Constitución* de 1917, en un lapso de 96 años, había sido reformada 561 veces (Ríos, 2014, p. 58), en 2014 alcanzó las 573 reformas y pasó de 22 mil palabras a 59 mil (Fix-Fierro, 2014, p. 41), y a principios de 2015 ya eran 618 reformas^{viii}. Por supuesto, estos cambios no sólo han modificado su volumen, sino también su sentido, y por tanto el texto constitucional vigente hoy día es muy diferente al que entró en vigor en febrero de 1917. Las intenciones originales de los constituyentes de 1917 respondían a un contexto específico, pero la situación fue cambiando con el paso del tiempo y los integrantes del Constituyente permanente se vieron en la necesidad de modificar el texto para que respondiera a las demandas de los nuevos tiempos.

A lo anterior tenemos que agregar la situación de considerable independencia y elevada relevancia de los órganos judiciales estadounidenses. En aquel país, prácticamente desde el principio de su historia, los tribunales federales y en especial la Corte Suprema no sólo no se dejaron influenciar por la política y más bien la aprovecharon para ganar facultades que le pusieron al mismo nivel que las otras dos ramas del gobierno federal — como sucedió con la sentencia del caso *Marbury v. Madison*—. Ni hablar de la justicia

estatal, la cual desde la época colonial siempre fue considerada por los ciudadanos como un pilar fundamental de sus comunidades, y sus jueces siempre han tenido un elevado nivel de respeto que se ganaron por la calidad de sus sentencias.

Al contrario, en México los órganos judiciales siempre han sido bastante débiles, sometidos a la voluntad del presidente de la República y del partido gobernante y por tanto irrelevantes. Sin embargo, esta situación ha ido cambiando poco a poco a partir de la entrada en vigor de la reforma judicial de 1994 y de la transición política de 2000. Conforme los organismos judiciales han ganado independencia, sus sentencias se han vuelto cada vez más trascendentes, pero aun así no se pueden equiparar a la importancia que tienen las sentencias judiciales en los Estados Unidos.

Por otro lado, en cuanto a la elaboración de las leyes por parte del Congreso, la principal variable que determina el contenido de las leyes es el ambiente político imperante y no tanto las necesidades reales de la sociedad. Además, la sociedad civil (por ejemplo, las organizaciones civiles, las universidades y centros de investigación o los ciudadanos a título individual) han tenido históricamente poca participación en el proceso legislativo, ya que los legisladores no suelen responder a sus electores, sino a sus propios intereses y a los de sus partidos. En cambio, en los Estados Unidos, los legisladores no suelen mantener la “disciplina partidaria” y están más ligados a sus electores debido en buena medida al mecanismo de elección por circunscripciones uninominales y a la débil estructura organizativa de los partidos políticos (Aguirre, 2001, p.18). Por otro lado, también existían limitaciones en la norma para el ejercicio de la facultad de presentar iniciativas de ley, como explica Morineau “... en nuestro país, hasta el momento, quien en forma preponderante ha ejercido este derecho, es el Ejecutivo federal, y hasta en fechas muy recientes, por regla general, sus iniciativas siempre se convirtieron en ley...” (Morineau, 2011) hasta que el Partido Revolucionario Institucional (PRI) perdió la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados en 1997 y en el año 2000 se dio la transición política y el partido del presidente Vicente Fox no logró obtener dicha mayoría en ninguna de las Cámaras, situación que se ha mantenido hasta la actualidad.

Sin embargo, cabe señalar que desde la reforma constitucional de 2012 en materia de participación ciudadana, el artículo 71 de la Constitución establece que los sujetos facultados para presentar iniciativas de ley ante el Congreso de la Unión son el presidente de la República, los senadores y los diputados, las legislaturas estatales y los ciudadanos en un número equivalente al 0.13% de la lista nominal de electores; este procedimiento es análogo para presentar iniciativas para adicionar, reformar o derogar el texto constitucional. Todos ellos pueden presentar iniciativas de ley sobre cualquier materia, excepto aquellas que están reservadas para el presidente de la República, quien tiene la facultad exclusiva para presentar la iniciativa de Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos de la Federación.

En 2016, un grupo de organizaciones ciudadanas presentó ante el Congreso de la Unión la Iniciativa ciudadana para crear la Ley General de Responsabilidades Administrativas, conocida popularmente como “Ley 3 de 3”, que tenía como finalidad establecer la obligación para todos los funcionarios públicos de realizar y hacer públicas tres declaraciones sobre el estado de su patrimonio, de posibles conflictos de interés al ejercer el cargo y su declaración fiscal.

ⁱ Citado por Arjona Trujillo y Rubio Pardo. En Mercurio, N. y Medema, S., 1997. *Economics and the Law*. From Posner to Post-modernism. Princeton. Princeton University Press.

ⁱⁱ Sin embargo, existe otro grupo de personas quienes ni siquiera consideran que haya obstáculo alguno para que el AED pueda ser aplicado a los sistemas jurídicos romanistas. Cossío Díaz cita el siguiente ejemplo:

el profesor español Santos Pastor, considera que el análisis económico del derecho se sustenta en la siguiente idea básica: ‘se entiende que ‘las normas’ (el sistema jurídico, en su totalidad) crea incentivos que hacen que las personas se comporten de una forma u otra, e inducen unos resultados que pueden ser ‘buenos’ o ‘malos’ socialmente, para evaluar lo cual precisamos de algún procedimiento objetivable’. Aceptando plenamente los supuestos del análisis económico del derecho, Pastor admite que ‘prácticamente todas las disciplinas y áreas del ordenamiento jurídico y todos los aspectos fundamentales del funcionamiento de los agentes del sistema jurídico (jueces, inspectores, etc.) pueden ser, han sido y están siendo examinados desde este enfoque’; de ahí que concluya que el análisis económico puede ser igualmente útil al docente, al investigador, a los ‘implicados, de una forma u otra, en la definición de la política jurídica’, a los jueces y al ‘práctico’ (Cossío Díaz, 1997, pp. 264 y 265).

Pero como el mismo Cossío Díaz razona, consideramos que esta actitud frente al AED es equivocada porque pasa por alto las diferencias estructurales entre dos formas de concebir, elaborar y practicar el Derecho que consideramos son la razón por la cual el AED no ha sido aceptado por los juristas romano-canónicos.

ⁱⁱⁱ Sobre este punto, pensemos en la situación de elevada criminalidad que se presentó en los Estados Unidos en la década de 1920 después de que fue aprobada la XVIII enmienda constitucional, que prohibió la producción, comercialización y el consumo del alcohol en todo el país. El pretender cumplir con la ley a cualquier costo puede acarrear muchas muertes y dicho argumento es plenamente válido. Ello llevó a que dicha enmienda fuera revocada por la enmienda XXI en 1933—única parte del texto constitucional que ha sido derogado—.

Pero si este principio lo lleváramos al extremo, nos encontraríamos con situaciones bastante absurdas. Pensemos en una situación en la que alguien es homosexual y sufre por esta razón de abuso y discriminación en su comunidad. Las autoridades podrían argumentar que hacer cumplir la ley y proteger los derechos de esta persona tiene un costo muy elevado, y que por tanto sería mejor abolir los derechos de las personas homosexuales.

^{iv} Cabe señalar que existen detractores del AED cuya crítica va más allá del ámbito del Derecho, del tema de la Justicia y la eficiencia, y se sumerge en las profundidades del estudio del pensamiento económico, en torno a la pertinencia y validez de los objetivos y argumentos de la economía neoclásica. En este trabajo aceptamos desde un principio los postulados de la economía neoclásica, de lo contrario no hubiera tenido sentido alguno llevar a cabo la investigación, pero el tema no está zanjado y es tan controversial y discutible como lo es el que estamos tratando en este trabajo.

^v “Donde hay hombres, hay sociedad; donde hay sociedad hay Derecho”.

^{vi} “Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas”.

^{vii} Hernández Macías nos da un claro ejemplo de esto: “... en 1999, la Suprema Corte mexicana consideró que el arraigo domiciliario —que hasta entonces se encontraba únicamente en el Código federal de procedimientos penales— era inconstitucional. El Congreso y las legislaturas locales respondieron con una reforma constitucional en 2008 al sistema de justicia penal en el que pasaron el arraigo a rango constitucional. Hasta hoy, la Corte mexicana no ha podido sino acotar o ejercer interpretación conforme para diluir los peligros del arraigo, no obstante, no ha podido declararlo inconstitucional ya que la doctrina que prevalece en la Corte es la de la auto-restricción para el control material de la constitución” (Hernández Macías, 2015).

^{viii} En <http://www.radioformula.com.mx/notas.asp?Idn=475895&idFC=2015>. Consultado el 23 de septiembre de 2016.

CONCLUSIONES.

Nuestra pregunta central fue: **¿Es el AED compatible con el Derecho mexicano?**

Nuestra hipótesis de trabajo fue: **El Análisis Económico del Derecho es compatible con el sistema jurídico mexicano.** A pesar de que los orígenes, la estructura y las instituciones que conforman el Derecho mexicano son diferentes a las que conforman el Derecho estadounidense, cuyo análisis es la materia prima del AED, **la teoría económica es universal y con ella puede estudiarse cualquier sistema jurídico que funcione en una moderna economía de mercado.**

Nuestra conclusión es: **Sí es compatible, pero con ciertos matices.**

El AED tiene dos formas de aplicar su análisis, la positiva —es decir, aquella que pretende estudiar las conductas que generan las leyes existentes— y la normativa —aquella que pretende cambiar la situación existente para llevarla a un punto en el que sea eficiente—, y dos versiones, la antigua y la nueva.

Consideramos que el AED en su faceta positiva y en su versión original o “antigua”— es decir, aquel que nació del estudio de los casos sobre monopolios a principios del siglo XX en Estados Unidos y considera a la ciencia económica que estudia a la economía capitalista y la manera en la que esta forma de organización permite la producción y distribución de los bienes y servicios que satisfacen las necesidades materiales de las personas— puede analizar las conductas económicas que un sistema jurídico genera, y servir como un útil instrumento académico.

También puede ser un instrumento orientativo para los legisladores o los jueces, quienes potencialmente pueden llevar a la práctica —mediante las leyes que elaboren los primeros y las sentencias que dicten los segundos— los razonamientos que los expertos en teoría económica y AED han elaborado, en torno a materias cuyo análisis ha sido más refinado y generalmente aceptado como campo de estudio de la Economía —tales como la competencia económica y las estructuras de mercado—. Sin embargo, aquí las diferencias

culturales e institucionales entre los sistemas de *Common law* y los de tradición romano-canónica y, concretamente entre el sistema jurídico de los Estados Unidos y el mexicano, si representan barreras muy altas que impiden la aplicación por simple copia del AED como fue desarrollado en Estados Unidos en el Derecho mexicano. Estas diferencias no son solamente, como los promotores de AED se empeñan en afirmar, de forma en torno a la existencia de leyes escritas ni a la elaboración del Derecho por los jueces por costumbre — como equivocadamente señalan aquellos que no entienden la diferencia entre precedente judicial y costumbre—, sino también es de fondo en tanto que los diferentes caminos históricos que siguieron ambas tradiciones las llevaron a destinos diferentes.

Sin embargo, el proceso de apertura comercial y la consecuente interconexión económica que se dio entre Estados Unidos y México a partir de la firma y entrada en vigor del TLCAN en la década de 1990, hizo que las normas jurídicas mexicanas en torno a materias económicas y comerciales convergieran con las estadounidenses, lo que muestra un ejemplo de como el AED si puede influir de cierta forma en el Derecho mexicano por la vía de la legislatura.

Los legisladores son las personas en quienes se ha depositado la facultad de elaborar las leyes que nos rigen, y son ellos en quienes el AED debe de enfocar su atención si quiere influir en la elaboración del Derecho en México. Sin embargo, el proceso legislativo está sujeto a la influencia de los grupos de poder que pueden forzar a aprobar leyes que les beneficien en detrimento de la sociedad en general —situación que es reconocida por el enfoque económico del Derecho de la elección pública—. Por ello consideramos que es necesario que los ciudadanos se involucren activamente en el proceso legislativo para exigir a sus representantes la elaboración de mejores leyes que beneficien al conjunto de la población, y que el proceso se haga más transparente para evitar las llamadas “negociaciones en lo oscuro”.

Sin embargo, el llamado “nuevo” AED —aquel que considera que la Economía es una ciencia que estudia el comportamiento humano en general y que su finalidad es que todas sus conductas sean eficientes— es el que no provoca escepticismo, no sólo a nosotros, sino

también a los juristas. Pensamos que los promotores del AED parecen olvidar bastantes aspectos de la compleja realidad que implica la elaboración de una ley, y consideramos que aquellos que estudien la ley desde la perspectiva económica deben de estar conscientes de que el Derecho es mucho más que un instrumento que tiene como finalidad promover el libre mercado y generar el comportamiento eficiente de las personas, lo que sea que eso signifique.

Por ello, consideramos equivocada la concepción del Derecho como un instrumento cuya finalidad es promover la eficiencia, ya que en todo caso esa es una preocupación muy reciente. No creemos que el Derecho no pueda tener como finalidad este objetivo, pero sólo puede pensarse en estos términos como algo secundario, como uno más de los tantos objetivos que puede tener una ley que el Estado sancione. Y pensamos que es preciso tener presente en todo momento que el Derecho es un instrumento de control social y que, por tanto, implica la lucha de intereses de diversos grupos enfrentados que buscarán prevalecer unos sobre otros.

BIBLIOGRAFÍA.

Aguirre, P. (2001). *Sistemas políticos y electorales contemporáneos. Estados Unidos*. (Segunda ed.). México: IJ, UNAM.

Aguirre, P. (2001). *Sistemas políticos y electorales contemporáneos. Reino Unido* (Primera ed.). México: IJ UNAM. IFE.

Andrade Sánchez, E. J. (2008). *Derecho constitucional* (Primera ed.). México: Oxford University Press.

Arellano García, C. (2004). Las grandes divisiones del Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, LIV(242), 11-32.

Arjona Trujillo, A. M., & Rubio Pardo, M. (2002). El Análisis Económico del Derecho. *Precedente*, 117-150.

Bernal Gómez, B. (2010). *Historia del Derecho. Colección cultura jurídica* (Primera ed.). México: IJ, UNAM.

Blackmore, H. (2008). Principios constitucionales. En R. Fernández de Castro, & H. Blackmore (Edits.), *¿Qué es Estados Unidos?* (págs. 126-164). México: Fondo de Cultura Económica.

Bodenheimer, E. (1994). *Teoría del Derecho* (Segunda ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Bullar, A. (2015). Análisis económico del derecho. Entre el funcionalismo y la esquizofrenia jurídica. En J. L. Fabra Zamora, & Á. Núñez Vaquero (Edits.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho. Volumen I* (págs. 737-766). México: IJ, UNAM.

Burgoa Orihuela, I. (2009). *El jurista y el simulador del Derecho* (Decimonovena ed.). México: Porrúa.

Casar Pérez, M. A. (2010). *Sistema político mexicano* (Primera ed.). México: Oxford University Press.

Cassel, D. (2005). El sistema procesal penal de Estados Unidos. En M. Storme, & C. Gómez Lara (Edits.), *XII Congreso mundial de derecho procesal, Vol. IV: sistemas de enjuiciamiento penal y sus órganos de acusación* (págs. 349-375). México: IJ, UNAM.

Commanger, H. S. (1999). Thomas Jefferson. Declaración de Independencia (1776). En D. J. Boorstin (Ed.), *Compendio histórico de los Estados Unidos* (págs. 65-73). México: Fondo de Cultura Económica.

Constitución Política de Yucatán de 1841. (s.f.). Recuperado el 18 de agosto de 2016, de [http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/B.%201835-1846/d\)%20CP%20Yucat%C3%A1n%20\(31%20marzo%201841\).pdf](http://www.internet2.scjn.gob.mx/red/marco/PDF/B.%201835-1846/d)%20CP%20Yucat%C3%A1n%20(31%20marzo%201841).pdf)

Cossío Díaz, J. R. (1997). *Derecho y análisis económico* (Primera ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Cruz Barney, O. (2004). *Historia del Derecho mexicano* (Segunda ed.). México: Oxford University Press.

Dávalos Mejía, C. F. (2013). *Títulos y operaciones de crédito* (Cuarta ed.). México: Oxford University Press.

De Pina y Vara, R. (2011). *Elementos de Derecho mercantil mexicano* (Trigésimo segunda ed.). México: Porrúa.

Feinman, J. M. (2010). *Introducción al derecho de los Estados Unidos de América. Todo lo que debe saber acerca del sistema jurídico estadounidense* (Primera ed.). México: Oxford University Press.

Fix-Fierro, H. (Julio-Diciembre de 2003). La reforma judicial en México: ¿de dónde viene? ¿hacia dónde va? *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*(2), 251-324.

Fix-Fierro, H. (2014). Engordando la Constitución. *Nexos*(434), 41-45.

Floris Margadant, G. (2000). *Panorama de la historia universal del Derecho* (Séptima ed.). México: Miguel Ángel Porrúa, librero-editor.

Fourcade, M., Ollion, E., & Algan, Y. (2015). La superioridad de los economistas. *Revista de Economía Institucional*, 17(33), 13-43.

Friedman, L. M. (2007). *Breve historia del Derecho estadounidense* (Primera ed.). México: IJ, UNAM.

García García, A., & Zavala Rubach, D. (2009). *Derecho y Economía*. México: Oxford University Press.

García Máynez, E. (1953). *Introducción al Estudio del Derecho* (Quinta ed.). México: Porrúa.

Hernández Macías, J. L. (12 de Agosto de 2015). Matrimonio igualitario, ¿en realidad una batalla ganada? *Nexos*. Recuperado el 23 de Septiembre de 2016, de <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/>

Herrera González, A. E. (2012). Estructura del sistema de cortes federales de los Estados Unidos. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*(33), 131-162. Recuperado el 15 de diciembre de 2015, de <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/33/08%20ADALBERTO%20EDUARDO%20HERRERA%20GONZALEZ.pdf>

Huberman, L. (1995). *Los bienes terrenales del hombre* (Primera ed.). Bogotá: Panamericana.

Krauze, E. (2009). *Biografía del Poder. Caudillos de la Revolución Mexicana (1910-1940)*. México: Tusquets.

Lan Arredondo, A. J. (2008). *Sistemas jurídicos* (Primera ed.). México: Oxford University Press.

Legarre, S., & Rivera, J. C. (2006). Naturaleza y dimensiones del "Stare Decisis". *Revista chilena de derecho*, 33(1), 109-124.

López Ayllón, S. (1997). El impacto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte en los sistemas jurídicos del continente americano. En S. López Ayllón, *El futuro del libre comercio en el continente americano. Análisis y perspectivas*. (Primera ed., págs. 211-232). México, México: IJ, UNAM. Obtenido de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/143/24.pdf>

Magaloni Kerpel, A. M. (2008). El Poder Judicial. En R. Fernández de Castro, & H. Blackmore (Edits.), *¿Qué es Estados Unidos?* (págs. 240-262). México: Fondo de Cultura Económica.

Marx, K. (1981). *Contribución a la crítica de la Economía política* (Primera ed.). México: Siglo XXI Editores.

Maya, G. (2013). Economía: ciencia imperialista. *Semestre económico*, 16(33), 207-236.

Merino Acuña, R. A. (2008). ¿Recepción o resistencia? Americanización y Análisis Económico del Derecho en el Perú. *Cardozo Electronic Law Bulletin*, 14, 1-41. Obtenido de <http://ssrn.com/abstract=1697253>

Merryman, J. H. (1989). *La tradición jurídica romano-canónica* (Segunda ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Molina Ochoa, A. (2015). Estudios Críticos del Derecho. En J. L. Fabra Zamora, & Á. Núñez Vaquero (Edits.), *Enciclopedia de filosofía y teoría. Volumen I* (págs. 435-458). México: IJ, UNAM. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3875/15.pdf>

Morineau, M. (1998). *Una introducción al Common Law* (Primera ed.). México: IJ, UNAM.

Morineau, M. (2003). Introducción al sistema de Common Law. En P. Kurczyn Villalobos (Ed.), *¿Hacia un nuevo Derecho del trabajo?* (págs. 7-19). México: IJ, UNAM.

Morineau, M. (Junio-diciembre de 2011). Iniciativa y formación de las leyes. *Cuestiones constitucionales*(5), 277-304.

Morison, S. E. (1997). El Pacto del Mayflower (1620). En D. J. Boorstin (Ed.), *Compendio histórico de los Estados Unidos* (págs. 15-19). México: Fondo de Cultura Económica.

Morison, S. E., Commanger, H. S., & Leuchtenburg, W. E. (1999). *Breve historia de los Estados Unidos* (Cuarta ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Noriega Cantú, A. (1972). *El pensamiento conservador y el conservadurismo mexicano, T. I* (Primera ed.). México: IJ, UNAM.

Padilla Sahagún, G. (2008). *Derecho Romano* (Cuarta ed.). México: McGraw-Hill.

Pampillo Baliño, J. P. (2008). *Historia general del Derecho* (Primera ed.). México: Oxford University Press.

Posner, R. (2005). El Análisis Económico del Derecho en el Common Law, en el sistema romano-germánico, y en las naciones en desarrollo. *Revista de Economía y Derecho*, 2(7), 7-16.

Posner, R. (2007). *El Análisis Económico del Derecho* (Segunda ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Posner, R. (2010). Cómo me convertí en keynesiano. Segundas reflexiones en medio de una crisis. *Revista de Economía Institucional*, 12(22), 293-305.

Ríos, V. (2014). Rarezas constitucionales. *Nexos*(434), 58-60.

Rodríguez Prats, J. J. (2006). *Desencuentro y parálisis en el Congreso mexicano* (Primera ed.). México: IJ, UNAM.

Roemer, A. (1994). *Introducción al Análisis Económico del Derecho* (Primera ed.). México: Fondo de Cultura Económica.

Ruiz Morales, G., & Rocha Arrieta, A. (2012). La reforma al Poder Judicial de 1994, ¿un golpe de Estado? *El Cotidiano*(172), 18-31.

Skidelsky, R. (2009). *El regreso de Keynes*. Barcelona: Crítica.

Soria Romo, R. (2004). *La construcción del Sistema Nacional de Coordinación Fiscal: Poder y toma de decisiones en una esfera institucional* (Primera ed.). México: UAM.

Valdés S., C. (2005). Marbury vs. Madison. Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*(4), 313-345.

Velasco Márquez, J. (2008). Visión panorámica de la historia de los Estados Unidos. En R. Fernández de Castro, & H. Blackmore (Edits.), *¿Qué es Estados Unidos?* (págs. 17-92). México: Fondo de Cultura Económica.

Villoro Toranzo, M. (1966). *Introducción al Estudio del Derecho* (Primera ed.). México: Porrúa.