

Teoría impura del derecho

La transformación de la cultura jurídica latinoamericana

“Diego López Medina [...] hace tres contribuciones al conocimiento jurídico; cada una de ellas sería suficiente para considerar el libro como un verdadero acontecimiento. En primer lugar, el libro provee una historia metodológicamente sofisticada de la teoría del derecho [...] que seguramente influirá la manera en la que los colombianos entienden su situación constitucional [...] y la manera en la que los comparativistas en general entienden a Latinoamérica. En segundo lugar, presenta [...] una historia de las principales tendencias en teoría jurídica en las naciones dominantes de Europa Occidental [...]. En tercer lugar, ofrece un nuevo paradigma para explorar la relación [...] entre ‘sitios de producción’ y ‘sitios de recepción’”

Del Prólogo de Duncan Kennedy, Curran Professor of Jurisprudence, (Harvard Law School)

“Diego López Medina [...] ofrece un marco metodológico general de aplicación potencial muy amplia, y luego una revisión extensa del desarrollo teórico de América Latina desde finales del siglo XIX, con énfasis particular en Colombia. [...] El recuento de esta historia teórica es trabajo de primer nivel [...]. Su desarrollo en detalle muestra gran erudición. El autor domina las ideas que presenta. Hace el mismo teoría del derecho – desarrolla análisis que van más allá de las ideas de los autores que expone y explora dichas ideas –. Se trata de historia intelectual al más alto nivel”

Leann Singsenbach, Professor of Jurisprudence, (Harvard Law School)

“Este libro constituye una verdadera revolución en los estudios sobre teoría y dogmática jurídicas en Colombia, y en América Latina en general. En contra de la forma dominante de pensar el derecho en nuestro medio, basada en el comentario subordinado y la importación acrítica de teorías jurídicas extranjeras, López nos invita a concebir una teoría sin complejos que refleje y transforme nuestra práctica jurídica. Por esta razón, el libro es lectura obligada no solo para estudiantes y profesores de derecho, sino también para jueces, abogados practicantes y profesionales de otras disciplinas interesados en renovar la teoría y el derecho en nuestras sociedades”

César A. Rodríguez Gaviria, Profesor (Universidad de los Andes y Universidad de Wisconsin-Madison)

“Este es un libro importante escrito por un autor al que considero uno de los académicos en actividad más importantes del mundo en derecho comparado. El libro es teóricamente ambicioso, políticamente comprometido y culturalmente rico. Es una pieza académica inmensamente original que denuncia muchos estereotipos en relación al liderazgo cultural y teórico de los países del Noroeste Atlántico”

Ugo Mattei, Alfred and Helene Riccio Distinguished Professor of International and Comparative Law, (UC Berkeley) y Profesora Oribeño de Dharma, (Universidad de Torino)

LEGIS

LIBRERÍA NACIONAL
TEORÍA IMPURA DEL DERECHO
DERECHO
LEGISLACION ECONOMICA S.A. PLU 160542
26/02/2014
9 789586 533676 CONSIGNACION \$62.000

Bogotá - México D.F. - Buenos Aires - Caracas - Lima - Santiago

Diego Eduardo
López Medina

Teoría impura del derecho
La transformación de la
cultura jurídica latinoamericana

LEGIS

Universidad
de los Andes

LEGIS

UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

Diego Eduardo López Medina

Teoría impura del derecho

La transformación de la
cultura jurídica latinoamericana

LOGO DE DUNCAN KENNEDY

TEORÍA IMPURA DEL DERECHO

**La transformación de la cultura jurídica
latinoamericana**



Universidad
de los Andes



UNIVERSIDAD
NACIONAL
DE COLOMBIA

TEORÍA IMPURA DEL DERECHO

La transformación de la cultura jurídica
latinoamericana

DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA

LEGIS

BOGOTÁ • MÉXICO D.F. • BUENOS AIRES • CARACAS • LIMA • SANTIAGO

Séptima reimpresión 2013

Sexta reimpresión 2012

Quinta reimpresión 2009

Cuarta reimpresión 2008

Tercera reimpresión 2005

Segunda reimpresión 2004

Primera reimpresión 2004

PRIMERA EDICIÓN 2004

© Diego Eduardo López Medina

© Legis Editores S.A.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo, sin previa autorización del Autor.

LEGIS

Presidente (E): *Diego Barrero Castañeda*

Directora Editorial: *Martha Penen Lastra*

Diseño de Carátula: *José Daniel Ahumada R.*

Diagramación: *Preprensa Editorial*

Impresión: LEGIS S.A.

ISBN: 958-653-367-0

Impreso en Colombia

AGRADECIMIENTOS

Un libro es un proceso largo y difícil por el cual el autor contrae múltiples deudas. En muchos momentos en el transcurso del proceso de escritura de este libro necesité apoyo, cariño, orientación intelectual y muchas otras cosas más. Varias personas me dieron su apoyo y se me ocurre que una forma de agradecerles es dejar testimonio explícito de mi reconocimiento a todas ellas. Las palabras, sin embargo, nunca saldrán la deuda...

En primer lugar, como siempre, cada acto en mi vida no ha sido más que el reflejo de mi familia: mis padres, Eduardo López y Soffa Medina, y mi hermano, Juan Camilo. Sin embargo, los López Medina nunca estaríamos completos sin Olguita Acosta. Los quiero entrañablemente. Mis padres nos enseñaron a mi hermano y a mí a ser personas primero y luego a ser abogados. Ojalá algún día podamos tener su estatura. Mis tíos y tías, primos y primas han formado una familia extendida, cálida y siempre presente. Entre ellos, no puedo dejar de recordar que Martha Inés Medina ha sido una maestra intelectual y personal insuperable. Amparo y Helena, de un lado, y Jorge y Mario, del otro, han sido siempre tíos sabios y querendones. Santiago Medina y su familia siempre tuvieron su casa abierta para mí en Brookline.

Este libro se desarrolló en varias instituciones académicas: en la Universidad de Harvard encontré siempre un ambiente increíblemente estimulante y rico. Un aspecto en el que creo que este libro falla es que no muestra suficientemente todo lo que debo a Lewis Sargentich y a Duncan Kennedy, mis maestros en los Estados Unidos. Desde el primer día ambos me trataron como colega y me enseñaron sin ninguna reserva montones de cosas. Aprendí de ellos como académico, pero quizá más como persona. En Harvard conocí al profesor Jorge Esquirol cuya amistad intelectual me ha acompañado desde entonces. Allí igualmente aprendí enormemente de James Kostohoryz, David Kennedy, Richard Parker, Yonko Grozhev, Marie - Claire Belleau y mis compañeros de doctorado y maestría. A todos ellos mil gracias.

A mi regreso de los Estados Unidos, la investigación y escritura prosiguió en Colombia: en la Universidad de los Andes, donde Manuel José Cepeda y Alfredo

Fuentes, mis decanos, me ofrecieron siempre su apoyo incondicional. A ellos dos, muchas gracias. El apoyo institucional es invaluable, pero la formación de una comunidad académica es imprescindible para dar forma a las ideas: a todos mis compañeros profesores de la Universidad de los Andes tengo que agradecerles su paciencia y amistad. En especial, tengo que agradecer enormemente a mis colegas quienes se mostraron siempre dispuestos a discutir conmigo y a aconsejarme en temas de teoría y filosofía del derecho: Rodolfo Arango, Alejandro Aponte, Gustavo Quintero, Yannick Galland, Oscar Mejía, César Rodríguez, Daniel Bonilla, Clara Elena Reales, Patricia Moncada, Claudia Fabiola Medina, Antonio Barreto, Aquiles Arrieta, Manuel Iturralde, Juny Montoya, Carlos Morales Setién de Ravina, Mauricio Rengifo, Isabel Cristina Jaramillo, Helena Alviar y Liliana Obregón. Isabel Cristina, Helena y Liliana, además, fueron y son mis compañeras y amigas en Cambridge y Bogotá. Ciro Angarita y Eduardo Álvarez Correa, los grandes maestros de los Andes, fueron amables con un joven profesor que no tenía mayor cosa que decir...

En la Universidad Javeriana de Bogotá siempre he contado con grandes amigos y compañeros: mi trabajo no sería lo que es sin el respaldo, ya de muchos años, de Clara Sandoval, Roberto Vidal, Oscar Guardiola, y Francisco Barreto. El profesor Franco Vergara de la Facultad de Filosofía me acompañó en los primeros pasos que di tratando de entender cuál era el papel de la justicia en el derecho. A la Facultad de Derecho y al Instituto Pensar de la Javeriana debo también mi agradecimiento por su apoyo en distintos momentos de mi vida académica.

En la Universidad Nacional de Colombia siempre he contado con el respaldo de su decano, Jairo Iván Peña. El creyó en este libro, y hoy me siento sumamente orgulloso de ser profesor en proyectos de calidad tanto en la universidad privada como en la universidad pública. Los colegas de la Universidad Nacional me han enseñado enormemente: mil gracias a Rodrigo Uprimny, Mauricio García, Juan Jaramillo, Catalina Botero, Edgardo Villamil, Danilo Rojas y Camilo Borrero.

Hay, sin embargo, un agradecimiento que tiene que superar en mucho a los que he hecho hasta ahora: las ideas se refinan mediante su discusión con los estudiantes. Mis estudiantes, demasiado numerosos para ser mencionados uno a uno, han sido esenciales para precisar mis argumentos. Los estudiantes de maestría y pregrado en los Andes y la Nacional me han enseñado enormemente y me han mostrado errores que no hubiera podido advertir sin su concurso. En distintos momentos tuve como auxiliares de investigación a Jheison Torres, Elliot Parra, Laura Porras, Ana María Beltrán, Diego Peña y Miguel García. Su trabajo ha sido para mí invaluable y como tal se los agradezco. Igualmente quisiera dar una palabra especial de agradecimiento a los alumnos que me han ayudado como monitores en mis cátedras y a aquellos otros quienes me han distinguido como director de sus tesis.

Este libro empezó siendo mi disertación doctoral en idioma inglés. En una primera traducción de ese texto recibí la ayuda invaluable de Luis Augusto Restrepo y Miguel García. Sin embargo, inevitablemente, este libro terminó siendo algo más que la traducción del original en inglés. Yo soy un traductor mucho menos competente que ellos y, sin embargo, el autor en mí se creyó con suficiente capacidad de retomar el trabajo que ellos habían avanzado con tanto cariño y esfuerzo. A los dos les agradezco enormemente y les pido disculpas si afeé su bello trabajo.

A lo largo de mi carrera académica he incurrido en numerosas deudas con colegas de la mayor competencia intelectual: Imer Flores en la UNAM de México, Juan Amaya-Castro en la Universidad Erasmus (Rotterdam), José Antonio Rivera (en el Tribunal Constitucional boliviano), Gladys Virginia Guevara (Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"), Vladimir Gutiérrez (en el Instituto de la Judicatura de Bolivia), Vicente Jaime Ramírez (en la Universidad de Antioquia), Isabel Goyes (en la Universidad de Nariño), Ugo Mattei (en la Universidad de Turín), Jaime Vidal Perdomo (Universidad del Rosario) y Fernando Hinestrosa (el Rector de la Universidad Externado de Colombia); todos ellos me han abierto espacios institucionales para desarrollar mis ideas. A ellos muchas gracias. El profesor Carlos Gaviria ha sido incuestionablemente un líder en la construcción de teoría jurídica en Colombia. Su seminario sobre Kelsen en los Andes fue esencial para mi comprensión de la Teoría Pura del Derecho. A él gracias por tantas enseñanzas.

Legis ha sido para mí una casa editorial amable y profesional. Quiero agradecer especialmente a Andrés Chaves, Martha Penen, Tatiana Andrade y Arturo Lara todo el trabajo y tiempo que le han dedicado a este libro.

Quisiera nombrar a todas y cada una de las personas que me han apoyado directa o indirectamente en la elaboración de este libro: estoy seguro que incurro en omisiones imperdonables y me quiero excusar de antemano. Sirva como excusa que mis editores de Legis me están apurando con este texto...

En otro registro completamente diferente, tengo que agradecer a los autores, doctrinantes y jueces cuyas ideas discuto en estas páginas: no hay autor aquí por el cual no tenga un profundo respeto. Estoy seguro que me equivoco en muchos puntos, pero ese es el riesgo que asume un autor. Si este libro llega a mirar lejos es porque está parado sobre hombros de gigantes... En especial, no quisiera de ninguna manera que el título de esta obra, "Teoría impura del derecho", fuera visto como una polémica o una provocación contra la Teoría pura del derecho de Hans Kelsen. El lector atento así lo verá con claridad, por lo que huelga cualquier otro comentario. Kelsen es uno de los héroes de mi narrativa...

Finalmente, a Catalina Villegas del Castillo, por tantas y tantas cosas.

Bogotá, Octubre de 2003.

PRÓLOGO

Por: Duncan Kennedy
Carter Professor of Jurisprudence
Harvard Law School

En su libro "Teoría impura del derecho: La transformación de la cultura jurídica latinoamericana" Diego López Medina (en adelante "L") hace tres contribuciones al conocimiento jurídico; cada una de ellas sería suficiente para considerar el libro como un verdadero acontecimiento. En primer lugar, el libro provee una historia metodológicamente sofisticada de la teoría del derecho en Colombia, una historia que seguramente influirá la manera en la que los colombianos entienden su situación constitucional presente y la manera en la que los comparativistas en general entienden a Latinoamérica. En segundo lugar, presenta, como una herramienta indispensable para entender la narrativa colombiana, una historia de las principales tendencias en teoría jurídica en las naciones dominantes de Europa Occidental desde el principio del siglo diecinueve hasta el ascenso de Hans Kelsen, incluyendo una breve reflexión sobre la influencia más reciente de Hart y Dworkin. En tercer lugar, ofrece un nuevo paradigma para explorar la relación entre lo que "L" llama los "sitios de producción" de teoría jurídica y los "sitios de recepción" de la misma.

Puesto que las contribuciones del libro a la historia del pensamiento jurídico en Europa y Latinoamérica están íntimamente ligadas a este nuevo paradigma, voy a empezar por describirlo. Es un modelo de "influencia" en tres pasos: los "países prestigiosos", que son los "sitios de producción", generan y practican una Teoría Transnacional del Derecho (en adelante TTD), una forma de escribir y debatir en la que los participantes son más o menos conscientes de la presencia del otro, pero en gran medida ignoran la existencia de una audiencia de teóricos jurídicos en los "países periféricos", situados en lo que "L" llama "sitios de recepción".

Los juristas en la periferia estudian la TTD y producen, en casa, su "teoría jurídica local" de alcance nacional o regional y que consiste en trabajos académicos diseñados para otros teóricos locales, estudiantes de derecho y practicantes.

La teoría jurídica local, a su vez, influye en la "teoría pop" del derecho dominante localmente, esto es, en las ideas sobre el derecho en general que efectivamente están en el fondo de las mentes de los abogados practicantes y de otros miembros de las élites locales cuando producen memoriales, documentos transaccionales como contratos y testamentos, decisiones judiciales y legislación. Dentro de este marco, la idea rectora más fuerte del libro es que el proceso por el que los autores locales reciben la TTD involucra una "transformación" o "transmutación" de dicha teoría transnacional.

Tanto la noción de una TTD como la de "transformaciones" y "transmutaciones" son complejas y problemáticas, así como, en mi opinión, brillantes. Antes de criticarlas es importante ver que ellas inducen a "L" a escribir la historia de la teoría jurídica de Europa occidental de una manera que es poco familiar tanto para los países de la periferia como para los países prestigiosos mismos. La tesis de "L" es que los juristas de la periferia están comprometidos en una práctica constante de *selección*, no sólo entre los diversos productos de la TTD, sino también entre las *posibles lecturas* de los trabajos prestigiosos que estudian. Para volver esta tesis más plausible, "L" tenía que proponer una historia intelectual de la teoría jurídica que enfatizara no la lectura correcta de un texto canónico tras otro, sino, por el contrario, la ambigüedad de los textos canónicos. Y esto es lo que ha hecho.

En los cursos y libros de filosofía del derecho, nada es más común que la postura magistral. El profesor/autor explica "cuál era la teoría del derecho de Aristóteles" y después cuál era la de Kant y luego qué fue lo que pensaron los utilitaristas, cuál era el núcleo de las tesis de la escuela histórica, y así sucesivamente hasta pasar por la jurisprudencia sociológica, por la teoría pura de Hans Kelsen, por el realismo jurídico y finalmente por autores más contemporáneos como Hart y Dworkin. Lo que resulta tan obvio en este ejercicio hasta el punto de que puede pasarse completamente por alto es que el profesor/autor, comprometido con dar su propia lectura correcta de cada obra canónica, está igualmente comprometido con la idea de que en realidad existe una lectura correcta de todas estas obras.

Si la idea de "L" de las "lecturas transformadoras" fuera simplemente la de que con ellas se hace una "lectura errónea", podría proceder a dar su lectura correcta de cada texto canónico y a compararla con las lecturas vigentes en Latinoamérica desde el momento de su recepción histórica hasta el presente. Pero la noción de las "lecturas transformadoras" es tomada del crítico literario Harold Bloom, un postmoderno conservador, para quien los procesos de transformación son parte necesaria de toda lectura, dada la ambigüedad radical inherente a los textos canó-

nicos de la teoría jurídica. Más aún, las "lecturas transformadoras" son "motivadas", en el sentido de que la elección de una lectura entre las muchas posibles y la presión por escoger una cierta interpretación que distorsiona o dirige la lectura en una dirección u otra, viene de los deseos, los miedos y las fantasías de autores sucesivos que hacen uso del canon para sus propios fines creativos.

En la narrativa de "L", los teóricos locales hicieron lecturas transformadoras en el sentido bloomiano, y no simplemente incurrieron en "errores" o "aciertos" de comprensión del significado de estos textos. Por esta razón, "L" no está interesado en presentar la lectura "correcta" del canon, sino, por el contrario, en explicar cada obra canónica dentro de sus múltiples lecturas posibles en el contexto local. Claro, los lectores locales del canon ocasionalmente enfatizan la ambigüedad o contradicción en autores particulares, pero lo hacen con fines críticos. Hasta donde sé, este es el primer trabajo en la historia de la teoría jurídica que asume esta posición sistemáticamente, no para socavar nuestra confianza en los autores, sino para mostrar qué fue lo que hizo posible la construcción por parte de los teóricos locales de algo que era único y local (en este caso colombiano), al tiempo que se lo presentaban de buena fe a su audiencia como una importación más o menos fiel de iusteorías europeas prestigiosas.

En consecuencia, lo que me gusta en la discusión que hace "L" de la Escuela de la Exégesis es que presenta la ambigüedad del pensamiento jurídico francés a finales de siglo, su extraña combinación de formalismo conceptual y textualismo hermenéutico. Para la época en que los autores colombianos empezaron a asimilar y usar el pensamiento jurídico francés, éste simplemente ya no correspondía ni a su propia auto-representación oficial como una forma de literalismo interpretativo, ni a la caricatura que de la escuela desarrollaron sus críticos. Lo que es valioso de la discusión sobre el surgimiento de un antiformalismo orientado a lo social es así mismo el énfasis en la ambigüedad extrema, incluso la contradicción interna del texto seminal de Francois Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, con su extraña combinación de afirmaciones, por un lado, antiformalistas y por el otro, con convicciones científicas e iusnaturalistas.

Lo que es valioso de la discusión sobre Kelsen en el texto de "L" es el énfasis en dos lecturas posibles de Kelsen, una como un positivista formalista y la otra, derivada de su teoría de la interpretación, como crítico de las pretensiones del formalismo. En la primera lectura Kelsen se funde, de acuerdo con "L", con la versión colombiana del formalismo positivista de finales del siglo diecinueve para formar una iusteoría "neopositivista" o "neoclásica". En la segunda lectura, Kelsen se combina con nuevas teorías "anglosajonas" recientemente recibidas tal y como se presentan, por ejemplo, en el trabajo de Hart y Dworkin.

Sobre estos últimos autores, lo que resulta interesante en el texto de "L" es el énfasis en la manera en la que tanto Hart y Dworkin fueron interpretados plausiblemente, junto con una versión remozada de Kelsen, como justificación para formas progresistas de control constitucional bajo la nueva generación de Constituciones Políticas promulgadas en América Latina. Hart ofreció, a través de su noción de "textura abierta", una versión actualizada de las "lagunas normativas" de Gény y del "marco" interpretativo abierto de Kelsen (todo ello resumida en la "periferia" hartiana), y Dworkin brinda una manera de llenar los vacíos (los "casos difíciles") a través de razonamiento político y moral basado en la noción de derechos realizado por los jueces al "interior" del derecho y entendido, por lo tanto, como una práctica judicial legítima.

Pero no son sólo las ambigüedades de las obras canónicas las que permiten que éstas sean leídas, transformadas, canibalizadas y recombinadas en los sitios periféricos de recepción. El contexto periférico, de acuerdo con "L", es un ambiente "hermenéuticamente pobre", porque con frecuencia los autores locales sólo tienen acceso a porciones incompletas del trabajo primario de un autor y a su literatura secundaria. Más aún, están excluidos, en mayor o menor medida, de los intercambios orales por oposición a los escritos —las conferencias, discusiones en seminario, los intercambios completamente informales entre colegas de diferentes posiciones— a través de los cuales se les dan lecturas canónicas a los textos canónicos, y a través de los cuales las figuras dominantes en los sitios de producción disciplinan a quienes se desvían de las lecturas canónicas. Como veremos, la actitud de "L" hacia este aspecto de la situación propia de los sitios periféricos de recepción es ambivalente.

Dadas estas posibilidades, los autores locales producen teorías jurídicas locales que responden a objetivos locales, al tiempo que reclaman crédito y participación en los circuitos internacionales. Como lo muestra la narrativa del libro con fascinante detalle, las lecturas transformadas locales algunas veces surgen de objetivos políticos, como cuando izquierdistas con esperanzas de influenciar a los jueces adoptan modos de la TTD que enfatizan el poder creativo de los jueces. Los motivos pueden también dirigirse a aumentar el prestigio del derecho local frente a otros derechos (por ejemplo, en la tendencia a sobre-interpretar el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 para convertir el derecho nacional en un derecho social y antiformalista), o para afirmar del derecho local, a un mismo tiempo, su profunda continuidad con lo existente y un exaltado compromiso con la modernidad.

El o la historiador/a del centro puede tender a leer el producto local de una manera dramáticamente transformada, si él o ella lo interpreta solamente como un intento por contribuir a la TTD, ya sea produciendo una interpretación que tenga

prestigio internacional o como un intento de escribir un nuevo texto canónico. Uno de los objetivos más importantes en la obra de "L" es dar inicio a un modo de estudio de la teoría del derecho local que reconoce que estos productos tienen su valor en sus propios contextos y que el estudio de los modos de transformación en la lectura local puede proveer información valiosa para el proyecto de profundización y autocomprensión de la propia TTD.

La narrativa de "L" sobre la producción y recepción de iusteoría en su conjunto no solamente es original; es también plausible. Utiliza literatura primaria y secundaria que, desde donde se le mire, es admirablemente erudita. La reconstrucción de la historia de la teoría jurídica internacionalmente prestigiosa es la mejor que he leído. Otros estarán mejor calificados para juzgar las interpretaciones que "L" hace de los autores colombianos (y de los argentinos y mexicanos para el caso de Kelsen); todo lo que puedo decir de este aspecto del texto es que parece bien sustentado y que es coherente. Pero, y ¿qué del modelo teórico que subyace toda la narración?

Tal y como se presenta en el primer capítulo, es una teoría completa pero con vacíos sobre la difusión de la teoría jurídica en el mundo. Con esto quiero decir que la teoría se encarga, pero a veces solamente de pasada, de las preguntas más importantes que uno quisiera hacerle a una teoría tan ambiciosa como la que pretende "L". No hay grandes vacíos conceptuales. La ejecución, sin embargo, es radicalmente incompleta, en el sentido de que la narrativa de la interacción entre los autores colombianos locales y la TTD no trata muchos de los detalles de la TTD que por lo tanto sólo plasma parcialmente en su presentación. Por ejemplo, la relación entre la teoría del derecho local (es decir, las producciones de los iusteóricos colombianos), y la teoría jurídica pop, (la teoría jurídica implícita en las masas de operadores del derecho), no se desarrolla en absoluto, a pesar del lugar prominente que se le da en el esquema conceptual general. Este tipo de carencia es inevitable en las primeras etapas de una empresa como la de "L". Una de las cosas que más me gustan de este libro es que está escrito en la mejor tradición de la "disertación doctoral". Es una aproximación nueva a un tema viejo —la difusión del derecho y su teoría en el mundo—. Está escrito para desplegar, al mismo tiempo, la virtud del pensamiento comprensivo por una persona que sabe mucho más de lo que puede condensar en un primer intento de síntesis, y la virtud del estudio meticuloso de los textos para aquellas partes del gran plan que ha elegido trabajar en detalle.

Con la esperanza de influenciar las próximas etapas del trabajo de "L" en este tema, concluyo esta presentación intentando explicar por qué los dos elementos cruciales de su libro, los conceptos de TTD y de "lecturas transformadas", tienen

problemas en su modo de presentación, aunque, como trataré de mostrarlo, las debilidades en la exposición (si es que son debilidades) no amenazan de manera alguna el valor del libro en su conjunto.

Me parece que el peligro central radica en que un lector cóncentrado en la narrativa histórica de las transformaciones locales de la TTD, puede terminar pensando erróneamente, a leer el primer capítulo del libro, algo como esto:

Todos sabemos que hay un canon transnacional en filosofía del derecho, una lista de libros generalmente producidos en países prestigiosos tanto en el pasado como en el presente (desde Aristóteles hasta Kant, el realismo jurídico, Dworkin o cualquier otra lista canónica). Este canon se enseña en los cursos de filosofía del derecho, con frecuencia obligatorios para los estudiantes de derecho en todo el mundo. Los autores locales, operando en un ambiente hermenéuticamente empobrecido, producen interpretaciones locales del canon que son lecturas transformadas ajustadas a sus propios objetivos locales. Debemos estudiar sus obras porque al hacerlo podemos entender la manera en la que operan las culturas legales periféricas, pero debemos así mismo rechazar la sustancia de lo que los autores locales dicen sobre el canon.

El peligro de esta lectura es que encaja fácilmente dentro de un estilo particular de auto-crítica lacerante que practican las élites locales en contra de su propio "retraso". Esta lectura obtiene su giro masoquista de su imagen implícita de la TTD y de los términos "lectura transformada" y "contexto hermenéutica pobre". La imagen implícita es la de la TTD como un cuerpo de obras de filosofía del derecho que son desinteresadas, verdaderas y valiosas, cuyo lugar en el canon se deriva de su gran calidad conforme a criterios consensuales de excelencia académica.

Bastante queda por fuera, o más bien es reprimido o "relegado", por esta imagen implícita, como lo demuestra una lectura cuidadosa del primer capítulo de "L". Lo primero es que las obras del canon están en secuencias cronológicas, con los autores canónicos posteriores "transformando" a los anteriores. Lo segundo es que la TTD no es simplemente la lista de libros; incluye la masa de comentarios, de lecturas y transformaciones del canon producidas en los países prestigiosos, enseñadas en las facultades de derecho e impuestas con fuerza de autoridad a través de la disciplina académica. Lo tercero es que dentro de la TTD, las escuelas rivales tienen críticas brutales de sus opositoras, de modo que los comentaristas eruditos y prestigiosos consideran que otros comentaristas eruditos y prestigiosos están fundamentalmente desorientados. Lo cuarto es que la TTD no es la "ciencia maestra" de los países prestigiosos, sino una especialidad académica relativamente poco prestigiosa cuya relevancia, para la cultura jurídica en general y para la

práctica jurídica en particular, es constantemente cuestionada. Más que un formante importante de las culturas legales prestigiosas, la TTD puede ser vista como una respuesta y un intento por influenciar esas culturas en el marco de proyectos políticos, nacionalistas, filosóficos y profesionales.

En otras palabras, la TTD misma consiste de una masa de "lecturas transformadas" motivadas por múltiples ansiedades y agendas ocultas exactamente del mismo tipo que las que "L" describe en operación en los países periféricos. El hecho del prestigio no hace que esta masa de lecturas transmutadas sea más "valiosa" o más "verdadera" o de más alta "calidad" que las que ocurren en la periferia.

No quiero sugerir que las preguntas sobre la verdad o la calidad o el valor de las interpretaciones sean inherentemente imposibles de responder. Pero para hacer esos juicios, comparando, por ejemplo, las teorías producidas por los primeros intérpretes de Kelsen como Luis Recasens Siches, con aquellas producidas por los intérpretes europeos o estadounidenses contemporáneos, uno necesita leer la TTD, como un escenario interpretativo, tan prolijamente como "L" lee a Colombia, y hacer la lectura con criterios explícitos de valor o utilidad así como criterios más tradicionales de precisión. "L" no hace esto. Su proyecto no es criticar la TTD sino más bien rastrear su influencia.

La imagen implícita de la TTD como inherentemente valiosa en comparación con la teoría jurídica local exigiría ignorar el primer capítulo del libro. Esta versión puede verse reforzada en el lector desatento por los múltiples sentidos en que "L" usa la expresión "lectura transformada o transmutada".

En algunos casos, la expresión se refiere a un error del tipo "cognitivo" que es usual, como por ejemplo cuando un Antonio José Uribe presenta en 1916 a Gény como seguidor de las ideas de Aubry y Rau. *De hecho*, Gény se entendía claramente a sí mismo como crítico de esos autores. Errores de este tipo son interesantes sobretodo porque podemos analizarlos como "errores motivados", esto es, podemos intentar descubrir qué, además de la casualidad, causó este error y no otro distinto. Esto es precisamente lo que "L" hace.

La idea de "lectura transformada o transmutada" a veces también denota una presentación incompleta de la teoría canónica del autor, en la que se quedan por fuera, por una u otra razón, partes importantes de la teoría que modificarían sustancialmente el sentido de la obra del autor que el receptor local está tratando de apropiarse. Así, presentar a Kelsen como aliado del positivismo conceptualista del siglo diecinueve es una clara transformación, si el teórico local simplemente

ignora la teoría de la interpretación de Kelsen, que está ciertamente bastante lejos del formalismo del siglo diecinueve. Aquí el "error" es representar una parte de la obra del autor como si fuera el todo. Nuevamente el interés de este ejercicio está en ver qué elementos del escenario local hicieron que esa interpretación fuera "fácil" y en algún sentido tentadora, dados los objetivos del receptor. Llamar a este proceso "transformación o transmutación" está bien, mientras no castigue indebidamente a los autores locales con acusaciones implícitas de "error académico" como las que se presentaban como cuando, por ejemplo, Gény era caracterizado como seguido de Aubry y Rau. La idea de "transformación" resulta legítima mientras mantengamos en mente que los procesos de transformación y transmutación son idénticos dentro de la misma TTD.

Un tercer sentido en el que "L" usa la noción de "transformación o transmutación" es más problemático. Aquí, el receptor local canibaliza el trabajo del autor prestigioso sin señalar que lo que toma es el todo. Entonces combina lo que ha tomado, para cumplir sus objetivos dentro del escenario periférico, con elementos de otros trabajos prestigiosos. Por ejemplo, la teoría jurídica regional latinoamericana (y en alguna medida la española también) produjo una mezcla compleja de Kelsen con Hart, enfatizando que cada uno insiste en que las ocasiones para la discreción interpretativa son inevitables, a pesar del hecho de que se trata de teóricos rivales dentro del campo positivista.

A este híbrido se le amarró después la idea de Ronald Dworkin de que los principios políticos liberales (por oposición a los principios autoritarios apoyados por muchos de los regímenes de América Latina y de España) son "internos" al proceso de razonamiento jurídico y por lo tanto están disponibles para guiar las decisiones judiciales en derecho público. Esta asociación se hizo, a pesar de la idea, estándar dentro de la TTD, de que Hart y Dworkin apoyan teorías opuestas más que teorías compatibles. Llamar a esto una "lectura transmutada" sólo es un "error" de "L" si insistimos en que los argumentos y el prestigio de un autor no deben ser apropiados para proyectos que son radicalmente distintos de los que lo llevaron a desarrollar el pensamiento en un principio.

Dos ejemplos de los Estados Unidos pueden ser útiles en este punto. Autores estadounidenses de finales del siglo diecinueve se apropiaron la teoría jurídica conceptualista de la Europa de finales del siglo diecinueve y la desplegaron produciendo efectos dramáticos en derecho público, y particularmente en discusiones sobre federalismo y derechos individuales contra el estado; en este último caso, además, saturaron las ideas europeas originales con pensamiento *iusnaturalista*. Nada podría estar más lejos del espíritu de las fuentes. Segundo, cuando los juristas sociológicos de los Estados Unidos (Pound *et al.*) se apropiaron del antiformalismo

francés, ignoraron las restricciones que estas teorías tenían originalmente en una cultura francesa dominada por el Código; asimismo ignoraron los fuertes matices *iusnaturalistas* presentes en las obras de autores franceses antiformalistas como Gény, Josserand y Gounod. Despojadas de su contexto, las doctrinas francesas se volvieron más radicales de lo que sus autores originalmente habían previsto en Francia. Yo veo estas lecturas como "transformaciones" en el sentido de "L", y soy escéptico frente a cada una, pero reconozco que se trata también de contribuciones interesantes y controversiales a la teoría jurídica, de contribuciones que se volvieron influyentes no sólo cuando los Estados Unidos se convirtió, tiempo después, en un "sitio de producción" cada vez más hegemónico.

¿Cuál es la posición política del libro de "L"? Una respuesta es que hace parte de la teoría del sistema-mundo. Es una contribución valiosa al estudio del ejercicio de poder sobre la periferia por parte del centro, como lo indica una referencia de pasada a la escuela de Wallerstein. Aquí el mensaje es claro y poderoso: para los autores de la periferia es importante, no *superar* la ansiedad de influencia de las metrópolis, lo que es imposible, sino entenderla y convertirla de modo que sea útil para la autonomía e igualdad de la teoría periférica (sin caer en la trampa del nativismo o el fetiche de la autenticidad local, como "L" afirma reiteradamente).

Hay una segunda dirección política sólo sugerida, cuando "L" habla de la manera en la que el estudio de la teoría jurídica local puede ser útil para la TTD. Una vez nos hacemos conscientes de las ambigüedades del canon podemos empezar a entenderlo con la misma atención a las lecturas transformadas que "L" dirige a la periferia. Así observaremos que estos procesos de transformación *también* se dan en los sitios de producción y que las diversas interpretaciones dependen, primero, de los conflictos entre escuelas de teoría jurídica, segundo, de las peculiaridades de la cultura jurídica en cada sitio de producción, y tercero, de las agendas políticas que guían a los autores canónicos y a sus intérpretes prestigiosos. Una vez nos demos cuenta de ello, deberíamos reunir las lecturas estándar y sus transformaciones producidas tanto en sitios de producción y de recepción para llegar a la conclusión de que hay algo fundamentalmente equivocado en la auto-imagen de la TTD. Lo que está equivocado es que los autores individuales creen obedecer una norma disciplinaria de auto-presentación neutral, apolítica y científica que se vuelve radicalmente menos plausible por la combinación de la crítica interna del canon y del estudio comparado de teoría jurídica propuesto y bellamente ejecutado por "L".

Cambridge, Massachusetts, Estados Unidos de América

Septiembre de 2003.

GUÍA PARA EL LECTOR

Todo autor, y en ello no soy excepción, espera que sus ideas sean consideradas y debatidas de manera cuidadosa e integral por sus lectores. Este libro, sin embargo, es largo y sería quizá muy pretencioso aspirar a que todos los lectores tengan la misma paciencia para recorrer cada uno de sus meandros. Reconozco, de otro lado, que el género de "teoría del derecho" puede resultar todavía algo arcano para muchos abogados y estudiantes que no tienen experiencia o entrenamiento en el tema. Este libro, como se verá de su lectura, pretende ser "teoría del derecho" útil y, hasta cierto punto, entretenida. En ese sentido aspiro a que el libro, en su conjunto, sea digerible por estudiantes de derecho, abogados y profesionales de otras áreas que estén interesados en el desarrollo de las ideas jurídicas en Colombia y en América Latina. El libro busca describir las ideas dominantes que abogados, jueces y profesores tenemos sobre el derecho y cómo esas ideas dominantes configuran nuestra comprensión y práctica del mismo. El libro pretende, en suma, darle "vida" a ideas teóricas que son capitales para entendernos a nosotros mismos y nuestras comprensiones del derecho pero que a veces son presentadas con una cierta aridez y asepsia que no permiten otorgarles su justo valor.

Para lograr este objetivo el libro emprende una búsqueda histórica desde finales del siglo XIX para tratar de identificar y presentar a los lectores las teorías del derecho más importantes que han configurado la cultura jurídica local hasta nuestros días. Así enunciado, el objeto de este libro debería ser suficientemente atractivo para abogados y estudiantes que quieran examinar con rigor la cultura jurídica que habitan.

Los lectores menos adeptos a los aspectos teóricos harían bien en leer el libro de la siguiente manera (sin perjuicio de una segunda lectura integral): las secciones 1, 2 y 3.1. del capítulo 1 enuncian de manera suficiente la agenda de investigación y los postulados metodológicos desde los que parto. Allí explico por qué este marco teórico es superior a otros que habitualmente se emplean. Luego el lector podría pasar a la sección 6 del capítulo 2 en la que se presenta la estructura general del argumento que se desarrollará en los capítulos 3, 4, 5 y 6. En estos

capítulos, desafortunadamente, ya no puedo señalarle atajos al lector. Me temo que allí tendrá que examinar si mis argumentos describen de manera correcta la forma cómo funciona la cultura jurídica en Colombia y en América Latina. Si estos argumentos son correctos, el lector tendrá una comprensión más aguda de sus propias estructuras intelectuales y profesionales. Este es, sin duda, un objetivo ambicioso, pero es el reto que quisiera plantearle a este libro.

ÍNDICE GENERAL

AGRADECIMIENTOS	VII
PRÓLOGO	XI
GUÍA PARA EL LECTOR	XXI

CAPÍTULO 1

Producción, recepción y transformación de la teoría del derecho

1. HACIA UNA IUSFILOSOFÍA PERSONAL Y CONTEXTUALIZADA	1
2. "SITIOS DE PRODUCCIÓN" Y "SITIOS DE RECEPCIÓN" EN LA TEORÍA TRANSNACIONAL DEL DERECHO (TTD)	15
3. ORIGINALIDAD, INFLUENCIA, COPIA Y TRANSMUTACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO	22
3.1. La constitución de una filosofía del derecho transnacional y euro-latinoamericana. La transmutación de las teorías transplantadas	22
3.2. "La angustia de influencia" y la formación de cánones de lectura	37
3.3. Los modos de transformación de los iustéoricos locales	61

CAPÍTULO 2

Hacia una teoría comparada del derecho

1. TEORÍA COMPARADA Y TEORÍA LOCAL DEL DERECHO	71
2. DERECHO COMPARADO Y TEORÍA COMPARADA DEL DERECHO	74
3. TEORÍA GENERAL Y PARTICULAR DEL DERECHO	91
3.1. "The Uses of the Study of Jurisprudence" de John Austin	91
3.2. La Teoría Local del Derecho en Jeremy Bentham	96
3.3. Desarrollos posteriores: Holland, Buckland, David y Kelsen	100

4. A MANERA DE RESUMEN: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE TEORÍAS COMPARADAS, GENERALES Y PARTICULARES DEL DERECHO	106
5. LA AGENDA DE TeoCOMP EN SENTIDO CRÍTICO	113
6. LOS MAPAS DE TRANSFORMACIÓN	116

CAPÍTULO 3

**La conciencia jurídica clásica:
Escuela de la Exégesis y Jurisprudencia
de Conceptos en el derecho civil colombiano**

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO	129
2. EL NACIMIENTO DEL CLASICISMO JURÍDICO	135
3. LAS ESPECIFICIDADES DE LA EXÉGESIS LATINOAMERICANA EN LA CIVILÍSTICA LOCAL	145
3.1. ¿Qué es la École de l'Exégèse?	147
3.2. La iusteoría de los primeros tratados dogmáticos de derecho civil: las características particulares del clasicismo jurídico en Latinoamérica	158
3.2.1. <i>L'exégèse como método de exposición del Código Civil: la lucha entre el commentaire y el traité como estilos de análisis jurídico</i>	160
3.2.2. <i>Construcción lógica y principios de derecho</i>	170
3.2.3. <i>Interpretación e integración del derecho</i>	188
3.2.4. <i>Control constitucional</i>	204
3.2.5. <i>La presencia del iusnaturalismo en la época clásica</i>	212
3.2.6. <i>Los rasgos positivistas del clasicismo: coercibilidad del derecho y separación entre derecho y moral</i>	218
4. LOS TRES CAMINOS DEL CLASICISMO EN EL SIGLO XX: CONCEPTUALISMO IMITATIVO, ANTIFORMALISMO FRANCÉS Y POSITIVISMO KELSENIANO	224

CAPÍTULO 4

Los tiempos modernos:

Anti-formalismo jurídico para una época convulsionada (1916-1940)

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO	235
2. LA RECEPCIÓN TEMPRANA DE LA NUEVA TEORÍA: LA "CUESTIÓN SOCIAL" ENTRE EL DERECHO Y LAS CIENCIAS POSITIVAS	239
3. LA TEORÍA DEL DERECHO DE FRANÇOIS GÉNY	250
3.1. El método tradicional y su crítica	255
3.2. La suerte del "realismo jurídico" en Latinoamérica	265
3.3. Los contra-principios del derecho privado para el siglo XX	275

4. LA RECEPCIÓN MADURA DEL ANTIFORMALISMO EUROPEO	289
4.1. La crítica al "fetichismo de la ley" en Colombia	290
4.2. La modernización iusteórica del código y del artículo 8° de la Ley 153 de 1887	298
4.2.1. <i>La interpretación de los tratadistas clásicos de Derecho Civil</i>	303
4.2.2. <i>La interpretación político-constitucional de la norma en contra de la hegemonía conservadora (1887-1910)</i>	304
4.2.3. <i>"La Bella Durmiente": La interpretación antiformalista (1937-2000)</i>	305
4.2.4. <i>La interpretación judicial contemporánea de la Corte Constitucional (ca. 1995)</i>	306
5. RECEPCIÓN JUDICIAL: LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	306
6. LA BREVE VIDA DEL ANTIFORMALISMO	326
7. EL CLASICISMO DESPUÉS DE 1940	339

CAPÍTULO 5

Kelsen en Bogotá:

Lecturas y usos locales de la Teoría Pura del Derecho

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO	341
2. LA RECEPCIÓN ACADÉMICA DE KELSEN	348
3. EL GIRO KELSENIANO EN LA DOGMÁTICA LOCAL: EL CASO DE ARTURO VALENCIA ZEA	357
3.1. El "Curso de derecho civil colombiano" de 1945	360
3.2. Enrique Kelsen en Bogotá: el "Derecho Civil" de 1957	366
3.3. Positivismo tradicional y neo-positivismo kelseniano	375
3.4. La transformación local de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen	380
4. EL LEGADO DEL KELSENIANISMO	395

CAPÍTULO 6

Constitucionalización y judicialización del derecho
Recepción de teorías en el último cuarto del siglo XX

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO	399
2. EL ANTIFORMALISMO CONTEMPORÁNEO EN LA TEORÍA LOCAL DEL DERECHO	417
2.1. El nuevo Kelsen y la transición al antiformalismo judicial contemporáneo	417
2.2. "Jueces valientes" y "jueces timoratos"	428
2.3. Hart y Dworkin en Bogotá	435
3. LA CRÍTICA AL ANTIFORMALISMO CONTEMPORÁNEO	459
ÍNDICE ANALÍTICO	463
BIBLIOGRAFÍA	467

CAPÍTULO 1

Producción, recepción y
transformación de la teoría del derecho

"Desde París, desde Londres, desde Amsterdam se proferían las palabras '¡Partenón!, ¡Hermandad!' y en alguna parte de África y Asia, se abrían los labios '¡...tenón! ¡...mandad!' Era la edad de oro".

Jean-Paul Sartre, *Introducción a la obra de Frantz Fanon "Los desdichados de la tierra"*, 1963

1. HACIA UNA IUSFILOSOFÍA PERSONAL Y CONTEXTUALIZADA

Como estudiante y luego como profesor interesado en los campos de la filosofía y teoría del derecho, resulté, como muchos otros miembros de mi generación con intereses similares, leyendo libros y artículos escritos por o acerca de teóricos jurídicos tales como Hans Kelsen, Herbert Hart, John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy o Jürgen Habermas. La literatura que se dedica a reflexionar sobre la filosofía o la teoría del derecho es ya enorme (aunque su crecimiento no da señas de parar) y uno podría, con toda facilidad, pasar la vida entera tratando apenas de permanecer actualizado. Dentro de esta vasta literatura, sin embargo, había cosas que llamaban mi atención con especial fuerza, mientras que otras parecían ya desuetas. Originario como soy de un país latinoamericano y educado entre 1987 y 1991 en una facultad de derecho de cuño más bien tradicionalista, el nuevo ambiente intelectual que parecía estar imponiéndose entonces (y que aún hoy, al comenzar el siglo XXI, el lector reconocerá parcialmente como la teoría jurídica todavía "en boga") alentaba una atención renovada hacia algunos aspectos específicos de la teoría legal contemporánea, a saber, aquellos que parecían concentrarse en cómo debía "interpretarse" el derecho¹. Puede decirse, en térmi-

1 Como ejemplo de esta forma de argumentación que ahora revalúo, véase mi trabajo: Diego E. López Medina. *El significado de la ley: elementos para una crítica pragmática del lenguaje y la hermenéutica jurídica*, Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Filosofía (2001).

nos generales, que la nueva concepción de la interpretación jurídica reconocía, primero, que los textos de las leyes o de los códigos no eran tan claros y rotundos como parecía creer la teoría tradicional de la interpretación; como consecuencia de esta redescubierta "textura abierta" de los textos, se insistía en el papel activo del operador jurídico en la interpretación de la ley y en la producción de cambio social. Dentro de esta reconsideración, la "interpretación jurídica", como un subcampo dentro del universo de la teoría del derecho, parecía ofrecer una visión alternativa, quizá más abierta y flexible, que remediaba, al menos en parte, una sensación difusa, pero creciente, de malestar e inconformidad (en verdad, una reacción) contra las formas dominantes de enseñar y analizar el derecho en que estábamos siendo socializados. La enseñanza dominante, contra la que nos rebelábamos, subrayaba, a un nivel básico, el papel de la memorización de reglas contenidas en leyes y códigos como paso indispensable para recordarlas y mostrarles fidelidad. La "legalidad", como técnica de control social, partía de allí, de la memoria, para continuar un trayecto en el que prevalecían, una a una, las técnicas formalistas del derecho. El resultado final era una mezcla de memorización de reglas, ejecución de pretendidas demostraciones lógicas de conclusiones jurídicas, creencia acrítica en respuestas únicas y correctas, todo ello en un ambiente de rigidez y jerarquización pedagógica, social y personal que tendía a reforzar, según se pensaba, la apariencia de rigor, científicidad y neutralidad. El nuevo énfasis en la teoría de la interpretación y argumentación jurídica, en contravía, parecía servir como mecanismo general de inoculación contra los excesos de ese formalismo dominante. Desde este nuevo punto de vista, la memorización cedía espacio a la argumentación, se empezaba a desconfiar en la infalibilidad de la deducción lógica y se afirmaba, en su lugar, la naturaleza dialéctica, problemática, no apodéctica del derecho y, por último, se derrumbaba la idea de respuestas únicas y correctas. Mi visión del papel renovador de la teoría del derecho y los usos que en mi conciencia (y en la de algunos de mis colegas y compañeros) tenían los autores ya mencionados, se explicaban por razones *situacionales* y *contextuales* específicas, que yo no veía al comienzo, pero que ahora me parece fundamental describir con mayor detenimiento.

En primer lugar, parece ahora claro que durante mis años de formación en una facultad de derecho tradicional, el *vanguardismo* teórico estaba constituido por autores y comentaristas que tomaban, para decirlo de manera amplia, un enfoque lingüístico o hermenéutico de la teoría jurídica². En todo ese material,

2 Varios autores han señalado la preponderancia que ha adquirido, en el último cuarto de siglo, el "giro interpretativo" en la teoría jurídica: "sin duda alguna la nuestra es la época de la interpretación [...] En derecho, la importancia del giro interpretativo no puede ser ignorada fácilmente. Adicional a una plétora de simposios, libros y

la palabra "interpretación" aparecía como la llave con la que se podía abrir las puertas cerradas por el formalismo. Más aún, el enfoque hermenéutico estaba ligado con una fuerte atención en lo institucional a la determinación *judicial* de reglas o hechos (una "teoría judicialista del derecho" si se quiere) que resultó ser muy interesante para personas que, como yo, queríamos emprender un asalto a las bases teóricas de una conciencia legal formalista y legocéntrica que bautizaré "clasicismo" y que desvalorizaba el papel del intérprete en la creación del derecho mediante el mito de la sabiduría del legislador estatal. Vine a caer en cuenta, entonces, que mis años formativos fueron nutridos en un lugar y una época en donde un modelo "interpretativo" y "judicialista" del derecho *empezaba* a ser importado y que el nuevo trasplante teórico implicaba reordenamientos muy importantes en el mapa geojurídico del mundo. El trasplante de teoría, sin embargo, no se daba en el vacío: la nueva teoría del derecho servía de manera fundamental como "manual de uso" para el trasplante de una nueva generación de constituciones políticas que afirmaban su poder normativo directo por encima del principio clásico francés de soberanía legislativa y su corolario de respeto estricto a la ley (las más de las veces en la forma de un código)³. Las nuevas cláusulas constitucionales, ahora con efecto normativo directo y con mecanismos específicos de justiciabilidad, se constituyeron en excelentes ejemplos de normas de "textura abierta" donde la interpretación judicial debía completar, por necesidad, el sentido de sus disposiciones generales. En las normas constitucionales se consagraron "conceptos jurídicos indeterminados": el positivismo dominante (usualmente en su forma kelseniana) aconsejaba tratar a estas normas como carentes de sentido, ya que no cumplían con los requisitos exigidos, bajo una teoría positivista, para hablar de norma jurídica en sentido prima-

(cont. nota 2) artículos por parte de académicos en todos los campos del derecho sustantivo, el crecimiento del interés en el derecho por parte de académicos de las humanidades confirma que cuestiones relacionadas con el significado de los textos son la preocupación central, si no la organizadora, de muchos teóricos legales sofisticados". Dennis Patterson, *The Poverty of Interpretive Universalism: Toward the Reconstruction of Legal Theory*, 72 Texas Law Review 1, 2-3 (1993). La responsabilidad de dicho giro se le atribuye especialmente a Ronald Dworkin. Al respecto véase John Stick, *Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin's Interpretive Turn in Law's Empire*, 34 UCLA L. Rev. 371 (1986). Sobre el giro interpretativo en general véase, Stephen M. Feldman, *The New Metaphysics: The Interpretive Turn in Jurisprudence*, 76 Iowa L. Rev. 661 (1991) y Robin West, *Are There Nothing But Texts in This Class? Interpreting the Interpretive Turns in Legal Thought*, 76 Chi.-Kent. L. Rev. 1125 (2000).

3 Para una excelente presentación del ideal francés de legalidad y su transformación entre el período revolucionario y el siglo XIX, véase Mauricio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid (1996).

rio⁴. En el nuevo ambiente teórico, sin embargo, los conceptos jurídicos, a pesar de su indeterminación, fueron entusiastamente saludados como maneras de dar fuerza normativa directa a los fines civilizatorios más preciados de la teoría política y moral, en el sentido de apuntar hacia una alineación de todo el derecho legal y codificado existente a principios jurídicos anhelados y a una interpretación finalista y sistemática de la ley de conformidad con tales principios. En el nuevo lenguaje constitucional, los conceptos jurídicos indeterminados (las metas civilizatorias del derecho) pasaron pronto a ser considerados como “principios jurídicos”, para terminar, finalmente, siendo positivizados bajo la nueva forma de “derechos fundamentales”. Este giro hermenéutico y político implicaba, quizá por primera vez, la recepción entusiasta de materiales iusteóricos y constitucionales anglosajones, rompiéndose así el santuario inmunológico que, uniendo a Europa y América Latina, había evitado la contaminación jurisprudencial y dogmática por fuera de la familia jurídica del derecho civil⁵.

En segundo lugar, es fundamental señalar que los nuevos trasplantes de la teoría del derecho posibilitaban la importación de una nueva y específica forma de crítica antiformalista que se oponía al clima reinante, en el que predominaba, desde la época de la codificación en el siglo XIX, una visión positivista y formalista del derecho en América Latina. La importación de la nueva crítica antiformalista proveyó de un cuerpo teórico sólido a las dubitativas preocupaciones y ansiedades de las nuevas generaciones locales que tanteaban el camino para romper el formalismo hegemónico. Dentro de este contexto cultural e intelectual, la “interpretación” fue quizá el tema bandera que permitió la recepción de *nuevos* enfoques de

4 Véase al respecto Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 1ª edición, 1934, capítulo 3º.

5 Con la excepción de Argentina en donde el constitucionalismo nacional había tenido un intercambio singularmente dinámico con los Estados Unidos desde el siglo XIX. Al respecto véase Jonathan Miller, *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, 46 Am. U.L. Rev. 1483 (1997). De la misma manera, fueron iusteóricos argentinos los que en mayor parte aclimataron la recepción, a partir de mediados de la década de los 1960's, de la nueva filosofía anglosajona del derecho reconectándola una vez más con las dinámicas constitucionales. En mi lectura personal fueron fundamentales en ese sentido (y siguiendo el orden cronológico en que los leí) el estudio preliminar de Genaro Carrió y Eduardo Rabossi a *Cómo hacer cosas con palabras* de J.L. Austin, Paidós, Barcelona (1981); el libro de Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1965); y finalmente, la utilización dogmática y constitucional que de estas ideas hace Carlos Salvador Nino en *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires (1980) y en *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires (1992).

la teoría jurídica, relativamente *recientes*, que parecían confrontar la larga hegemonía disfrutada por el formalismo en la práctica y la imaginación de los abogados en toda la región. Lo *novedoso* y lo *reciente* de esta teoría y la relativamente *tardía* recepción en América Latina de este material, tal como vine a apreciarlo más tarde, eran hechos completamente relativos a las necesidades políticas y a las influencias académicas disponibles. Sin embargo, la justificación más frecuente de este trasplante teórico tendía a desenfatar los aspectos materiales (políticos y contextuales) de la recepción para afirmar, en vez, que la nueva hermenéutica (en autores como Hart y Dworkin) era una teoría analíticamente correcta, y que, por tanto, servía, sin límites espaciales, para criticar el formalismo legal dominante en América Latina, así como, se presumía, había servido para golpear con fuerza el formalismo propio de la tradición anglosajona. La “transplantabilidad” de Hart y Dworkin se basaba en la creencia que se trataba de teorías antiformalistas de validez universal porque sus conclusiones se extraían a partir de la naturaleza ubicua del lenguaje y la argumentación jurídica. Estas características, seguía el argumento, son compartidas universalmente por todos los sistemas jurídicos. Por estas razones, se argumenta, el formalismo jurídico estricto dominante en la región era una teoría verificablemente *errónea*.

El trasplante y uso de la teoría jurídica contemporánea (esencialmente de la segunda posguerra), por las razones aludidas, terminó convirtiéndose en un gesto heterodoxo en América Latina. Los estudiantes que hablaban de la nueva sensibilidad constitucional, lingüística y hermenéutica se definían, casi de entrada, como oponentes directos de las convicciones acrílicas de la conciencia jurídica dominante. Por tanto, para mucha gente en América Latina la filosofía y la teoría del derecho no eran una disciplina académica como otras. No se escoge la filosofía del derecho como se escoge el derecho civil, el derecho financiero o el derecho comercial. Muy por el contrario, la filosofía del derecho era una escogencia partidista ya que señalaba *el camino* para darse cuenta de que el formalismo, como tal, no era la única posibilidad para concebir los problemas jurídicos. El filosofar jurídico, al menos en el momento de trasplante del nuevo antiformalismo anglosajón, era el equivalente a una versión contracultural y contrahegemónica, académica y antiprofesionalizante, moderadamente progresista, de cuál era el papel que el derecho debía jugar en el conflicto social de países como Argentina, primero, y luego Colombia. Por este motivo, muchos estudiantes atraídos por la filosofía y la teoría del derecho en América Latina terminan por articular una inclinación antiformalista básica, especialmente del tipo interpretativo, que los sitúa a contrapelo de las ideas dominantes dentro de la cultura legal en la que viven. La filosofía del derecho en este período de recepción del antiformalismo lingüístico no apuntaba tanto a captar o a describir la cultura legal subyacente como a transformarla. La teoría fungía así como expresión de descontento frente a una cultura

formalista, dogmática y acrítica de sus supuestos teóricos fundamentales que nunca se había preocupado por reexaminar sus bases, a pesar de los signos de crisis que ya exhibía. La filosofía del derecho representaba, por tanto, el rótulo disciplinario de una revuelta antiformalista y humanista largamente esperada en la región⁶.

En esta nueva función, la teoría del derecho se convirtió de nuevo en un discurso atractivo y emocionante. En su nueva posición contrahegemónica se tuvo la impresión, quizá no compartida en generaciones anteriores, que algo (y algo de importancia) estaba en juego en la argumentación iusfilosófica. Hoy, a comienzos del siglo XXI, la sensación de que la estructura básica del derecho no es la misma que la que existió en los siglos XIX y XX sigue aportando gran parte de su energía a la reflexión iusfilosófica: en Colombia, en especial, esta nueva energía proviene de la intersección, en el frente interno, de la nueva hermenéutica constitucional y, en el frente externo, de los crecientes fenómenos de globalización y desnacionalización del derecho. La conjunción de estos fenómenos contribuye al interés aumentado (en realidad una moda) de la que disfrutaban, hoy por hoy, los estudios iusteóricos.

En tercer lugar, es necesario destacar aún más que la recepción de teorías "hermenéuticas" del derecho se dio de la mano de cambios institucionales muy definidos. Así como en su momento la recepción de la obra de Hans Kelsen en la teoría del derecho apuntaba a tener el efecto político de escudar a la profesión y a la judicatura de las incursiones del fascismo y del marxismo, la recepción del nuevo antiformalismo hermenéutico aupó en la región el proyecto de liberalización y constitucionalización de la vida como vacuna o remedio frente a las enfermedades del autoritarismo y militarismo políticos, bendecidos en la región por los imperativos geopolíticos de la doctrina de seguridad nacional en el contexto

6 A riesgo de excesiva generalización, los profesores de derecho parecen caer en dos categorías diferentes: por un lado, están los practicantes prestigiosos (consultores o litigantes) que, con sorprendente frecuencia, son también irreductibles positivistas. Su visión del derecho enfatiza la necesidad de impartir una educación profesionalizante a sus estudiantes y, por tanto, descartan, total o parcialmente, la necesidad de hacer teoría jurídica; por otra parte están los profesores académicos, con interés en la teoría y con una orientación genérica antipositivista y antiprofesionalizante de signo humanista e interdisciplinario. La reforma de la educación jurídica en facultades de derecho *avant garde* ha tendido a transferir cierto poder de los practicantes a los académicos. Sobre la sociología del profesorado véase en general Pierre Bourdieu, *Homo Academicus*, Londres, Polity Press, 1990.

de la guerra fría. La cepa de autores de la nueva teoría del derecho recepcionada (como Hart, Dworkin, Rawls o Habermas) tiene claros compromisos con una cierta versión de constitucionalismo liberal, progresista y tolerante que ubican por encima de la voluntad legislativa coyuntural, así ella se exprese en leyes formalmente válidas. Ya que la voluntad legislativa tiene límites morales y políticos (límites constitucionales), la nueva hermenéutica coadyuvó en la recepción global de un nuevo constitucionalismo y en la expansión de una cultura de los derechos constitucionales (ahora directamente justiciables) como nunca antes se había visto⁷. La sinergia entre la nueva teoría del derecho y la globalización del nuevo constitucionalismo en los últimos quince años del siglo XX constituye un dato fundamental para explicar su éxito en la región. Mucho del trabajo de tendencia antiformalista que se ha llevado a cabo en Latinoamérica recientemente ha estado vinculado, primero, con el nuevo constitucionalismo y, dentro de él, con una nueva y dinámica conciencia de que existen derechos constitucionales justiciables por fuera y por cima de la ley común. Las reformas constitucionales de la última década han construido un lugar desde el cual el antiformalismo puede ser entusiastamente defendido y expandido como una teoría jurídica correcta⁸.

Estos acontecimientos en el clima iusfilosófico internacional tendrían pronta traducción en el ambiente latinoamericano. En este contexto era relativamente natural que el trabajo de muchos filósofos locales del derecho, empezando con la Escuela de Buenos Aires e incluyendo a los de mi generación en Bogotá, se concentrara en problemas de interpretación jurídica dentro de un modelo analítico poshartiano. El aporte de Hart consistió, desde mi punto de vista, en mostrar que los desarrollos en filosofía analítica y del lenguaje tenían consecuencias directamente aplicables a la filosofía del derecho. Implícito en la obra de Hart hay un convencimiento de que existe convergencia entre hallazgos filosófico-lingüísticos generales y la naturaleza del lenguaje y la interpretación legal. Así, como Hart había utilizado el trabajo de Austin y Weissman para moderar la tesis positivista clásica, mi propio trabajo buscó examinar la dimensión pragmática del lenguaje, tal y como el filósofo Paul Grice la había enunciado⁹. Este trabajo temprano pretendía mostrar que el formalismo jurídico tenía características excepcionales dado que suspendía, sin buenas razones, el funcionamiento de los principios pragmáti-

7 Véase en general Charles Epp, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago University Press, Chicago (1997).

8 Véase *infra* Capítulo 6°.

9 Véase Paul Grice, *Studies in the Way of Words*, Harvard, Cambridge (1991).

cos del lenguaje en la interpretación y argumentación profesionales. Lo que quiero subrayar aquí es que tan poco consciente era para mí la dependencia de mis propios intereses de las tendencias iusfilosóficas y políticas transnacionales de la época. Para mí la filosofía del derecho era un espacio vacío de argumentos donde era posible aclarar verdades fundamentales sobre la naturaleza del derecho a través de un análisis filosófico general. La verdadera razón, la "pasión" con que descubrimos la obra de Hart, a pesar de su evidente circunspección y opacidad estilísticas, se debía en cambio, no tanto a las verdades filosóficas abstractas allí contenidas, sino a la confirmación indirecta y a veces excesivamente reservada que daba a nuestra inconformidad con los protocolos de la cultura jurídica dominante en América Latina. Hart, en ese sentido, abría una ventana hermenéutica y finalista en el derecho que parecía no existir dentro del *corpus* de formalismo dominante.

Con el tiempo, y luego de imitar el patrón hartiano de trabajo analítico en el campo de la interpretación legal, vine a darme cuenta de que mi propia selección local de tópicos e influencias estaba fuertemente delimitada por datos de contexto personal y social. La obra de Hart fue perdiendo la pátina de verdad abstracta que poseía, y se me fue descubriendo su posición y significado específicos en el mapa transnacional de producción de iusfilosofía. En Colombia, donde había empezado a emplumar mis alas de joven iusfilósofo, este trabajo a la Hart era novedoso, heterodoxo, e incluso, contracultural. Animado por estos intereses, sin embargo, continué mi formación doctoral en los Estados Unidos donde, a modo de carta de presentación, di a conocer mis jóvenes e inciertas musitaciones hartianas. Mi proyecto de disertación sobre una teoría lingüístico-pragmática de la interpretación jurídica fue afortunadamente aceptado, pero cierta sombra de duda, quizá de incompreensión, parecía cruzar por la mente de mis profesores norteamericanos. Al tratar de escribir esta tesis doctoral (la que llegó finalmente a ser el libro que usted está leyendo en estos momentos) me sentí atrapado por proyectos iusfilosóficos diferentes: para mi audiencia norteamericana, en donde ahora se desarrollaba mi socialización iusfilosófica, este tipo de comprensión hermenéutica y lingüística del derecho estaba, por razones que demoré en comprender, pasada de moda; mis profesores percibían mi intención de utilizar la iusfilosofía hartiana como una fuente emancipadora del derecho frente a la tiranía del formalismo local. Ellos alcanzaban a percibir que en Hart encontraba confirmación de que el derecho presentaba, con frecuencia, una textura abierta que desmentía el ubicuo rigor silogístico de la teoría latinoamericana dominante. Pero, mientras comprendían el uso emancipatorio y antiformalista que yo hacía del viraje hartiano, les era muy difícil entender cómo yo pretendía lograr ese gesto emancipatorio con un autor como Hart que a ellos les parecía militar en la dirección exactamente opuesta a la de mis intenciones. Para ellos Hart era un crítico severo de la revuelta antiformalista del

derecho en el mundo anglo¹⁰, y si bien él reconocía la existencia de zonas de penumbra en la interpretación jurídica, esta concesión se hacía a regañadientes y con una tacañez tal que impedía hacer de Hart el líder de la emancipación antiformalista a la que yo aspiraba. Para los norteamericanos no era claro, de ninguna manera, por qué un latinoamericano pretendía hacer antiformalismo de la mano de un positivista inglés, de la misma forma como yo no entendí, al principio, las razones del desdén norteamericano para con la iusfilosofía analítica inglesa. Así como para mí no era claro el mapa intelectual sobre el que mis profesores leían los libros de filosofía o teoría del derecho, así mismo ellos no tenían presente los contornos de la cultura legal e intelectual de América Latina donde esos extraños usos de Hart eran posibles. Debido, sin embargo, a la evidente debilidad política del estudiante frente al profesor, yo (el estudiante) sí estaba obligado a aprender la grilla intelectual desde la cual ellos comprendían la iusteoría, mientras que ellos no adquirirían una obligación simétrica. Gran parte de lo que sigue en este libro es una exploración de por qué, en concreto, mis profesores norteamericanos pensaban que mi interpretación de Hart era subestándar y errónea, mientras que la de ellos era más normalizada y, por tanto, correcta. Mi proyecto antiformalista era, en lo esencial, correcto, pero mi lectura y utilización de Hart eran, por el contrario, incorrectas y extrañas. La lectura latinoamericana de la filosofía del derecho era codificada, en ese sentido, como otro síntoma más de la dependencia y el subdesarrollo culturales de la región y no como una grilla intelectual alternativa que pudiera competir con el rico entretejido de argumentos iusfilosóficos de la cultura estadounidense. Y no obstante el error en que caía, la discusión cultural y política en casa sobre el derecho seguía desarrollándose como un combate entre el formalismo tradicional y el discurso hermenéutico y lingüístico hartiano que aún parecía atractivo para muchos latinoamericanos en el proceso de criticar la cultura legal dominante.

Ya observará el lector la situación crítica en la que me encontraba: por un lado quería hacer una iusfilosofía que diera cuenta del clima cultural y de los procesos locales que se daban en *mi* jurisdicción, pero al mismo tiempo entreveía que esos desarrollos locales eran substandarizados si se les oteaba desde la tradición iusfilosófica anglo-americana. Como estudiante de *filosofía del derecho*, adicionalmente, no tenía mucho margen de acción para proponer un argumento particularista que restituyera mi identidad y mi confianza en las posibilidades de una iusfilosofía específicamente latinoamericana. El argumento particularista tie-

10 La diferencia partía principalmente de interpretaciones divergentes del capítulo VII ("Formalism and Rule-Scepticism") de *El concepto del derecho* de Hart. Al respecto véase *infra* este mismo capítulo.

ne dos vertientes: un estudiante doctoral extranjero puede reclamar identidad y localización/particularización frente a sus profesores de una manera iuspositivista o de una manera multiculturalista. (i) O bien puede proponer una tesis sobre el "acto administrativo en Colombia", que su director, supongámoslo francés, codificará en la categoría "derecho comparado"¹¹. El estudiante obtiene así la ventaja iuspositivista de trabajar con textos legales que su audiencia francesa e internacional no puede verificar independientemente y respecto de los cuales no tiene opiniones fuertes o bien informadas. De esta forma, el positivismo jurídico tiene el potencial de particularizar en razón del origen de normas legales. (ii) O bien, por otro lado, el estudiante puede hablar de un tema común que comparte con su profesor, por ejemplo, "la defensa de los derechos humanos", pero reclama para sí un "punto de vista" local, bien sea porque su "realidad" o su "cultura" introducen modificaciones significativas a la comprensión estandarizada y transnacional del tema. Se culmina de esta manera con una tesis, supongan ustedes, sobre "la noción de derechos de la mujer en el Magreb Africano". En suma, el multiculturalismo particulariza en razón de la relativización de la cultura.

Bien sea a través del positivismo o bien a través del multiculturalismo, lo cierto es que el estudiante proveniente de jurisdicciones periféricas o semiperiféricas logra crear un espacio de particularismo, un estatus real de excepcionalismo positivo o cultural que, si bien puede neutralizar la intervención de su disciplinadora audiencia del norte, también termina por marginar su producción intelectual. En teoría del derecho, sin embargo, estas opciones de particularización y neutralización no eran tan fáciles de usar en mi caso: en primer lugar, la particularización positivista en filosofía del derecho no parece ser de recibo porque, por definición, la iusfilosofía parece ser un discurso sobre la naturaleza del derecho con abstracción hecha de las normas positivas concretas del sistema. Por tanto, argumentar que el preciso texto, por ejemplo -del Código Civil de Bello- genera un

11 Este camino logra el objetivo de reestablecer la capacidad de negociación del estudiante frente a la cultura jurídica del maestro. Escribe Jean-Pierre Ferrier prologando la obra de Natalia Bernal Cano: "A diferencia de algunas otras naciones de América Latina, Colombia se ha empeñado en conservar y modernizar su relación intelectual con Francia, enlace jurídico entre el gran fundamento romano y la posmodernidad de fuerte connotación anglosajona. Los juristas franceses han sabido apreciar este hecho y ya son muchos los que han venido al país de Bolívar para compartir la misma cultura. La obra de Natalia Bernal Cano muestra que los franceses no son los maestros y los colombianos los simples discípulos. Existe entre ambos una verdadera convivencia que sólo deseamos poder seguir desarrollando más". En *El control de constitucionalidad de la ley: estudio comparado y recopilación de las principales decisiones de la Corte Constitucional colombiana*. Ediciones G. Ibáñez, Bogotá (2003).

particularismo iusfilosófico fuerte es, cuando menos, un argumento poco atendible. De otro lado, la estrategia multiculturalista en defensa de una iusfilosofía latinoamericana tradicional conduce a identificar a algún autor iusfilosófico local para mostrar que, también en el terruño, se produce iusfilosofía exportable. Aunque comparto sin reservas el mérito de nuestros autores locales, sin embargo, persistía mi interés por Hart porque pensaba que su influencia era más potente en la configuración de una cultura jurídica contemporánea que el trabajo, muy meritorio, de Carlos Cossio en Argentina o de Luis Eduardo Nieto Arteta en Colombia.

Pero la pregunta persiste: ¿por qué no es fácil alcanzar una particularización del discurso en el campo de la iusteoría? Primero, porque la iusteoría, como campo esencialmente académico del derecho, ha sido estructurada desde su inicio como una empresa transnacional. Por "empresa transnacional" quiero significar lo siguiente: los autores, argumentos y controversias llamados "iusteóricos" ocupan un campo por encima de lo nacional, lo regional o lo local, en donde cierto tipo de conocimiento abstracto del derecho puede ser compartido y usado por personas con diferentes antecedentes y en distintos contextos. En ese sentido obsérvese, por ejemplo, cómo es inmensamente más fácil que un jurista en América Latina sepa algo de iusteóricos anglosajones o alemanes por comparación a escritores dogmáticos de esas mismas tradiciones¹². La iusteoría, después de todo, es el más abstracto de todos los discursos acerca del derecho y por este mismo motivo es el tipo de discurso académico que puede con mayor facilidad atribuirse cierta forma de desapego frente a minuciosidades regionales, nacionales o locales. El excepcionalismo o particularismo, es decir, la interpretación o aportación local que la gente de sitios exóticos o periféricos puede darle a algunos campos de la academia jurídica es más difícil de explotar en la iusfilosofía que en otros campos. La aceptación del particularismo en el derecho, bien sea por el camino positivista o por el camino multiculturalista que esboqué con anterioridad, apuntan a lo siguiente: la aceptación de la existencia de diversas interpretaciones locales de un mismo objeto epistémico constituye, al menos implícitamente, una crítica a una construcción hegemónica y pseudouniversalista del objeto. Esta construcción se realiza por un número limitado de eruditos y de intereses asentados en países centrales que terminan monopolizando, desde un punto de vista igualmente particular, la lectura estándar, objetiva o universal de un campo jurídico. La difusión y aceptación de estrategias excepcionalistas o particularistas apuntan hacia una crítica del conocimiento etnocéntrico, eurocéntrico o anglocéntrico. Esta

12 El caso con los autores franceses es quizá opuesto pero esto no le quita mayor fuerza a la idea que estoy explorando.

estrategia ya ha sido desarrollada con gran dinamismo en campos tales como los derechos humanos o el derecho internacional. Estos temas son ahora tratados desde diferentes perspectivas culturales, históricas y geográficas¹³. Este creciente proceso de fragmentación geográfica de objetos de estudio, tiene muy importantes implicaciones en la forma como se crea y transforma conocimiento en derecho. La iusfilosofía, mientras tanto, está menos inclinada a aceptar esta clase de perspectivismo y sigue adoptando un tono y una metodología transnacionales. Los autores, argumentos y países que participan en el debate con cierto grado de reconocimiento son todavía muy limitados si se les compara con la geografía global en expansión que empieza a verse en otros campos jurídicos.

En segundo lugar, viniendo de América Latina, y según nuestra propia admisión, no somos lo suficientemente exóticos o periféricos como para reclamar en nuestro favor una posición excepcionalista o particularista. Es en el subcontinente latinoamericano donde ha operado con mayor fuerza el proyecto asimilacionista de lo local con lo universal o general: se trata, al menos en el imaginario colectivo, de una parte más del mundo occidental, aunque se trate de una parte "en desarrollo"¹⁴, "en transición a la democracia"¹⁵ y en donde nuevas oportunidades de inversión se presentan bajo la forma de "mercados emergentes"¹⁶. Somos, en esencia, miembros de la familia jurídica occidental (un gran paraguas civilizatorio que cubre tanto a la tradición romanista como al *common law*) y no poseemos una iusfilosofía o un derecho distintivos que pudieran ser usados como fundamento para una contribución genuinamente exótica o alternativa. Se podría aceptar, por ejemplo, que existe genuino interés por estudiar las ideas iusfilosóficas que subyacen los derechos tradicionales o religiosos, tales como el *dharma hindú*¹⁷ o la *sharia*

13 Para una discusión general del debate universalista-relativista en derechos humanos, véase Henry Steiner y Phillip Alston, *International Human Rights in Context*, Oxford, pp. 192-255 (1996); Katherine Dalacuora, *Islam, Liberalism & Human Rights*, Tauris, Londres, pp. 6-38, 192-199 (1998); Liliana Obregón, *Latin American International Law*, Tesis doctoral, Harvard Law School (2002).

14 Para un análisis de la "invención" del desarrollo y del tercer mundo, véase Arturo Escobar, *La invención del tercer mundo: Construcción y deconstrucción del desarrollo*. Norma, Bogotá (1998).

15 Al respecto véase, Carlos S. Nino, *Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America*, 44 U. Miami L. Rev. 129 (1989); Michel Rosenfeld, *Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example*, 19 Cardozo L. Rev. 1891 (1998).

16 Celia R. Taylor, *Capital Market Development in the Emerging Markets: Time to Teach an Old Dog Some New Tricks*, 45 Am. J. Comp. L. 71 (1997).

17 Véase en general, Robert Lingat, *The Classical Law of India*, Munshiram, Nueva Delhi (1993).

islámica¹⁸. Por el contrario, América Latina está justo en el medio entre el mundo occidental normalizado y hegemónico y el mundo oriental exótico y subalterno, argumentando a veces que su asimilación con Occidente es completa, a veces reclamando los beneficios y privilegios de la diferencia identitaria *contra* Occidente. A pesar del triunfo, al menos en nuestras mentes, del proyecto asimilacionista de América Latina, era claro que no por asimilados éramos iguales. Llegar a "igualarse" no significa lo mismo a ser "igual". A la asimilación subyace una dinámica de imitación, o como decían los filósofos clásicos griegos, de *mimesis*¹⁹. Desde Platón, sin embargo, la ontología occidental ha asumido, en perjuicio de nosotros, sempiternos imitadores, que el producto mimético o imitativo es una *reproducción* en la que el original pierde claridad y fuerza existencial. La caverna, en el mito platónico, se caracteriza por ser el mundo de la *mimesis* en el que tan sólo se copian los objetos del mundo *real* que se sitúan, literalmente, allá arriba bajo la luz del sol. Este envilecimiento de lo mimético contamina así los productos iusfilosóficos de América Latina: al comienzo de nuestra vida republicana, cuando nuestros ideales de derecho y estado imitaban cercanamente los de la República Francesa, éramos simplemente reproducciones imitativas de acontecimientos europeos. Y ahora, a comienzos del siglo XXI, cuando nuestros ideales de derecho y estado imitan cercanamente la "República comercial"²⁰ de los norteamericanos, nuestra iusfilosofía parece una pálida sombra de nuevos autores y argumentos. Éramos, en un principio, copias europeas y ahora, quizás, copias norteamericanas.

Los estudiantes latinoamericanos de iusteoría, por consiguiente, tienen la tendencia a conformar sus propios estudios y esfuerzos a la estructura que esta visión transnacional les permite. Dos caminos parecen abrirse: para *nosotros*, en primer lugar, es necesario ponerse al día, actualizar o estandarizar las lecturas y los proyectos intelectuales. Un ejemplo clarificará el asunto: yo pensaba, *antes* de viajar a Estados Unidos, que la obra de H.L.A. Hart era altamente innovadora y antiformalista (en comparación con la de Hans Kelsen) para simplemente descubrir que, en la academia norteamericana y en medio de un contexto de interpretación distinto y más "normalizado" de la obra de Hart, estas dos características que había encontrado en mis lecturas locales eran simplemente *equivocadas* (o al menos así lo juzgaban mis profesores). Opuesto a mi interpretación local (¿errónea?), la obra de Hart era un buen ejemplo de un cierto tipo de teoría

18 Véase en general, Noel J. Coulson, *Historia del derecho islámico*, Bellaterra, Barcelona (2000).

19 Platón, *República*, *passim*.

20 Stephen L. Elkin, *The Constitutional Theory of the Commercial Republic*, 69 Fordham L. Rev. 1933 (2001).

altamente formalista. Esto, de por sí, constituía (especialmente para algunas audiencias en el mundo norteamericano) una acusación contra esta teoría. Su influencia y su posicionamiento dentro del espectro de puntos de vista en la teoría legal contemporánea, eran también completamente diferentes a la visión local que nos habíamos formado de la misma: la obra de Hart no era tomada como un discurso particularmente crítico, como en principio lo pensé (y lo mismo ocurrió con otros miembros de mi cultura legal), sino que era considerada como una pieza fundamental diseñada para *restringir* o *moderar* las exageraciones de una escuela antiformalista de iusteoría denominada en los Estados Unidos "realismo jurídico". En ese orden de ideas, era claro que la obra de Hart tenía diferentes significados en distintos lugares: en un escenario iusteórico postrealista, la obra de Hart era usada como dique de contención; en un escenario iusteórico prerealista, como continúa siendo el latinoamericano, la obra de Hart tiene el claro potencial de acelerar y animar la crítica antiformalista del derecho.

El segundo camino abierto a los estudiantes latinoamericanos de la teoría del derecho es el siguiente: luego de ponerse al día en relación a las lecturas estandarizadas de iusteoría transnacional, se les concede ahora la *posibilidad* de participar en el debate transnacional, aunque con algunas restricciones. Por lo general su lugar dentro de una escuela es el de seguidores y promotores fieles de alguna iusteoría en la que se hayan matriculado por escogencia o por azar. Es fácil mostrar, por ejemplo, como muchas de las más genuinas e importantes contribuciones latinoamericanas a los estudios iusteóricos se ubican como continuaciones (si no meras repeticiones) de teorías transnacionales ya hiperestructuradas²¹. Por consiguiente, uno tiene la tendencia a pensar que la iusteoría mexicana ha estado muy preocupada con la recepción, y en ocasiones, con el mejoramiento y refinación de la

21 Más adelante mostraré que a lo largo del siglo XX los juriconsultos locales estaban demasiado preocupados con tratar de interpretar *correctamente* a los autores internacionales y muy poco interesados en la conciencia jurídica efectiva que les rodea. La producción iusteórica reciente en Latinoamérica parece mantener esta orientación. Esto en sí mismo no es cuestionable. Pero a los juriconsultos locales todavía les hace falta tener éxito para ser reconocidos como actores con voz propia en el espacio transnacional de la teoría jurídica. Siguiendo esta tendencia véase, Fernando Atria, *Legal Reasoning and Legal Theory Revisited*, 18 *Law and Philosophy* 537 (1999) (Atria es profesor en la universidad de Talca, Chile); Hans Lindahl, *Authority and Representation*, *Law and Philosophy* (2000) (Lindahl, de ascendencia europea, estudió derecho en Bogotá, y ahora enseña en la universidad de Tilburg en Holanda); Rodolfo Arango, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Uniandes, Bogotá (1999) (Arango es profesor de derecho en la Universidad Nacional de Bogotá).

teoría pura de Hans Kelsen; de la misma manera, se podría también decir que la iusteoría argentina trabajó en el aclimatamiento y desarrollo del análisis y la lógica jurídicas, primero de manera informal, como se ve en los trabajos de Carrió y Nino²², hasta llegar a altos grados de formalización, como los de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin²³. Curiosamente, la dedicación local de la iusteoría Argentina tal vez sólo sea comparable con un enamoramiento analítico similar que se encuentra en la iusteoría polaca²⁴ o escandinava²⁵.

2. "SITIOS DE PRODUCCIÓN" Y "SITIOS DE RECEPCIÓN" EN LA TEORÍA TRANSNACIONAL DEL DERECHO (TTD)

Por razones de definición disciplinar hemos visto que es difícil particularizar el análisis iusteórico. La filosofía del derecho presenta un grueso blindaje frente a un posible asalto del perspectivismo teórico. De esta forma se genera la impresión que la filosofía y teorías del derecho son discursos abstractos de alcance global. En ese sentido, personas de Japón, Ghana, Grecia, Alemania o Colombia pueden participar sin mayores obstáculos en la discusión transnacional sobre un mismo canon de lecturas, autores y argumentos. Este campo intelectual transnacional en el que los iusteóricos nos hallamos inmersos podría denominarse *teoría transnacional del derecho* (a la que me referiré, de aquí en adelante, con las siglas TTD). Este concepto será muy importante para el resto del análisis. Con el mismo quiero definir un tipo de literatura, ideas y argumentos iusteóricos que cruzan las fronteras nacionales mucho más fácilmente que los libros y análisis de doctrina o comentario legal-positivo. La importancia de la TTD es hábilmente capturado por uno de los más importantes iusteóricos transnacionales, Hans Kelsen, cuando en la primera edición de su *Reine Rechtslehre* (1934) insiste en el hecho de que su obra no versa sobre un sistema legal específico sino sobre las bases teóricas de

22 Genaro Carrió, *Los conceptos jurídicos fundamentales de W.N. Hohfeld*. En *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1965), pp. 303-320; Carlos S. Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires (1980), pp. 63-100.

23 *Análisis lógico y derecho*, Centro de estudios constitucionales, Madrid (1991).

24 Jerzy Wroblewsky, *Meaning and Truth in Judicial Decision*. Jurídica, Helsinki (1979); Wroblewsky et al. (editores), *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht*, Duncker, Berlin (1985).

25 Véase en general, como una fiel expresión de la teoría analítica anunciada por Alf Ross, Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Marcial Pons, Barcelona (1998).

cualquier sistema legal posible. El concepto de TTD también está adecuadamente caracterizada por el iusteórico alemán Theodor Viehweg, para quien la teoría del derecho pertenece a las *ciencias internacionales* del derecho que pueden ser estudiadas por fuera del país donde se ejerce la profesión, en oposición a las *ciencias nacionales* que están exclusivamente conectadas con las dogmática, las reglas y las técnicas de un sistema legal nacional²⁶.

La TTD se produce comúnmente en un *lugar* que me gustaría caracterizar abstractamente como "sitio de producción"²⁷. Un sitio de producción parece ser un medio especial en donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho. Los sitios de producción están usualmente afincados en los círculos intelectuales e instituciones académicas de Estados-nación centrales y prestigiosos. Por consiguiente, los países centrales generan los productos más difundidos de TTD, productos que con el tiempo circulan por la periferia, para finalmente, venir a constituir globalmente el canon normalizado del campo.

Cuidadosamente examinadas, es patente que las iusteorías formadas en sitios de producción son también el producto de circunstancias políticas y sociales muy concretas. Sin embargo, su transplantabilidad global y su valor "general" y "objetivo" depende del hecho crucial de oscurecer o minimizar los contextos específicos en que dichas iusteorías se forjaron. Una posible razón que justifica la minimización de la contextualidad en que la iusteoría nace en los sitios de producción parece ser que en tales localidades los lectores de iusteoría leen o decodifican los textos en *ambientes hermenéuticos ricos*: en estos ambientes el lector posee acceso extratextual a un rico bagaje de información que comparte con el autor del argumento iusteórico aparentemente abstracto. Esta información extratextual, que completa la información tan sólo sugerida en los textos, se comparte entre autor y lector a partir de una experiencia social y jurídica, expresada particularmente en una comprensión común de la educación jurídica y de las prácticas, fuentes, instituciones, tradiciones y desafíos del derecho dentro de un mismo sistema jurídico. Este conocimiento

26 Theodor Viehweg, *Tópica y filosofía del derecho* 36-7 Gedisa, Barcelona, 1991.

27 Quiero insistir en que hay una distinción iusteórica relevante entre sitios de producción y sitios de recepción. Varios autores han trabajado ya las consecuencias para teoría del derecho que se derivan de la distinción entre "contextos de descubrimiento" y "contextos de justificación". Véase Christopher Norris, *Sociology of Knowledge*, en "Cultural and Critical Theory" Michael Payne (editor), Blackwell, Oxford, (1996). La misma distinción ha sido ampliamente usada por Martin Golding, *Jurisprudence and Philosophy in Twentieth Century American: Mejor Themes and Developments* 36 J. Legal Educ. 441 (1986).

presupuesto entre autor y lectores en sitios de producción permite un doble proceso: los argumentos iusteóricos presuponen un contexto material (problemas o preocupaciones sociales, doctrinarios, económicos específicos que influyen en el autor), pero en la medida en que ese contexto se supone culturalmente alcanzable por el lector en el sitio de producción a partir de algunas pocas trazas escriturales específicas se termina por suponer que el lector terminará haciendo una lectura correcta, o por lo menos normalizada de la iusteoría que se le ofrece.

La contracara de los *sitios de producción* son los *sitios de recepción*. Dentro de un sitio de recepción, por lo general, la iusteoría producida allí ya no tiene la persuasividad y circulación amplia de la TTD, sino que, por el contrario, uno estaría tentado a hablar mejor de iusteoría "local", "regional", "particular" o "comparada"²⁸. Con estos nombres quiero hacer referencia a los conceptos o sistemas iusteóricos particulares que dominan en países periféricos o semiperiféricos²⁹. En teoría del derecho, como en muchas otras áreas de derecho, estos países transplantan o usan ideas originadas en jurisdicciones prestigiosas. Estas jurisdicciones prestigiosas, según los comparativistas, son las figuras parentales de las *familias jurídicas*. Las jurisdicciones periféricas son los *hijos* de las familias, y su misión, como en las familias humanas, es aprender mediante *mimesis* de sus padres. En los sitios de recepción la actividad de lectura de la iusteoría se realiza en medio de *ambientes hermenéuticos pobres*. Con esto quiero decir que el autor y sus lectores periféricos comparten muy poca información contextual acerca de las estructuras

28 Una de las pocas disciplinas jurídicas en donde América Latina ha hecho un aporte aún no exotizado por la academia internacional es en derecho internacional. La temprana liberación de las colonias de España en el siglo XIX ayudó a crear un sistema de estados en los que se creó una costumbre de alcance regional. Esta costumbre regional tiene cierto prestigio en el discurso jurídico internacional. Véase Lilliana Obregón, *Latin American International Law*, Tesis Doctoral, Harvard Law School, 2002.

29 Tomo este concepto de la teoría del "sistema-mundo". Véase en general Thomas Shannon, *An Introduction to World-System Perspectives*, 2ª edición, Westview (1996). Esta terminología ha sido usada por Boaventura de Sousa Santos. Su obra, sin embargo, es usualmente clasificada como "sociología del derecho" y no como teoría jurídica. Para que algo sea considerado teoría jurídica debe conformarse a ciertos criterios de abstracción. La ubicación particular de un texto (y muy en especial si esa ubicación es periférica) lo relega al discurso descriptivo, nunca normativo. Yo creo, de otra parte, que hay mucho más que sociología del derecho en las iusteorías locales. En la iusteoría local periférica existe un auténtico conocimiento acerca de la naturaleza general del derecho del cual pueden beneficiarse personas en otros sitios. Véase Boaventura de Sousa Santos, *De la mano de Alicia*, Uniandes, Bogotá, pp. 373-454.

jurídicas subyacentes o las coyunturas políticas o intelectuales específicas en las que nació el discurso iusteórico. Esta invisibilidad de una rica información contextual y material refuerza, por lo menos para el lector periférico, la apariencia de que la filosofía del derecho es una reflexión abstracta sobre la naturaleza de cualquier sistema legal posible. Sin embargo, cuando confronta su lectura con la obtenida en *ambientes hermenéuticos ricos* recibe la descorazonadora noticia que su comprensión es subestándar.

La actividad de transplantar, leer y usar literatura académica en el mundo periférico o semiperiférico ha llamado la atención reciente en las ciencias sociales. El viejo modelo que anticipaba que la teoría de las disciplinas sociales era una, objetiva y universal ha empezado a ceder frente a la idea, contrapuesta, de que no existe un solo canon teórico en todos los lugares. Las ideas sufren cambios en el viaje y esos cambios son fundamentales para explicar la diversidad en la fundamentación de las creencias y prácticas de distintos actores sociales. Frente al modelo que predice la convergencia y homogeneidad del *corpus* universal de teoría (en filosofía, en sociología, en derecho), se abre paso una actitud que subraya las divergencias mutantes de teoría particulares y heterogéneas. Parece existir una creciente certeza de que las particularidades nacionales o regionales sí impactan la construcción académica de discursos en formas que el antiguo universalismo no podría aceptar ni prever.

Esta posibilidad de una teoría social mutante y difusa abre la pregunta de cómo y por qué se originan las mutaciones en el trasplante teórico. Por regla general se responde la cuestión afirmando, en estrecha conexión con la biología, que el trasplante de teoría a nuevos lugares implica la inserción de la teoría transplantada en nuevos ambientes o contextos. Se dice que los nuevos ambientes son los responsables de las mutaciones ya que la teoría transplantada produce respuestas adaptativas frente a las nuevas condiciones. Pero aunque parezca relativamente claro hablar de nuevos "ambientes", "contextos" y "adaptaciones" en biología, estos conceptos se muestran mucho más ambiguos con relación al trasplante iusteórico. Mientras que las adaptaciones biológicas parecen tener un principio autónomo de mutación, las ideas, por el contrario, no cambian orgánicamente. Su trasplante responde a agendas humanas más o menos conscientes y es de esas agendas humanas de donde las ideas o conceptos reciben sus mutaciones.

En la literatura que explora la lectura contextual de teorías y las mutaciones teóricas por razón de trasplante, me parece que existen dos posibles caminos explicativos del papel de los nuevos "ambientes" en la mutación teórica: de un lado, existe la posibilidad de hacer una comprensión institucional y material del viaje teórico de acuerdo con el cual las modificaciones de la teoría transplantada

son generadas por su implementación dentro de nuevas estructuras institucionales y por actores sociales diferentes que no son idénticos a los que produjeron las teorías en el sitio de producción³⁰. Según esta forma de ver las cosas, por ejemplo, el trasplante de ideas liberales en América Latina estaría condicionado por la existencia de estructuras sociales patrimonialistas, clientelares y antiindividualistas que, por fuerza, generaron una mutación en la comprensión local del liberalismo³¹. Por otro lado, hay una comprensión del *viaje teórico* que hace énfasis en el hecho de que los nuevos ambientes para la teoría transplantada no están en realidad primariamente conformados por arreglos institucionales o materiales (reales) sino por redes (culturales) de textos, ideas e imaginarios compartidos por quienes hacen el trasplante. Este entendimiento del contexto es cultural e intertextual en vez de ser sociopolítico y material, como parecería sugerir el primer modelo. El último modelo está, entonces, más preocupado con el impacto de teorías transplantadas en redes de conciencia construida, tal como se expresa en nociones contemporáneas de crítica literaria tales como la intertextualidad o el dialogismo³². De esta forma, la mutación local que se hizo de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen no obedece a características sociológicas de la población colombiana o de la profesión jurídica, sino al dominio teórico previo que concentró, desde la expedición de los códigos nacionales, el positivismo jurídico francés del siglo XIX.

Estos dos modelos esbozan dos mecanismos distintos mediante los cuales se hace el trasplante teórico. En el primero, mi concepto de "sitio de recepción" se inclina hacia una formación social específica en que las teorías mutan. En el segundo, la idea de "sitio de recepción" parece señalar a una red intertextual donde

30 Ver en general Kathryn Sikkink, *Ideas and Institutions: Developmentalism in Brazil and Argentina* Cornell, Ithaca (1991); Peter Hall (ed.), *The Political Power of Economic Ideas: Keynesianism across Nations*, Princeton, New Jersey (1989); Peter Wagner, Carol Hirschon Weiss, Björn Wittrock and Hellmut Wollman (eds.) *Social Sciences and Modern States: National Experiences and Theoretical Crossroads*, Cambridge University Press, Cambridge (1991).

31 Las ideas originales pueden verse, por ejemplo, en Max Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Península, Barcelona, 1979; la recepción local está en Alfonso López M., *La estirpe calvinista de nuestras instituciones políticas*, Tercer Mundo, Bogotá (1966).

32 Mi inspiración general se encuentra en tres autores: Leopoldo Zea, *La filosofía americana como filosofía sin más* 9-43, Siglo XXI, México (1969); Mikhail M. Bakhtin, *The Dialogic Imagination*, 84-258, University of Texas Press, Austin (1981); Harold Bloom, *A Map of Misreading*, Oxford University Press, Oxford, (1995); Harold Bloom, *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry*, 2nd ed., Oxford University Press, Oxford (1997).

nuevas ideas o teorías sufran modificaciones dentro de la esfera discursiva. La primera es, si se quiere, una teoría materialista de la mutación eidética, mientras la segunda es una teoría culturalista de ese mismo fenómeno. Lo primero, por regla general, es parte de estudios de historia social o sociología, mientras lo segundo es, con mayor frecuencia, parte de estudios de historia de las ideas o de teoría general de la disciplina, sin más. Me parece importante, a esta altura, señalar provisionalmente bajo qué modelo de viaje teórico voy a estructurar las reflexiones que siguen.

Antes de decidir, quiero sin embargo presentar un argumento que tendrá peso decisivo en el modelo a adoptar: la selección entre estos modelos determina si los estudios teóricos realizados en sitios periféricos o subordinados pueden ser propiamente considerados como "teoría del derecho" o si, de acuerdo con la práctica actual, siguen siendo relegados y marginalizados como ejemplos de historia intelectual o de sociología jurídica o del conocimiento. Al escoger entre los modelos "materialista" y "cultural" del viaje teórico, es importante tener en cuenta que ninguno de las dos es correcto en términos absolutos cuando se le compara con el otro. Ambos modelos sugieren caminos plausibles de investigación; en ese sentido, ambos modelos son correctos, dependiendo de la meta fijada y del campo académico al que pretendan contribuir. De reciente, como puse de relieve, ha aparecido una literatura en las ciencias sociales que se ha concentrado en el impacto de la particularidad local sobre la teoría transnacional. Este tipo de literatura está todavía muy lejos de ser dominante, pero ya muestra un claro distanciamiento respecto del valor incondicional y universal de la teoría social, o en nuestro caso, de la TTD. Al repasar esta literatura, sin embargo, es fácil mostrar que estos esfuerzos recientes por explicar los trasplantes y viajes teóricos han sido ejecutados privilegiando el modelo que llamé "materialista". Según esta explicación de viaje teórico, las teorías transnacionales interactúan con nuevas circunstancias materiales, tales como instituciones, *mores* o actores locales. Esta escogencia ha creado, sin embargo, varios obstáculos insuperables para los investigadores semiperiféricos que aún pretenden contribuir a discursos de fuerte inclinación normativa (como es el caso de la filosofía y teoría del derecho). En especial, esta predilección por la lectura materialista del viaje teórico ha tendido a subestimar la importancia de las teorías locales o particulares: como se estudian en función de la reacción entre ideas viajantes y grupos e instituciones sociales, se crea la firme impresión que pertenecen a discursos meramente descriptivos, como la sociología, la antropología y la historia de las mentalidades y de las ideas, desechándose por esa vía el valor autónomo que como *teoría* pudieran tener. Por esa razón, los estudios del desarrollo de las ideas iusteóricas en sitios de producción son naturalmente presentados como filosofía o teoría del derecho; ese mismo desarrollo,

para el caso de países periféricos *receptores*, es presentado, con igual naturalidad, como antropología, sociología o historia del derecho y sus ideas.

Estas consideraciones me dan ya un punto de partida firme para poner sobre la mesa mis propias opciones metodológicas: considero sospechoso el dato según el cual la teoría del derecho tiene un *menor* desarrollo en América Latina si se compara con países centrales y prestigiosos. Ello no puede ser así porque la existencia de un derecho formalizado exige la estructuración, así sea implícita, de un conjunto de ideas operativas sobre cómo funciona y para qué sirve ese sistema jurídico. Es posible que haya diferencias de grado en la formación de una conciencia académica explícita alrededor del tema: es posible que la iusteoría, como género explícito de enseñanza, investigación y escritura, tenga menor desarrollo. Pero de ahí no se sigue que no exista un desarrollo muy detallado e incluso sistemático de planteamientos iusteóricos en sistemas jurídicos periféricos. Los textos allí producidos, las teorías viajantes allí transplantadas, aparecerán con claridad en los productos escriturales que allí se encuentran, bien sea libros dogmáticos, sentencias, memoriales, etc., si es que acaso el género específicamente iusteórico escasea. Estos materiales serán legitimamente iusfilosóficos si el análisis textual intenta extraer su potencial rendimiento teórico.

La lectura materialista de estos mismos textos, por otra parte, nos desplaza hacia un entendimiento sociológico, histórico, antropológico o meramente dogmático de las ideas. Este tipo de investigación es, por supuesto, importante y legítimo³³. Sin embargo, una tradición de pensamiento jurídico en la que (i) las ideas jurídicas son apenas momentos o etapas históricas o sociológicas, unido al hecho (ii) de considerar dichas ideas como una mera extensión de la iusteoría europea o global, ha finalmente generado una devaluada práctica jurídica regional en la que se supone que no existe ninguna teoría o reflexión valiosas. Este resultado, en sus propios términos, es en verdad muy extraño. La prevalencia de estudios basados en contextos materiales o institucionales de ideas impide una participación genuina de académicos periféricos en el debate propiamente iusteórico ya que los sitúa en los márgenes del tema.

33 Hay una creciente literatura de estudios locales en Colombia que exploran este punto de vista. Ver Jaime Jaramillo, *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Planeta, Bogotá (1996); Emilio Quevedo (ed.), *Historia social de las ciencias en Colombia: fundamentos teórico-metodológicos*, Colciencias, Bogotá (1993); Salomón Kalmanovitz et al (eds.), *Historia social de la ciencia en Colombia: Ciencias Sociales*, Colciencias, Bogotá (1993); Francisco Leal y Germán Rey, *Discurso y razón: Una historia de las ciencias sociales en Colombia*, Uniaandes, Bogotá (2000).

3. ORIGINALIDAD, INFLUENCIA, COPIA Y TRANSMUTACIÓN EN LA TEORÍA DEL DERECHO

3.1. La constitución de una filosofía del derecho transnacional y euro-latinoamericana. La transmutación de las teorías transplantadas

Al distinguir entre sitios de producción y de recepción de teorías se abre un interesante *espacio* para la reconstrucción de la reflexión iusteórica. La forma tradicional de describir esta distancia entre productor y receptor ha sido la de distinguir jerárquicamente entre ellos: al productor o autor se le reconoce la originalidad de la creación; al receptor, lector o imitador se le otorga, en cambio, un papel pasivo mediante las palabras, con frecuencia peyorativas, de "influencia" o "imitación". Es importante notar cómo estas nociones reiteran la jerarquía implícita entre sitios de producción (jurisdicciones de países centrales) y sitios de recepción (jurisdicciones de países periféricos). Conviene ahora examinar algunos de estos conceptos.

La *influencia* es, primero, una herramienta utilizada en historia de las ideas que se concentra en el conjunto de lecturas que una nación, autor o cultura ha hecho y que marca, a su vez, el estilo en que este receptor se expresa. Sin embargo, el concepto de "influencia" (a veces análogo al de "transplante" que se utiliza en derecho comparado) simplifica exageradamente el análisis: se observa con frecuencia que si se descubre una "influencia" se permite dejar de hablar acerca del objeto directo de interés (lo influenciado) para proseguir examinando su fuente (lo influyente). Con esta sencilla esquematización, la teoría jurídica latinoamericana es fácilmente descartada y clasificada como un subproducto de las iusteorías nacidas en otras tradiciones. Así como en derecho comparado se predica la influencia que el sistema legal latinoamericano ha recibido del nor-atlántico, así también, su iusteoría parece ser un fenómeno dependiente de elaboraciones surgidas en otros lugares. Si se le compara con otros sitios periféricos de recepción, América Latina parece ser uno de los sitios iusfilosóficos menos interesantes ya que es considerado como un mero apéndice del pensamiento jurídico europeo. Con la noción de *influencia* también aparecen los conceptos de *escuela* y *discípulo*. Un maestro, el originador, posee ideas poderosas que, por vía de influencia son aceptadas por discípulos dentro de una "escuela". Todo este lenguaje metafórico, proveniente del taller artesanal, fue importado a las dinámicas intelectuales de difusión e influencia. En ese orden de ideas, la iusteoría latinoamericana puede ser descrita como la influencia que la TTD ha tenido en la región. El resultado ha sido la formación, por parte de *discípulos*, de *escuelas* locales que pretenden, no

tanto transformar una doctrina como defenderla y aplicarla a sistemas legales que se presumen convergentes con los sitios de producción de la teoría³⁴. Para los discípulos periféricos las opciones son más bien estrechas: pueden, primero, reproducir la obra original, tratando de mostrar una comprensión estándar de su significado y direccionalidad. En esta forma de recepción se evidencia aplicación, pero no originalidad. Esta opción es difícil de ejecutar luego de realizado el transplante teórico dada la distancia que siempre existe entre sitios de producción y sitios de recepción. En segundo lugar, el receptor periférico puede producir, y éste termina siendo el escenario más común, una lectura subestándar de la obra original: realiza una *mala lectura* o *transmutación* que exige corrección y estandarización. Esta forma de barbarización del conocimiento se expresa en lecturas locales *vulgares* que se distancian del *verdadero* significado del autor. Baste con mencionar, para efectos de ilustración, la relación tormentosa de crítica y afecto que se siente hacia las *vulgatas* locales de Karl Marx y Hans Kelsen. Finalmente, está el camino de acceso a la originalidad, esto es, la participación activa en la producción iusteórica, ya sea dentro de una escuela o por fuera de las mismas, como fundador de un movimiento autónomo. Este camino de la originalidad, en cualquiera de sus dos formas, es raramente reconocido a iusfilósofos latinoamericanos que son sistemáticamente clasificados como discípulos de escuela, y aún peor, como vulgarizadores (transmutadores) de ideas.

Una forma privilegiada de develar la estructura epistemológica y política con la que se va creando una TTD consiste en analizar la publicación, entre 1945 y 1970, de la *20th Century Legal Philosophy Series*, por parte de Harvard University Press. El objetivo de la serie, que alcanzó a publicar ocho volúmenes, era desensibilizar a la cultura iusteórica estadounidense de su reconocido parroquialismo mediante la selección y traducción al inglés de la teoría del derecho que estaba siendo producida en otras partes del mundo. La serie constituye, en ese sentido, un claro esfuerzo de "internacionalizar" la filosofía del derecho, muy en consonancia con el clima general prevaleciente después de la segunda guerra mundial. La serie, por esas razones, constituye un laboratorio excelente para examinar la formación de una filosofía internacional del derecho (TTD), al tiempo que revela con claridad el funcionamiento interno de los conceptos de "influencia" y "transplante teórico". La publicación de esta colección es tanto más reveladora si se considera que el tercer volumen de la serie fue dedicado a la filosofía legal latinoamericana

34 Kelsen y Hart han sido "maestros" de las dos más importantes escuelas en la región, especialmente la escuela positivista mexicana y la escuela analítica Argentina. A pesar de la evidente proximidad teórica de Kelsen y Hart en la TTD, parecen ser enemigos mortales en la iusteoría regional.

en un libro del mismo nombre, *Latin American Legal Philosophy*, editado por Josef Laurenz Kunz, profesor de la Universidad de Toledo (Ohio, Estados Unidos) y discípulo de Hans Kelsen³⁵. Los otros volúmenes de la serie, por contraste, están exclusivamente destinados a explorar el significado de ideas iusfilosóficas europeas. El tomo sobre América Latina es excepcional al ser el único que intenta dar cuenta de las ideas iusfilosóficas dominantes en países periféricos³⁶. Pero, como será evidente en el análisis subsiguiente, el propósito final es mostrar cómo América Latina es una extensión clara del proyecto civilizatorio de Occidente, y en particular, de su concepción de juridicidad. Esta afiliación era asaz importante precisamente en la segunda posguerra, ya que la pretendida convergencia iusteórica facilitaba el proyecto de un derecho mundial que se desprendía de los nuevos desarrollos en derecho internacional y la creación de la ONU. La introducción al volumen sobre iusfilosofía latinoamericana contrasta notablemente con los que se dedican, por ejemplo, a Kelsen (volumen I)³⁷, a la jurisprudencia alemana de intereses (volumen II)³⁸, a la iusfilosofía de Lask, Radbruch y Dabin (volumen IV)³⁹, a la teoría soviética del derecho (volumen V)⁴⁰, a la traducción de los pasajes de interés iusteórico de *Wirtschaft und Gesellschaft* de Max Weber (volumen VI)⁴¹, al libro de Petrazycki sobre la relación entre derecho y moral (volumen VII)⁴², o, finalmente, a la escuela institucionalista francesa (volumen VIII)⁴³. En las introducciones a estos libros se tiene la impresión de estar lidiando con tradiciones iusteóricas autónomas, complejas y altamente transformadoras de la cultura jurídica local. Esas escuelas son así el producto de procesos endógenos de evolución teórica, firmemente asentadas y con vocación de influir sobre la

- 35 Kunz publica otro libro dedicado al tema, *Latin-American Philosophy of Law in the Twentieth Century*, Inter-American Law Institute, Nueva York (1950).
- 36 Junto con la latinoamericana, hay sólo otro ejemplo de una iusteoría "exótica": En 1951 se publica un volumen dedicado a la iusteoría soviética: Hugh Babb (traductor), *Soviet Legal Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (1951). En la guerra fría, sin embargo, la teoría soviética del derecho no puede ser considerada como "periférica".
- 37 Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (1945).
- 38 Magdalena Schoch (editora), *The Jurisprudence of Interests*, Harvard University Press, Cambridge (1948).
- 39 Kurt Wilk (editor), *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, Harvard University Press, Cambridge (1951).
- 40 Hugh Babb, *Soviet Legal Philosophy*, Harvard University Press, Cambridge (1951).
- 41 Max Rheinstein (editor), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Harvard University Press, Cambridge (1954).
- 42 León Petrazycki, *Law and Morality*, Harvard University Press, Cambridge (1955).
- 43 Albert Broderick (editor), *The French Institutionalists*, Harvard University Press, Cambridge (1970).

práctica cotidiana del derecho. Frente a estas tradiciones *fuertes*, los estadounidenses demuestran curiosidad de aprender y subrayan, ante todo, la diferencia y la originalidad con la iusteoría extranjera. En el volumen sobre América Latina, en cambio, el énfasis es puesto, no tanto en la autonomía, diferencia y originalidad, sino en la continuidad e influencia que los criollos exhiben respecto de los europeos. Por eso, América Latina y sus autores, aunque tratados con respecto, son una tradición iusteórica *débil*, en la que el mérito consiste, precisamente, en el mimetismo y la alineación con lo europeo. Igualmente notable es el alto nivel de abstracción de la iusfilosofía latinoamericana, verdaderas reflexiones profesoras que, a diferencia de sus contrapartes europeas, se ubican a gran distancia de las preocupaciones corrientes de la práctica profesional.

Resulta ilustrativo analizar la introducción que Joseph Kunz escribe para el referido volumen *Latin American Legal Philosophy* de 1948. El texto comienza citando a un jurisconsulto y comparativista latinoamericano, Enrique Martínez Paz, quien acepta que "en todas las naciones latinoamericanas, el pensamiento jurídico filosófico ha seguido en su evolución, aunque con cierta tardanza, el ritmo del pensamiento europeo continental"⁴⁴. La iusfilosofía, así entendida, es una empresa conjunta, universal, que se encamina progresivamente hacia la revelación de la esencia del derecho. Algunos, sin embargo, por estar ubicados en regiones periféricas del mundo, parecen empeñarse en reinventar la rueda con cierta tardanza⁴⁵. Luego de establecer esta premisa de continuidad teórica, el texto de Kunz es una presentación de los principales tópicos de iusfilosofía latinoamericana en la primera mitad del siglo XX. Esta presentación nos ayudará a definir el cambio de enfoque que yo quisiera proponer para la iusfilosofía latinoamericana. En especial, la introducción de Kunz saca a la superficie las condiciones de posibilidad de iusteorías locales y periféricas dentro de la estructura cognitiva de la TTD en boga a mediados del siglo XX.

La primera y muy importante caracterización que hace la introducción de Kunz es que la iusfilosofía latinoamericana no es, en ningún sentido de la palabra, *propriamente* latinoamericana. El pensamiento jurídico en la región pertenece a

- 44 Joseph Kunz (editor), *Latin American Legal Philosophy*, 20th Century legal philosophy series, Vol. III. Harvard University Press, Cambridge p. xix [en adelante Kunz, *Latin American Legal Philosophy*].
- 45 Ver Bloom, Harold, *A Map of Misreading*, Oxford University Press, Oxford (1995). En este libro Bloom resalta la relevancia del 'atraso' y del 'llegar tarde' en la dinámica de la influencia poética. Como mostraré *infra*, la grilla de análisis de Bloom ofrece una mirada profunda y útil a la cuestión general de la influencia en la iusfilosofía.

una comunidad más amplia de pensamiento europeo⁴⁶, por lo menos de dos maneras: por un lado, la iusfilosofía local puede ser esquematizada y periodizada en fases que son una mera proyección de los esquemas y períodos propios del pensamiento europeo; por el otro, la iusfilosofía local responde al predicamento general del "hombre moderno", quien termina siendo, una vez más, una proyección de la crisis de la modernidad que el pensamiento europeo estaba entonces comenzando a articular en el período de entreguerras tal y como lo describió en su momento la fenomenología husserliana⁴⁷. A continuación examino en mayor detalle esta doble proyección.

En primer lugar, Kunz ofrece una periodización del pensamiento iusfilosófico latinoamericano que está claramente marcada, no por eventos o circunstancias propias de la región, sino por el marco de referencia de la filosofía general europea. La periodización resultante es extraña; la sincronía es difícil de comprender, incluso para latinoamericanos que acepten sin objeción el proyecto de asimilación regional a Europa. De acuerdo con Kunz, "en el período colonial de Latinoamérica, la filosofía escolástica prevaleció. Después del comienzo de la independencia, la influencia francesa fue esencial en toda Latinoamérica. Esto significó, en la filosofía del derecho, la predominancia del derecho natural francés del siglo XVIII"⁴⁸. Justo después de esta época de iusnaturalismo, "los pensadores latinoamericanos trataron de destruir las doctrinas teológicas y metafísicas y, para lograr este fin, hicieron uso de Herbert Spencer y, especialmente, de Augusto Comte". Este período que abarca de 1870 hasta 1925 estuvo dominado "por un positivismo agnóstico, desdén por la metafísica, hostilidad hacia el derecho natural, repudio de la especulación metafísica por su carácter acientífico, y por el creciente prestigio de las ciencias naturales". Después de 1925, el dominio de la filosofía de Comte comenzó a desvanecerse, siguiendo nuevamente los sucesos europeos: "La situación actual —diagnostica Kunz en 1948— se caracteriza por el hecho de que la filosofía general y la filosofía del derecho latinoamericanas han seguido de nuevo el ritmo del pensamiento europeo continental, especialmente un desarrollo dual de la filosofía y la jurisprudencia alemana y austriaca". Este "desarrollo dual" se

46 La misma comunidad es subrayada por J. Mayda cuando hace el mapa de los diferentes usos de la palabra "jurisprudencia" en pensamiento legal. Mencionando al juriconsulto brasileño Miguel Reale, Mayda habla de ideas legales "formuladas en el contexto de la tradición europeo-latinoamericana." Jaro Mayda, *François Geny and Modern Jurisprudence*, Louisiana University Press, Baton Rouge (1978), p. 109.

47 Una lectura husserliana de las faenas de la teoría jurídica, una lectura de la razón en crisis en América Latina se manifiesta, por ejemplo, en el trabajo del colombiano Luis E. Nieto Arteta, *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*, Universidad Bolivariana, Medellín (1941). Ver *infra* capítulo 5, sección 4.1.

48 Kunz Joseph, *Latin American Legal Philosophy*, *supra*, nota 16, en xix.

refiere, según Kunz, al trasplante jurisprudencial del neokantianismo de Marburgo⁴⁹, en primer lugar, y enseguida, de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen⁵⁰. A partir de la preponderancia regional de este desarrollo dual, el volumen editado por Kunz pretendía dar una visión global del pensamiento legal de vanguardia en la región. Por tal razón, el libro es una vitrina de autores latinoamericanos para el naciente mercado estadounidense de TTD. Los autores escogidos son un español, Luis Recasens Siches; un argentino, Carlos Cossio; un mexicano, Eduardo García Maynes; y por último, un uruguayo, Juan Llambías de Azevedo. Aunque la hegemonía de Kelsen era obvia en todos estos autores, también era cierto que ellos estaban transplantando hacia la región otros tipos de filosofía académica contemporánea, a saber, la fenomenología (Husserl)⁵¹ y el existencialismo (Heidegger). Esta marcada influencia tanto de la filosofía como de la iusfilosofía germánicas genera la ficción de un espacio transnacional en el que el comentarista local puede divagar libremente en compañía de sus colegas europeos: "Puesto que la filosofía del derecho de los autores arriba citados acepta, en distinto grado, las filosofías de Husserl, Scheler, Hartman, Dilthey, Heidegger y Ortega y Gasset, es pertinente considerar el estatus de estas filosofías"⁵². La voz de los influenciados deja de hablar por sí misma, y los influyentes retoman la prioridad: "Es el movimiento fenomenológico el que inspira la mayor parte de la jurisprudencia latinoamericana. Por consiguiente sería de ayuda describir brevemente ciertas características destacadas de la filosofía fenomenológica ya que los escritos presentados en este volumen están muy relacionados con ella (...)"⁵³. Mediante este expediente, Kunz crea una comunidad intelectual imaginada y América Latina ahora se mueve imaginariamente hasta el corazón mismo de la discusión intelectual en Europa: entender la jurisprudencia local coincide con la comprensión del neokantianismo de Marburgo o la fenomenología de Husserl. Se forma así una tradición iusteórica europeo-latinoamericana.

La introducción de Kunz, coherente con sus presupuestos, describe con mayor cuidado a los influyentes europeos que a los influenciados americanos, no

49 "El mismo movimiento [como el de Europa] contra el positivismo y hacia el neokantianismo, tuvo lugar en la jurisprudencia latinoamericana". *Ibidem* en xx.

50 "Pero la mayor influencia en la teoría latinoamericana del derecho la ejerce en la actualidad Hans Kelsen". *Ibidem* en xxi.

51 "La fenomenología juega un papel importante en la filosofía del derecho contemporánea en América Latina, y más aún como consecuencia del hecho de que las teorías de valores y la filosofía de la vida dominantes han sido desarrolladas fenomenológicamente". *Id.* en xxiii.

52 Ver *Id.* en xxxv.

53 Ver *Id.* en xxii (énfasis añadido).

obstante que el objetivo explícito del libro fuese dar a conocer en los Estados Unidos el trabajo de punta de la filosofía latinoamericana del derecho. Los cuatro autores locales escogidos son así reducidos a meras extensiones de maestros europeos: "La filosofía de la vida, especialmente en las ideas de Ortega y Gasset, es básica en la filosofía del derecho de Recaséns (*sic*) Siches. El existencialismo de Heidegger y específicamente, su concepto de "temporalidad", es uno de los cimientos de la 'teoría egológica del derecho' de Cossio"⁵⁴. A renglón seguido el lector se entera que los argumentos de García Maynez son "exactamente el razonamiento de Verdross, y, como Verdross, García Maynez es inevitablemente llevado por él hacia el derecho natural"⁵⁵. En el caso de Llambías de Azevedo, "el autor es un seguidor cercano de Scheler y Hartmann", pero "él no lleva a cabo una verdadera investigación fenomenológica en el sentido de Husserl." La influencia europea en la jurisprudencia local constituye su nota central: "Las ideas de Husserl, Scheler y Hartman son, en palabras de los propios autores, aceptadas como los presupuestos básicos de sus ensayos"⁵⁶.

Cómo un segundo medio de generar la comunidad que se necesita para formar la TTD, Kunz afirma que, respecto a su propósito intelectual y político, "es como hombres modernos de la cultura cristiana occidental en este período histórico que los filósofos latinoamericanos del derecho aceptan estas filosofías"⁵⁷ europeas. Este "período histórico", de acuerdo a Kunz, está marcado por "una época de inmensa crisis para la totalidad de la civilización cristiana occidental. 'La historia de la axiología moderna' dice Wilbur M. Urban, 'es en cierta forma la historia de una cultura —la cultura europea— luchando por su vida'"⁵⁸. Esta crisis de la "cultura europea" que igualmente sufren los latinoamericanos está conformada por la transformación de los valores, por la destrucción de la fe en el progreso y la ciencia, por los cambios que la tecnología ha llevado a cabo, por la debilidad que la burguesía siente ahora frente a las ideas liberales que antaño parecían ser muy fuertes, por nuevas guerras de una magnitud nunca antes imaginada, e, incluso, por la permanente amenaza de la bomba atómica. Todas estas circunstancias afectan a la comunidad de una América Latina europea, cristiana y civilizada. Esta es una forma de aceptar que el trabajo de la iusfilosofía está enraizado en las circunstancias materiales de la vida. Sin embargo, este enraizamiento es en ver-

54 Ver *id.* en xxv.

55 Ver *id.* en xxxiv (énfasis añadido).

56 Ver *id.* en xxxiii (énfasis añadido).

57 Ver *id.* en xxxvi.

58 Ver *id.* en xxxvi.

dad extraño e imaginario, un producto de una creciente comunidad de pensadores iusfilosóficos, todos interesados en convergir entorno a una TTD de alcance europeo-latinoamericano. Latinoamérica parece estar respondiendo con las mismas teorías y a los mismos retos que el hombre europeo vive después de la Segunda Guerra Mundial. El latinoamericano y su derecho, según esta imagen, se encuentran en crisis luego de la Segunda Guerra Mundial.

Otra importante característica de esta continuidad imaginada de pensamiento iusfilosófico entre Europa y América Latina tiene que ver con el hecho de que la teoría del derecho se concibe como la actividad erudita de estudiosos filosóficos que reflexionan sobre el derecho en condiciones de extrema abstracción y lejanía de la práctica diaria del derecho. En este sentido, la filosofía del derecho latinoamericana contrasta notablemente, por su abstracción y academicismo, con la producción análoga que se hace en la TTD de la época: piénsese, por ejemplo, en el típico *Freirechtler* alemán⁵⁹, o en el institucionalista francés, ambos dispuestos a desarrollar una *jurisprudencia aplicada*, con altos niveles de rendimiento práctico. La periodización iusfilosófica que Kunz hace para América Latina puede que haya sido verdadera en las bibliotecas personales de ciertos iusfilósofos y profesores de derecho, pero carece de sentido para los circuitos efectivos que conforman el derecho en su práctica diaria. En la descripción de Kunz, una iusfilosofía local está constituida *exclusivamente* por la alta teoría de eruditos y no por las ideas que han penetrado en la profesión legal (a la que quisiera denominar "*jurisprudencia o teoría pop*")⁶⁰. La alta teoría, tal como la practican muchos juriscultores latinoamericanos, es principalmente "teoría de teóricos", *i.e.*, el ejercicio de involucrarse "en polémicas teóricas que lo poco que consiguen es alimentar un metadiscurso perpetuo, autoreferencial y a menudo vacío sobre conceptos tratados como tótemes intelectuales"⁶¹. Los iusteóricos de "alta teoría" a menudo piensan en un modo de "discurso profético o programático que se origina en la disecación o la amalgama de otras teorías con el único propósito de confrontar otras 'teorías de teóricos' puras"⁶². Esta dirección, hacia el predominio en la filosofía del derecho de la "alta teoría", es necesaria para crear la comunidad internacional de pensamiento que se estructura en torno a la TTD. Para la TTD sería mucho más

59 Véase al respecto, Albert Foulkes, *On the German Free Law School (Freirechtsschule)*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (1969).

60 Desarrollaré más adelante de manera más detallada la distinción entre "alta teoría" y "teoría pop". Ver *infra* éste y el siguiente capítulos.

61 Tomo la expresión "teoría de teórico" de Bourdieu y Wacquant, *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago University Press, Chicago (1991), p. 161.

62 *Ibid.*

difícil formar un campo transnacional de filosofía jurídica si, en vez de teoría de teóricos, se examinara a profundidad las convicciones iusteóricas efectivas dominantes en una comunidad jurídica realmente existente. En ese sentido, si la verdadera misión de la filosofía del derecho fuera la de explorar la "jurisprudencia pop" de una jurisdicción, la TTD no se entendería como una actividad universal sobre la definición del derecho. La jurisprudencia pop⁶³, con su

63 La "jurisprudencia pop" es mi propia manera de recrear una forma de ver la jurisprudencia que tiene una clara arqueología que no he explicado en el texto. Brevemente haré en esta nota un recuento de los estratos formativos de los que soy consciente: primero, el trabajo de Savigny fue pionero en su esfuerzo de definir una teoría legal que no fuera una mera continuación de posiciones filosóficas generales. La reflexión de Savigny muestra que la teoría legal puede ser importante y autónoma puesto que hay objetos dentro de ella que ameritan atención por sí mismos. La jurisprudencia pop, entonces, participa del desplazamiento de la filosofía del derecho hacia la teoría jurídica logrado en el nacimiento, en Alemania, de una *Methodenlehre* (una ciencia de métodos jurídicos). Ver P. Casanovas y J.J. Moreso, *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona (1994), p. 8. En segundo lugar, y en cierta forma paralelo a las preocupaciones de Savigny, François Génys insiste en el hecho de que la filosofía legal no debería ser "filosofía profesional" sino "filosofía progresiva del sentido común [...] filosofía del derecho en el sentido de crítica filosófica de la ciencia del derecho, siguiendo el modelo de crítica en las varias ciencias naturales y sociales", y por consiguiente llevada a cabo "en términos propios de la misma". *La philosophie du sens commun progressif* "nace espontáneamente de la reflexión atenta y se pule a sí misma por medio de una continua integración de elementos de la experiencia colectiva". François Génys, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* 73 Sirey, Paris, (1912). Esta manera de ver la filosofía del derecho como una "filosofía de acción" (Génys, *ibid.*, p. xiv) está cercanamente relacionada con la "filosofía experimental" de Dewey y probablemente con la "sociología reflexiva" de Bourdieu. Savigny y Génys son, sin embargo, ejemplos más bien raros dentro del pensamiento jurídico europeo en donde el pensamiento abstracto sigue siendo el estándar corriente. Para ellos el punto esencial es poder relacionar la teoría y la práctica jurídicas: para Savigny lo importante era poder estar en posesión de "verdadera experiencia". Para tener una "experiencia verdadera es necesario tener siempre un conocimiento claro y vívido del todo, para poder comprender efectivamente en su totalidad el caso particular: sólo el teórico puede lograr que la práctica sea fructífera e instructiva". Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Hellasta, Buenos Aires (1977), p. 142. Génys, mientras tanto, rechaza la noción según la cual "la teoría no tenga influencia en el desarrollo verdadero de la práctica jurídica [...] la alternativa no es sacrificar la práctica por la teoría. La pregunta es si la práctica ilustrada no logra sus metas con gran certeza y de forma más completa que la práctica ciega [...] cuando la pregunta se hace de esta manera, no puede haber duda respecto a la respuesta". Génys, *Science* p. xiv. En la jurisprudencia angloamericana, por otra parte, la idea de "jurisprudencia pop" está vagamente inspirada en la insistencia de Llewellyn de identificar el "estilo" de una época mediante la lectura de la literatura por ella producida. Luego de Llewellyn muchos otros iusteóricos insisten, implícita o explícitamente, en desarrollar la teoría jurídica con el propósito, no de construir la

transmutación de los insumos aparentemente universales, exige por tanto la reivindicación de la teoría local o particular del derecho, desde una concepción perspectivista y difusionista. La alta teoría, por otra parte, aspira a una transferencia más expedita de conocimiento a través de canales transnacionales ya que, según sus presupuestos, la filosofía del derecho es necesariamente universal o general.

Dejando por ahora de lado el tópico, más tradicional, de la "influencia" intelectual, quisiera presentar ahora otra manera de conceptualizar el espacio abierto entre la producción y la recepción por medio de la idea, debida al crítico literario Harold Bloom, de *mala lectura*, *lectura tergiversada* o, mejor aún, *transmutación*⁶⁴. Aunque Kunz pretende presentar la naturaleza mimética de la iusfilosofía

(cont. nota 63)

erudición del estudiante, sino de ofrecer un análisis puntual de la cultura jurídica dominante. Ver Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals* 6, Little, Brown & Co., Boston (1960) ("Demostraremos también que las decisiones judiciales de hoy, en sí mismas, dan excelentes indicaciones de qué tipo de sentido jurídico está funcionando"). Llewellyn también decide estudiar "el estilo general de un período general y su promesa futura". *Id.*, en 34. El presente texto puede verse como una reconstrucción de los estilos y períodos de una jurisprudencia local.

64

Bloom utiliza en inglés los términos *misreading* and *to misread* para referirse al proceso de mutación que ejecuta el lector sobre la obra original. Esta transformación, a pesar incluso de ser una "mala lectura", no es simplemente una falta de comprensión: es, de hecho, la única posibilidad de originalidad hacia el futuro. La teoría bloomiana del *misreading* ha puesto en jaque la comprensión tradicional de la "originalidad", ya que, según él, nada es original en lo absoluto sin estar inscrito en alguna cadena traslaticia de "malas lecturas" consecutivas. Esta forma de ver el proceso creativo tiene importantes repercusiones para el derecho ya que, a un nivel meramente dogmático, impactaría la noción de originalidad que se requiere para la protección jurídica de obras mediante los derechos de autor. Al respecto, véase *Note: Originality*, 115 *Harvard Law Review* 1988 (2002). La traducción al español de este concepto bloomiano es realmente difícil. Algunas de las posibilidades de traducción más literales son "mala lectura" y su forma verbal, "leer mal" (así, por ejemplo, Amir Amed, *Orientales: Uruguay a través de su poesía*, en <http://www.henciclopedia.org.uy/ autores/Hamed/Orientales1.htm>), "lectura errónea" (Javier Bello, *El problema de la posmodernidad*, en <http://www.uchile.cl/cultura/poetasjovenes/haufragos4.htm>), y "lectura personal" (Bello, *ibid.*). Las opciones más literales, sin embargo, invocan con demasiada fuerza un componente peyorativo en sentido de sancionar implícitamente a quien "lee mal". La palabra española *malinterpretación* se acerca más a la estructura y significado de *misreading*. Para el verbo *leer*, en cambio, no hay una palabra igual (¿mallectura?). Para Bloom, en cambio, *to misread* es una actividad creativa en sí misma, la única posibilidad de verdadera creatividad. En ese sentido prefiero opciones no literales para traducir *misreading* y *misread*: en texto utilizaré intercambiabilmente las palabras *transmutación* (también en Bello, *ibid.*) y *transformación*. Dentro del mismo campo semántico están las palabras *transversión* (que debo a mis estudiantes de la Universidad Libre), *tergiversación* y *lectura tergiversada* (Jorge Baños Orellana: *El escritorio de Lacan*, Oficio Analítico (1999). En teoría literaria existen varias palabras emparentadas con la idea bloomiana: *palimpsesto*, *pastiche*, *precursividad*, *pensamiento traslaticio*, etc. Sobre estas relaciones se habla *infra* en el texto.

latinoamericana como una fortaleza en medio de la división geopolítica entre bloques ideológicos, es ampliamente aceptado en los imaginarios corrientes que la iusfilosofía latinoamericana es una reproducción roma y carente de brillo de sus contrapartes del norte. La repetición y mimetismo, contrario a lo que opina Kunz y otros pensadores ideológicamente motivados, es una *desventaja notable* en la ejecución de la tareas científicas de la iusfilosofía. Más aún: la iusfilosofía local carece totalmente de interés debido a que, además de copiar, raramente se aventura a ir más allá de lecturas parciales y tergiversadas de autores que son "mejor" comprendidos en *ambientes hermenéuticos ricos*. Los transplantes teóricos de otras partes, por consiguiente, reemplazan la producción de una iusfilosofía local que realice las tareas descriptiva, prescriptiva y predictiva de la teoría. Adicionalmente, las importaciones o transplantes jurisprudenciales son escasos, azarosos, episódicos y fragmentarios: la difícil empresa hermenéutica de entender el *corpus* iusfilosófico de una tradición o de un autor es reemplazada por una recepción al detal de libros y argumentos aislados, generalmente extraídos de sus contextos materiales e intratextuales. Estas porciones de información son leídas, además, sin el beneficio de compartir con el autor los *prejuicios* que permiten la lectura estandarizada de sus argumentos⁶⁵. Los iusfilósofos que trabajan desde tradiciones académicas *poco prestigiosas* y periféricas usualmente no participan de manera creíble en la empresa hermenéutica de entender y desarrollar los argumentos iusfilosóficos que circulan en la TTD. Ellos participan, si es que lo hacen, en la transmisión y reproducción locales de nuevas doctrinas e ideas de pretensiones más universales. En este modelo de dependencia y subordinación teórica, los actores locales son despojados de agencia en la producción válida de saber iusteórico. Las jurisprudencias locales parecen estar condenadas al constante vaivén de modas intelectuales que no se relacionan completamente con las circunstancias y contextos político-jurídicos concretos que se supone tienen el deber de teorizar y explicar.

Las influencias y las lecturas tergiversadas conducen a los conceptos, aún más peyorativos, de *copia* y *plagio*⁶⁶. Los conceptos que hasta aquí he utilizado,

65 Véase H.G. Gadamer, *Verdad y método*, Sígueme, Salamanca, pp. 331-359.

66 Los matices de significado en estos conceptos pueden verse por ejemplo entre Kelsen y uno de sus emblemáticos seguidores latinoamericanos, el argentino Carlos Cossio. La relación de odio/amor entre "padre" e "hijo" se desarrolló bajo el sutil tema de qué tanto del pensamiento de Cossio era creativo y qué tanto era simple plagio (como finalmente Kelsen llegó a pensarlo). El paso inaceptable por parte de Cossio, de acuerdo a Kelsen, fue la publicación de un solo volumen titulado "Kelsen-Cossio", que contenía tanto las conferencias de Kelsen en Buenos Aires en 1949 como las opiniones de Cossio. Tal como lo cuenta Rudolf Metall, el biógrafo de Kelsen, "Kelsen tuvo que tomar fuertes medidas para hacer que se retirara de circulación este libro no autorizado, además de que verse involucrado

influencia, mala lectura, transmutación, imitación, copia y plagio definen, aunque con matices, el espacio vacío entre producción y recepción en iusteoría. Marcadores geopolíticos y jerárquicos como centro y periferia, sitios de producción y sitios de recepción, jurisdicciones prestigiosas y no prestigiosas, tradiciones fuertes y tradiciones débiles, también ayudan a definir preliminarmente el sentido en el que ocurre el flujo de ideas y teorías. La trayectoria de las ideas empieza usualmente en lugares de producción en Occidente (Francia, Alemania, Estados Unidos), prosigue por sitios intermedios de traducción y difusión en la semi-periferia (México, Argentina y ahora, quizás, Colombia, son ejemplos de dichos sitios intermedios en Latinoamérica) para llegar, por último, a lugares de (aparentemente) pasiva y total recepción.

Este libro, primero, acepta esta posición de dependencia. Pero después da suficientes razones para desafiar este diagnóstico. Mi argumento, como se verá, no consiste en denunciar la estructura internacional del saber que quita agencia a las teorías producidas en la periferia. En ese sentido, el argumento que propongo no conduce a la emancipación intelectual por los caminos ya sugeridos por los teóricos de la dependencia⁶⁷ o la subalternidad⁶⁸. Mi objetivo es mostrar como, sin necesidad de variar la estructura universal de producción de conocimiento, hay mucho que los iusteóricos locales podemos hacer para redimir las tareas científicas de la iusteoría (descripción, prescripción y predicción) en países periféricos o semiperiféricos. Para empezar a cambiar la visión de que América Latina es dependiente del centro en iusfilosofía no necesito empezar por negar lo obvio: que el pensamiento local se ha formado en procesos miméticos, en cadenas traslaticias frente al iusfilosofar del noratlántico. No requiero, por tanto, tratar de mostrar un vibrante mundo intelectual local, criollo o precolombino, para justificar una originalidad independiente de la influencia del centro. No necesito reconstruir una legalidad ancestral y terrígena que se oponga a la legalidad occidental. Esta vía, criolla y precolombina, también ha sido intentada por autores locales interesados en la fundación antagónica de una filosofía periférica propia⁶⁹.

(cont. nota 66) por Cossio en una controversia que duró hasta 1953", Rudolf Metall, *Hans Kelsen, Vida y obra*, Universidad Autónoma de México (1976), p. 94. Metall rechaza la teoría de Cossio, la así llamada "teoría egológica". Para más detalles sobre la controversia Kelsen-Cossio, ver *infra* capítulo 5, sección 2.

67 Véase Raúl Prebisch, *El desarrollo económico de la América Latina y algunos de sus problemas*, CEPAL, Santiago (1949); Celso Furtado, *El desarrollo desde el punto de vista interdisciplinario* en "Obras escogidas", Plaza & Janés, Bogotá (1982).

68 Homi K. Bhabha, *The Location of Culture*, Routledge, Londres (1994).

69 Ejemplos de esto se dan especialmente en literatura proveniente del marxismo político y la etnoecología. Una conjunción de ambos argumentos se encuentra en

Las dos estrategias así esbozadas me parecen insatisfactorias: la primera, suponer que América Latina es tan sólo extensión de ideas universales, conduce efectivamente, como han señalados los teóricos de la dependencia, a una posición intelectual alienada en la que la reflexión no cumple el trabajo esencial de diagnosticar las realidades y necesidades locales para ofrecerles caminos de debate y solución; la segunda estrategia consiste en negar la dependencia y reinventar, usualmente mediante la historia de lo más terrígeno o propio, el carácter completamente original de lo local. No se trata, pues, ni de mera copia ni de pura originalidad. El espacio entre producción y recepción de teorías es mucho más interesante que lo que tienden a indicar los conceptos de influencia, mala lectura, imitación, copia y plagio. En realidad, la iusteoría particular⁷⁰ es en sí misma una actividad de producción y no de mera recepción. Una de sus principales limitaciones, la lectura dentro de ambientes hermenéuticos pobres, origina al mismo tiempo una de sus características más fascinantes: la iusteoría latinoamericana no simplemente copia o imita. En vez de ello, cambia y transforma (tergiversa o transmuta en el sentido muy especial de Bloom) todo lo que toca. De esta forma puede ser que, al final, las teorías meramente imitativas de países no prestigiosos en iusfilosofía terminen siendo tan ricas en sugerencias y desarrollos como la de las tradiciones fuertes y reconocidas.

El esquema general de mi argumento es este: en los sitios de recepción de iusfilosofía ocurren importantes transmutaciones o tergiversación de las ideas provenientes de los sitios de producción. Esas ideas, a pesar de ser transmutaciones o tergiversaciones, no pueden ser desestimadas, sin más, por tratarse de productos miméticos o traslaticios. No se trata de "errores" que requieran de corrección mediante ajustamiento a la lectura estandarizada que se hace en otros sitios. Las transmutaciones terminan siendo, para bien o para mal, parte del inventario disponible de ideas iusfilosóficas disponibles en una jurisdicción. En ese sentido, las lecturas tergiversadas no pueden ser reemplazadas por lecturas normalizadas. Las lecturas tergiversadas han impulsado prácticas jurídicas locales, y, por tanto, están ya imbricadas con la cultura local produciendo dinámicas, pasadas y futuras, que ya no se pueden deshacer. Pero hay más: no es simplemente por fatalidad que debemos conformarnos con la transmutación eidética que produce la recepción. No se trata simplemente que un error teórico se haya vuelto moneda corriente a

(cont. nota 69) el discurso programático del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en México. Al respecto véase *Homage to Chiapas: The New Indigenous Struggles in Mexico*, Verso, Londres (2000).

70 Ver *infra* en el siguiente capítulo en donde trato de distinguir entre teorías comparada, general y particular del derecho.

través de tergiversaciones locales (como usualmente se denuncia de la recepción *vulgar* de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen). Muy por el contrario: en la lectura tergiversada se abre la posibilidad de variación, adaptación y verdadera creación. El estudio cuidadoso de estas transformaciones revela usos locales tan, o incluso más interesantes, que la historia de esas mismas ideas en sitios de producción. Para sólo mencionar algunos de los *efectos transmutativos*, es notable observar, por ejemplo, cómo iusteorías que son consideradas aliadas o cercanas en TTD, terminan convirtiéndose en las insignias de luchas y disensos en la jurisprudencia local. Escritos y autores iusteóricos cambian su significado normalizado en contextos de producción y asumen nuevas responsabilidades y direcciones en contextos de recepción. De esta manera, y sólo como un ejemplo preliminar, las obras de Kelsen y Hart, que desde la visión de una TTD normalizada ocupan el espacio común del positivismo jurídico, terminan siendo enfrentadas en la jurisprudencia local mucho más allá de las diferencias de detalle ya conocidas por los académicos del nor-atlántico. En los usos que se hacen de estas teorías en la jurisprudencia regional, Hart y Kelsen son tótemes teóricos de un serio conflicto jurídico que va más allá que las diferencias internas de matices fácilmente aceptables dentro del campo positivista: de hecho, en contextos de recepción, como argumentaré luego a profundidad en los capítulos 5 y 6, Kelsen y Hart son ubicados en campos *diametralmente* opuestos de la teoría jurídica. Para agregar a la sorpresa, también es importante mostrar cómo Hart y Dworkin, cuyas iusteorías son usualmente descritas como un "debate", terminan siendo en América Latina aliados en el proceso de crítica y transformación de la teoría local del derecho en el último cuarto del siglo XX. Estos *efectos transmutativos* me parece que conducen al asombro, y no al desdén. La *respuesta adecuada* frente a estos efectos transmutativos debe apuntar hacia el estudio sistemático de cómo se producen transmutaciones teóricas y cómo ellas dan forma a culturas jurídicas reales; la *respuesta inadecuada* es el desprecio por el "error" y el mimetismo de tradiciones iusteóricas pobres, la corrección inmediata mediante la importación de lecturas estandarizadas y la reconstitución ficticia de una TTD que, finalmente, *no puede* explicar el inventario efectivo de ideas que constituyen la cultura jurídica local.

Quisiera en todo caso aclarar un punto de la mayor importancia: no estoy interesado, *per se*, en lecturas tergiversadas o transmutaciones de autores del nor-atlántico. No me interesa, *per se*, las transmutaciones del pensamiento kelseniano: me interesa cómo la transmutación del pensamiento kelseniano es importante para entender el concepto local que del derecho se ha forjado la iusteoría del sitio donde yo practico y enseño derecho. La detección y descripción de las formas como la transmutación ha generado cultura jurídica local, es una forma privilegiada, primero, de cumplir con los fines científicos (descripción, prescripción y predicción) que cualquier teoría está llamada a realizar, y

segundo, de generar un sentido de tradición, relevancia y autoestima que la teorización periférica ha sido incapaz de obtener, sofocada, en lo externo, por una cierta incompetente marginalidad que resulta de una irreprimible ansiedad de absorber la TTD como forma definitiva de la iusteoría, y en lo interno, por el totalitarismo de la concepción profesionalizante del derecho aún dominante entre profesores y estudiantes de la región.

¿Cuál es la posible utilidad de esta estrategia de estudiar las transmutaciones teóricas? ¿Tenemos, como parece ser la opinión prevaleciente, que enderezar y corregir estas malas lecturas que se generan en contextos de recepción? Como ya lo manifesté, pienso que no. Pienso, por el contrario, que tenemos que explorar sistemáticamente esas malas lecturas, al menos por dos razones. En primer lugar, esta historia de malas lecturas constituye, sin que importe qué pensamos sobre ello desde la aparente superioridad de la TTD, *la jurisprudencia relevante y efectiva de sistemas jurídicos locales*. Existen, sin duda, sistemas jurídicos reales en América Latina y estos sistemas jurídicos *tienen* prácticas que son, en algún nivel, mediadas o articuladas por proposiciones abstractas (de naturaleza teórica) sobre qué es en general el derecho. Sostengo que este sistema de proposiciones teóricas que intermedian las prácticas locales no forma un continuo con la TTD como generalmente se afirma, aunque, por otro lado, no se trata de una tradición indígena independiente de la TTD. Las jurisprudencias realmente dominantes en América Latina tienen ciertamente mucho de la TTD pero estos trasplantes jurisprudenciales han sido (en el sentido creativo y sorprendente que he tratado de estipular) mal-leídos y mal-apropiados en formas muy complejas. La descripción y el análisis de los procesos de mala lectura son un paso inevitable en la consciente auto-apropiación de jurisprudencias particulares, usualmente invisibilizadas por la ficción de una continuidad no problemática con la TTD. En segundo lugar, pienso que las lecturas tergiversadas son importantes, ya no sólo para la refundación de teorías locales con altos niveles de autoestima y relevancia, sino también incluso para la animación y dinamización de la discusión en la TTD. Si se llegara a apreciar el valor de las tergiversaciones y transmutaciones teóricas, los países teóricamente periféricos podrían terminar aportando a la TTD nuevos puntos de vista sobre la riqueza y posibilidades de un autor, una idea o un argumento. En ese sentido, las jurisprudencias locales tendrían mucho que aportar a un caleidoscopio universal de transmutaciones en iusteoría, en vez de asumir que ciertas lecturas centrales tienen derecho a la hegemonía universal. Se podría incluso ir más lejos y afirmar que aquellas teorías, argumentos y autores que se han elevado al espacio de una TTD objetiva y universalmente válida son, a su vez, simplemente el producto de jurisprudencias también locales, claro está, altamente prestigiosas, que de alguna manera se las han ingeniado para volverse mercancías transnacionales.

Este libro tratará de sustentar la tesis general según la cual es, al mismo tiempo, una tarea necesaria y satisfactoria el desvelar los procesos de transmutación iusteórica que se producen entre sitios de producción y sitios de recepción. Este tipo de estudios es necesario, primero, porque sin un análisis de las transmutaciones no puede reconstruirse una teoría cultural del derecho en América Latina que cumpla los objetivos científicos del cualquier discurso teórico. Además, este enfoque resulta satisfactorio, porque se trata de mostrar cómo para el caso de América Latina las lecturas transmutativas (a pesar de su naturaleza heterodoxa y sub-estándar) pueden ser tan fascinantes y enriquecedoras como la experiencia de emprender lecturas ortodoxas y estándares de autores iusfilosóficos. Las lecturas tergiversadas crean la misma experiencia de satisfacción y logro que uno alcanza cuando se *entiende* una argumentación teórica en un sentido más estricto y tradicional. Paradójicamente, una vez más, estos tipos de lecturas podrían terminar enriqueciendo de una manera mucho más dinámica estudios autoriales de TTD (dándole quizá más diversidad a las florecientes industrias de exégesis kelseniana, hartiana, dworkiniana o habermasiana) en los que eruditos periféricos muy pocas veces tienen éxito académico. Sin embargo, antes de sumergirnos en estas malas lecturas de iusfilosofía local latinoamericana, vale la pena intentar dar algún peso teórico a la noción de 'influencia autorial' en general y a la dialéctica específica de influencia y originalidad en el proceso de creación. Este análisis beberá extensamente de fuentes de teoría literaria y, en especial, del crítico literario norteamericano Harold Bloom. Las secciones que siguen serán pues una pequeña excursión al mundo de la teoría literaria. Esta excursión, sin embargo, me parece muy importante para poder explorar los problemas de originalidad iusteórica en tradiciones jurídicas pobres, periféricas, dependientes e inseguras como la nuestra.

3.2. "La angustia de influencia" y la formación de cánones de lectura

El crítico norteamericano Harold Bloom ha escrito dos libros seminales sobre el asunto de la influencia poética y literaria: *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry*⁷¹ y *A Map of Misreading*⁷². El mayor logro de ambas obras es la aceptación, como teoría general de la creatividad literaria, de que incluso los 'poetas fuertes' de estatura canónica⁷³ universal (comenzando con el mismo Shakespeare)

71 Bloom, Harold, *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry*, Oxford, 2ª edición (1997) [de aquí en adelante Bloom, *Anxiety*]. Existe traducción al español por Editorial Norma, Bogotá (1999).

72 Bloom Harold, *A Map of Misreading*, Oxford University Press, Oxford (1975).

73 La palabra *canon* la utilizo, siguiendo a Bloom, en el sentido de "modelo de características perfectas" (9ª acepción del Diccionario de la Real Academia Española,

participan necesariamente en un *aprisionamiento*⁷⁴ de sus facultades creativas por parte de los poetas predecesores. Este *aprisionamiento* tiene lugar mediante la "mala lectura", tergiversación o transmutación que el autor posterior tiene que hacer de sus predecesores para encontrar su propia voz. Pero sólo es en este aprisionamiento y transmutación donde la creatividad es posible. Los aprisionamientos y transmutaciones indican, entre otras cosas, que el valor literario sólo puede construirse al interior de tradiciones o cadenas traslaticias. Así las cosas, Bloom emprende el estudio del "proceso de influencia, que es aún un tema oscuro en la mayoría de las áreas, sean éstas las bellas artes, las disciplinas intelectuales o la esfera pública"⁷⁵.

Mi uso de las nociones de influencia y transmutación ha terminado por recomendar un punto de vista particularista y difusionista en teoría del derecho. Un estudioso de las dinámicas de influencia y transmutación como Bloom debería, a primera vista, terminar argumentando a favor de una posición particularista, difusionista y perspectivista en literatura. Las ideas de influencia y transmutación sugieren, de entrada, la "deriva textual" de la cual habla Elizabeth Eisenstein⁷⁶. Los textos, puestos a circular por caminos y escenarios insospechados, van generando nuevos productos en distintos lugares. Conforme a este argumento, el canon literario debería ser un verdadero caleidoscopio de transmutaciones alcanzadas en diversos lugares, una verdadera cacofonía multicultural de influencia y transmutación. Sin embargo, al menos en sus primeros libros⁷⁷, éste no parece ser el argu-

(cont. nota 73) 20ª edición (1984). Este sentido general tiene relación con éste, mucho más específico: "Regla de las proporciones de la figura humana, conforme al tipo ideal aceptada por los escultores egipcios y griegos" (8ª acepción, *ibidem*). De este sustantivo proviene el adjetivo *canónico*, en el sentido de lo "que se ajusta exactamente a las características de un canon de normalidad o perfección". En este sentido, Bloom trata de identificar el canon literario occidental, entendido éste como el conjunto de obras que pueden ser tenidas como "modelos de características perfectas" y que por tanto merecen ser leídas y estudiadas por generaciones. En un sentido menos estricto, un canon es la selección, con objetivos pedagógicos, de los autores y lecturas más importantes que deben hacerse para comprender un tema o materia. En precisamente ese sentido, véase, J.M. Balkin y Sanford Levinson, *Legal Canons*, New York University Press, New York (2000).

74 Traduzco *misprision* por apresamiento.

75 Ver Bloom, *Anxiety*, *suprá* nota 37 en xi.

76 Eisenstein, Elizabeth. *The Printing Press as an Agent of Change: Communications and Cultural Transformations in Early-Modern Europe*. Cambridge University Press, Cambridge (1980).

77 Bloom parece aceptar una posición sólo marginalmente más difusionista en su libro *The Western Canon: The Books and the Schools of the Ages*, Harcourt-Brace, Nueva York (1994). Su listado de autores de estatura canónica incluye a Shakespeare, Dante, Chaucer, Cervantes, Montaigne, Moliere, Milton, Johnson, Goethe, Wordsworth,

mento de Bloom. Por el contrario, para Bloom la reciente moda de estudios literarios multiculturales⁷⁸ es inapropiada porque termina reemplazando la lectura de los clásicos canónicos universales por algunas de sus obras derivativas en distintos lugares del mundo. El fraccionamiento del canon literario universal (en cánones regionales o nacionales o en cánones de literatura agrupada por identidades raciales o de género) va en desmedro de la lectura del verdadero patrimonio literario de la humanidad. Su teoría de la "mala lectura", la influencia y el aprisionamiento, pues, no apunta a apreciar a los poetas periféricos que imitan a los grandes. Su llamado al estudio de la transmutación consiste, precisamente, en tratar de determinar cómo los grandes imitan a los grandes y cómo el hecho de *convertirse* en un nuevo grande de estatura canónica exige, de entrada, el aprisionamiento o influencia por un grande antecedente (al que Bloom denomina con frecuencia *precursor*). Así su teoría de la influencia está destinada a permitir que el escritor o poeta novatos (a los que Bloom también denomina *efebos*⁷⁹) entren en contacto con las grandes influencia de la literatura universal para que allí, en medio de esa tradición literaria, eduquen su sentido estético y su potencial originalidad. Así las cosas, la teoría de la influencia de Bloom es un esfuerzo por determinar quiénes son los poetas más fuertes de Occidente, para poder prescribir luego, a un nivel normativo, en qué tradiciones de aprisionamiento deben insertarse los jóvenes literatos. Su teoría de influencia es, si se quiere, una teoría de cómo mantener, por imitación, la tradición de la más alta literatura occidental; evitando por otro lado, la historia de la *mala mimesis*, esto es, la historia de cómo autores menos hábiles también imitan, pero cómo su imitación no mantiene la calidad de la tradición, sino que la envilece y rebaja.

En sus primeros libros⁸⁰ la teoría de Bloom parecía apuntar a una forma crasa de euro-anglocentrismo. En sus ejemplos se sentía, así fuese implícitamente, que los grandes eran todos los poetas y escritores del canon euro-anglo-americano. La

(cont. nota 77) Austen, Whitman, Dickinson, Dickens, George Eliot, Tolstoy, Ibsen, Freud, Proust, Joyce, Woolf, Kafka, Borges, Neruda, Pessoa, y Beckett

78 Véase por ejemplo, AA.VV., *African Writers*. Charles Scribner's Sons, Nueva York (1997); Alberto Manguel, *Other Fires: Short Fiction by Latin American Women*, Potter, Nueva York (1986).

79 La palabra efebo viene del griego *ephebos* y era utilizada para designar a los jóvenes, pero en especial a aquellos entre 18 y 20 años que estaban en proceso de formación para llegar a ser ciudadanos plenos de la *polis*. Véase al respecto el *Merriam-Webster Collegiate Dictionary* en <http://www.m-w.com/home.htm> En el texto utilizaré de manera indistinta las expresiones "joven", "nuevo", "novato", escritor "tardío" o "posterior" y "efebo" para referirme al poeta o iustédrico que es influenciado, y siente "ansiedad de influencia" frente a su precursor.

80 Así, por ejemplo, en *Map y Anxiety*.

buena transmutación, el desarrollo creativo de la influencia, parecía darse en las cadenas traslaticias del occidente noratlántico. El mantenimiento de la gran literatura, a través de la influencia que un grande anterior ejercía sobre un nuevo grande, parecía coincidir con la influencia de un escritor central sobre otro escritor central más joven. Su teoría parecía indicar, por otro lado, que la influencia de un autor grande central sobre un autor periférico era una mala *mimesis* meramente *repetitiva* y no *transmutativa* del genio anterior. Estas implicaciones de los libros de Bloom le valieron la muy cerrada oposición de muchos de los académicos literarios que sugerían la formación de cánones multiculturales y difusos. Bloom, a pesar de conocer la importancia teórica de la noción de influencia, terminaba argumentando a favor de la existencia de una única, la grande, *literatura*; los multiculturalistas, también conocedores de las dinámicas de influencia, deriva y transplante, parecían llegar, por esta línea de argumento, hacia la afirmación de muchas, quizá infinitas, "literaturas".

Aunque el aporte de Bloom a los temas de influencia, mala lectura y transmutación es muy significativo, me siento en últimas muy ambivalente respecto a las potenciales consecuencias anglo-eurocéntricas de su argumentación. Mi posición, tal y como se ha expuesto en las páginas anteriores, es que la creencia acrítica en la existencia de una TTD universal y abstracta ha impedido el cumplimiento de los objetivos científicos de la iusteoría local. Esta disonancia me obliga a explicar, a esta altura, hasta dónde (y hasta dónde no) acompaño a Bloom en su teorización de la influencia y la transmutación autoriales: por una parte, es imposible negarlo, Bloom presenta una teoría de la influencia poética que tiene gran relevancia en general para reflexionar sobre la producción y recepción de teoría (no sólo de literatura) y en especial de producción y recepción de iusteoría. En este sentido, el tema esencial es en principio, tanto para Bloom como para mí, la inserción de la individualidad creativa, por medio de la mala lectura, dentro de tradiciones textuales (autores, textos y argumentos canónicos) que son culturalmente inevitables dentro del espacio cultural de Occidente. Estas tradiciones ineluctables existen tanto en literatura como en derecho. La tesis de Bloom muestra muy convincentemente que los nuevos creadores (los efebos, tanto en literatura como en otras formas de producción cultural), o los lectores y críticos responsables no pueden evitar la "angustia de la influencia", *i.e.*, la presencia arrolladora de los textos y autores de la tradición, y con ello el enamoramiento y la obsesión con trabajos anteriores⁸¹. El "ser influenciado" es un paso crucial hacia la posibilidad de crear

81 La primera edición de *The Anxiety of Influence* tiene dos restricciones que Bloom busca remediar más tarde: En primer lugar Bloom pensó que Shakespeare, de alguna manera, escapó de la dinámica de la influencia. El era la forma más pura de

nuevos productos culturales originales y pertinentes. Este proceso puede ser visto claramente, de acuerdo con Bloom, en el difícil paso de una fase marlowiana en las obras de Shakespeare hacia Shakespeare, el único, *maximum maximorum* de todos los poetas, quizá el primer miembro, junto con Cervantes, de un canon literario universal. El caso de Shakespeare es el mejor ejemplo del significado constructivo de "la angustia de la influencia" tal como lo percibe el "lector fuerte": el enfrentamiento consciente con los propios miedos y temores, en este caso con la "angustia de la contaminación", y la "resolución" creativa de dichos miedos y temores.

Sin embargo, de acuerdo con Bloom, hay angustias de influencia *no resueltas*. Por lo general aparecen en una escuela de crítica que Bloom denomina "los resentidos". Bajo este título, y con una actitud polémica que no intenta siquiera moderar, Bloom se refiere a los críticos posmodernos que han emprendido la faena de deconstruir el canon Occidental, y especialmente la estatura canónica de Shakespeare, negando así la angustia de influencia de los propios críticos respecto del bardo inglés. La deconstrucción se logra por medio de lecturas "contextuales" del escritor que terminan mostrando, por ejemplo, un Shakespeare "amarrado a la cultura por la historia y la sociedad". La estrategia de lectura propuesta por "los resentidos" es por tanto, "la historización, la politización y hasta el afeminamiento de Shakespeare"⁸². Los productos literarios, para los resentidos, se parecen mucho a la propaganda estatal que genera jerarquías de dominación que ellos mismos quieren eliminar: Shakespeare se convierte así, sin más, en un autor que no solamente refleja sino que además produce relaciones sociales sexistas, racistas o de dependencia neocolonial. Bloom niega, una y otra vez, el valor de tal forma de crítica:

"[...] necesitamos reafirmar el hecho de que la alta literatura es exactamente eso, un logro estético, y no propaganda estatal, aún si la literatura pueda ser usada, lo haya sido y sin duda lo seguirá siendo para servir los intereses de un

(cont. nota 81) 'ser influyente' y el menos de todos los 'poetas influenciados'. En el Prefacio a la segunda edición de *Anxiety* reconoce que ni siquiera Shakespeare, el escritor *par example*, podía mantenerse alejado de la influencia. Aunque ningún otro escritor está a la par que él en la historia ("más que cualquier otro autor secular, Shakespeare hace historia mucho más que la historia hace a Shakespeare" en xxvi), es necesario aceptar que Shakespeare también está constreñido por la historia y la tradición. En segundo lugar, en *Anxiety*, Bloom parece limitar su teoría a la lectura de los Altos Poetas Románticos. En *A Map of Misreading* amplía el marco teórico para hacerlo compatible con la lectura de toda la poesía.

82 Ver Bloom, *Anxiety*, *supra* nota 37, en xxv.

estado, de una clase social, o de una religión, de hombres contra mujeres, de blancos contra negros, o de occidentales contra orientales”⁸³.

Según Bloom, el cruce de literatura, biografía y estructuras de poder no es una característica relevante de la crítica literaria:

“Esta visión peculiar y más bien desesperada de Shakespeare pretende ser revolucionaria, pero pragmáticamente equivale a sustituir contextos altamente selectivos por el texto shakespeariano directo. No tenemos ningún conocimiento auténtico acerca de las opiniones políticas de Shakespeare, o acerca de su religión, o su posición social, y amontonar contextos forzados tan sólo ha sido útil para los resentimientos de los ya resentidos. Nuestra tardanza⁸⁴ en comprender a Shakespeare evidentemente es aún mayor que la ya pesada carga de cuatro siglos de historia adicional [que nos separan]”⁸⁵.

Todo lo que podemos esperar, a modo de “contexto”, es mostrar la intertextualidad tal como se expresa en la angustia de la influencia de un autor: “Quiero usar nuestra evidencia intertextual para llegar lo más cerca posible a la versión poética de dicha conversación [entre Shakespeare y Marlowe] como me sea posible”⁸⁶. De esta manera Bloom puede ahora decir que “[lo] que antes solíamos llamar ‘literatura imaginativa’ no se puede distinguir de la influencia literaria y sólo tiene una relación no esencial con el poder estatal”⁸⁷.

Bloom ilustra (quizá caricaturizando también) su preferencia por la intertextualidad por medio de un ejemplo: si se trata de establecer el contexto en el que Shakespeare escribió, Lord Burghley, el Primer Secretario de Su Majestad, no sería un personaje importante; en cambio, Christopher Marlowe, el dramaturgo y poeta bajo cuya sombra y competencia Shakespeare se desarrolla, sería la fuerte presencia que generó “ansiedad de influencia”, aprisionamiento y finalmente, mediante una adecuada resolución del conflicto, transmutación literaria. El contexto relevante y pertinente es, entonces, no tanto el contexto político de la época en la que vivió Shakespeare, sino más bien el mortal antagonismo entre influyente e influenciado. “Los resentidos”, por tanto, “no son revolucionarios

83 Ver *Ibíd.* en xxvii.

84 Aquí Bloom utiliza la palabra *belatedness*.

85 Ver *Ibíd.* en xxv.

86 Ver *Ibíd.* en xxxii.

87 Ver *Ibíd.* en xvi.

sociales; ni siquiera son rebeldes culturales. Ellos apenas sufren de las angustias de la influencia que les genera Shakespeare”⁸⁸.

La teoría de la creación cultural de Bloom es un paso crucial en la revaloración de las nociones de “influencia” y “tardanza”. Esta última noción tiene que ver con el hecho de cómo el autor periférico siempre llega tarde a transplantar teorías, ideas o autores centrales. La influencia y la tardanza han sido descritos como los dos terribles “defectos” de la iusteoría latinoamericana, o en general, de la producción jurídica periférica. De la mano de Bloom, por contraste, se abre la posibilidad de dejar de considerar la influencia y la tardanza como defectos en la producción cultural para reapreciarlos como características internas de cualquier tradición intelectual fuerte, incluyendo la tradición de las grandes figuras literarias. Esta revaloración de los procesos de influencia es importante para entender que un “gran producto escritural es aquel que está continuamente transmutando escritos anteriores”⁸⁹. Este paso hacia una teoría literaria de la poesía como influencia ayuda a entender las posibilidades de una teoría comparada del derecho⁹⁰ que explore sistemáticamente los fenómenos de influencia, transplante y transmutación eidética por contraste con el proyecto de asimilación y continuidad que examiné en Joseph Kunz⁹¹:

“La influencia es una metáfora que implica una matriz de relaciones imagísticas, temporales, espirituales, psicológicas—todas esencialmente negativas en su naturaleza. Lo que más importa [...] es que la angustia de influencia resulta de un complejo juego de mala lectura, una interpretación creativa que yo llamo ‘aprimonamiento poético’ [...] La mala lectura fuerte viene primero; debe haber un acto de lectura profundo que es una forma de enamorarse de una obra literaria. Es posible que este tipo de lectura sea idiosincrático, y con toda seguridad es ambivalente, aunque la ambivalencia sea velada”⁹².

Me parece perfectamente plausible pensar en la iusfilosofía latinoamericana, no como una mala copia dentro de un proyecto de estricta continuidad cultural,

88 Ver *Ibíd.* en xix.

89 Ver *Ibíd.* en xix.

90 Ver *infra* en el siguiente capítulo la discusión sobre en qué consiste la teoría comparada del derecho. Dentro de esa discusión concluyo que es preciso intentar hacer teoría comparada en sentido crítico. A esta especial caracterización del comparativismo en teoría jurídica la denominé con un acrónimo: teoComp.

91 Véase *supra*.

92 Ver Bloom, *Anxiety*, *supra* nota 37 en xxiii.

sino como un "aprimamiento teórico", con la posibilidad de ulterior transmutación, respecto de algunas obras canónicas de la TTD. La conclusión general de Bloom me parece muy promisorio como manera de describir el tipo de conocimiento que se puede alcanzar por medio del análisis de cadenas eidéticas en la crítica literaria (o el análisis iusteórico):

"Escritor más grande que nuestra capacidad de entenderlo, a Shakespeare, sin embargo, parece no haberle importado nuestra capacidad de entenderlo. Yo sé de una sola pista fuerte para poder seguirle la huella a Shakespeare: su extensa fijación con la imagen de Marlowe", esto es, la lucha, y, finalmente, la resolución de la fuerte angustia de influencia de Shakespeare⁹³.

La reconstrucción de Bloom de la influencia, la mala lectura, el aprisionamiento y la tardanza me parece que amplían notablemente nuestro vocabulario para hablar de la producción cultural en sitios de recepción periféricos. Mi ambivalencia respecto a su análisis, sin embargo, se origina en el hecho de que su teoría de la influencia distingue, injustificadamente en mi concepto, entre la influencia que recibe un lector o efebo fuerte y un lector o efebo débil. El lector/efebos fuerte, además, parece terminar siendo implícitamente un lector central, mientras el lector/efebos débil es un lector periférico. Creo que, para complementar a Bloom, no sólo habría que rescatar la noción de influencia y transmutación predicada respecto del lector fuerte, como Shakespeare, sino también la influencia y transmutación que realizan lectores débiles, de altura bastante menos canónica que el poeta de Stratford. Atrás, cuando más arriba caracterizaba la teoría del derecho propia de "ambientes hermenéuticos pobres" me estaba refiriendo a la necesidad de rehabilitar la lectura hecha por el lector/efebos débil como una forma de producción cultural válida. El lector fuerte es un lector central que, de manera completamente circular, es capaz de confirmar la canonicidad del canon occidental. El lector fuerte es aquel quien, gracias a su poder hermenéutico, puede compartir el canon escritural de occidente dentro de ambientes hermenéuticos ricos y producir desde ahí la transmutación literaria. De esta manera Bloom termina usando una estrategia correcta de análisis de influencias y transmutaciones para reafirmar, esta vez de manera incorrecta, la existencia de una literatura transnacional (en un todo análoga a la TTD), o en sus propias palabras, el canon occidental⁹⁴ contra los teóricos que afirman la innegable presencia de interpretaciones particularistas y perspectivistas del canon universal. Según Bloom:

93 Ver *Ibid.* en xvi.

94 Harold Bloom, *The Western Canon: The Books and Schools of the Ages*, Harcourt-Brace, New York (1994).

"Los verdaderos multiculturalistas en todo el globo aceptan a Shakespeare como el autor indispensable, tan diferente a los demás en cantidad que termina siendo cualitativamente diferente. Shakespeare [...] no solamente es el canon occidental; él es el canon mundial. Que él atraiga a audiencias de todos los continentes, razas e idiomas (siempre excluyendo a los franceses) me parece una refutación total de nuestros puntos de vista de moda en la actualidad [...] que insisten en que Shakespeare está atado por la historia y la sociedad"⁹⁵.

Más aún, Bloom reclama para Shakespeare lo que otros, en la esfera de la filosofía, han reclamado para Aristóteles⁹⁶: que creó la red de conceptos, imágenes e ideas con las que nosotros, occidentales, hablamos. En cierto sentido somos hablados por el idioma conceptual y estético que Aristóteles y Shakespeare respectivamente crearon; dentro de este supuesto, no tiene mucho sentido historizarlos puesto que ya están presentes allí en las palabras que usamos para manifestar nuestra reacción defensiva hacia ellos:

"La autoridad escritural para la consagración proviene de Shakespeare y no de la Biblia [...] El problema no tiene que ver con nuestra creencia sino con nuestra naturaleza humana, tan intensificada por Shakespeare como para haberla reinventado. ¿Cómo podemos historizar a Shakespeare si somos hijos de Shakespeare, criaturas que cartografiamos nuestro origen y nuestro horizonte con su dicción, con su sorprendente vocabulario de cerca de 22.000 palabras distintas?"⁹⁷.

La teoría de la influencia de Bloom se va convirtiendo, poco a poco, en una verdadera bardolatría shakespeariana. Este paso de una teoría de la literatura como influencia a la afirmación de un canon universal dominado por Shakespeare (una verdadera literatura transnacional) resulta siendo bastante extraño, incluso con-

95 Ver Bloom, *Anxiety*, *supra* nota 37 en xv.

96 Ver Emilio Liedó, *Aristóteles y la ética de la "polis"*. En *Historia de la Ética* (I) (V. Camps, ed.) Crítica, Barcelona (1989).

97 Ver Bloom, *Anxiety*, *supra* nota 37 en xxviii. A pesar del atractivo tono humanista en la argumentación de Bloom, es imposible dejar de ver cierto grado de parroquialismo anglo. Es posible que a Aristóteles le vaya mejor que a Shakespeare en términos de influencia universalista porque es posible decir que "el filósofo" es el fundador de la estructura conceptual profunda de todas las lenguas modernas. Tal tesis todavía tiene eco en la enseñanza universitaria en todo el mundo occidental. La absoluta bardolatría de Shakespeare, por el contrario, parece un poco desenfocada para alguien cuya educación universitaria no haya sido en idioma inglés. Las bases de un canon literario nacional, o el canon literario para un idioma son mucho más específicas: lo que Bloom dice de Shakespeare podría predicarse de Cervantes en el canon literario en español.

tradictorio: la ansiedad de influencia, como teoría general de la poesía, si tiene algún propósito, es el de señalar la necesidad de reconstruir inter-textualmente tradiciones de escritura y lectura, intelectuales o literarias, que están muy conectadas entre sí debido a procesos de influencia (usualmente unidireccionales y raramente bidireccionales). En sus propias premisas, la influencia marlowiana sobre Shakespeare es uno de los pocos puntos de acceso a un autor de múltiples significaciones. La angustia de ansiedad no parece permitir que uno salte inmediatamente a la conclusión de universalidad de Shakespeare, pues la angustia de ansiedad prueba que el nuevo trabajo creativo se realiza en casos específicos de mala lectura, transmutación y aprisionamiento poético. La relevancia de un poeta fuerte debe ser mostrada de una manera intertextual por el crítico caso por caso. El genio de Shakespeare no es universal; por el contrario, parece bastante específico cuando uno ve el intrincado detalle del nacimiento de su creatividad en medio de la mala lectura y aprisionamiento marlowianos. La formación de tradiciones escriturales, aún más, parece variar según las influencias que hayan sido determinantes. La noción de influencia y aprisionamiento tienen a su interior altos niveles de contingencia que desmienten la idea de un canon uniforme en todas las producciones literarias.

Bloom termina así, quizá contra sus intenciones más profundas, en una barolatría universalista bastante desconectada de la dirección de su teoría poética de la influencia. La ansiedad de influencia muestra, contrario a las conclusiones a las que Bloom llega, que no hay un espacio universal de literatura o de teoría del derecho, que no existen, sin más, literaturas o teorías del derecho transnacionales y generales. Todos los espacios, en ese sentido, incluso en teoría, son específicos y particulares; en todas partes se da la deficiente lectura, la tardanza y la transmutación; la resolución de la angustia depende de la pobre lectura poética creativa. Las comunidades intertextuales son comunidades de influencia muy relacionadas entre sí que conducen hacia la especificidad y no hacia la universalidad del discurso.

El análisis de Bloom se vuelve mucho más útil cuando uno desconecta el (incorrecto, en mi parecer) impulso universalista de su (correcta, nuevamente en mi parecer) teoría de la influencia y la transmutación. Esto es completamente posible, puesto que las dos partes del argumento de Bloom no están necesariamente interrelacionadas. Muy por el contrario: si uno se viera forzado a tomar una posición en el dilema "universalismo vs. particularismo", una teoría de la influencia cultural como la de Bloom parecería apuntar *prima facie* hacia, el particularismo teórico. Si, en ese orden de ideas, se toma la teoría bloomiana como una contribución a una mejor comprensión de la estética de la influencia y de la mala lectura, Bloom podría ayudarnos a revalorizar las tradiciones intelectuales periféricas,

cuya autoestima sufre marcadamente con las teorías tradicionales de la producción cultural donde la copia es una forma negativa de dependencia, *mimesis* y, finalmente, envilecimiento eidético. En este sentido, la obra de Bloom recaracteriza muy apropiadamente algunos de los aspectos que marcan el proceso de influencia. Algunos de estos puntos merecen una incorporación explícita dentro de mi propia reconstrucción de la influencia iusfilosófica. Para ello quisiera hacer mención a cuatro puntos centrales que tomo, influenciado por Bloom, y que transmutó para los propósitos de mi argumento:

1) En primer lugar, es importante notar que la angustia de influencia (como una manera de analizar la cuestión de la originalidad e influencia de una obra) no es *cualquier tipo* de relación de un autor con autores o épocas precedentes. La noción de 'influencia' puede ser entendida de distintos modos que terminarán conduciendo, a su vez, a diferentes caminos de investigación académica. La selección de uno de esos senderos *no tiene que ver con la determinación objetiva* de cuál de ellos sea epistemológicamente superior a los demás; en vez de ello, la escogencia de un sendero, de una manera de comprender el papel de la influencia en la creación cultural depende de una decisión previa, por parte del investigador, de participar en tal o cual campo o disciplina de investigación. Los diferentes senderos para tratar la cuestión de la influencia responden a formas ya estructuradas de discurso académico. La escogencia de una cierta manera de lidiar con la influencia es, al fin de cuentas, una forma, entre muchas otras, de buscar moldear ese fenómeno dentro de las características específicas que una cierta disciplina de investigación le ha otorgado al mismo. Es una decisión que tiene más que ver con el acceso a una clase de discurso que con las características objetivas de la influencia. En ese sentido, es claro que varios de los discursos que pertenecen a las humanidades y a las ciencias sociales (historia, sociología, filosofía, etc.) son reflexiones, bajo formas disciplinarias específicas, sobre el tópico general de la influencia y de la transmutación culturales.

Por consiguiente, cuando se estudia la influencia es posible distinguir, muy esquemáticamente, entre dos clases de relación: por un lado puede haber una comprensión "cultural" e "intertextual" de las relaciones de influencia y contexto, y, por el otro, una comprensión "institucional" y "extratextual" de esas mismas relaciones. Uno puede tomar, primero, una visión, reduccionista para nuestros propósitos, de la influencia como "extratextualidad". La influencia como extratextualidad nos llevaría, en una de sus versiones, a la "sociología de las filosofías"⁹⁸, con un énfasis exclusivamente sociológico sobre la formación de las redes

98 Véase, por ejemplo, Randall Collins, *The Sociology of Philosophies: A Global Theory of Intellectual Change*. Harvard University Press, Cambridge (1998).

intelectuales y la predominancia analítica de las relaciones "maestro-estudiante". Esta metodología no tiene que ser rígidamente determinista o ingenua como lo podría sugerir la tosca definición que se acaba de suministrar. La reconstrucción sociológica de las redes centrales de investigación y escritura filosófica puede tener un claro poder explicativo, *i.e.*, puede producir ganancias cognitivas efectivas, en especial si se aplica de manera rigurosa a los sitios centrales de la producción cultural. En sitios periféricos, sin embargo, el énfasis en la relación "maestro-estudiante" es claramente insuficiente. En sitios de recepción, la falta de tradiciones intelectuales propias origina una cierta apertura a gran variedad de discursos. En ese sentido, los sitios de recepción toman con mayor libertad de tradiciones intelectuales del centro, en donde estos préstamos libres serían impensables ya que la existencia de una tradición fuerte pone barreras significativas a la incorporación de los resultados de otra tradición fuerte. En la periferia, por tanto, el problema de la "influencia" es más libre, mucho menos constreñido por la institucionalidad de la educación formal o por la amenazadora presencia/ausencia del maestro que impone rutas muy marcadas de investigación o reflexión. En ese sentido, la influencia en sitios de recepción es mucho más contingente: los autores y obras que se leen son aquellas que "están a la mano", y la lectura ecléctica termina haciendo esfuerzos de síntesis entre materiales que serían vistos como inconmensurables bajo la óptica de sus sitios de producción.

Por oposición a la comprensión extratextual de la relación de influencia, existe una comprensión fundamentalmente *intratextual* del fenómeno: de manera preliminar se podría decir que la intertextualidad considera que los textos son, en palabras de Julia Kristeva, un "mosaico de citas"⁹⁹. Otra imagen poderosa de intertextualidad ha sido propuesta por Gérard Genette para quien el texto es comparable a un palimpsesto, esto es, un manuscrito en el que la escritura primigenia ha sido parcialmente borrada para abrirle campo a nueva escritura que, de esta forma, se sobrepone y mezcla con la anterior¹⁰⁰. Todas estas versiones de intertextualidad son refrescantemente poscoloniales y emancipadoras, pues terminan poniendo en duda la diferencia esencial entre los textos originales de la gran tradición canónica (donde la tradición impone ejercicios muy estrictos de intertextualidad) y los derivados o plagiados de tradiciones menores, tal como los que se encuentran en la iusfilosofía (o en el derecho dogmático) de América Latina (en los que se sintetiza libremente autores y argumentos que nunca soñaron con mezclarse).

99 Julia Kristeva, *Word, dialogue and novel*, en *The Kristeva Reader*, Toril Moi (editor), Basil-Blackwell, Oxford (1986).

100 Gérard Genette, *Palimpsests: Literature in the Second Degree*, University of Nebraska Press, Lincoln (1997).

Ahora bien: es importante advertir que la noción de intertextualidad también puede ser entendida en diferentes claves. En una de ellas, muy cercana a la idea de Bloom de canonicidad universal, la intertextualidad es la presencia *necesaria* u *obligatoria* en un escrito posterior de textos anteriores del gran canon que definen, de manera casi determinista, el lenguaje en el que el autor tardío escribe y comprende su realidad. A este fenómeno se le podría llamar "intertextualidad obligatoria"¹⁰¹ y su función es la de subrayar la presencia necesaria de las grandes obras en toda la escrituralidad posterior. Según esta imagen, y siguiendo de nuevo a Bloom, (i) la creación de nuevos textos relevantes está necesariamente enraizada en el aprisionamiento y mala lectura de obras anteriores de estatura canónica que constituyen el repertorio de posibilidades estéticas disponibles; (ii) esa tradición anterior, por su carácter único y cerrado, hace cada vez más restringida, a medida que pasa el tiempo, la posibilidad de crear verdaderas nuevas obras de estatura canónica. De aquí se deriva (iii) que en este tipo de intertextualidad obligatoria se da la presencia, en una sola obra tardía, de la totalidad de la tradición canónica, forzando a que la interpretación de la nueva obra sea hecha bajo la perspectiva del conjunto de la tradición de Occidente. En la visión canónica de Bloom, este tipo de intertextualidad obligatoria se mueve a lo largo de extensísimas cadenas de tradición literaria, reduciendo así al nuevo escritor a un punto en donde la originalidad y la relevancia se convierten, más y más, en un evento extraordinario que de todas maneras se tiene que insertar en el canon occidental.

En otro registro diferente, menos grandioso y quizá más productivo, la intertextualidad se refiere a la presencia fortuita y contingente de obras anteriores, que no siguen *necesariamente* los principales pasos de desarrollo del gran canon sino que se involucran en lecturas periféricas en las que se componen los senderos textuales del gran canon; el lector débil en el contexto de recepción crea caminos de lectura idiosincrásicos y sinuosos, sintetizando argumentos, autores u obras que en el gran canon se mantienen separados y comprimiendo tiempos, lugares y estilos que el análisis literario estandarizado mantiene separados. La lectura idiosincrásica y aleatoria fragmenta la idea de un gran canon, o la existencia de espacios abiertos transnacionales de "teoría obligatoria", como aquellos imaginados en la TTD. Esta idea de influencia intertextual causa una comprensión cronotópica¹⁰²

101 Tomo esta expresión de Michael Riffaterre, *Text Production*, Columbia University Press, New York (1983).

102 Tomo y transformo el concepto de la obra de Mikhail Bakhtin, *Forms of Time and of the Chronotope in the Novel: Notes Toward a Historical Poetics*, en *The Dialogic Imagination*, Universidad de Texas, Austin (1994), p. 84. ["Le daremos el nombre de *cronotopia* (literalmente, "tiempo espacio") a la conexión intrínseca de relacio-

de la teoría: el mundo de la teoría no solamente debe ser ordenado conforme a épocas, sino que también existen importantes variaciones regionales que no pueden ser simplemente escondidas o negadas bajo la presunta universalización de un "espíritu de los tiempos". Cuando, además de *cronologías* de teoría, se hace patente la necesidad de hacer *topografías* de la misma reaparece la relevancia de lo particular, el *topos*, el lugar, como un eje formal de construcción de cánones iusteóricos. Una jurisprudencia reconstruida desde la noción de *cronotopo* engendraría un mapa plural donde tendrían que describirse las adaptaciones y transmutaciones que sufren las teorías producidas en el centro al ser recepcionadas en lugares periféricos. El espacio de la teoría, por tanto, no sería el universo, sino la localidad; en vez de una TTD casi universal, abarcando la historia de Occidente desde la filosofía jurídica griega hasta nuestros días, un estudio cronotópico de las influencias contingentes sobre distintos sitios de recepción nos centraría en la intertextualidad de ideas legales viviente en sistemas periféricos concretos.

Estos argumentos señalan el hecho de que hay requisitos más rigurosos para que la "influencia" sea una profunda y genuina "angustia de influencia" que produce aprisionamiento, esto es, la presencia activa de la escritura precedente por medio de su transmutación en la obra posterior.¹⁰³ Todo esto muestra que hay formas de conceptualizar la "influencia" que se acercan mucho a las ganancias cognitivas que los iusteóricos esperan cuando nos apresuran a definir la teoría del derecho como una actividad inscrita en "contextos de justificación" y no meramente en "contextos de descubrimiento". Para usar uno de los ejemplos de Bloom, es claro que, en general, Shakespeare tuvo muchas "influencias": Ovidio, Chaucer y Marlowe, por solo mencionar algunas, quienes terminaron fusionándose hasta formar un solo precursor compuesto de Shakespeare¹⁰⁴. Pero, "sin duda la Biblia, Ovidio y Chaucer fueron influencias muy profundas y fecundas sobre Shakespeare, el maestro de la caracterización, pero sólo Marlowe despertó en él ambivalencia y angustia"¹⁰⁵. La ambivalencia y la angustia genuinas, aterrorizadoras, no simples ecos de influencia neutralizada, son, según Bloom, la esencia del aprisionamiento creativo. Se trata de una influencia que lucha fieramente dentro de uno para salir a la luz, no sólo un recuerdo o eco estéril. Las investigaciones sobre influencia, bien sea literaria o teórica, son empresas para hallar, por decirlo así, "al poeta en

(cont. nota 102) nes temporales y espaciales que son artísticamente expresadas en literatura [...] Entendemos que el cronotopo es una categoría formalmente constitutiva de la literatura; no involucraremos con el cronotopo en otras áreas de la cultura".

103 Ver, Bloom. *Anxiety*, supra nota 35 en xxiv.

104 Ver *Id.* en xxix.

105 Ver *Id.* en xxxi-xxxii.

el poeta" o "al teórico dentro del teórico", *i.e.*, los esfuerzos que el escritor tardío hace para transmutar lo que él considera ser el logro estético o intelectual de la tradición en la cual está inscrito. Los textos podrían ser estudiados desde muchos otros puntos de vista, escogiendo quizá contextos materiales, por oposición a los contextos culturales de influencia que propongo de la mano de Bloom. Pero el punto principal en el que quiero insistir consiste en el hecho de que los sitios de recepción no están condenados a estudiar los textos de su tradición como epifenómenos de una infraestructura material; existe, si uno se atreve, una manera de estudiar y analizar la teoría del derecho de una localidad (incluso si es periférica, e incluso si ha sido construida por efebos débiles en ambientes hermenéuticos pobres). La teoría del derecho puede ser, por tanto, una actividad significativa e importante para países con poca tradición en el tema porque, de todos modos, una cultura jurídica necesita tener explicaciones de cómo llegó a ser lo que es. Esta tarea científica de la iusteoría ha sido incumplida en la periferia porque, bajo la idea de la existencia de una TTD, los autores locales terminan por colaborar en la comprensión de las tradiciones universales, pero no en la comprensión de las dinámicas del derecho local. Igualmente, el complejo de no ser una tradición fuerte en iusteoría lleva, equivocadamente, a despreciar las transmutaciones locales existentes y a cambiarlas, mejor, por el estudio de las lecturas estandarizadas en sitios de producción. Contra esta situación particular mi lema es sencillo: la labor científica de la iusfilosofía es explicar sistemas jurídicos concretos y no sistemas jurídicos abstractos. Por eso la elaboración imaginativa de una TTD es contraproducente para la empresa que aspira cumplir los objetivos científicos de una teoría local del derecho. Pero, además, es fundamental exorcizar el complejo de debilidad que nos obliga a desestimar la teoría implícita en la cultura jurídica local ya existente. No basta, por tanto, con afirmar que en estos países no se ha desarrollado mucho la iusteoría, o que no existe mucho interés en el asunto. Con interés o sin él, una cultura jurídica tiene una teoría, así sea implícita, del derecho. *El que niega la existencia de teoría del derecho en una cultura jurídica tan sólo afirma que él, en realidad, no es consciente de la misma.*

2) Una segunda conclusión recuperable del trabajo crítico de Bloom es la siguiente: Bloom insiste correctamente en el hecho de que "[la] angustia [de influencia] no se relaciona tanto con el precursor sino con la angustia que el cuento, la novela, la obra de teatro o el ensayo producen. La angustia puede ser (o no) internalizada por el autor tardío, dependiendo de su temperamento y circunstancias, pero esto casi no importa: el poema fuerte es la angustia resuelta"¹⁰⁶.

106 Ver *Id.* en xxiii.

La influencia, en ese sentido, no se refiere tanto a una "influencia intelectual" explícita y consciente. La influencia tiene que ver con la presencia de una tradición en el escrito tardío, así el autor tardío no sea consciente de ello, como ocurre con frecuencia. La influencia es la declaración o denuncia que hace un texto en su estructura, argumento, tema y estilo de las cadenas traslaticias a las que pertenece. La influencia, por tanto, se parece más a la noción de "estilo", o, más concretamente, a lo que el iusteórico norteamericano Karl Llewellyn denominó el "estilo de la decisión judicial". Si la influencia no es explícita, y si el trabajo de investigación consiste en determinar el estilo de una época, poniendo de manifiesto los presupuestos teóricos que le subyacen, todo ello también sugiere un nuevo tipo de análisis textual en la investigación iusteórica. Mientras que la idea de influencia es usualmente utilizada para analizar las relaciones entre filósofos del derecho y sus libros académicos, la noción de influencia que he tratado de reconstruir invita a la identificación del estilo implícito en documentos legales cotidianos considerados como ejemplos de teorías implícitas del derecho. La noción tradicional de influencia se ocupa así de la reconstrucción de las relaciones maestro-estudiante en obras de "alta teoría jurídica"; por oposición, la idea de explorar la influencia en la formación de estilos reconoce que los documentos jurídicos más triviales (y no sólo las obras de filosofía del derecho y alta teoría) son fundamentales para cumplir con las tareas científicas que se exigen de la jurisprudencia. En estos documentos es posible reconstruir una teoría pop del derecho, y no las fases e influencias, más bien ficticias, en las que se divide el mundo de los filósofos del derecho. La teoría pop del derecho es, por contraste con la alta teoría, el estudio e identificación de los presupuestos iusteóricos que informan la práctica cotidiana del derecho y que contrastan notablemente con las periodizaciones que tienen los filósofos del derecho, desorientados quizá por su creencia en una participación sin restricciones en el mundo de la TTD. Estas teorías implícitas muchas veces se han "colado" a la práctica produciendo transmutaciones fundamentales de sus versiones internacionales y puras. No son, sin más, vulgarizaciones; son verdaderas transmutaciones eidéticas que siguen constituyendo el repertorio intelectual disponible dentro de una cultura jurídica. Tal como dice Bloom:

"La influencia poética no necesita hacer a los poetas menos originales; a menudo los hace más originales, aunque no necesariamente mejores. Las profundidades de la influencia poética no pueden ser reducidas a estudio de fuentes, a la historia de las ideas, a patrones de imágenes"¹⁰⁷.

107 Ver *Id.* en 7.

3) Un tercer punto crucial es el siguiente: la angustia de la influencia no es una rivalidad edípica a la Freud, porque, según Bloom, es preferible hacer lecturas shakesperianas de Freud a hacer lecturas freudianas de Shakespeare, pues, al fin y al cabo, es Shakespeare el que estructura el lenguaje de Freud, y no viceversa. Para Bloom, la angustia de influencia es la expresión de lo que él prefiere llamar el "complejo de Hamlet" y no el "complejo de Edipo". Bien sea bajo la figura de Hamlet o la de Edipo, hay sin embargo una coincidencia en la teorización de la influencia entre Bloom y Freud. El complejo de Hamlet revela el hecho de que la influencia no es *necesariamente* la copia, el plagio o la reproducción de lo influyente. Por el contrario "Marlowe obsesionaba a Shakespeare, quien defensivamente parodió a su precursor mientras que decidió que [Marlowe] se convertiría principalmente para él *en la vía que no se debía tomar*, así fuera en la vida o en el arte"¹⁰⁸. La angustia de influencia, entonces, entendida como una presencia permanente produce la creatividad en el amor/odio que uno siente por el precursor/competidor más relevante y cercano. Esto nos ayuda a ver el fenómeno de la 'influencia' tanto en el modo receptivo de "seguir al maestro" como en el modo reactivo de "rechazar las influencias que uno tiene". Esta forma de conceptualización será extremadamente útil más adelante cuando describiremos los pasos típicos del discurso iusteórico en América Latina¹⁰⁹.

4) Por último, tratando de no ceder a la tentación de sobreteorizar el problema de la influencia literaria o teórica, podría ser de todas maneras útil acompañar a Bloom en los detalles más específicos de su "mapa de transmutación". Su mapa es relevante para nuestros propósitos, pues nos propone una clasificación de las principales formas de transmutación y tergiversación que los efebos despliegan como formas de resolver la ansiedad de influencia literaria. El mapa de tergiversaciones bloomiano tiene el mérito adicional de tratar de relacionar las diferentes estrategias de la mala lectura con el potencial significado psicológico de las mismas como mecanismos de defensa¹¹⁰. Ofrezco el catálogo de transmutaciones

108 Ver *Id.* en xxiii.

109 La relación entre los conceptos de influencia y ansiedad son exploradas también en el cine. La influencia y el *agon* entre Shakespeare y Marlowe en el filme de John Madden, *Shakespeare in Love*, Miramax Films (1998) y entre Mozart y Salieri en la película de Milos Forman, *Amadeus*, Orion (1984). Ambas películas capturan bien la ansiedad que produce la influencia.

110 Mi interpretación del Mapa, aunque sigue el segundo libro de Bloom "A Map of Misreading", está realmente fundamentada en la primera presentación que hiciera de sus ideas en su libro "The Anxiety of Influence". La razón para esto es que en el segundo libro, Bloom introduce varias tesis que hacen el análisis mucho más complejo de lo que se requiere para los propósitos de la presente investigación: en ese

de Bloom como un listado general que podría ayudarnos a identificar las formas en que se presenta la influencia y la transmutación en iusteoría. No atribuyo carácter definitivo al mapa de Bloom, pero creo, sin embargo, que es un medio heurístico útil para identificar los *modos de transformación* que se utilizan en la literatura o en la teoría. Para Bloom un *modo de transformación*¹¹¹ es una de las maneras específicas en las que los autores tardíos siguen, se separan o transforman el legado de los poetas fuertes antecedentes. Los modos de transformación en poesía son, según Bloom, los siguientes¹¹²:

(cont. nota 110) segundo libro Bloom sostiene que cada poema fuerte es una expresión de una estructura estilística en la que aparecen al unísono *todas* las formas de influencia poética, de una manera pre-ordenada, dentro del mismo poema. Esta extensión de la teoría es innecesariamente metafísica: se puede estar de acuerdo con Bloom en que es muy útil teorizar la influencia tratando de catalogar las distintas maneras en las que ésta se presenta. Pero decir que un poema es una expresión de *todos* los modos de transformación que se van mostrando dentro del poema en un patrón regular es, cuando menos, una tesis exagerada en el caso de la literatura jurídica periférica. Si la tesis de Bloom llegara a ser cierta en poesía (lo cual no creo), parece en cambio que es abiertamente equivocada en transmutaciones jurisprudenciales.

111 Bloom utiliza en inglés la expresión *revisionary ratio* que traduzco como "modo de transformación".

112 Las citas al interior de la tabla son tomadas directamente de Bloom, *Anxiety*, pp. 14-6. Me basta con explicar en texto, de manera muy sumaria, en qué consiste cada uno de los modos de transformación. Renuncio, por otro parte, a tratar de explicar la conexión entre los modos de transformación y los mecanismos de defensa psicológica y los tropos literarios. Esta conexión, aunque fascinante, trasciende los límites de mi investigación. Remito directamente a Bloom para que el lector profundice este tema específico. El lenguaje bloomiano, tan rico en asociaciones y reminiscencias clásicas, puede ser un obstáculo para la comprensión de sus ideas. En general, yo lo encuentro estimulante y útil. Para una exploración del significado de la terminología bloomiana, en especial en relación con sus reminiscencias clásicas, véase la recensión de *Anxiety* hecha por Daniel Geddes, *Bloom's Anxiety of Influence* en http://www.thesatirist.com/books/anxiety_of_influence.html, o el artículo de Karl Gallinsky, *El estado actual de la interpretación de la poesía romana y la escena crítica contemporánea*, en http://ccwf.cc.utexas.edu/~gallinsky/Home/homelinks/CONFERENCIAS/El_estado_actual_de_la_int.html.

Modo de transformación	Explicación	Mecanismo de defensa	Tropo literario preferente
<i>Clinamen</i> ¹¹³ (Desviación)	"Un poeta se desvía de su precursor leyendo su poema de tal manera que ejecuta un <i>clinamen</i> respecto del mismo. Esto aparece como una corrección en su propio poema, lo que implica que el precursor se encaminó de manera correcta hasta cierto punto, pero después debería haberse desviado, precisamente en la dirección en que se mueve el nuevo poema".	Reacción-Formación	Ironía
<i>Tessera</i> ¹¹⁴ (Mosaico, terminación y antite-sis)	"Un poeta 'completa' antitéticamente a su precursor leyendo el poema matriz con el propósito de preservar sus términos pero para darles un significado distinto, como si el precursor hubiera fallado en ir lo suficientemente lejos".	Ir contra uno mismo. Retiro	Sinécdoco

113 *Clinamen* en latín y *paraklisis* en griego significan "desviación" o "variación" pequeñas. La expresión *clinamen* es utilizada en la física de Lucrecio, de donde la toma Bloom: "Algunas veces", escribe Lucrecio, "en sitios y lugares inciertos, la caída eterna y universal de los átomos es perturbada por una desviación muy pequeña— el *clinamen*. Del vortex resultante nace el mundo, y con él todas las cosas naturales". *Rerum Natura*, II, 216. Este texto de Lucrecio se ha convertido en una referencia fundamental en la física del caos, donde se argumenta que las desviaciones son fundamentales en la reconstitución del orden físico. Véase Ilya Prigogine e Isabelle Stenges, *La nueva alianza: metamorfosis de la ciencia*, Alianza, Madrid (1983).

114 La palabra latina *tessera* (plural *tesserae*) designa, todavía, cada una de las pequeñas piezas de piedra o vidrio con las que se hace un mosaico. La palabra parece provenir, sin embargo, de las antiguas costumbres griegas (usadas tanto en prácticas religiosas como jurídicas) en las que una pieza de cerámica era partida en dos o más fragmentos. La posesión de uno de los pedazos permitía ser reconocido e implicaba, además, la posibilidad de reconstituir el todo a partir de la parte. El uso bloomiano de *tessera* invoca, al unísono, todas estas connotaciones: en este modo de transformación, el poeta utiliza los materiales del antiguo mosaico para resignificarlos ya que el precursor no había realizado su pleno potencial; pero además, la posesión de una pieza sirve como *clave* de reconocimiento para entrar a una sociedad o relación privada.

Modo de transformación	Explicación	Mecanismo de defensa	Tropo literario preferente
<i>Kenosis</i> ¹¹⁵ (Vaciamiento y humillación)	"Un movimiento hacia la discontinuidad con el precursor [...] El efebo, vaciándose a sí mismo de su propia inspiración y de su divinidad imaginativa, pretende humillarse a sí mismo como si renunciase a ser poeta, pero esta mengua se ejecuta de tal manera que el precursor es también vaciado, de manera que el poeta tardío no se ha humillado en lo absoluto como parecía".	Deshacer, aislamiento, regresión.	Metonimia
<i>Daimonización</i> ¹¹⁶ (Atribución a un demonio)	"El poeta tardío se abre a sí mismo a lo que cree es el poder del poema matriz que no pertenece a su autor, sino que está en un rango de ser que está más allá de su predecesor. Hace esto en su poema para poder ignorar el carácter único de la obra precedente."	Represión	Hipérbole

115 La palabra griega *kenosis* significa "vaciar" y "vaciar". Su importancia cultural está en el uso que de la misma hace San Pablo en la Epístola a los Filipenses 2, 5-11 en la que "Cristo Jesús, el cual, siendo en forma de Dios, no estimó el ser igual a Dios como cosa a que aferrarse, sino que se despojó a sí mismo, tomando forma de siervo, hecho semejante a los hombres; y estando en la condición de hombre se humilló a sí mismo, haciéndose obediente hasta la muerte, y muerte en cruz" (versión Reina-Valera, 1960). Para una exploración de la teología de la *kenosis*, véase Feinberg, Paul D, *The Kenosis and Christology: An Exegetical-Theological Analysis of Phil. 2:6-11*. 1 Trinity Journal 1 (1980), pp. 21-46.

116 La palabra bloomiana *daimonización* viene del griego *daimon* que se refería a dioses menores o demonios (aunque la connotación negativa es específicamente cristiana) que explicaban los acontecimientos a los cuales no quería atribuirse agencia humana. En esta forma de transformación, el efebo niega la autoría del precursor y se la atribuye a un demonio en donde radica la verdadera fuerza poética. De esta manera el efebo evade la deuda adquirida con el precursor mediante la negación de la deuda y su relocalización en una fuerza trascendente y anterior al precursor. Al respecto véase, Matthew Schneider, *Mimetic Polemicism: René Girard and Harold Bloom contra "The School of Resentment"*. A Review Essay, 2 Anthropoetics (1996).

Modo de transformación	Explicación	Mecanismo de defensa	Tropo literario preferente
<i>Askesis</i> ¹¹⁷ (práctica sacrificada y solitaria)	"El poeta [...] renuncia a una parte de sus propias dotes imaginativas para separarse de otros, incluyendo a su precursor, y lo hace situando a su poema respecto del poema matriz como si ese poema sufriera también de <i>askesis</i> ; de esa forma las dotes del precursor son igualmente truncadas".	Sublimación	Metáfora
<i>Apófrades</i> ¹¹⁸ (el regreso de los muertos)	"El poeta tardío [...], ya agobiado por su soledad imaginativa, casi solipsista, conserva su poema tan abierto hacia la obra del precursor que en un principio podríamos creer que la rueda ha dado una vuelta completa, y que estamos de nuevo en la etapa temprana del efebo antes de que su fuerza empezara a expresarse mediante los modos de transformación. Pero el poema se abre ahora al precursor	Introspección, proyección	Metalepsis

117 Michel Foucault ofrece una inmejorable genealogía de la palabra. Aunque *askesis* significa originalmente "práctica" en el sentido del trabajo necesario para llegar a dominar un arte, la palabra luego generó la expresión *ascetismo*, por referencia al sacrificio, disciplina y soledad necesarias en el cuidado del cuerpo y la mente. Foucault se interesa en el concepto en su investigación de la *pharresia*. Véase Michel Foucault, *Discourse and Truth: the Problematization of Parrhesia* (seis conferencias dictadas en la Universidad de California-Berkeley, Oct-Nov. 1986) en <http://foucault.info/documents/parrhesia/>. En este modo de transformación el efebo atribuye *askesis* al poema matriz y por tanto lo aísla como un ejemplo de esfuerzo solitario y sacrificado en el proceso de aprendizaje del precursor. Esta forma de neutralizar la influencia del precursor se logra revelando la laboriosidad y esfuerzo que él ha tenido que desplegar en su labor creativa: no se trata de fruto del genio, sino de la práctica concentrada y difícil.

118 La expresión griega *apophrades* significa "regreso de los muertos". Los días de regreso de los muertos, *hemeraí apophrades*, eran considerados tabú por los griegos, razón por la cual no convocaban a la asamblea. Véase al respecto Aristóteles, *Constitución de los atenienses*, 43,3.

Modo de transformación	Explicación	Mecanismo de defensa	Tropo literario preferente
	de manera que no nos parece como si el precursor lo estuviera escribiendo, sino que nos parece que el efebo hubiese él mismo escrito el trabajo característico de su precursor".	†	

La terminología de Bloom es un esfuerzo, altamente metafórico y erudito, por caracterizar las formas en que ocurre la transmutación poética por parte de los efebos. Los mecanismos que Bloom describe son, evidentemente, malas lecturas y transmutaciones; pero es igualmente importante advertir cómo dichas transmutaciones también funcionan como verdaderos mecanismos de defensa mediante los cuales el efebo evade la ansiedad de influencia respecto del precursor para reclamar la fuerza de su propia creatividad. La identificación bloomiana de los mecanismos de transformación típicos en la esfera poética es útil para el propósito de cartografiar la transformación teórica en el mundo iusfilosófico. En términos bloomianos, podría decirse que la agenda que propongo para la iusteoría latinoamericana consiste en teorizar, primero, y luego narrar efectivamente una teoría del derecho particular anegada de profunda ansiedad de influencia no resuelta. El primer paso de este proceso pasa por desvelar los modos de transformación dominantes mediante los cuales los textos de la TTD son utilizados en la teoría local. Los modos de transformación de Bloom se prestan con facilidad para empezar a narrar las formas en que se expresa la ansiedad de influencia en la producción cultural de sitios de recepción.

La iusfilosofía y la iusteoría latinoamericanas pueden ser leídas como tradiciones académicas en la que algunos de estos modos de transformación dominan los contornos de un discurso aceptable. Algunos de estos modos parecen propios de efebos fuertes, esto es, efebos centrales respecto de los cuales se termina reconociendo que son los continuadores legítimos de sus precursores. *Apófrades* es un típico ejemplo del último y más desarrollado modo de transformación en el que se termina aceptando que el gran poeta precursor *habla* directamente por boca de su sucesor. A los efebos débiles, sin embargo, parece corresponderles las formas menos elaboradas o fuertes de transformación. En general, su reelaboración del trabajo anterior no es reconocido como continuación legítima del precursor, sino como verdaderas malas lecturas (en sentido débil) que deben ser corregidas mediante interpretaciones estandarizadas. Los modos de *clinamen*, *tessera* y *kenosis*

describen mejor algunas de las formas típicas de transformación de efebos débiles y periféricos: podría decirse, por ejemplo, que los escritores subordinados usualmente piensan y escriben sus obras individuales en los modos de transformación más sencillos, ya sea mediante un *clinamen* (una desviación, una incompreensión del texto precedente), una *tessera* (una reordenación de los fragmentos de un mosaico) o una *kenosis* (una auto-humillación frente al precursor).

La metáfora de la *tessera* es muy interesante: en la medida es que se toman en préstamo piezas de un mosaico anterior, es como si el efebo débil hubiera, por torpeza propia, desarreglado el patrón existente, y ahora, obligado a armarlo de nuevo, termina haciéndolo a su manera, forzando un *tessera*¹¹⁹ aquí y otro allá, para terminar ofreciendo un mosaico menos acabado, propio de un aprendiz. La *tessera* de un efebo fuerte es distinta: su reorganización de los *tesserae* termina siendo más poderosa que la ofrecida por el maestro. Su nueva obra, su nuevo *collage* de elementos sueltos es reconocido como una superación de lo antes existente, un verdadero esfuerzo por 'completar' lo que el maestro tan sólo había sugerido. En ese sentido, podría hablarse de la existencia de *bricoleurs*¹²⁰ intelectuales fuertes y débiles: el *bricoleur fuerte* es aquel cuya reorganización de los *tesserae* es considerado como una obra de arte de mayor estatura que los mosaicos que tuvo que destruir para extraer sus materiales de trabajo; el *bricoleur débil*, en cambio, es como un niño de manos torpes que intenta hacer un *copy and paste* de materiales que ha desorganizado por inadvertencia o incompreensión de su arquitectura y armonía internas. *Tessera* también significa fragmento como señal o código de reconocimiento. El *bricoleur fuerte* que posee uno de los pedazos de la antigua cerámica es reconocido inmediatamente como miembro del grupo arcano de quienes escriben con genuina grandeza. La pieza de cerámica es como un santo

119 Véase *supra* el significado de *tessera* en el discurso bloomiano.

120 Véase Carlos Triguero Mori, *Video doméstico, Bricolage electrónico*, Acción paralela: ensayo, teoría y crítica del arte contemporáneo, N° 5, en <http://www.acpar.org/numero5/index.htm>: "El bricolage como filosofía de trabajo se basa, sobre todo, en la contingencia y el reciclaje. En el bricolage se obra sin plan previo ni materias primas sino sobre elementos ya elaborados, desechos, despojos y fragmentos de obras. El que elabora, el bricoleur, es "el que trabaja con sus manos utilizando medios desviados". Sus instrumentos y materiales están en el entorno inmediato y la regla de su juego es arreglárselas con "lo que uno tenga a mano" sin ningún plan previo particular, con resultados en función de todas las ocasiones propicias de utilizar o renovar los materiales a partir de residuos de construcciones y destrucciones anteriores. "El conjunto de los medios del bricoleur no se puede definir, por lo tanto, por un proyecto (...) se definen por su instrumentalidad, (...) por que los elementos se recogen o conservan en razón del principio "de algo habrán de servir".

y seña que le permite ser reconocido en la comunidad de los creativos. Para el *bricoleur débil*, en cambio, la posesión del pedazo de cerámica es una prueba inmediata que él, de alguna manera, ha roto el tiesto.

Respecto de la *kenosis* se ofrece también la posibilidad de distinguir entre efecos fuertes (que escriben en ambientes hermenéuticos ricos) y efecos débiles (que escriben en ambientes hermenéuticos pobres). Para los efecos fuertes la *kenosis*, como la de Cristo, es una falsa humillación que resalta la sublimidad moral de su propia divinidad. La intensidad moral que alcanza el gesto del verdadero Dios que muere, y *muerte en la cruz* que es, profundiza la naturaleza divina de Jesús. Para el efebo débil, para el poeta o teórico periférico, la *kenosis* es una forma de pérdida de autoestima en la que la humillación no es una forma de sublimar la propia divinidad estética o eidética, sino una verdadera forma de eludir la comparación o competencia del precursor central. La *kenosis* del efebo débil, por tanto, es una *humillación verdadera*, y no una *humillación falsa*: es una negación de la naturaleza divina porque se acepta que efectivamente no se posee tal naturaleza. Para el efebo fuerte, por contraste, la *kenosis* es una humillación o vaciamientos fingidos que subliman, aún más si cabe, su real esencia divina.

La *daimonización*, por otro lado, ofrece una muy necesaria despersonalización del análisis en la que la influencia es interpretada como una fuerza que trasciende contextos de producción y recepción, tanto al precursor como al efebo; de esta forma la *daimonización* permite situar la fuente del discurso más allá de la contingencia propia de la agencia humana en un espacio previo donde es posible la verdad directamente producida por el *daimon*. En ese sentido, la *daimonización* es una categoría bloomiana que parecería describir adecuadamente la creación de una TTD como un espacio supranacional que trasciende cualquier tipo de contexto y establece la fuerza de escritura imaginativa o teórica más allá de los procesos de influencias entre sitios de producción y recepción.

Por último, y renunciando al modo, quizá demasiado encomiástico, en el que Bloom celebra la apropiación de la voz anterior en la *apófrades* (el retorno creativo del precursor en la voz del efebo), es difícil negar que la credibilidad de los discursos iusteóricos locales dependen de manera crucial de su habilidad de reclamar una franquicia local autorizada de una tradición intelectual central. En ese sentido, los autores locales (el efebo débil) realizan una *apófrades débil*, es decir, se les reconoce que el precursor habla por su boca pero en el sentido que lo repiten y lo difunden como discípulos por los confines del mundo; para el efebo fuerte en cambio la *apófrades* ocurre, en el sentido inmensamente más intenso de Bloom: el bardo joven habla, al mismo tiempo, en la voz del precursor y con plena originalidad, pudiendo ahora reclamar para sí un puesto en una comunidad de poetas

fuertes. El regreso de los muertos no es simplemente una copia de difusión del precursor sino la asunción creativa y propia de las fuerzas que él poseía, hasta el punto de que pareciera que el poeta difunto ha regresado a la vida y que la tradición habla con toda su autoridad, con el peso del canon entero, por boca del efebo¹²¹.

3.3. Los modos de transformación de los iusteóricos locales

Pero no es mi propósito a esta altura seguir estrictamente las categorías de transmutación (los modos de transformación) que Bloom ha identificado para la lectura poética. Los modos de transformación que Bloom identifica presuponen la existencia de un efebo fuerte donde la ansiedad de influencia termina siendo resuelta de una manera exitosa. El panorama de una tradición periférica se presenta algo distinto: en principio estoy tratando de analizar otras formas de mala lectura y transmutación. Formas no reconocidas, ni prestigiosas que, en todo caso, han construido el inventario de ideas disponibles sobre el derecho en una región. Estos efecos teóricos débiles lidian, a su manera, con la ansiedad de influencia. Sus maneras de manejar dicha ansiedad son consideradas, falsamente, como resoluciones no exitosas. Pero conceder que el aprisionamiento y transmutación del efebo débil es cualitativamente distinta de la del efebo fuerte es renunciar a la misma posibilidad de reconstruir la teoría del derecho efectiva de sitios de recepción.

121 La *apófrades* ocurre de manera muy clara cuando se examinan las cadenas que unen a los iustilósofos centrales. La práctica académica de las *endowed chairs* con sus líneas de sucesión representan la presencia de la tradición. El efebo fuerte, el teórico nuevo, puede perfectamente oponerse a su antecesor, pero la oposición es vista como un mantenimiento creativo de la tradición de los grandes. El *apófrades* de iusteoría en Harvard es el *Carter professor*: la línea empieza con Joseph Beale (1908-13), continúa con Roscoe Pound (1913-36) y Lon Fuller (1948-72), y termina, de manera muy antitética, con los nombres, quizá más familiares, de Charles Fried (1981-87, 1989-95) y Duncan Kennedy (desde 1996 hasta el día de hoy). El *apófrades* en Oxford es igual de distinguido: el *professorship of Jurisprudence* empieza en 1869 con Sir Henry Maine, termina el siglo XIX con Frederick Pollock (1863-1903), sigue en el siglo XX con la línea, poco influyente en América Latina, de Paul Vinogradoff (1903-26), Walter Ashburner (1926-29), C.K. Allen (1929-31) y Arthur Goodhart (1931-52), hasta llegar en nuestros días a los nombres más conocidos y ampliamente influyentes de Herbert Hart (1952-68), Ronald Dworkin (1969-98) y John Gardner (desde 2000 hasta el día de hoy) donde la teoría del derecho ya parece haber entrada a una franca etapa de difusión global como nunca antes había ocurrido. En esta misma sucesión se encuentran como *personal chairs* (una exaltación que vincula a las personas a esta tradición intelectual así no hayan sido líderes institucionales en sentido formal, muy por el estilo del reconocimiento a obispos sin diócesis) Joseph Raz (1985), John Finnis (1989) y James Harris (1996).

El panorama iusteórico que presento en los capítulos subsiguientes de este libro hace visibles ciertos mecanismos y procesos específicos que son usados usualmente por iusteóricos locales (efebos débiles) en la transformación creativa de las influencias provenientes de la TTD. Bloom nos ha proveído con un lenguaje literario para teorizar la influencia y su transmutación, pero no creo que sus modos de mala lectura, en la medida en que son pensados para efebos fuertes con altos niveles de reconocimiento transnacional, puedan ser extendidos a la recepción iusteórica por parte de efebos débiles. El estudio de la transformación local de la TTD en América Latina me ha llevado a concluir que es preciso describir los detalles específicos de los modos de transformación del precursor y de resolución de la ansiedad de influencia que son propios de efebos débiles. Estos mecanismos específicos de la iusteoría local, además, ayudan a ampliar la caracterización que hice más arriba de la producción cultural en sitios de recepción y en ambientes hermenéuticos pobres. Ahora sólo ofreceré un bosquejo aproximado de las herramientas de mala lectura y transmutación local en América Latina. Los detalles de este bosquejo serán ampliados más tarde.

La primera y más fuerte forma de mala lectura es un *clinamen* débil. El efebo local *se desvía* en el sentido de que no capta o entiende una parte del argumento que un lector estandarizado en sitios de producción vería con relativa facilidad. Esta forma de desviación es típica de una lectura en un ambiente hermenéutico pobre: piénsese, por ejemplo, en la comprensión posible en ambientes hermenéuticos pobres del argumento de Ronald Dworkin cuando en su artículo "Casos difíciles"¹²² describe las obligaciones hermenéuticas del juez Hércules cuando decide casos constitucionales, estatutarios (basados en derecho legislado) o de *common law*¹²³. Los problemas de comprensión empiezan, incluso para un traductor muy competente, en las notables divergencias que por fuerza se van generando entre el original en inglés y la traducción al español. Pero la incompreensión generada por la traducción no es esencial: lo que realmente importa es que el argumento de Dworkin, aunque está expresado en un lenguaje general y abstracto propio de la TTD, está lleno por todas partes de anclajes y referencias a una práctica constitu-

122 Includido en el capítulo 4 de "Los derechos en serio", Ariel, Madrid (1984) (Marta Guastavino, traductora). Esta es la traducción de *Taking Rights Seriously*, Harvard, Cambridge (1977). En el texto me refiero a las páginas 177 a 179 de la edición en castellano y 106 a 107 de la edición en inglés.

123 El tema va a ser retomado con mayor detalle por Dworkin en el capítulo 5 de "Los derechos en serio" titulado *Casos constitucionales*; y luego en el capítulo 10 de *Law's Empire*, Fontana Press, Londres (1986), pp. 355-399. En castellano el texto se titula *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona (1988) (Claudia Ferrari, traductora).

cional y jurídica específica. El compartir con él esa práctica genera una cierta comprensión del texto; el no compartirla, como ocurre con los efebos débiles latinoamericanos, da otro punto de entrada a su argumentación. La sección a la que me estoy refiriendo empieza así en español: "Supongamos que en la jurisdicción de Hércules hay una constitución escrita que estipula que ninguna ley será válida si establece una religión". Esta traducción, correcta por demás, procede del original "[s]uppose there is a written constitution in Hercules' jurisdiction which provides that no law shall be valid if it establishes a religion". La traducción, repito, es literal y correcta, pero la comprensión del texto en su sitio de producción y en sus potenciales sitios de recepción difiere enormemente. El texto en inglés está cargado de un significado que no puede traspasarse fácilmente al español. De hecho, en el texto en inglés hay una cita implícita, aunque se omitan las comillas: Dworkin hace referencia, y así lo entiende cualquiera de sus lectores norteamericanos, a la enmienda primera de la Constitución de Filadelfia que dice respecto de la libertad religiosa, literalmente, "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion*"¹²⁴. Es más: la enmienda primera, en la medida que regula la libertad de religión, es conocida técnica y popularmente como la *establishment clause* (cláusula de establecimiento)¹²⁵ por su uso explícito de la palabra *establishes* (establece). Para un lector norteamericano promedio, incluso mediocre, la suposición con la que comienza Dworkin ("supongamos...") no deja de ser un comentario algo irónico ya que la referencia es *obviamente* a la constitución de los Estados Unidos. El típico lector latinoamericano, en cambio, necesita mucho más que una simple clase de cívica para reconocer la invocación implícita que el párrafo contiene cuando utiliza la expresión "establece una religión". A renglón seguido continúa Dworkin con su "supuesto": "La legislatura promulga una ley que concede transporte escolar gratuito a los niños de las escuelas parroquiales. La concesión ¿establece una religión?". Para el lector norteamericano estándar la pregunta es mucho más aguda: la fuerte polémica social realmente existente en los Estados Unidos alrededor de los subsidios al transporte para escuelas católicas, ¿viola la Constitución de Filadelfia? Como ya imaginará el lector, el ejemplo de Dworkin está lejos de ser ficticio. Se trata, de hecho, de un tema muy debatido dentro de la cultura constitucional norteamericana. El subsidio, de hecho, era neutral ya que permitía el reembolso, pagado por el Estado, de lo que los padres hubieran gastado en transporte *siempre y cuando la escuela no tuviera ánimo de*

124 "El congreso no expedirá leyes relativas al establecimiento de una religión".

125 Gerald Gunther, en un libro muy influyente de derechos constitucionales fundamentales, titula así su capítulo IX: "*The constitution and religion: 'Establishment' and 'Free Exercise'*". Véase, Gerald Gunter, *Individual Rights in Constitutional Law*, Foundation Press, Westbury (1992), pp. 1172-1260.

*lucro*¹²⁶. Un ciudadano demandó la ley en la medida en que el estado de New Jersey estaba subsidiando, dentro del ámbito de la regla, a escuelas parroquiales católicas sin ánimo de lucro. El argumento del ciudadano es que la norma, así beneficiara neutralmente a escuelas sin ánimo de lucro, terminaba *estableciendo una religión* en el sentido de violar, de manera inconstitucional, la separación exigida entre Estado e Iglesia. Este caso, muy conocido por demás, había sido ya decidido por la Corte Suprema de Justicia en *Everson v. Board of Education de 1947*¹²⁷. Esta información contextual, a la que Dworkin sólo hace un guiño para que sus lectores la reconozcan, es de la mayor importancia luego para entender las opciones de teoría constitucional que se le abren al juez Hércules. De hecho, la *teoría constitucional* a la que se refiere Dworkin es un esfuerzo por comprender el significado de la *establishment clause* a la luz de los propósitos y fines de la ley del Estado de New Jersey y de la teoría política que Dworkin prefiere, como reconstrucción integral, de la Constitución de Filadelfia. Además, y como si esto fuera poco, el argumento de Dworkin incluye una valoración tácita de la línea jurisprudencial sobre libertad religiosa que comienza en *Everson* y que continúa en *Board of Education v. Allen*¹²⁸, y *Wolman v. Walter*¹²⁹ entre otros¹³⁰. Pero todo esto, sin embargo, queda enterrado como un supuesto implícito en el argumento de Dworkin. Su argumento iusteórico, así, es profundamente particularista y localista, pero su forma de escribir permite asumir que se trata de prácticas argumentativas y constitucionales universales. Es de anotar que las páginas que comento de "Casos difíciles" son, entre todas, quizás las más cercanas a nuestras propias prácticas constitucionales. La teoría dworkiniana sobre los deberes de Hércules en relación al derecho legislado y al *common law* presuponen muchos más datos contextuales que los que resalto para el caso del derecho constitucional y resultan, por tanto, aún más distantes para el lector en sitios de recepción.

En segundo lugar, además de estas formas traslaticias de *clinamen* (desvío), el iusteórico local queda también abocado a realizar formas muy interesantes de

126 Así lo establecía una ley del estado de New Jersey, cuya inconstitucionalidad fue pedida en el proceso de marras.

127 330 U.S. 1, 67 S.Ct. 504, 91 L.Ed. 711 (1947). Dworkin, a manera de guiño a su lector poco perspicaz, cita el caso pero la referencia creo que evade al lector latinoamericano. El lector norteamericano, al ver la cita, ya sabe, por ejemplo, que se trata de un caso de la Corte Suprema de los EE.UU. Esa información, sin embargo, escapa al lector proveniente de otra jurisdicción que no tiene por qué conocer los mecanismos de citación de casos usuales en los Estados Unidos.

128 392 U.S. 236 (1968).

129 433 U.S. 229 (1977).

130 Véase Gerald Gunter, *op. cit.*, pp. 1180-1.

tessera (piezas de mosaico). En ellas el efebo toma las piezas que constituían el rompecabezas anterior y las arma en un nuevo patrón antes no imaginado. Ello ocurre, por ejemplo, en un modo de transformación de teoría que me gustaría denominar *lectura selectiva* o *lectura enfatizada*. Piense el lector, por ejemplo, en dos libros fundamentales del canon de la teoría transnacional del derecho (TTD): de un lado la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen y del otro *El concepto de derecho* de Herbert Hart. La estrategia de lectura selectiva consiste en la capacidad, originada en la transmutación, de desarticular argumentos iusteóricos extensos e interrelacionados (los cuales constituyen para el autor una unidad de sentido) para interpretarlos, en su lugar, como piezas fragmentables y aisladas. Las razones por las que la unidad y continuidad de la argumentación se pierden son muchas, pero la principal, creo yo, es que los iusteóricos locales puede que no entiendan partes de la argumentación porque están fuertemente adscritos al contexto de producción específico desde el cual escribió el autor. Así, por ejemplo, el libro de Hart, *El concepto del derecho* nos ha ofrecido de manera prevalente una visión antiformalista del significado del lenguaje jurídico. En ese sentido, el capítulo VII de *El concepto de derecho* ha sido fundamental en la lectura latinoamericana de esa obra. Me parece relativamente claro que la descripción de la "textura abierta del derecho" constituye el aporte más relevante de la jurisprudencia hartiana a los debates locales, como más tarde se explicará¹³¹. Igualmente incontrovertible me parece que la interpretación local se ha concentrado en esta parte del argumento hartiano, como lo revela la recepción hecha por Rabossi, Carrió¹³² y Nino¹³³. El antiformalismo semántico de la textura abierta del derecho ha permitido la lectura de la obra de Hart en desconexión (e incompreensión) de su discusión, larga y detallada, del positivismo e imperativismo de John Austin. La irrelevancia de Austin para efectos de la iusteoría latinoamericana ha permitido desconectar el positivismo jurídico de la tradición austiniana (en la que Hart mismo se inscribe) del antiformalismo semántico (inspirado en Weismann y Wittgenstein) del capítulo 7 para así terminar formando lecturas locales que difieren en varios puntos de la interpretación estandarizada de *El concepto de derecho* en el mundo anglo. La información previa compartida en contextos de producción es una de las razones fundamentales que permite ver unidad de designio y la conexión existente en

131 Véase al respecto el capítulo 6, *infra*.

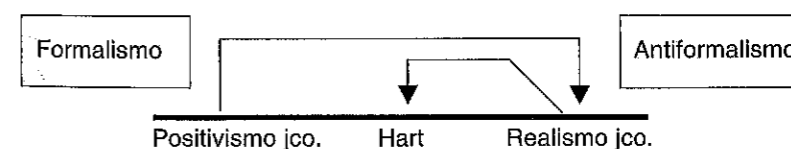
132 Véase Génaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1990).

133 Véase Carlos Santiago Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires (1992) (reconstruyendo el nuevo constitucionalismo argentino en tonalidades hartianas y dworkinianas); véase también Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires (1980).

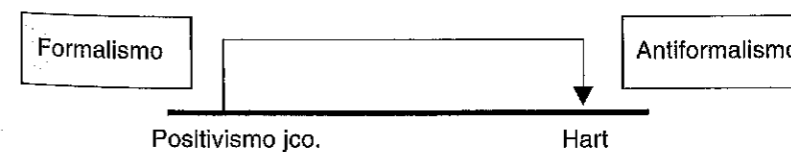
argumentos iusfilosóficos extensos y complejos. Una vez dichos argumentos son fragmentados en partes, como si el mosaico quedara de nuevo roto en cientos de *tesserae*, la lectura selectiva entra a sub- o sobrevalorar la importancia relativa de algunos de los eslabones de la cadena argumentativa. La sub o sobrevaloración constituyen útiles estrategias de mala lectura en la teoría jurídica local de sitios de recepción. Como veremos más tarde, este es un típico mecanismo hermenéutico usado en la lectura de un Kelsen local o de un Hart local. El Hart localmente reconstruido, por ejemplo, modera su adecuación del positivismo austriaco mediante el énfasis, quizá excesivo, en la textura abierta del lenguaje: resulta así un Hart curiosamente antipositivista y antiexegético, heraldo en la región del antiformalismo del nuevo constitucionalismo. Con Kelsen, por otro lado, la transmutación es de signo contrario: mientras que en su obra figura también la indeterminación interpretativa que permitiría acercarlo al antiformalismo semántico de Hart, la lectura local ha preferido, sin embargo, un Kelsen férreamente positivista, incluso exégeta. Ello implica, en concreto, una sobrevaloración local de los argumentos que Kelsen presenta en los capítulos 1, 2, 3 y 5 de la primera edición de la *Teoría pura del derecho* (donde argumenta, primero, que el derecho es una ciencia pura, que el derecho no es moral ni justicia, que la estructura lógica de la norma encadena tipos jurídicos y sanciones, y, finalmente, donde describe la estructura jerárquica del sistema jurídico). Estos cuatro grandes argumentos han sido fuertemente sobrevalorados en América Latina porque reafirman convicciones tradicionales de la práctica sobre el sentido y la naturaleza del derecho. Sin embargo, los argumentos más heterodoxos de Kelsen, aquellos en que parece distanciarse de la enseñanza o práctica tradicionales, han sido correlativamente subvalorados, como ocurre, por ejemplo con los capítulos 4 y 6 de la misma obra (donde argumenta a favor de la disolución de los dualismos tradicionales en derecho y en donde quiebra la confianza en que la interpretación jurídica pueda resolver con certeza las indeterminaciones de las normas o del sistema jurídico). Para lograr este efecto de transmutación, la jurisprudencia local enfatiza algunos elementos del argumento de Kelsen, mientras desenfatisa otros.

Otra forma típica en la que se pierde información del contexto de producción también puede ser ejemplificada con *El concepto de derecho* de Hart. He dicho arriba que en América Latina Hart ha sido visto como un antiformalista semántico que, mediante la noción de textura abierta del derecho, parece romper el ingenuo realismo semántico prevalente en la interpretación textualista propia de la cultura jurídica francesa. En otras palabras: frente a la creencia que hay un significado *natural* y *obvio* para todas las reglas de derecho, Hart nos muestra que la indeterminación semántica del derecho abre, por necesidad, la puerta a la complementación judicial del significado de normas. Este argumento, a pesar de su sencillez, continúa siendo un escándalo teórico para los juristas tradicionales que fincan todo el

valor civilizatorio del derecho en el estricto respeto de la ley preexistente. Hart argumenta que ello no es así porque, en virtud de las características del lenguaje, no puede haber un respeto estricto al derecho ya que éste no tiene significados únicos. El sentido y fuerza del argumento de Hart, sin embargo, varía de manera muy importante según la cultura jurídica desde la cual se le lea. Como resulta patente en el capítulo VII de *El concepto del derecho*, el argumento de Hart se hace en una cultura iusteórica angloamericana donde ya ha ocurrido una revuelta antiformalista, incluso anarquista, contra los significados fijos de las reglas. Leído desde el mundo intelectual angloamericano, el argumento de Hart está evidentemente diseñado para moderar una versión excesiva, en su parecer, de indeterminación y escepticismo normativo. Desde América Latina, en cambio, el argumento de Hart se hace *antes* de haberse producido una revuelta antiformalista del calado del realismo jurídico norteamericano. Para el mundo anglo-americano, la noción de textura abierta del derecho es un esfuerzo *posrealista* por moderar las potenciales consecuencias corrosivas del *realismo jurídico*. Para América Latina, en cambio, el argumento de Hart es una mala lectura *pre-realista* que termina refutando, implícitamente, a un positivismo y textualismo imperturbados en la región. Dos esquemas pueden ayudar a clarificar el punto: en el mundo intelectual angloamericano, el positivismo jurídico fuerte del siglo XIX (representado en autores como Austin y Langdell) ya había sido *bañado en ácido cínico* por parte del movimiento realista. Sólo después de tal crítica, aparece Hart con su noción de textura abierta. Las flechas indican con claridad cómo el *impacto del argumento de Hart* es en el sentido de jalonar hacia el formalismo luego de los extremos antiformalistas alcanzados por el realismo. Su argumento, por tanto, funciona en un mundo posrealista hacia la repositivización del derecho.



En América Latina, en un mundo prerealista, el argumento de Hart jalona fuertemente hacia el polo antiformalista en teoría del derecho. Su direccionalidad es muy distinta al del esquema angloamericano:



Pero esto no es todo: el rompimiento del mosaico en sus *tesserae* constitutivos ocurre de otra manera en la jurisprudencia local. Un mecanismo muy similar se presenta, no sólo cuando se separan los argumentos unidos al interior de una sólo obra de un autor, sino cuando adicionalmente se asocian varias obras del autor quitando así la posible integridad de sentido a sus obras completas (*ouvres completes* o *gesammelte Werke*). Los estudios y reconstrucciones sofisticados de autores iusteóricos en sitios de producción pasan por una muy completa revisión de la obra completa de un autor (incluyendo no sólo la obra publicada, sino también sus archivos y documentos privados); este esfuerzo de escrupulosidad erudita termina con un detallado examen de las interconexiones entre diferentes partes de ese mismo cuerpo de obras. Al contrario de lo que ocurre en la academia del Norte, una característica típica de sitios de recepción es que la empresa intelectual de comprensión de un autor a menudo ocurre sin el barrido omnicompreensivo que demanda la práctica de la investigación en las *ouvres completes*. Los libros de un autor, entonces, son generalmente vistos de manera aislada del resto de sus referencias intertextuales. Un solo libro, como la *Teoría pura del derecho* de Kelsen, se supone que debe permitir generar una narrativa completa y autosuficiente. La lectura de la *Teoría pura*, en aislamiento de otros datos discordantes proveídos por las *ouvres completes*, ha sido uno de los principales baluartes sobre el que se ha apoyado el recalitrante iuspositivismo local. La aplicación más reciente de la tecnología de las *gesammelte Werke*, en la medida en que otros textos han logrado ser traducidos y difundidos, ha terminado por contradecir la interpretación cerradamente iuspositivista que los efebos locales dieron a la obra de Kelsen durante largos años. Esa nueva interpretación, respaldada sobre una lectura transversal de muchos de los libros y artículos de Kelsen, ha causado conflicto y controversia sobre el significado de la *reine Rechtslehre* para la iusteoría local.

Una última forma de mala lectura local está relacionada con la reinterpretación de las genealogías intelectuales de los iusteóricos centrales. Se trata de una cierta latitud que se toma el efebo débil para variar el *apófrades* (el regreso de los muertos). En esta estrategia, el lector latinoamericano adjudica al efebo una influencia o conexión que no son canónicamente reconocidos en sitios de producción. Se trata, en verdad, de nuevas formas de agrupar a los autores de la TTD que contrastan con los agrupamientos intelectuales atribuidos en el centro. Acabamos de ver que las teorías del derecho son doblemente desmembradas por medio de (i) lectura selectiva y (ii) la imposibilidad o baja frecuencia con las que se practica la metodología de las *ouvres completes*. Estas técnicas de lectura dejan sobre la mesa piezas sueltas (*tesserae*) que la gente puede usar de manera selectiva. Las piezas y partes de iusteoría con las que uno queda en la mano tienen ahora más valencias (en términos químicos), esto es, mayores posibilidades de asociación libre, que antes cuando estaban acopladas dentro de cadenas argumentativas más disciplinantes.

Por lo tanto, las piezas (o los autores) pueden ser reconstruidas de una manera mucho más libre por parte de los iusteóricos periféricos, incluso en violación de los mapas estándares que se utilizan en sitios de producción. Un ejemplo puede servir: como lo mostraré más tarde, el tradicional *debate* Hart-Dworkin ha sido leído en América Latina, en realidad, como una alianza profunda en contraposición a enemigos iusteóricos comunes a ambos. La relación antagonica entre Hart y Dworkin no ha sido tal, sino más bien, un argumento conjunto destinado a modificar presupuestos iusteóricos anteriores a ambos muy difundidos en la cultura jurídica de América Latina. Esta alianza entre los dos, por ejemplo, ha implicado que en América Latina se ha generado una distancia, hasta llegar incluso a ser una verdadera polémica, entre Hart y Kelsen. De esta manera los mapas de afinidades cambian en sitios de producción y sitios de recepción. Para el primero el esquema

Dworkin *disafin* a Hart, Hart *afin* a Kelsen

parece correcto. En las lecturas locales de estos autores en América Latina el esquema

Dworkin *afin* a Hart, Hart *disafin* a Kelsen

es dominante. Es preciso explicar, como lo trataré de hacer más adelante, el por qué. Esta técnica da la posibilidad creativa de generar alianzas iusteóricas insospechadas en el mundo central como las que se estructuran localmente entre Savigny y Gény, Ripert y Gény y, de nuevo, Hart y Dworkin. Estas son tres nuevas parejas de aliados iusteóricos en jurisprudencias locales; en contextos de producción dichos autores son interpretados de manera estándar como ejemplos de oposición, cuando no de franca contradicción iusteórica. En los capítulos subsiguientes trataré de explicar cómo se han dado esas alianzas y qué efectos han producido en la cultura jurídica local.

CAPÍTULO 2

Hacia una teoría comparada del derecho

1. TEORÍA COMPARADA Y TEORÍA LOCAL DEL DERECHO

Hasta ahora he tratado de redefinir las tareas y los conceptos de la actividad teórica en derecho desde el punto de vista de sitios de recepción, con especial énfasis en los procesos de trasplante y transmutación que allí se realizan. La red de conceptos que he desarrollado o tomado en préstamo (sitios de producción y recepción, ambientes hermenéuticos ricos y pobres, ansiedad de influencia, efectos y modos de transformación, etc.) son un esfuerzo por comprender el trasplante teórico. En ese sentido hacen parte de una comprensión de la teoría en la que se subraya, no tanto su carácter estático y universal, sino la difusión y adaptación de ideas a circunstancias y culturas locales. Esos viajes teóricos abren la posibilidad de pensar en teorías del derecho locales, productos de difusión y desviación frente a un canon transnacional prestigioso. Por estas razones, creo que resulta más que apropiado hablar de una "teoría comparada del derecho": con esta expresión quiero significar, en general, que la teoría del derecho no trata únicamente de comprender o descifrar de una manera hermenéuticamente estándar ideas o teorías producidas en el espacio ficticio de la TTD o en sitios de producción. La teoría del derecho también tiene una misión científica comparada (especialmente relevante para sitios de recepción): debe versar sobre los flujos de TTD en el sistema-mundo y sobre cómo los abogados y los académicos adoptan, adaptan y transforman esas ideas para usarlas en sus propios contextos jurídicos vigentes. La teoría comparada del derecho es un esfuerzo por tratar de reconstruir de una manera significativa la autoestima y relevancia iusteórica de regiones y países que no son fuentes reconocidas de TTD. Es, además, un esfuerzo consciente para hallar riqueza iusteórica en el desarrollo concreto de prácticas jurídicas en sitios de recepción que ciertamente responden, aunque sea implícitamente, a presupuestos de teoría jurídica.

Los recuentos tradicionales, apoyados tanto por redes intelectuales locales y transnacionales, han negado la existencia de tales teorías del derecho locales,

nacidas del viaje y el trasplante teóricos, usando una de las siguientes argumentaciones: O bien, (i) las tradiciones jurídicas periféricas no tienen una teoría porque son percibidas como empresas totalmente profesionalizantes, anti-teóricas, formalistas y puramente dogmáticas de educación y práctica jurídica; o bien, (ii) se niega la existencia de diversidad local en las teorías transplantadas ya que se asume que las teorías dominantes a nivel local son simples extensiones del proyecto universalista de la TTD; o finalmente (iii), incluso si se llega a reconocer alguna especificidad en la iusteoría local, ésta por lo general es leída en contextos materiales/institucionales que la convierten en historia intelectual o sociología jurídica. De esta manera la teoría del derecho en sitios periféricos es sistemáticamente invisibilizada porque, o el derecho es una práctica profesional que no tiene teoría, o la teoría es una actividad transnacional que no tiene ninguna particularidad local, o porque las teorías locales, si las hay, sólo pueden alimentar reflexiones sobre la sociología o antropología del derecho.

Esta falsa tricotomía, creo, ha impedido por largos años el desarrollo de debates iusteóricos independientes en América Latina. Pero creo, de todas maneras, que estamos sentados sobre un tesoro: las dinámicas de la teoría local del derecho deben ser desenterradas a pesar de que todavía no figuren en el mapa mundial de teorías del derecho relevantes. La teoría local del derecho permanece invisible, cubierta con frecuencia por el apego a los períodos y escuelas propios de sitios de producción. Esta situación es lamentable porque constituye, creo, una importante pérdida de conocimiento acerca de la naturaleza comparada del derecho.

La "teoría comparada del derecho" o "jurisprudencia comparada" es una forma de estudio disciplinar que bien vale la pena explorar. Para reificar mi propuesta en un acrónimo corto que evite la redundancia, hablaré de aquí en adelante de "teocomp". Pretendo usar esta expresión en el sentido específico y crítico que he definido hasta ahora: se trata de un campo de investigación, a medio camino entre la teoría jurídica y el derecho comparado, en el que se reflexiona sobre la distancia que existe entre la producción y el consumo de ideas iusteóricas, al paso que se intenta explicar la teoría efectiva de lugares periféricos mediante los procesos de desviación, transformación, reciclaje y canibalización de ideas. Teocomp, por tanto, es una propuesta de investigación iusteórica y comparativa que intenta ofrecer caminos alternativos al dominio de la TTD, donde todos parecieran participar en el desarrollo del canon global. El nombre como tal, *teoría comparada del derecho* o *jurisprudencia comparada*, está muy lejos de ser nuevo, pero la literatura transnacional existente al respecto no captura de una manera precisa lo que yo quiero significar con este tipo de trabajo intelectual.

Mi recorrido, hasta ahora, ha sido de la mano de teoría literaria crítica. Sería erróneo suponer que algunas de estas ideas no hayan tenido alguna forma de desa-

rollo dentro del derecho. Es mi deber ahora tratar de mostrar algunos de estos desarrollos dentro de la literatura jurídica (en especial la de derecho comparado) y de posicionar mi propio trabajo dentro de este marco intelectual. La continuación de mi argumento, a partir de este momento, quiere indagar precisamente por la suerte que han tenido en la reflexión jurídica, especialmente en los siglos XIX y XX, dos ideas hasta aquí expuestas y que han sido notablemente desplazadas por la TTD: por un lado, la idea de que puede existir algo así como una "teoría comparada del derecho"; y por el otro, el concepto de que son posibles o deseables teorías locales o particulares del derecho por oposición a teorías generales o universales. Quisiera ofrecer, de manera muy sintética, estos dos panoramas que me parecen importantes para sustentar el éxito de la agenda investigativa de teocomp por oposición a la más tradicional TTD. Por tanto, en las siguientes dos secciones del presente capítulo quiero ofrecer, primero, un recorrido intelectual de aquellos autores que hayan tratado de definir rigurosamente al interior del derecho las tareas de una "teoría comparada" por oposición a una TTD¹. En segundo lugar, quisiera revisar rápidamente el debate que se ha dado a lo largo del siglo XX entre la "teoría general del derecho" y la posibilidad alternativa de que existan, de manera significativa, "teorías particulares o locales del derecho". Los siglos XIX y XX son quizá una época marcadamente universalista en teoría del derecho². Por estas razones, tal vez, la

1 Algunos académicos han usado la expresión "comparative jurisprudence" principalmente en debates en el campo de Derecho Comparado. Mi forma de usar la expresión se aparta claramente de usos actuales tal como se verá en el texto. Ejemplos de este tipo de literatura se pueden encontrar en John Hazard, *Comparative Jurisprudence*, 28 *American Journal of Comparative Law* 681 (reseñando un libro de Tumanov); Geoffrey Samuel, *Comparative Law and Jurisprudence*, 47 *Int'l and Comparative Law Quarterly* 817 (1998); Stephen Hicks, *The Jurisprudence of Comparative Legal Systems*, 6 *Loy, L.A. Int'l and Comp. L. J.* 83 (1983); Pierre Legrand, *Comparative Legal Studies and a Commitment to Theory*, 58 *Modern Law Review* 262 (1995); J. Bell, *Comparative Law and Legal Theory* en McCormick, Krawietz y von Wright (editores), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems, Festschrift for Robert Summers*, (1995); William Ewald, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law, A Field Guide to "Rats"*, 46 *American Journal of Comparative Law* 701 (1998); William Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?* 143 *Pennsylvania Law Review* 1889 (1995); William Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, 43 *American Journal of Comparative Law* 489 (1995).

2 Al menos desde la perspectiva de sitios de recepción. Bien puede ser que, de hecho, desde sitios de producción la teoría haya sido considerada "particularista" y que nosotros, en la recepción, le cambiemos su signo a universalista. Esa es precisamente la tesis de William Twining quien ha propuesto revivificar la teoría general del derecho ya que, en su concepto, una cierta forma de particularismo etnocéntrico ha dominado en los últimos años la filosofía del derecho en los países centrales. Véase William Twining, *Reviving General Jurisprudence*, en M. Likosky (editor), *Transnational Legal Processes*, Butterworth (2002).

concepción dominante de las tareas iusteóricas en América Latina ha abrazado una forma especialmente recalcitrante y estéril de generalismo y universalismo. Por contraste con esta alienación en la TTD, trataré de mostrar el valor que tiene la reconstrucción local de la teoría jurídica en el desempeño de las funciones científicas que le caben a toda teoría relevante y bien ejecutada. Luego de estas dos secciones, concluiré este análisis con un breve resumen de lo que creo son las principales ganancias teóricas de esta doble revisión panorámica tratando de poner, con la mayor claridad posible, la posibilidad de hacer una teoría comparada del derecho en el mismo centro del debate entre teorías generales y teorías particulares. Una vez realizado lo anterior, el presente capítulo le ofrecerá al lector una visión general del resto del libro mediante una enunciación general de la agenda de una teoría comparada del derecho en sentido crítico. Para ello, el capítulo se cerrará con una presentación de los "mapas de transformación". En ellos se presenta al lector las escuelas relevantes del derecho que han tenido influencia en la formación de una iusteoría particular, sus canales intermedios y las transformaciones o transmutaciones que han sufrido en el trasplante a sitios de recepción. Cada uno de esos mapas será el tema de los capítulos subsiguientes. Por ahora, manos a la obra.

2. DERECHO COMPARADO Y TEORÍA COMPARADA DEL DERECHO

El derecho comparado ha sido, desafortunadamente, ateorico. Su misión principal ha consistido, hasta ahora, en *comparar normas* y no las teorías del derecho que sustentan la comprensión de normas en diferentes jurisdicciones. Aunque el enfoque comparativista centrado en normas ha sido definitivamente rebatido desde hace más de un siglo, los abogados insisten en ejecutar un derecho comparado de baja intensidad focalizado en la comparación, a múltiple columna, de reglas vigentes en distintas jurisdicciones. Este sistema, ya denunciado por René David, confunde el *derecho comparado* con la *legislación comparada*. La primera y más fundamental crítica al método de legislación comparada consiste, pues, en obstaculizar una verdadera comprensión del sistema jurídico extranjero ya que conocer sus normas no equivale, para nada, a comprenderlo cabalmente. Podría decirse que la historia del desarrollo del derecho comparado luego del Congreso de París de 1900 consiste, precisamente, en una reflexión disciplinar sobre cómo superar los defectos de la legislación comparada para estructurar un verdadero derecho comparado. Entre estos esfuerzos de ampliación de la disciplina están, por ejemplo, la visión culturalista de René David o el funcionalismo de Zweigert y Kötz o, más recientemente, el rescate del concepto de "tradiciones legales" por parte de H. Patrick Glenn. Sin entrar en detalle en estos autores, podría decirse que su llamado principal es a insistir que para entender el derecho extranjero, antes que normas, hay que entender los

contextos culturales en que ellas nacen y se desenvuelven. Así David, por ejemplo, critica fuertemente a los juristas que, sin conocer el sistema de fuentes de otro país, dicen no encontrar *leyes* que regulen un tema, cuando, debido a su diversa estructuración de fuentes del derecho, la *ley* no es necesariamente el lugar primario de resolución jurídica de conflictos. La metodología de legislación comparada proyecta el prejuicio legocéntrico francés a innumerables jurisdicciones (de hecho mayoritarias en el mapa mundial) que nunca han tenido sistemas de fuentes basados en la ley o el principio rousseauiano de legalidad. Aún más: la metodología de legislación comparada proyecta el prejuicio estatocéntrico según el cual el derecho es necesariamente un conjunto de decisiones estatales, cuando, de hecho, múltiples jurisdicciones no son ni estatocéntricas ni legocéntricas en sus formas de producción del derecho (piénsese, por ejemplo, en países de *Shariah* musulmana o, incluso, en el *common law* británico). Estos consecutivos ensanchamientos del derecho comparado hacia la historia, la cultura e incluso las religiones de otras jurisdicciones, sin embargo, han sido más bien tímidos a la hora de establecer un vínculo fuerte entre método comparado e iusfilosofía. Un recuento de la literatura en derecho comparado así lo confirma.

La única excepción a este estado de cosas lo constituye el trabajo de William Ewald quien, en años recientes, ha hecho un intento consistente por realzar la importancia de practicar una "teoría comparada del derecho". Ewald utiliza en inglés la expresión "*comparative jurisprudence*" que toma a préstamo de una tradición académica anglosajona ya existente desde el siglo XIX cuando, en Oxford, Henry Sumner Maine fuera designado en 1869 profesor de una tal materia. La expresión inglesa *jurisprudence* tiene, sin embargo, una importante ambigüedad a su interior: *jurisprudence* sirve, primero, en el uso general de *ciencia del derecho*, aunque en este sentido la expresión empieza a convertirse en un arcaísmo. En esta acepción se puede decir, por ejemplo, que alguien estudia *jurisprudencia*³. En un segundo sentido en inglés, la palabra es utilizada para designar las materias e investigaciones en *filosofía o teoría del derecho*. En el inglés hablado de hoy en día este uso predomina con claridad⁴. Dada esta ambigüedad, la expresión

3 El español conserva este sentido de "ciencia del derecho" aunque, al igual que el inglés, se trata de un uso arcaizante.

4 En español se conserva este uso de "filosofía del derecho" cuando se habla de "jurisprudencia sociológica", "jurisprudencia de intereses", "jurisprudencia de conceptos", etc. En todos estos ejemplos parece haber una traducción de las palabras *jurisprudence* (inglés) o *jurisprudenz* (alemán) donde se mantiene de manera más consistente su implicación teórica. Por supuesto, la palabra *jurisprudencia* conserva además el sentido de "decisiones judiciales reiteradas", tanto en inglés como en español. En inglés, sin embargo, es raramente utilizada en el inglés jurídico usual, mientras que en español es el sentido primario de la palabra.

comparative jurisprudence funciona en la literatura jurídica, en sentido más tradicional, como una forma algo anticuada de denominar al *derecho comparado*, o en sentido filosófico, como manera de referirse a la *teoría comparada del derecho*. Como lo ha mostrado William Ewald:

“El término ‘*comparative jurisprudence*’ tiene y ha tenido muchos sentidos. Se le encuentra primero, creo, en los escritos de John Austin [...] [S]e encontraba en uso a mediados del siglo XIX para designar aproximadamente lo que hoy se conoce como ‘derecho comparado’ – el estudio de las leyes positivas de sistemas jurídicos diferentes. Hacia 1869, cuando Sir Henry Maine fue nombrado primer Profesor de Jurisprudencia Histórica y Comparada en Oxford, el término, en parte como consecuencia de su trabajo, había tomado una tonalidad más histórica y filosófica, y así se le debe entender cuando se encuentra en las obras de, digamos, Frederic William Maitland o Sir Frederic Pollock. La conferencia de despedida de Pollock en la Universidad de Oxford, dada en 1903, estaba titulada ‘La Historia de la Jurisprudencia Comparada’; él encuentra el origen de la idea no sólo en historiadores como Maine, sino también en Montesquieu y Vico [...] desde entonces el término ha dejado de ser usado [para referirse al derecho comparado], así que siento que tengo derecho a apropiármelo para mis propios propósitos”⁵.

Algo similar ocurre con la expresión castellana “jurisprudencia comparada”. Se refiere, aunque de una manera completamente *démodé*, al derecho comparado. Al igual que Ewald, siento que tengo derecho de apropiármela para hablar de “teoría comparada del derecho”. Por esta misma razón, es preciso concluir que la expresión “jurisprudencia comparada”, en el sentido de “derecho comparado”, es claramente irrelevante para los propósitos de esta investigación. Lo que estoy tratando de hacer ahora no es derecho comparado y ni siquiera teoría del derecho comparado⁶. Uno podría argumentar, entonces, que mi propuesta podría ser deno-

5 William Ewald, *Comparative Jurisprudence (I): What was it to try a Rat?* 143 *University of Pennsylvania Law Review* 1948 (1995 [de aquí en adelante Ewald, *Comparative Jurisprudence I*). En breve, *infra*, tendré que conversar extensamente con Ewald alrededor del significado y potencial de una *comparative jurisprudence*.

6 La disciplina del derecho comparado se ha dedicado a lo largo del siglo XX a estudiar las familias jurídicas del mundo. Su preocupación fundamental es los principios y reglas de derecho vigente (en especial el derecho civil). Aunque en los buenos tratados en la materia hay muchas consideraciones teóricas y filosóficas destinadas a aclarar el problema de cómo se conoce otras mentes, sin embargo nunca consideran con detalle las teorías del derecho propias de otros sistemas jurídicos. Véase, por ejemplo, René David, *Derecho civil comparado*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1953); K. Zweigert y H. Kötz, *An Introduction to Comparative*

minada de mejor manera “filosofía jurídica comparada” o “iusfilosofía comparada”. Bien podría ser. Pero, una vez más, quiero insistir en que no se trata de comparar las ideas de tradiciones o autores bien establecidos en la TTD. La Teoría Comparada del Derecho que propongo, en vez de ello, busca ayudar a estructurar las particularidades de la teoría implícita en las prácticas de sistemas jurídicos periféricos. Estos sistemas han asumido que sus teorías se confunden con la discusión altamente abstracta llevada a cabo en la TTD, la cual termina constituyendo, para todos los propósitos prácticos, su propia conciencia teórica sobre el derecho. Se trata, pues, de teoría del derecho, pero de una teoría *comparada* del derecho, puesto que mi investigación versa sobre el trasplante y recepción, primero, y luego la adaptación y transmutación de materiales iusteóricos cuyo origen es ciertamente la TTD. La Teoría Comparada del Derecho (TeoComp) es un esfuerzo para tomar seriamente la iusfilosofía efectual de países que aún no han avanzado decididamente en la explicitación de su propia cultura jurídica. TeoComp es, además, un esfuerzo para poner sobre la mesa la importancia y significado del trasplante teórico (opuesto al mejor conocido y estudiado fenómeno del trasplante legal) en las estructuras de sistemas jurídicos periféricos.

William Ewald es el académico que, en la vecindad de mi propia agenda de investigación, ha tratado recientemente de practicar *teoría comparada del derecho*⁷. Su apropiación de la expresión está lo suficientemente relacionada con la

(cont. nota 6) Law, Clarendon, Oxford (1998); H. Patrick Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford (2000). Estos libros contienen, pues, grandes aportes a una “teoría del derecho comparado”. Esta teoría, como lo expuse en el texto, tiene como propósito ofrecer alternativas viables que superen las insuficiencias de la “legislación comparada” como metodología aún dominante en la disciplina. Mi propósito, por tanto, no es hacer “teoría del derecho comparado” sino “teoría comparada del derecho”. Espero que el lector vea la diferencia entre los dos conceptos.

7 Ewald es profesor de derecho y filosofía en la Universidad de Pennsylvania. Su trayectoria académica puede ser consultada en <http://www.law.upenn.edu/fac/wewald/cv.pdf>. Sus esfuerzos por redefinir las tareas de la “teoría comparada del derecho” como una empresa teórico-jurídica pueden encontrarse en tres artículos de una serie más extensa que el autor ha prometido: *Comparative Jurisprudence (I) What was it like to try a rat?*, 143 *Pennsylvania Law Review* 1889 (1995); *Comparative Jurisprudence (II) The Logic of Legal Transplants*, 43 *American Journal of Comparative Law* 489 (1995); y, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to “Rats”*, 46 *American Journal of Comparative Law* 701 (1998). Para aclarar la genealogía de mi propio uso de la expresión *teoría comparada del derecho* debo decir que llegué a la obra de Ewald tratando de averiguar quién o quiénes ocupaban ese espacio académico y con qué tipo de propuestas. Como se verá en el texto, Ewald y yo llegamos por caminos independientes y para propósitos diversos a la idea de reanimar la teoría comparada del derecho. Mi propuesta, sin embargo, es lo suficientemente distinta de la de Ewald para marcar la distinción de manera

que se propone aquí para que justifique una atención más detallada de su tesis principal. De acuerdo a Ewald, el derecho comparado tiene fallas notorias en su teoría. La razón de estas fallas radica en que todo el conocimiento que los comparatistas acumulan no es relevante para responder a la pregunta "¿Qué se siente cuando se juzga a un ratón?". En su primer artículo sobre el tema⁸, Ewald describe prácticas jurídicas medievales extrañas a nosotros (como la de atribuir responsabilidad penal a animales). Según la concepción dominante del derecho comparado, el estudioso podría contentarse con una mera descripción de ese extraño juicio. Ewald, sin embargo, propone que el verdadero propósito del derecho comparado no consiste tanto en describir las reglas o los procesos formales sino en entender los presupuestos epistemológicos, morales y políticos que hacían sensato, al menos para esa comunidad, juzgar y castigar a un ratón. Este argumento, en general, desaconseja una visión del derecho comparado basada en reglas o instituciones formales y recomienda, en su lugar, una comprensión previa de las teorías o concepciones del derecho que informan la práctica de abogados y jueces de otras jurisdicciones.

En primer lugar, la propuesta de Ewald considera que las prácticas jurídicas foráneas nos permiten ser "sacados intempestivamente de nuestras formas habituales de pensar [para ver] más claramente qué se requiere al estudiar un sistema jurídico extranjero"⁹. El propósito de todo buen ejercicio de derecho comparado es tratar de comprender cómo era que pensaba el abogado Chassenné, cuando en 1522 defendía a los ratones del pueblo de Auton que habían sido acusados de haberse comido los depósitos de grano. De acuerdo con Ewald, "la comprensión [del derecho foráneo] tiene que ver, no con acumular información, sino con un cierto tipo de habilidad: llanamente, la habilidad de pensar como un abogado extranjero. Lógicamente hablando, estas son dos clases distintas de cometidos: una es aprender qué y la otra aprender cómo"¹⁰. Y más adelante: "Necesitamos, en otras pala-

(cont. nota 7) clara, aunque estoy más que dispuesto a aceptar que sus escritos contienen argumentos interesantes acerca de la arquitectura general de la TeoComp en el sentido en que yo la uso. Ewald, como se verá, en realidad trata de hacer teoría del derecho comparado: su propósito fundamental es fundar una manera jurisprudencial de estudiar derecho comparado, la cual, según él, sería notablemente superior a las metodologías en boga hoy en día. Mi propio estudio no es de teoría del derecho comparado; se trata de teoría comparada del derecho y su propósito no es estudiar el derecho de jurisdicciones extranjeras sino el de entender la teoría de la propia jurisdicción.

8 Ewald, *Comparative Jurisprudence*, p. 1889.

9 Ewald, *Comparative Jurisprudence I*, p. 1897.

10 *Ibid.* p. 1896.

bras, hallar una manera de penetrar en su cosmos, excavar el patrón de creencias y sentimientos que era característico de su época"¹¹. Esta afirmación es cierta, según Ewald, tanto para entender las extrañas prácticas de Chassenné como al comercialista contemporáneo afincado en Nueva York o Londres. La tarea de una teoría comparada del derecho significa entonces que "el principal objeto de estudio del derecho comparado debería ser los principios filosóficos que yacen tras la superficie de las reglas"¹². Por estas razones Ewald asevera que "el derecho comparado y la filosofía jurídica están interconectados" porque el problema de conocer al otro, (al foráneo, al extranjero, al extraño) es tan complejo que la única manera de solucionarlo es reconocer que se trata, en el fondo, de un problema filosófico: "Hay varias maneras específicas por las que el estudio del derecho extranjero puede dar lugar a preguntas filosóficas"¹³. Conocer al "otro" genera "calambres cognitivos", acertijos epistémicos, perplejidad, etc. El problema es tan intrincado como la pregunta de cómo llega uno a comprender los presupuestos bajo los que trabajan otras mentes, un tópico estudiado en especial por la filosofía de la mente¹⁴.

Ewald discute, en segundo lugar, lo que él llama la "enfermedad del derecho comparado": "Argumento que, como consecuencia de prestarle inadecuada atención a las ideas, el derecho comparado tradicional no ha llegado a entender el fenómeno que tan diligentemente ha tratado de comprender". Para entender un derecho extranjero, como el alemán por ejemplo, la tarea fundamental es entender su teoría del derecho y no simplemente las normas del sistema: "Por consiguiente considero en detalle el código civil alemán; explico cómo su redacción estuvo influenciada por las ideas de Kant, Savigny y Thibaut, Windscheid y Gierke; y argumento que, a no ser que uno entienda estas ideas anteriores, no se puede entender tópicos centrales en el derecho privado alemán actual"¹⁵. De esta manera Ewald trata de mostrar cómo una teoría comparada del derecho puede llegar a ser una ayuda imprescindible en el derecho comparado. Quizá la verdadera y más útil metodología del derecho comparado sea la teoría comparada del derecho.

La intención de Ewald es mostrar que el derecho comparado, tal como se practica en la actualidad, está caracterizado por tres defectos principales¹⁶: (i)

11 *Ibid.*, p. 1941.

12 *Ibid.*, p. 1896.

13 *Ibid.*, pp. 1943-4.

14 Véase en general Samuel Gutteplan (editor), *A Companion to the Philosophy of Mind*, Blackwell, Oxford (1995).

15 Ewald, *Comparative Jurisprudence I*, p. 1897.

16 *Ibid.*, p. 1892.

enfoque limitado a la letra menuda de la ley, (ii) una omisión correlativa de la historia y la filosofía del derecho del sistema extranjero, y (iii) una preferencia por el estudio de reglas substantivas de derecho privado en completa desconexión con el derecho público. En consecuencia, si uno tratara de aprender a pensar como un abogado extranjero con estas limitaciones tradicionales del derecho comparado, es muy posible que se fracase rotundamente en el intento. No basta con aprender las reglas menudas, sino que es necesario entender qué piensa la comunidad legal acerca de las reglas y cómo concibe el campo legal (esto es, se requiere comprender la teoría del derecho específica de ese sistema legal). Esto sólo se puede lograr (y este es precisamente el defecto del derecho comparado tradicional) si uno estudia la "estructura cognitiva" y la "cultura institucional" del sistema jurídico extranjero¹⁷: "he estado criticando el derecho comparado tradicional por pecados de omisión: por haber ignorado de manera negligente el derecho constitucional, la cultura institucional y la historia y la filosofía del derecho"¹⁸.

La crítica al derecho comparado que hace Ewald termina con una reconstrucción de la filosofía jurídica alemana como la mejor forma de entender, siguiendo su metáfora, "qué se siente al juzgar a un ratón"; antes de estudiar las reglas del derecho positivo alemán (el *Bürgerliches Gesetzbuch* o Código Civil, por ejemplo), todo comparatista serio debe tratar de entender las ideas abstractas que dominan los imaginarios de un iusprivatista alemán. Esta recomendación va en contravía de la forma tradicional de estudiar derecho comparado. Conforme a esa imagen tradicional, a los sistemas de derecho civil se les han atribuido varias características comunes, en la medida en que participan de una misma "familia jurídica":

1) En primer lugar, se afirma que los sistemas jurídicos de derecho civil contemporáneo provienen sustantivamente del derecho romano. Esta presunción de convergencia, basada en la genealogía común, ha llevado a Alan Watson a plantear la siguiente hipótesis: supóngase que Rómulo (un jurista romano que aparece en la Alemania contemporánea)¹⁹ lee el Código Civil Alemán (BGB). Según Watson, Rómulo se sorprendería mucho al ver qué tan similares son sus reglas en comparación a las contenidas en el Digesto. Sin embargo, el argumento de Ewald consiste precisamente en dudar de las convergencias superficiales. La

17 *Ibid.*, p. 1986.

18 *Ibid.*, p. 1989.

19 Alan Watson, *The Making of Civil Law*, Harvard University Press, Cambridge (1991), pp. 179-80: "Un estudiante de derecho de la época de Justiniano, confrontado con un código moderno tal como el austriaco (ABGB) y las leyes que lo desarrollan no debería sorprenderse mucho con el contenido del derecho...".

confianza de Rómulo en la similitud superficial de las reglas significa omitir un punto esencial: *algunas* reglas (quizás no la mayoría) pueden ser, en efecto, superficialmente similares, pero la ideología social, jurídica y política en la que se usan esas normas por parte de los operarios jurídicos ha sufrido un mar de cambios. Existen, para esas normas superficialmente convergentes, nuevas teorías subyacentes de práctica y argumentación judicial, además de modos de producción e ideologías sociales y políticas, que transforman dramáticamente el significado de reglas aparentemente idénticas²⁰.

2) En segundo lugar, la exposición tradicional de la familia jurídica de derecho civil acepta de manera apresurada el presunto abismo entre derecho privado y derecho público. La familia de derecho civil sería *exclusivamente* una tradición liberal de protección jurídica de derechos patrimoniales, bien sea bajo la forma de créditos (obligaciones y contratos), bien sea de cosas (derechos reales). Esta visión de la familia de derecho civil pasa por alto que el derecho privado en Alemania ha sido reinterpretado en sus fundamentos filosófico-políticos por el desarrollo del ideal de *Sozialstaat* (estado social) ya claramente en proceso de gestación desde el siglo XIX. Esta forma de filosofía jurídico-política fue inspirada originalmente por Herder, encontró luego la mediación de Gierke y años después por el iussocialista Heller, para luego, y con el tiempo, terminar formalizada en la cláusula del *Sozialrechtsstaat*, primero presunta en la Constitución de Weimar de 1919 y luego explícita en la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Ewald narra con gran detalle la separación de dos tradiciones iusfilosóficas en Alemania, la una dominada por presupuestos positivistas e individualistas provenientes de Kant, la otra por una comprensión orgánica y finalista de la sociedad originada en Herder y en el desarrollo de ideas románticas. Por consiguiente, argumenta Ewald, las reglas de derecho privado no son únicamente lo que la letra menuda podría sugerir aisladamente; una verdadera comprensión de la mentalidad del abogado alemán exigiría adentrarse en las tradiciones teóricas en las que ganaron forma las ideas iusteóricas actualmente dominantes.

Este no es el lugar para hacer una evaluación completa de los intentos de Ewald por fundar un derecho comparado con un alto componente teórico. Sin embargo, unas cuantas palabras son apropiadas a esta altura. Los artículos de Ewald son el producto de un académico central (de los Estados Unidos) que, a lo largo de sus viajes, ha llegado a darse cuenta de que hay "teorías del derecho" que son específicas a tradiciones jurídicas foráneas. En ese sentido, luego de viajar a Alemania (otro país central, un sitio privilegiado de producción de iusteoría),

20 Ewald, *Comparative Jurisprudence I*, p. 2093.

considera que la imagen según la cual existe una gran familia jurídica de derecho civil que puede ser estudiada en sus fuentes romanas no es más que una visión idílica basada en el culto excesivo fomentado por el romanticismo jurídico y su apego a los estudios clásicos. Su viaje iusteórico a Alemania lo obliga a darse cuenta de que hay suficiente material filosófico dentro de esa tradición legal y que es la comprensión de esa teoría, y no del derecho positivo, el que realmente permite entender al abogado alemán. En igual sentido, podría decirse que es inmensamente más importante entender por qué un abogado norteamericano posee una cultura jurídica "postrealista" antes que empaparse de los detalles normativos, por ejemplo, del derecho estadounidense de contratos. Sólo lo primero ayudaría, realmente, a comprender qué está pasando por la cabeza del abogado extranjero.

Este reconocimiento de la existencia de "teorías locales o nacionales" es muy importante. Nótese, sin embargo, que el reconocimiento de Ewald se genera respecto de un país como Alemania, de por sí ya muy notorio en los círculos de prestigio iusteórico. De manera paralela, no hay nada en el texto de Ewald que sugiera que jurisdicciones no prestigiosas pueden ser tratadas con la misma deferencia dispensada a Alemania. La estrategia de Ewald, al final, parece ubicarnos nuevamente en la alta meseta de la TTD: un diálogo Norte-Norte entre países centrales que afina la posibilidad de verdadera comprensión intercultural por medio del derecho comparado.

Hay varias razones por las que me siento ambivalente respecto de la teoría comparada del derecho que Ewald propone. Contabilizando algunos de sus defectos, Ewald parece (i) reforzar, quizá sin quererlo, el prejuicio según el cual las principales teorías del derecho relevantes en el mundo (así sean particulares y ya no universales) son las de países centrales como Alemania; (ii) de la misma forma, Ewald refuerza la idea de que una completa y seria reconstrucción de una teoría del derecho local involucra la reconstrucción de ideas en ambientes hermenéuticos ricos en los que las teorías jurídicas de sitios de producción funcionan, ignorando así la cuestión de la influencia y la transmutación eidéticas, tan fundamental en las tradiciones jurídicas subordinadas. Y, por último, (iii) Ewald igualmente refuerza, por medio de la posición central que Kant parece tener en el análisis iusfilosófico del sistema alemán, las densas conexiones entre la teoría jurídica y la filosofía general, sin extraer con suficiente claridad qué pertenece a la "teoría del derecho" *stricto sensu* y qué pertenece a una más remota y abstracta filosofía genérica²¹.

21 Ewald aceptará más tarde que la extensión de un filósofo-cumbre como Kant al papel de pensador base del derecho privado alemán puede llevar a una incorrecta comprensión de su tesis en el siguiente sentido: "Ciertamente el papel desempe-

Este último punto merece alguna elaboración. La manera tradicional de hacer filosofía del derecho ha padecido de varios defectos que le dificultan la realización de sus misiones centrales: uno de esos consiste en *suponer*, sin verificación explícita, que los filósofos que constituyen el canon central de la filosofía son *también*, sin más, los exponentes más importantes de la discusión iusfilosófica. Así, usualmente se ha supuesto que los grandes filósofos del canon occidental (canon por demás construido en torno a problemas epistemológicos y ontológicos), esto es, los "filósofos-cumbre", constituyen necesariamente el canon en iusfilosofía. Sin embargo, nada hace *necesario* que un filósofo-cumbre (incluso aquellos que estuvieron altamente interesados en la filosofía práctica como Kant o Hegel) sea al mismo tiempo el pensador más relevante para comprender la teoría jurídica de una jurisdicción. De hecho, la fijación obsesiva con los filósofos-cumbre lleva a desorientar a los investigadores quienes, con frecuencia, tratan de extender su importancia en un campo filosófico central (el epistemológico, por ejemplo) a otros subcampos (el jurídico, el político o el estético). Los filósofos-cumbre, por definición, casi siempre son parte de los contextos culturales más amplios en los que se desenvuelve la iusteoría, pero la idolatría de su obra olvida a veces que no son tanto los actores centrales del diálogo iusfilosófico como el telón de fondo cultural en el que éste se desenvuelve. Quizá este último papel sea el más importante, quién lo duda, pero su preeminencia cultural no los convierte de manera automática en las cumbres de la iusfilosofía.

De otro lado, las objeciones que he adelantado contra Ewald no niegan los importantes avances que creo se encuentran en su obra en relación con la construcción de una TeoComp en sentido crítico. En primer lugar, Ewald presagia un paso que creo es esencial y que he presentado en las páginas precedentes: Ewald establece una distinción entre "filosofía del derecho" (lo que he llamado antes "alta teoría") y "teoría del derecho" (similar, aunque no idéntica, a lo que he denominado "jurisprudencia pop"):

"Por ahora la teoría del derecho (*jurisprudence*) puede ser definida como el estudio de las características centrales de un sistema nacional dado esto es,

(cont. nota 21) ñado por los filósofos técnicos en la narración —y especialmente un filósofo de la talla de Kant— es atípico y es una rareza en la Alemania del siglo XIX; y el ejemplo ha llevado a algunos a suponer que mi propuesta es que nos acerquemos a la teoría comparada del derecho por el camino del estudio de la filosofía legal foránea." William Ewald, *The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to Rats*, 46, *American Journal of Comparative Law* 706 (1998). Para una crítica de esta confusión entre alta teoría y teoría pop, Joachim Zekoll, *Kant and Comparative Law: Some Reflections on a Reform Effort*, 143 *U. Pa. L. Rev.* 1889 (1995).

de sus instituciones principales y de las ideas que las animan. Por consiguiente, la teoría del derecho es siempre, en sentido estricto, la teoría del derecho de algún país específico. La disciplina trata con instituciones jurídicas tales como jueces, códigos civiles, constituciones, sociedades, precedentes, delitos, administradores, abogados, leyes, fiscales, fideicomisos; estudia las instituciones en sí mismas y sus apuntalamientos teóricos²².

Diferenciándose de la teoría del derecho (en el sentido que se acaba de estipular), existe para Ewald un campo denominado *filosofía jurídica o del derecho* que se entiende "como una rama de la filosofía y no del derecho [...] que se preocupa por situaciones que trascienden el derecho positivo de cualquier sistema legal específico"²³. Para mostrar la importancia de la distinción, Ewald argumentará, en su reconstrucción de derecho alemán, *que es esencial reconstruir la teoría del derecho alemán pero no necesariamente su filosofía jurídica*. Esta posición no le impide a Ewald, a lo largo de su reconstrucción del derecho alemán, el hacer depender la teoría alemana del derecho de algunos fragmentos fundamentales de la filosofía alemana del derecho, como, por ejemplo, el lugar paradigmático que incluso en Ewald ocupa el filósofo-cumbre por antonomasia, Kant. Al ojo no prevenido, esta dependencia del filósofo-cumbre podría crear la sensación de que la teoría alemana del derecho, al final, termina siendo de nuevo "alta teoría", esto es, filosofía universalista del derecho producida en Alemania y transplantable, sin más, a cualquier lugar del mundo.

Adicional a su distinción entre filosofía y teoría del derecho, el trabajo de Ewald acierta al prestar sostenida atención a los contextos en el que se mueve la iusteoría. Como se ha visto antes, el significado de "contexto" en teoría del derecho es un tópico muy debatido. Los enfoques iusteóricos que dependen mucho del contexto terminan en los límites, si no es que los traspasan, de la sociología jurídica o de la historia intelectual. La teoría jurídica normativa (al estilo de Kelsen), a contrapelo, ha tratado precisamente de mantener su análisis por fuera de investigaciones, llamémoslas así, contextualistas. En esta polémica alrededor de qué tanto contextualismo soporta una teoría del derecho en sentido genuino, Ewald aporta su crítica certera a lo que él llama el "derecho comparado tradicional". Este derecho se equivoca al intentar tomar dos enfoques distintos, pero igualmente fallidos: el derecho comparado es, o excesivamente "formalista" o excesivamente "contextualista". La crítica a ambos excesos es instructiva, como se verá a continuación.

22 Ewald, *Comparative Jurisprudence I*, pp. 1958-9.

23 *Ibid.*, p. 1959.

Del lado formalista, el derecho comparado ha sido tradicionalmente "textualista" o "literalista". En este registro, sus cultores creen (especialmente aquellos que comparan derechos privados y que han dominado la disciplina hasta los años ochenta) que un conocimiento de la letra de la ley es todo lo que se necesita saber para entender el derecho practicado en otra jurisdicción; por otro lado, sin embargo, el derecho comparado ha fallado también por ser "contextualista", pero aquí "contexto" ha sido interpretado como el medio material-sociológico en que se desenvuelve el derecho extranjero, incluyendo todos los aspectos de la vida en sociedad: economía, política, religión y varios otros factores de la cultura de los sistemas jurídicos extranjeros. Con relación al primer exceso, los límites del formalismo en derecho comparado ya han sido suficientemente comentados. Con relación a la enfermedad contextualista, Ewald se pregunta qué tanta investigación histórica y contextual se requiere para desplegar una investigación comparativista correcta. Como en Ewald el contexto adecuado no es tanto la economía o la sociedad extranjeras *tout court*, sino su iusteoría, Ewald afirma que lo correcto no es hacer una historia universal de la jurisdicción extranjera sino dar un paso hacia la reconstrucción histórica, mucho más focalizada, de su filosofía del derecho. En esto Ewald, siguiendo a Herder, resalta la importancia definitiva que tienen los discursos y tradiciones nacionales dentro de los que nacen sus particulares ideas iusteóricas. Pero para la realización de esta agenda de investigación es preciso, de acuerdo con una máxima hermenéutica que Ewald recupera de Herder, "sentir empatía" (*sich empfinden*) frente a las construcciones culturales del otro. El esfuerzo por entender al otro no puede comenzar *a priori* bajo la suposición de que la tradición que se examina (en el caso de este libro, la tradición iusteórica en Latinoamérica) es simplemente de segunda clase o una proyección o continuación, sin más, de la iusteoría de otros lugares. Porque, incluso llegando a aceptar que esta tradición iusteórica es de segunda clase (bajo estándares de evaluación que hay que examinar cuidadosamente), todavía es cierto que se trata del discurso y comprensión teórica de una práctica jurídica que continúa a diario en muchos espacios de la vida social. De esta manera, Ewald, de forma sencilla (pero convincente) invita al lector a que aprenda más acerca de la iusteoría dominante en otras culturas jurídicas en vez de proyectar la suya propia bajo la ilusión del alcance universalista o generalista de la investigación en filosofía del derecho.

Por las razones expuestas, Ewald critica los programas de investigación en derecho comparado que exageran el contextualismo. En vez de "contextos materiales" demasiado amplios, propone investigar "contextos intelectuales" como un paso básico hacia la verdadera comprensión de un sistema jurídico dado: no se trata del "derecho en los libros", como lo proponen los formalistas, ni del "derecho

cho en acción"²⁴, como lo defenderían los realistas, sino el "derecho en las mentes". Esta posición internalista es la única que le permitiría al investigador acercarse genuinamente a lo que el otro entiende por derecho; en palabras de Ewald, comprender, desde el punto de vista interno, "lo que se siente al juzgar a un ratón"²⁵. El derecho, por lo menos desde un punto de vista iusteórico, puede ser interpretado como una red de teorías, textos y prácticas entrelazadas que pueden ser estudiadas con provecho de manera autónoma, ya que dicha red le da forma a los imaginarios de abogados, jueces, profesores y estudiantes de derecho. Los sociólogos recomendarían de inmediato el uso de la reflexividad, entendida como la consideración cuidadosa que se debe dar a las maneras en que dichos imagina-

24 Utilizo aquí la conocida oposición del realismo jurídico norteamericano entre *law in the books* y *law in action*. Frente a esta oposición, Ewald insiste en la necesidad de comprender *the law in the minds*.

25 El argumento internalista de Ewald sufre de una ambigüedad respecto de cuál es la posición que uno tiene que reconstruir desde un punto de vista interno. Así, la reconstrucción que hace Ewald del derecho comparado alemán se ajusta a un ideal estadounidense de Derecho Comparado, que insiste en la interconexión de ideas jurídicas y de prácticas activas. La presentación de Ewald podría, entonces, ayudar a entender el derecho privado alemán en términos más amplios pero no, por supuesto, a entender lo que los alemanes entienden por filosofía jurídica. Este resultado es aceptable siempre y cuando uno quiera explicar, siguiendo a Ewald, lo que se siente ser abogado o juez, pero no iusfilósofo. Pero, una vez más, por lo menos desde el punto de vista del iusfilósofo alemán, esto no es propiamente hablando una posición "internalista". Esta objeción podría llegar a afectar la comprensión "genuina" de la práctica y los ideales de un abogado o juez prácticos: ¿No pierde usted conocimientos necesarios para entender "qué se siente al juzgar un ratón" cuando usted no captura la división interna del trabajo entre la teoría jurídica abstracta y la argumentación jurídica práctica? Yo creo que sí. Ewald, sin embargo, aunque trata de reconstruir la jurisprudencia alemana, no ignora completamente la filosofía jurídica alemana. La importancia que tiene Kant en el argumento de Ewald es, en una idealización muy propia de la TTD según la cual la "alta teoría" o la "teoría erudita" son, en efecto, la teoría jurídica relevante dentro de la jurisdicción. De manera parcial, por consiguiente, Ewald incorpora dentro de su presentación la "alta teoría" que, a veces, ha paralizado y esterilizado el pensamiento iusfilosófico en Europa occidental, marginalizándola en la erudición y cercenando su poder descriptivo, prescriptivo y predictivo. Por consiguiente, Ewald parece hallarse entre *Escila* y *Caribdis*: el artículo de Ewald es en sí mismo una proyección del canon iusfilosófico norteamericano; paralelamente insiste en el hecho que no debe proyectarse la propia teoría del derecho (la del país base sobre la teoría del derecho ajena (la del país objetivo sin perder la oportunidad de aprender de una manera auténtica. Por otro lado, el tratar de entender a los alemanes de la manera más profunda posible, le lleva a otorgarle una posición estructural a Kant. Con ello, paradójicamente, corre el riesgo de reproducir la "alta teoría" propia de muchas corrientes iusfilosóficas europeas. Así, si uno opta por *Escila* (proyectar la iusteoría base sobre la iusteoría objetivo), uno queda reducido a una inconsistencia metodológica; si uno opta por *Caribdis* (quedarse con el filosofar erudito propio de la iusteoría objetivo uno se está autocondenando a una parcial irrelevancia iusteórica.

rios son construidos por la cultura material de la cual emergen. Su recomendación es importante. No obstante, la red de imaginarios tiene una influencia autónoma (de la cultura material) sobre las maneras en que la gente entiende y usa el derecho. Este tipo de búsqueda en pos de las interconexiones existentes entre textos e ideas puede ser vista como una forma de "estudio cultural del derecho", o, como ya se ha denominado antes, una comprensión intertextual o cultural del contexto iusteórico. El argumento de Ewald enfatiza correctamente el hecho de que una cierta concepción filosófica del derecho (en una jurisdicción) precede todo esfuerzo de hacer investigaciones en derecho comparado. De esta manera Ewald afirma que "la mejor forma de ver el derecho es, no como un conjunto de reglas, ni como un instrumento para maximizar la riqueza de una sociedad, ni como las órdenes del soberano, ni como el reflejo de verdades imperecederas acerca del universo, sino como un tipo de actividad mental consciente y, por sobre todo, como el registro de los ensayos encaminados a alcanzar respuestas correctas a problemas jurídicos por parte de los juristas, a la luz de su concepción del derecho"²⁶. Esta es, tal y como fue explicado antes, una adecuada concepción cultural del derecho como actividad o *performance* que parte de los imaginarios más populares que los operadores jurídicos comparten.

Este último punto merece ser enfatizado una y otra vez. Si se toma en serio un estudio cultural del derecho, como lo propongo, se desvanece de manera muy importante la distinción, a veces tan rígida, que se ha hecho entre las tareas descriptivas y las tareas prescriptivas que debe desempeñar una teoría correcta del derecho. La posibilidad de prescribir en teoría del derecho depende, de manera crucial según creo, de un trabajo anterior que consiste en describir de manera correcta la red de ideas, autores e instituciones que conforman el escenario intelectual desde el que los abogados y otras personas piensan acerca del derecho. Esta tarea descriptiva, a la que algunos prestan poca atención y ven tan sólo como "historia intelectual", constituye un paso fundamental en la producción de argumentos prescriptivos convincentes. De lo contrario, tal como ha ocurrido con demasiada frecuencia con la iusteoría latinoamericana, los autores tienden a elevarse demasiado pronto hacia la consideración de preguntas prescriptivas, sin que el pensamiento normativo esté firmemente anclado en cartografías de los imaginarios efectivos que dominan la iusteoría en la práctica. De esta forma, los autores elaboran iusfilosofía y iusteoría que se remontan, hasta desconectarse, de cualquier descripción sensata de la historia del sistema jurídico, de sus técnicas aceptadas o, incluso, de las auto-percepciones teóricas reconocidas por el sistema mismo.

26 Ewald, *Comparative Jurisprudence I*, p. 1949.

Estos puntos fuertes en la contribución de Ewald a la teoría del derecho comparado justifican suficientemente la extensa consideración que se le ha dado. Ewald es, de hecho, el único académico del que tengo noticia que se haya apropiado contemporáneamente de la etiqueta "teoría comparada del derecho" para lanzar una línea sostenida y sistemática de investigación de la teoría particular del derecho de otra jurisdicción (y no de la propia). A manera de resumen, sería conveniente tratar de extractar en un cuadro aquellas partes de la argumentación de Ewald que son convergentes con la definición que se ha tratado de dar, en este texto, de una TeoComp en sentido crítico. Igualmente, el cuadro también mostrará aquellos otros puntos en los que Ewald se queda corto desde el punto de vista de sitios de recepción y jurisdicciones teóricamente subordinadas.

Puntos fuertes en el camino de construcción de una TeoComp en sentido crítico	Puntos débiles en los que se refuerza un proyecto universalista y generalista en la teoría del derecho
<p>Ewald acepta que la "teoría del derecho" es principalmente nacional y contextual; esto es, que depende de los contornos generales de las instituciones legales, de las fuentes y argumentos jurídicos comúnmente aceptados como válidos, de los debates nacionales sobre los límites entre el derecho y otros sub-sistemas sociales, y de los debates intelectuales y culturales en que dicha visión del derecho se ha formado. También acepta que el "contexto" relevante para el estudio en derecho comparado es intelectual y cultural, o, en la terminología propuesta antes, intertextual. Por consiguiente la teoría del derecho puede ser estudiada como una experiencia local del derecho con principios e ideas abstractas sobre el campo jurídico.</p>	<p>Aunque la teoría del derecho es nacional y contextual, Ewald se ubica en Alemania (ya de por sí un sitio sumamente poderoso de producción iusteórica y cultural). La escogencia se basa en el presupuesto, nuevamente universalista, según el cual Alemania es representativo de jurisdicciones de Derecho Civil neo-románico. Así, Ewald elabora una teoría local, pero Alemania, de hecho, representa a una familia legal completa. Así, pues, habría teoría del derecho por familias jurídicas. Mi tesis, oponiéndome a la opinión mayoritaria, es que no hay representatividad en una TeoComp en sentido crítico. Bajo el pretexto de representatividad, Latinoamérica nunca ha dejado de ser un apéndice de la teoría jurídica europea. ¿Qué diría Ewald de países como Colombia y regiones como Latinoamérica? No hay nada en su discurso que le ayude al crítico a rechazar la incapacitante idea según la cual la teoría del derecho de un país periférico es completamente parasitaria de los líderes o padres de la familia jurídica. La propuesta de Ewald, si acaso, consiste en postular la existencia de un mapamundi de iusteoría particular tan sólo parcialmente amplia-</p>

Puntos fuertes en el camino de construcción de una TeoComp en sentido crítico	Puntos débiles en los que se refuerza un proyecto universalista y generalista en la teoría del derecho
	<p>do a jurisdicciones prestigiosas. La suya es una historia de ideas "originales" y de fuertes tradiciones filosóficas y culturales, como la de Alemania. En cambio, mi visión es una versión de influencias, malas lecturas, transplantes y malas interpretaciones de teorías del derecho subordinadas.</p>
<p>Para una TeoComp en sentido crítico los réditos de una teoría comparada del derecho radican, no tanto en "llegar a conocer" la teoría del otro país para fines de derecho comparado, sino a descifrar de manera genuina la teoría subyacente del derecho del país desde el cual se investiga y no al que se utiliza como <i>tertium comparationis</i>²⁷. En este sentido, concibo la TeoComp como una intervención en la teoría del derecho local y no en los esfuerzos del derecho comparado para entender a otros.</p>	<p>Para Ewald, por el contrario, la teoría comparada del derecho es un enfoque teórico destinado a enriquecer los métodos de investigación en derecho comparado. Es la forma de darle solución a la pregunta "¿Qué se siente cuando se juzga a un ratón?". La teoría comparada del derecho es en últimas, para él, teoría del derecho comparado.</p>
<p>En la propuesta de Ewald el ejemplo específico de reconstrucción en derecho comparado se ejecuta de una manera muy ilustrativa: en su análisis del derecho alemán, muestra la interconexión profunda entre derecho público y privado a lo largo del siglo XIX alemán, y cómo esa relación es una función del desarrollo de las ideas constitucionales y políticas en sus contextos tanto materiales como intelectuales. Su historia, por lo tanto, es la historia de una <i>working theory of law</i> en el sentido de McCormick²⁸. Tal como lo mencioné,</p>	<p>Ewald es un inquieto investigador norteamericano que viajó a Alemania y aprendió algunas cosas de derecho constitucional contemporáneo y de teoría del derecho privado que no encajaba con sus ideas previamente formadas sobre la estructura del derecho en países de familia civil neorrománica. Lo que intenta hacer con su noción de teoría comparada del derecho es una hábil reconstrucción de las interconexiones entre derecho público y derecho privado, a la par de realizar un esfuerzo por identificar las equivalencias entre la</p>

27 Puede distinguirse en derecho comparado entre "país-base" y "país-objetivo" del estudio comparativista. Véase en general Nigel Jamieson, *Source and Target-Oriented Comparative Law*, 44 *American Journal of Comparative Law* 121 (1996).

28 Sobre el problema del *tertium comparationis* en derecho comparado, véanse H. Patrick Glenn, *Are Legal Traditions Incommensurable?* 49 *American Journal of Comparative Law* 133 (2001); Konrad Zweigert y Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Clarendon, Oxford, 3ª edición, (1998); John Reitz, *How To Do Comparative Law*, 46 *American Journal of Comparative Law* 617 (1998).

Puntos fuertes en camino de construcción de una TeoComp en sentido crítico	Puntos débiles en los que se refuerza un proyecto universalista y generalista en la teoría del derecho
<p>tiene un problema de ambigüedad en la conceptualización de las fuentes relevantes para su estudio: las referencias de Ewald a destacados filósofos-cumbres como Kant y Herder podrían hacer que el lector inadvertido pensara que éste es un ejemplo de alta teoría del derecho (por oposición a jurisprudencia pop). Ewald, sin embargo, parece estar preocupado por estos dos autores, no tanto porque sean autores-cumbre de la tradición filosófica general en Alemania, sino en términos de la influencia cultural de sus ideas abstractas en los imaginarios de los abogados (i.e., la forma en que las doctrinas de los filósofos se convierten en "derecho en las mentes" para los abogados).</p>	<p>la teoría de su país-base y la de su país-objetivo. El mensaje central de Ewald consiste en afirmar que, una vez descifrada la teoría local alemana del derecho, se entiende mucho más, y a mayor profundidad, acerca del derecho alemán en general. Este aporte metodológico lo lleva a afirmar, por consiguiente, que es preciso transformar las formas usuales de acercarse al derecho comparado. Pero esto sólo es posible cuando el comparatista, como Ewald, se enfrenta a una tradición nacional de derecho en la cual ya existe, de entrada, suficiente conciencia sobre su propia trayectoria iusfilosófica. Ewald encuentra una teoría nacional del derecho ya reconstruida y reconoce que allí es posible entender el derecho extranjero y buscar equivalencias con la tradición del país-base. TeoComp, por otra parte, intenta ofrecer un sendero para reconstruir teorías nacionales del derecho que están modeladas como extensiones de los esquemas noratlánticos de la TTD.</p>

La propuesta de Ewald no es, por tanto, TeoComp en un sentido crítico: es sólo un esfuerzo por comprender las teorías nacionales del derecho de jurisdicciones foráneas con propósito de entender mejor sus derechos, en general. El proyecto de TeoComp, por oposición al de Ewald, es realizar una genuina teoría comparada del derecho, esto es, una "teoría del derecho" nacida de transplantes y mosaicos realizados con *tesserae* extraídos de distintas tradiciones y momentos. La apropiación que Ewald hace de una "teoría comparada del derecho", sin embargo, se mueve en la dirección correcta en algunos puntos pero es incompleta en algunos otros que son cruciales: así, por ejemplo, Ewald reconstruye la teoría jurídica alemana del XIX de una manera convincente e ilustrativa. Pero de la misma manera ignora los problemas que surgen a partir de teorías del derecho no prestigiosas, o las preguntas de transformación que igualmente surgen cuando las teorías viajan a través de los canales y flujos de la TTD. De esta manera Ewald ignora la cuestión de los transplantes y la transmutación en la teoría del derecho, que son, como se ha argumentado, muy importantes.

3. TEORÍA GENERAL Y PARTICULAR DEL DERECHO

3.1. "The Uses of the Study of Jurisprudence" de John Austin

Después de explorar los sentidos contemporáneos que se le han dado al campo de la "teoría comparada del derecho", conviene ahora dirigir nuestra atención a otro núcleo de problemas que son también parte del marco teórico en el cual se han de desenvolver nuestras reflexiones. Concluamos al tratar la obra de William Ewald que era necesario, para un TeoComp en sentido crítico, explorar las teorías locales o particulares del derecho de sitios de recepción. Hablar de teorías "locales" o "particulares", sin embargo, puede sonar extraño ya que, como hemos visto, uno de los dispositivos de la TTD es estructurar un objeto de conocimiento transnacional, circulable y abstracto que se mueve desde los sitios de producción hacia los sitios de recepción (pero no viceversa). Los desajustes que sufra la teoría en el sitio de recepción pueden disminuir su poder descriptivo, prescriptivo y predictivo, pero esa es parte del álea que se corre con la utilización de transplantes teóricos a nuevas jurisdicciones. Sin embargo, la discusión sobre el nivel de abstracción que debe tener la teoría del derecho no es nueva: especialmente en la tradición anglo-sajona, y más contemporáneamente en el trabajo de H.L.A. Hart y de William Twining se ha discutido, primero, la diferencia entre teorías "generales" y "particulares" del derecho y, segundo, la conveniencia de practicar unas u otras en el sentido de revivir la importancia de una teoría general del derecho. Esta discusión específica ha sido recuperada por Twining en varios artículos recientes²⁹. En la tradición anglosajona, John Austin fue el primero que reflexionó sobre el tema en su obra "*The Uses of the Study of Jurisprudence*" de 1832, precisamente para combatir lo que él percibía como el extremo parroquialismo³⁰ de las teorías generales del *common law* inglés:

29 Al respecto véase el artículo de William Twining, *General and Particular Jurisprudence: Three Chapters in a Story* en su libro *Globalization and Legal Theory*, Butterworths, Londres, 2000. Profundizando en el mismo argumento, William Twining, *Reviving General Jurisprudence*, en M. Likosky (editor), *Transnacional Legal Processes*, Butterworths, Londres (2002) (próxima publicación en español con el título "Globalización y Derecho" en Ediciones Uniandes/Siglo del Hombre, Bogotá, 2003, con un muy interesante estudio introductorio de los profesores Clara Lucía Sandoval y Oscar Guardiola). Aparte de esta contribución de profesores colombianos, conozco otra revisión crítica del artículo de Twining por Doron Kalir, *Taking Globalization Seriously: Towards General Jurisprudence*, 39 *Columbia Journal of Transnacional Law* 785 (2001).

30 En las noticias biográficas que existen de Austin, se reporta como un hecho esencial para su desarrollo intelectual el viaje de dos años (1827-8 que hizo a Bonn,

"Aunque cada sistema jurídico tiene sus diferencias y características específicas, hay principios, nociones y distinciones comunes a varios sistemas, y analogías o similitudes formativas por medio de las que estos sistemas se acercan. [...] Muchos de estos principios son comunes a todos los sistemas, a los sistemas jurídicos insuficientes y crudos de sociedades primitivas y a los sistemas más prolijos y maduros de comunidades más refinadas. Pero los sistemas jurídicos más prolijos y maduros de sociedades refinadas están a su vez asociados a través de numerosas analogías que se nutren mutuamente. Por consiguiente, los varios principios comunes a sistemas más maduros (o las varias analogías que se operan entre ellos), son el tópico de una amplia ciencia: ciencia que (para distinguirla en oposición de una teoría nacional o particular del derecho por un lado, y, por el otro, de la ciencia de la legislación) ha sido denominada teoría general (o comparada) del derecho, o la filosofía (o principios generales) del derecho positivo"³¹.

La definición de Austin de teoría "general" y "comparada" del derecho es un esfuerzo por marcar las fronteras de una empresa académica cuyo principal interés era la reconstrucción científica de la teoría jurídica, en contra de los discursos particularistas e idiosincrásicos locales y particulares. Como teoría científica, el discurso no podía ser confinado a un sistema jurídico nacional o particular. Por consiguiente, el conocimiento iusteórico era extraño de los "principios comunes" compartidos por un circuito de sistemas jurídicos "más maduros" entre los que existía suficiente número de "analogías" y "similitudes" como para garantizar la existencia de "una amplia ciencia". Es en este contexto que Austin llega a declarar, de la manera más clara posible, la existencia de un circuito transnacional que produce con legitimidad analítica los productos básicos de la teoría del derecho.

(cont. nota 30) Alemania. Según H.L.A. Hart, Austin "estuvo [...] estudiando derecho romano y el trabajo de los expertos alemanes en el derecho civil moderno, cuyas ideas de clasificación y análisis sistemático ejercieron una influencia en él tan sólo inferior a la que tuvo Bentham". H.L.A. Hart, "Austin, John" en la *Encyclopedia Britannica*. Idéntica referencia hace Brian Bix en su nota "Austin, John" en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. El párrafo citado que sigue en texto, por tanto, tiene que ser leído como parte de un diálogo teórico transnacional entre el conceptualismo de Federico von Savigny (uno de los autores centrales en el análisis que se hará más adelante y la llamada *analytical jurisprudence* inglesa. Estudios sobre este diálogo crucial en la vertiente conceptualista de la *analytical jurisprudence* se pueden encontrar en William Ewald, *Comparative Jurisprudence*. Gunther Weiss, *The Enchantment of Codification in the Common-Law World*, 25 *Yale J. Int'l L.* 435 (2000); y finalmente, M.H. Hoeflich, *Roman Law in American Legal Culture*, 66 *Tul. L. Rev.* 1723, (1992).

31 John Austin, *The Uses of the Study of Jurisprudence*, p. 365, Hackett, Indianapolis (1998) [De aquí en adelante, *Austin, Uses of Jurisprudence*].

Las palabras de Austin constituyen, probablemente, la afirmación más clara de la supuesta conexión analítica, y no simplemente contingente, que hay entre sitios de producción cultural y la producción de un discurso correcto sobre la naturaleza del derecho. Su confesión, por lo tanto, nos ayuda a definir el significado exacto, en términos de producción y exclusión culturales, de la TTD en los términos en que hemos tratado de precisarla:

"El tema apropiado de una teoría general o universal del derecho (para distinguirla de la legislación universal) es una descripción de los tópicos y fines del derecho que sean comunes a todos los sistemas jurídicos; y de aquellas similitudes entre los diferentes sistemas que se encuentran en la base de la naturaleza común del hombre, o que corresponden a los puntos concordantes dentro de sus posiciones divergentes.

"Y se verá que estos parecidos son muy cercanos, y que abarcan una gran parte de la disciplina. Están necesariamente confinados a los parecidos entre los sistemas jurídicos de algunas cuantas naciones; puesto que es sólo con algunos sistemas con los que es posible familiarizarse, aún de manera imperfecta. *A partir de éstos, sin embargo, se pueden inferir los restantes*³². Y son sólo los sistemas de dos o tres naciones los que ameritan atención: los escritos de los juristas romanos; las decisiones de los jueces ingleses en tiempos modernos; las provisiones de los códigos francés y prusiano en cuanto a la organización. Aunque hay pocos puntos en los cuales las leyes de las naciones deban ser las mismas (esto es, idénticas), hay, sin embargo, bastante espacio para una legislación universal: i.e., las circunstancias que no son precisamente idénticas podrían ser tratadas de igual manera, respecto a lo que tienen en común; con comentarios dirigidos a sus diferencias. Si los principios desplegados merecen la denominación de universales o no, ello no tiene importancia. La teoría del derecho puede ser universal respecto a sus tópicos: no menos que la legislación"³³.

Casi huelga, por evidentes, subrayar los muy importantes comentarios que hace Austin en esta extensa cita: primero, que existe algo así como una naturaleza general del derecho que está analíticamente anclada en la naturaleza del ser humano. Sin embargo, esta aventura de descubrir la teoría científica del derecho no tiene por qué ser alocadamente especulativa (al estilo del iusnaturalismo). La na-

32 Énfasis añadido. La oración dice literalmente: *from these, however, the rest can be presumed*.

33 *Ibid.*, p. 373 (cursivas añadidas).

turalidad del hombre no es ultramundana. Es, simplemente, la forma positiva en que se desenvuelven los principios generales del derecho que se hallan en todos los sistemas jurídicos "prolijos y maduros". La naturaleza del hombre y la teoría del derecho pueden ser obtenidas a partir de realidades empíricas, i.e., las similitudes entre "los sistemas de unas cuantas naciones". A partir de éstas, "se puede presumir el resto". El catálogo austiniano de jurisdicciones relevantes para su teoría universal del derecho incluye a Roma (como una presencia simbólica de la historia del desarrollo jurídico) y a los líderes iusteóricos europeos del momento: Inglaterra (la propia patria de Austin), Francia (la tierra del novísimo *code civil*) y finalmente, Prusia (con su también nueva tradición de doctrinantes civilistas encabezada por Savigny)³⁴. Repárese, igualmente, que se trata, quizá por primera vez, del anuncio de la posibilidad de desarrollar una teoría general del derecho que cierre la brecha entre las familias de derecho neorrománico y el *common law*.

Es imposible negar, de otro lado, que la definición de una teoría del derecho "general" y "comparada" es muy ambigua en Austin: al enfatizar su componente "general", la teoría del derecho versa sobre los principios necesarios de sistemas jurídicos más maduros, esto es, acerca de la naturaleza del derecho; pero, al mismo tiempo, cuando se enfatiza su componente "comparado", la teoría del derecho se parece bastante a una investigación empírica de derecho comparado con objetivos teóricos. Para aumentar aún más esta ambigüedad en su método, Austin también insiste fuertemente en que la teoría del derecho debe ser "práctica", es decir, que debe servir como una buena introducción al derecho inglés evitando así "cualquier tendencia hacia las insignificancias de anticuario o hacia la alocada

34 El paisaje internacional de la producción iusteórica contemporánea es muy similar al descrito por Austin al escribir este párrafo. La teoría jurídica occidental sigue siendo alimentada en un espacio internacional de conocimiento comunicable por las tradiciones y los productos de un mundo anglosajón más amplio (que, además de Inglaterra, ahora incluye a los Estados Unidos), Francia y Alemania. Otros iusteóricos han tratado de limitar al igual que Austin, pero por diferentes razones y propósitos, el circuito de producción de la teoría del derecho. Savigny, por ejemplo, a pesar de su particularismo iusteórico, habla de relaciones de derecho privado que tienen una aplicación general en todos los sistemas legales desarrollados. Por consiguiente él ve que los países legalmente desarrollados pueden alcanzar una edad clásica de cultura jurídica. Más aún, Savigny anota que la ciencia jurídica es "la parte más noble" del desarrollo jurídico. Sin embargo, "está la general tendencia científica connatural a los alemanes, y gracias a la cual se adelantan en no pocas cosas a las demás naciones". Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, p. 131. Hellsta, Buenos Aires (1977). Henry S. Maine, igualmente, trató de cerrar el circuito de la producción de la teoría del derecho al definir un grupo de "sociedades progresivas", tomando esta noción de Comte. Ver, Peter Stein, *Roman Law in European History*, p. 126, Cambridge University Press, Cambridge (1998).

filosofía del derecho"³⁵. En este sentido práctico, la "teoría general del derecho" está, por lo menos pedagógicamente relacionada con las tendencias profesionalizantes de la educación en las facultades de derecho inglesas de la época, cuyo principal propósito era el aprendizaje de una estricta "teoría particular del derecho"³⁶. La posibilidad de una teoría general del derecho, el programa de Austin, tenía que ser justificada como una materia respetable en el currículo. Por eso Austin quiere doblegar el alocado filosofar: "En Inglaterra, la teoría será moldeada por la práctica". La teoría del derecho debe ser justificada en un terreno práctico ya que "la única teoría práctica del derecho es la particular"³⁷.

La TTD, tal como la describe Austin, se debate entre ser (i) un discurso general abstracto sobre conceptos jurídicos analíticamente necesarios, (ii) un circuito empírico y comparado de discusión entre académicos de unas cuantas jurisdicciones europeas prestigiosas (los sitios de producción teórica del XIX), o (iii) una introducción práctica y profesionalizante al Derecho inglés. En ese sentido, la TTD fue justificada por Austin como una disciplina independiente de investigación académica, puesto que (i) brindaba una comprensión íntima de la naturaleza del derecho desde un punto de vista no especulativo (no iusnaturalista); (ii) le ayudaba al estudiante a recorrer el derecho "más maduro" tal como se manifestaba en la teoría jurídica subyacente de unas cuantas jurisdicciones; y (iii) constituía una introducción práctica a una "teoría particular del derecho". Desde el punto de vista de los sistemas jurídicos "más maduros" existe una continuidad sin fricciones entre estos tres aspectos: el discurso sobre la naturaleza del derecho tiene su origen en contextos y prácticas jurídicas concretas. La teoría general del derecho es un paso anterior a la posibilidad de hacer teoría particular (pero no parroquial) del derecho: se trata de verdadera teoría jurídica, pero teoría existente en alguna parte. Esa "alguna parte" es la

35 Ver Austin, *Uses of Jurisprudence*, nota supra 102, p. 390.

36 Austin no pensaba que el estudio de la teoría del derecho fuera útil por sí mismo. En su conferencia "The Uses of the Study of Jurisprudence" enfatiza el valor pedagógico de la teoría como base para un estudio "teórico-práctico" del derecho inglés. La teoría sirve así para suministrar un mapa del todo y dejar en claro lo fundamental del derecho en general y de su práctica. Tales contribuciones, si se llegan a ejecutar adecuadamente, contribuirían a un entrenamiento vocacional más eficiente para la práctica jurídica y la vida pública. También sería valioso para la comprensión de sistemas jurídicos foráneos, en la práctica jurídica diaria, en la adjudicación, en la reforma del derecho y en el desarrollo de "una literatura jurídica digna de la barra inglesa". Véase al respecto Twining, William, *General and Particular Jurisprudence - Three Chapters in a Story* en Guest, Stephen (editor), "Positivism Today", Aldershot, Dartmouth (1996), p. 124.

37 Ver Austin, *Uses of Jurisprudence*, nota supra 102, p. 372.

aceptación, por parte de Austin, de la existencia de un círculo de tradición jurídica y académica; y, en segundo lugar, de un amplio intercambio europeo entre tradiciones jurídicas, especialmente aquellas de Roma, Francia, Inglaterra y Alemania.

Desde el punto de vista del "resto"³⁸, como acertadamente lo denomina Austin, la continuidad entre historia empírica y teoría analítica es fácilmente fragmentada, incluso si se trata de herederos legítimos de cualquiera de las tradiciones jurídicas mencionadas: de las historias y comparaciones entre los sistemas más maduros "se presume el resto". La teoría creada en el diálogo entre los sitios de producción puede viajar ilimitadamente explicando los sistemas jurídicos del "resto". Se funda así un espacio vacío y universal de teoría jurídica con una historia y estructuras universales que arrojan a todas las demás jurisdicciones. Visto desde el punto de vista del "resto" del mundo, este espacio teórico vacío carece de cualquier contexto formativo. El espacio vacío se llena, principalmente, de productos abstractos y circulables de TTD, ahora esterilizados para consumo iusteórico local después de haber abandonado los sitios originales que les dieron vida. Por consiguiente, y quizá contra los deseos de Austin, la teoría general del derecho asume de nuevo el papel de pensamiento abstracto, de "alocado filosofar". Por tal razón, y en contra también de los deseos de Austin, no puede funcionar como el prefacio de una teoría particular del derecho. "El resto", así, se queda sin su propia "teoría particular del derecho". Su comprensión iusteórica se resuelve completamente en el mundo imaginado en la TTD.

3.2. La Teoría Local del Derecho en Jeremy Bentham

John Austin es un iusteórico cuya importancia, inclusive en su patria natal Inglaterra, dependió del rescate que de la misma hiciera H.L.A. Hart en su libro *El concepto del derecho* de 1961. Las ideas de Austin sirvieron de contrapunto teórico para que Hart presentara su propia concepción positivista del derecho, superando así los marcados defectos de la antigua teoría imperativista. Como el mismo Hart lo afirma de manera oblicua en la nota que sobre él escribió para la Enciclopedia Británica, Austin "disfrutó de poca influencia durante su vida por fuera del círculo de epígonos de Jeremy Bentham. Su autoridad sólo vino después de su muerte"³⁹. Jeremy Bentham, por otra parte, ingresó al mundo intelectual

38 Véase el fragmento de Austin, *ibíd.*, p. 93.

39 Herbert L.A. Hart, Austin, John, en la *Encyclopedia Britannica*.

latinoamericano por fuerza propia en el siglo XIX⁴⁰, aunque hoy en día, por rara paradoja, se hable más de la contribución iusteórica de Austin⁴¹ que de la teoría social de Bentham. Una posible hipótesis es que la supervivencia de Austin se ha dado gracias a que sus argumentos se ubican, al fin y al cabo, dentro de la teoría positivista del derecho que sigue, de lejos, siendo hegemónica en la comprensión latinoamericana del derecho⁴². Bentham, en todo caso, también participa de la discusión anglosajona sobre las posibilidades de construir una teoría universal del derecho. Su posición, a diferencia de la de Austin, parte de una distinción entre las dos tareas fundamentales de la jurisprudencia: de una parte, decía Bentham, debe existir una jurisprudencia expositiva o descriptiva⁴³ que se encarga de explicar qué es el derecho, por oposición a una teoría censoria o normativa⁴⁴ del derecho que quiere explicar, no lo que el derecho es, sino lo que *debe ser*. De igual manera, Bentham también distingue entre jurisprudencia "local" y "universal", aunque en su obra la denominación *jurisprudence* no se restringe, como sí sucede en el caso de Austin, a su sentido específico de "teoría del derecho". La detallada atención benthamita a las diferencias entre la jurisprudencia "local" y "universal" se explicaba por su preocupación, pionera por demás, por la cuestión de los "transplantes jurídicos". El pensaba, en general, que los juristas expositores debían ceder el espacio a los juristas censores ya que en el derecho había más cosas que mejorar que conservar. Sus intereses, por tanto, se centraban especialmente en la

40 Esto es especialmente cierto en América Latina, en donde la influencia de Bentham ha sido estudiada con cuidado si se le compara con otros autores internacionales. Véase, Jaramillo, Jaime, *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Planeta, Bogotá (1996), pp. 159-203. Pero la presente no es la historia intelectual de América Latina en el siglo XIX. En vez de ello, mi interés está en la efectiva configuración de la teoría del derecho en los imaginarios de los operadores regionales del derecho.

41 De nuevo, por la influencia que ha ejercido el libro de Hart.

42 Una referencia fundamental sobre las razones de la pervivencia de Austin, y no la de Bentham, la da Rudolf Métaff en su biografía de Hans Kelsen: "Estaba totalmente entusiasmado por la sensación de ir recorriendo un nuevo camino en el campo de mi ciencia", confiesa Kelsen en su autobiografía. No fue sino hasta muchos años más tarde cuando descubrió que, medio siglo antes que él, John Austin había intentado una similar fundamentación de la ciencia jurídica. Sin embargo, la literatura especializada anglo-norteamericana le era casi completamente desconocida en Heidelberg, donde había ya empezado a aprender inglés". Rudolf Métaff, Hans Kelsen: *Vida y obra*, UNAM, México, 1976, p. 19. Luego Kelsen, en sus escritos de Estados Unidos, tendrá discusiones más sostenidas sobre la obra de Austin, en particular, en la *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México (1995), pp. 203-4.

43 Bentham habla de *expository jurisprudence* en su libro *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Burns & Hart (1970), pp. 293-300.

44 *Ibíd.*

jurisprudencia censoria, esto es, en un cuerpo de leyes ideales, bien fuera civiles y criminales, que pusieran en práctica de la manera más coherente y completa el principio de utilidad⁴⁵. El trabajo del jurista censor, en este caso Bentham, era proponer como cuestión de *lex ferenda* el más coherente conjunto de normas en forma de códigos. Por esta razón, los utilitaristas (encabezados por el mismo Bentham) fueron los más fuertes partidarios de la codificación y la racionalización del derecho dentro de la cultura intelectual inglesa. Esas nuevas leyes se encargarían de codificar los resultados de la jurisprudencia censoria resultante de aplicar, de manera consistente, los principios utilitaristas en el derecho civil y penal. En la terminología de Austin, la jurisprudencia censoria de Bentham correspondía a la "ciencia de la legislación", esto es, a lo que el derecho debe ser y no a lo que ya es en sus normas actualmente vigentes. Bentham reconocía, como reformador jurídico, que sus esfuerzos en general se encaminaban más hacia la jurisprudencia censoria, exactamente en las antípodas de lo que la mayoría de positivistas consideran es la misión central, fundamentalmente descriptiva o expositiva, de la teoría del derecho. Después de haber redactado códigos ideales en materia penal y civil, Bentham atacó el asunto de cómo transplantarlos a otras jurisdicciones. En un ensayo inaugural del derecho comparado, *De la influencia de los tiempos y lugares en materia de legislación*⁴⁶, Bentham se propone contestar varias preguntas: primero, ¿cómo debe el legislador modificar las leyes transplantadas por las consideraciones temporales y locales del sitio a donde deben ser aplicadas? En segundo lugar, Bentham examina lo que denomina "los principios o máximas del trasplante". Puesto que los Códigos benthamitas eran el resultado de una jurisprudencia censoria con valor universal basada en el principio de la utilidad, un reformador consciente tenía que estudiar el problema de cómo transplantarlos, y con qué adecuaciones, a nuevos ambientes. La diferencia entre lo local y lo universal era, así, una herramienta del trasplante legislativo que se hacía necesaria para alguien que deseara implementar reformas en sociedades tradicionales. Lo local, en este caso, no imponía un derecho sobre los códigos universales; tan sólo forzaba una cierta adaptación o aclimatación. Las leyes de alcance universal, en todo caso, ya habían sido definidas en Inglaterra mediante el desenvolvimiento, por parte de iusteóricos centrales, del principio de utilidad. Las jurisprudencias locales eran, descriptivamente, las leyes de otras naciones. Hablando desde el punto de vista del jurista censor, las jurisprudencias locales no eran más que un hecho sin mayor poder normativo sobre lo que el derecho debía ser. Se trataba de un derecho existente, pero al mismo tiempo mejorable mediante la implementación y adecuación de la legislación utilitarista.

45 Véase, por ejemplo, Jeremy Bentham, *Tratados de legislación civil y penal*, Editora Nacional, Madrid (1981).

46 *Ibid.*, pp. 605-38.

El siguiente diagrama ayuda a entender el alcance de la cartografía jurisprudencial Benthamita:

	Jurisprudencia Expositiva	Jurisprudencia Censoria
Jurisprudencia Universal	1. No hay mucho derecho existente en este cuadrante: el mundo muestra muchas leyes particulares y poco derecho positivo de alcance universal, al menos desde la visión de Bentham.	2. Este cuadrante es el lugar natural del utilitarismo. Se trata de <i>lex ferenda</i> , una reforma general del derecho para que se adecue a como debe ser conforme al principio de utilidad (y), transplantable a otras jurisdicciones.
Jurisprudencia Particular	3. Se trata, evidentemente, del derecho positivo nacional practicado por abogados y jueces y teorizado por el positivismo jurídico.	4. Ya que la misión de la Jurisprudencia censoria es determinar el derecho como debe ser, sus resultados siempre son universales, y por lo tanto inexistentes al nivel de la jurisprudencia particular.

La cartografía de Bentham termina con dos terrenos vedados: de un lado, en el cuadrante 1 no hay una jurisprudencia expositiva universal entendida como un cuerpo de leyes vigentes que abarquen toda la tierra (y si llegaran a existir, el listado sería más bien corto); en segundo lugar, en el cuadrante 4 no existe una jurisprudencia censoria local, entendida ésta como la articulación racional de una teoría política y moral dirigida hacia la reforma de la ley y la sociedad en clave utilitarista. Estos dos territorios prohibidos critican, de manera implícita, a dos tipos posibles de abogados y iusteóricos: de una parte al abogado iusnaturalista clásico (que comparte la posibilidad de que existan muchas normas en el cuadrante 1) y al reformador jurídico meramente local, quien sin apoyarse en el poder censorio universal del utilitarismo, trate de hacer teoría con poder normativo sin alcance general. Esta proscripción benthamita del trabajo teórico en el cuadrante 4 está en directo conflicto con el esfuerzo de una TeoComp en sentido crítico. Podría entenderse, de hecho, que la TeoComp, como ha sido expuesta en estas páginas, consiste en el intento de explorar y colonizar el territorio prohibido ubicado precisamente en dicho cuadrante 4: como lema podría decirse que es imprescindible desarrollar jurisprudencias censorias locales.

Tanto en Austin como en Bentham, las diferencias entre jurisprudencia general y particular o entre jurisprudencia universal y local tienden a favorecer el primer elemento de la disyunción. Estos autores tratan de fundar un espacio vacío superior

de jurisprudencia general y universal a la vez, por oposición a jurisprudencia particular y local. Este resultado coincide con la descripción de una (TTD): en primer lugar, el espacio de lo local o de lo particular parece ser inequívocamente "descriptivo" y por tanto "no prescriptivo". Se trata del espacio del derecho positivo nacional, o de la recolección antropológica y comparatista de datos. Segundo, lo general o universal adoptan típicamente la posición de lo censorio o prescriptivo. Lo universal o general es el momento de la reflexión iusteórica en la que se sintetizan los datos recolectados en la jurisprudencia expositiva y particular. La jurisprudencia general, en tanto, no depende totalmente de los datos así recogidos ya que produce un tipo de conocimiento prescriptivo que se ajusta a los datos, pero que también los trasciende por su superioridad de penetración teórica. Así, por ejemplo, opera el utilitarismo en Bentham o la jurisprudencia analítica o conceptual en Austin. Lo único "local" que pertenece propiamente al mundo teórico de lo censorio (i.e., que parece ubicado de alguna manera en la esfera de lo general o lo universal) es, muy literalmente, el derecho comparado de algunas jurisprudencias nacionales prestigiosas (en el caso de Austin), o el valor racional de los argumentos utilitaristas (en el caso de Bentham).

3.3. Desarrollos posteriores: Holland, Buckland, David y Kelsen

La distinción (y por ende la discusión) entre la conveniencia de una teoría general del derecho por oposición a una teoría particular siguió atrayendo la atención en el mundo anglo-americano, especialmente dentro de la jurisprudencia analítica post-austiniana que influyó hasta el primer cuarto del siglo XX⁴⁷. En su interpretación más ortodoxa, la jurisprudencia analítica siguió preservando, a través de la obra de Thomas Holland, la tesis de que una teoría particular del derecho era una imposibilidad. Porque ¿cómo puede hablarse de una ciencia que es simplemente nacional? La agenda de los autores que hacían jurisprudencia analítica se concentraba, en la misma dirección de Austin, en los conceptos jurídicos básicos de cualquier sistema jurídico "maduro"⁴⁸. Estos conceptos debían ser, según estos

47 Sobre el desarrollo de la "jurisprudencia analítica" y su exportación a lo largo del mundo anglosajón véase, en general, William Twining, *I Have Concepts, Will Travel: Analytical Jurisprudence in a Global Context*, Tilburg-Warwick Lectures (2001).

48 Si estos elementos son "necesarios" o simplemente "comunes" a los sistemas jurídicos es una ambigüedad que la jurisprudencia analítica utiliza en su provecho. Dice Austin:

"Lo que, entonces, quiero significar por jurisprudencia general, es la ciencia que se concentra en la exposición de los principios, nociones y distinciones que son comunes a los sistemas del derecho: entendiendo por sistemas del derecho los

autores, empíricamente comunes en estos sistemas maduros. La universalidad empírica, sin embargo, era tan sólo el reflejo de una comunidad de carácter necesario *ya que no parecía posible* que existieran sistemas jurídicos maduros sin poseer estos conceptos. En efecto, ¿qué puede ser una jurisprudencia nacional? No mucho más de lo que puede ser, por ejemplo, una "geología inglesa". Se trata simplemente de "geología" sin que importe si el análisis arranca empíricamente del análisis de los estratos de suelo situado en Inglaterra. Así, una "jurisprudencia inglesa", por consiguiente, será sencillamente "jurisprudencia" aun si analiza los "estratos" específicos del derecho inglés. Será simplemente "jurisprudencia" porque estudia los conceptos comunes y analíticamente primeros o más abstractos de sistemas jurídicos más maduros. Sus conclusiones serán, por lo tanto, claramente transnacionales. Sus resultados, como ciencia, serán verificables cuandoquiera y dondequiera que haya un sistema jurídico maduro.

Los autores analíticos, sin embargo, empezaron a separarse poco a poco de la posición austiniana a través de su énfasis en la importancia práctica y profesionalizante del estudio de los conceptos fundamentales. Así podría creerse, como en efecto se hizo, que lo que Austin y Holland en verdad hicieron, a pesar de sus afirmaciones explícitas, fue incentivar una jurisprudencia particular en la que se explicaran los conceptos fundamentales que se requerían en las materias del resto

(cont. nota 48) sistemas más amplios y maduros que, por razón de su amplitud y madurez, están pre-eminentemente preñados con enseñanzas.

De los principios, nociones y distinciones que son materia de la jurisprudencia general, algunos podrían ser considerados necesarios. Porque no podemos imaginar de manera coherente un sistema del derecho (o un sistema del derecho evolucionado en una comunidad refinada), sin concebirlas como una parte constitutiva del mismo.

De estos principios, nociones y distinciones necesarios, sugeriré brevemente unos cuantos ejemplos:

[...] Deber, Derecho [Right], Libertad, Ilícito, Pena, Reparación, [...] Derecho [Law], Soberanía y la Sociedad Política Independiente [...] ley escrita y promulgada vs. ley no escrita y no promulgada, [...] propiedad vs. posesión [...] derechos nacidos de los contratos [...] obligaciones que se originan de contratos, obligaciones que se originan de daños, y obligaciones que [...] son [...] 'quasi ex contractu', [...] Injurias o Delitos [...]

De los principios, nociones y distinciones que son materia de la jurisprudencia general, otros no son necesarios (en el sentido que le he dado a la expresión). Podríamos imaginar coherentemente un sistema maduro de derecho, sin que las consideráramos partes constitutivas del mismo. Pero como se basan en principios de utilidad que se extienden por todas las comunidades, en verdad ocurren muy generalmente en sistemas de derechos maduros; y por consiguiente pueden ser clasificados apropiadamente junto con los principios generales que son estudiados por la jurisprudencia general". Austin, *Uses of the Study of Jurisprudence*, pp. 367-9.

del currículo de derecho para uso de una jurisdicción concreta⁴⁹. Un ataque más profundo vino, no de la interpretación profesionalizante del estudio de la jurisprudencia, sino de una objeción de fondo en contra de la posibilidad de hacer jurisprudencia general en el sentido analítico. Este ataque provino de autores con alta sensibilidad comparatista tales como W.W. Buckland; similar crítica fue replicada años después en el continente europeo por René David. Esta línea de crítica afirmaba que la universalidad de una teoría analítica del derecho dependía de dos ideas falsas: en primer lugar, para Buckland, él mismo miembro de la tradición analítica pero estudioso del derecho romano y del derecho comparado, era claro que la misma existencia de una teoría general del derecho era muy dudosa, puesto que lo que Austin concibió como conceptos lógicamente necesarios eran, en el mejor de los casos, conceptos empíricamente comunes. Sin embargo, y esto agrava el ataque, el derecho comparado tampoco aporta prueba empírica de que dichos conceptos fundamentales sean comunes entre distintos sistemas jurídicos: para un comparatista con conocimiento detallado de otros sistemas jurídicos como Buckland, le resultaba muy difícil creer que distintos sistemas jurídicos, y muchos menos distintas culturas jurídicas, compartieran los mismos conceptos jurídicos. El rigor científico extraído de la ciencia comparada señalaba la imposibilidad, no de una jurisprudencia particular (tal como lo sostendrían Austin, Holland y más tarde, en una tradición más cercana, Kelsen), sino de una jurisprudencia general, como el desarrollo de conceptos jurídicos transnacionales en contra de la evidencia aportada por el derecho comparado. Era posible sospechar, incluso, que el programa de la jurisprudencia general fuese una forma de iusnaturalismo críptico, en contra de los deseos más fervientes de los analíticos como Austin y Kelsen cuyo propósito explícito era purgar la ciencia del derecho de cualquier remanente trascendental o metafísico. Así las cosas, podría pensarse que la tendencia a la formalización y a la conceptualización de la escuela analítica no expurgó completamente la pre-

49 Véase Frederick Pollock, *First Book of Jurisprudence, Prefacio* (1896). Pollock afirma que "la gracia salvadora del libro de Holland es que el autor, mientras que niega su posibilidad, en verdad practica jurisprudencia particular de una manera concisa e inteligible". Ver también John Chipman Grey, *The Nature and Sources of the Law*, pp. 133 y ss., Ashgate, Dartmouth (1997). Esta ambigüedad del estatuto de la jurisprudencia o de la teoría del derecho también se manifiesta en nuestros cursos de Introducción al derecho, que oscilan, según los vientos, entre comprensiones filosóficas y universalistas o discursos prácticos y positivistas. Piénsese, por ejemplo, cómo es posible hacer ambas cosas en temas como la interpretación o integración del derecho. ¿Son estos temas universales o particulares? En Colombia, hasta reciente, la enseñanza de estos temas era particular, afincada en textos positivos. En los años 90, el tema ha vuelto a ser considerado desde una perspectiva iusteórica universalista. El último capítulo de este libro explora este cambio con mayor detalle.

sencia de conceptos fundamentales del derecho que terminaron siendo de nuevo trascendentales y quizá metafísicos por el afán científico de construir una jurisprudencia general. Frente a esta crítica de los comparatistas, entonces, lo mejor que uno podía hacer era quedarse cerca de lo local: la jurisprudencia, si era científica, lo más probable es que fuera particular.

En segundo lugar, aún aceptando la existencia de un núcleo de conceptos jurídicos transnacionales, el proyecto de la jurisprudencia general se apoyaba en la ilusión de que términos o conceptos superficialmente idénticos tuvieran, en realidad, el mismo significado o función en diferentes países o culturas jurídicas. Puede que exista un núcleo de conceptos jurídicos compartidos por sistemas jurídicos occidentales, o, como pensó Austin, aún más allá de las fronteras del mundo jurídico occidental⁵⁰. Pero, tal como los mostrarían comparatistas tales como David (y luego Zweigert y Kötz), la aparente "similitud" o "analogía" era usualmente falsa. Muchos de los conceptos de Austin en realidad significaban diferentes cosas en diferentes jurisdicciones. El error no podía ser mayor: según el reporte de los comparatistas, los presuntos "conceptos comunes" no pasaban de ser homónimos. De acuerdo con este argumento, no hay un estudio introductorio y general de conceptos tales como "deber", "derecho", "propiedad" o "contrato" que prepare al estudiante para sus cursos posteriores. Aún más: no hay tales "conceptos fundamentales" en las que se pueda fundar una jurisprudencia general.

Hans Kelsen, tal como lo veremos adelante, también milita a favor de la posibilidad y de la necesidad de tener una teoría general del derecho. La "teoría pura del derecho" es precisamente tal tipo de teoría. El argumento de Kelsen, será, sin embargo, más sutil que el de Austin: para hacer una teoría general del derecho se necesita postular objetos abstractos de estudio que sobrepasen fácilmente las fronteras de las jurisdicciones nacionales. Kelsen irá mucho más lejos que Austin en ese proceso de abstracción. Para Kelsen, a diferencia de Austin, la jurisprudencia general no posee contenidos sustantivos. Kelsen llegará a afirmar que muchas de las dicotomías que conforman la teoría analítica del derecho de Austin (derecho/deberes, contratos/daños, etc., etc.) son en sí mismas meros productos de una teoría particular y contingente del derecho, creada en medio de eventos políticos o sociales como excrecencias de poder y no como conceptos lógicos puros de un sistema jurídico. Una teoría pura del derecho debe, por consiguiente, exponer

50 "Pues, ciertamente, un hombre familiarizado con tales principios [los prescritos por la teoría austiniana del derecho] separados de cualquier sistema específico, y acostumbrado a encontrar analogías, se sentirá menos sorprendido con instituciones mahometanas o hindúes que si las conoce sólo en concreto, tal como son en su propio sistema." Ver Austin, *Uses of Jurisprudence*, nota *supra* 102, p. 383.

esos excesos políticos y concentrarse en las características verdaderamente necesarias de los sistemas jurídicos. Y, de acuerdo con Kelsen, tal teoría general del derecho no versa sobre "conceptos jurídicos", muchos de ellos de contenido sustantivo. En lugar de ello, la tarea de una teoría general del derecho según Kelsen se concentra en la forma, funcionamiento y límites del derecho y no en los conceptos cuasi-sustantivos de la teoría austriaca del derecho. Este intento de salvar la "teoría general del derecho" evita en parte algunas de las objeciones de los comparatistas (como Buckland y David), pues Kelsen no necesita enredarse en los difíciles problemas que deben resolver los generalistas al inicio de su indagación. Piénsese, por ejemplo, en los conceptos de "derecho" o "pena". El generalista debe demostrar o que (i) dichas nociones son empíricamente compartidas por la mayoría de jurisdicciones; o (ii) adicionalmente debe mostrar que, una vez probada la tesis (i), la comunidad es más que una sinonimia superficial que expresa genuinamente un mismo concepto subyacente en varias jurisdicciones⁵¹. El esfuerzo kelseniano por hacer una teoría universal es de vital importancia en el argumento de este libro, pero ya tendremos oportunidad de volver a él más tarde en el capítulo V. Por esta razón el objeto de la teoría general de Kelsen son construcciones aún más abstractas que las de Austin: Kelsen no explica qué es un "derecho subjetivo", sino que disuelve la pregunta en el análisis de la proposición jurídica (esto es, la forma lógica general de las normas jurídicas) o en la construcción escalonada del orden jurídico (esto es, una explicación dinámica del derecho como sistema).

Pero no olvidemos nuestro objeto de indagación: es hora de recoger este debate entre "generalistas" y "particularistas" dentro de nuestro objetivo de dar consistencia teórica a una TeoComp en sentido crítico. Del recorrido que acabamos de hacer surgen algunas enseñanzas de interés: en primer lugar, uno debería notar que la discusión entre "generalistas" y "particularistas" es un debate sobre la validez universal del conocimiento que la teoría del derecho dice estar interesada en generar. En la tradición iusteórica inglesa, como hemos visto, se debate sobre el alcance epistémico de los iusfilosofemas. Así, algunos autores piensan que los iusfilosofemas son difícilmente generalizables (los comparatistas, por ejemplo), mientras que los miembros de la tradición analítica y positivista tienden a confiar en que la teoría, si es ciencia, estudia conceptos jurídicos generales o universales.

51 Los recientes debates sobre particularismo en derechos humanos tienden a mostrar que, aunque dos culturas jurídicas hablen de "derecho", su comprensión profunda del tema es sumamente diferente. Al respecto véase Henry J. Steiner y Philip Alston, *International Human Rights in Context*, Clarendon Press, Oxford (2000), pp. 166-255.

Es posible que luego, dicha enseñanza se vuelva completamente particular en la fijación profesionalizante de los cursos de Introducción al Derecho, pero esa es una historia distinta. El hecho importante de esta discusión, sin embargo, es que parece haber conciencia, al menos en la iusteoría anglosajona, de la necesidad de explorar el carácter y el alcance geo-jurídico de la teoría del derecho. Esta conciencia parece ser propia de la apropiación que se hace de la teoría en sitios de producción. En sitios de recepción, por el contrario, una de las principales características de la TTD es que, en general, tiene la tendencia a obviar el debate crucial sobre el alcance epistémico, particular o general, de la teoría. La TTD, tal como se lee en Latinoamérica, es siempre la circulación de teorías del derecho que pretenden, aun contra sus propios deseos explícitos⁵², ser universales o generales. La TTD, tanto en sitios prestigiosos de producción como en sitios subordinados de recepción, usualmente guía al estudiante a través de diferentes tesis acerca de la naturaleza del derecho pero pocas veces le advierte al mismo estudiante acerca de las limitaciones contextuales (en alcance geográfico) implícitas en esas distintas teorías. Un profesor de teoría del derecho inmerso en la TTD puede, al exponer a los realistas jurídicos norteamericanos, afirmar que, según Llewellyn por ejemplo, "lo que estos funcionarios hacen respecto a las disputas es, en mi concepto, el derecho mismo"⁵³. Este "concepto" del derecho es ciertamente una definición iusteóricamente relevante. Pero es también, aunque usualmente se omite, una proposición que contiene, implícita y explícitamente, afirmaciones sobre el contexto desde el cual nace y que incorpora, por tanto, un cierto alcance geojurídico⁵⁴. Esta omisión del problema del alcance geojurídico es uno de los principales artificios de la TTD ya que permite suponer, erróneamente, que toda la actividad jurisprudencial es necesariamente universal. En Latinoamérica, de hecho, la omisión de este problema es la característica que define la reflexión sobre la teoría del derecho: el lema parece ser, en consecuencia, que nada pertenece a una teoría particular del derecho y que todo pertenece a la teoría general del derecho. Esto, por supuesto, no sería de importancia si la única consecuencia fuese un par de extrañas lecturas locales de "particularizadores" explícitos tales como, digamos, Karl Llewellyn o

52 Kelsen quiere hacer, qué duda cabe, una teoría general del derecho e interpretarla así no violenta sus deseos. No parece ser lo mismo, por ejemplo, con Karl Llewellyn, Ronald Dworkin o Duncan Kennedy cuyos iusfilosofemas parecen ser explícitamente particularistas.

53 Karl Llewellyn, *The Bramble Bush*, Boston (1951), p. 3. No nos interesa en este momento el significado e importancia de su definición, como tampoco la "expansión y corrección" que la máxima sufrió posteriormente en el pensamiento de Llewellyn.

54 Entiendo por "alcance geojurídico" el conjunto de jurisdicciones, por oposición a otras muchas excluidas, que se deben considerar adecuadamente teorizadas por jurisprudencia de alcance particularista.

Ronald Dworkin. No creo que Dworkin mismo censure esos trasplantes de su teoría así considere, como parece, que su análisis estaba pensado para describir particularísticamente formas de argumentación y de comprensión del derecho en los Estados Unidos luego del impacto fundamental del *case law* de la Corte Warren a partir de 1954. El verdadero problema que genera concebir la teoría del derecho como TTD es que tiende a negar la necesidad de teorizar y explicar la cultura jurídica propia (especialmente en sitios de recepción), sus prácticas y posibilidades. La teoría del derecho entendida como TTD, en su peor manifestación, sigue ocultando el hecho de que aún los más comprometidos generalistas tenían, así fuera implícitamente, relaciones orgánicas con los "suelos" y contextos jurídicos en los que sus ideas germinaron. Las teorías del derecho de los generalistas se volvieron relevantes porque, en parte, ellos también satisfacían el estándar de relevancia de los particularistas: las teorías generales, elaboradas por generalistas, en primer lugar también sirven para explicar bien el derecho de los sitios donde se piensan, independientemente que funcionen igualmente bien como teorías universales; su vocación generalista predice que su alcance geojurídico es más amplio, pero eso no le resta al poder descriptivo, prescriptivo y predictivo que continúan teniendo respecto del derecho local. Las teorías del derecho generales y universales creadas por generalistas, o imaginadas por los lectores inscritos en la TTD, son probablemente una mezcla de varios factores: (i) de un lado, una proyección hacia la comunidad jurídica internacional de la autoimportancia que el generalista y su tradición iusfilosófica piensan tener; (ii) dinámicas políticas de neocolonización que comprenden a la perfección que la filiación de un sistema jurídico pasa por la filiación a una cierta comprensión teórica del derecho; y (iii) la dinámica de una producción cultural en circuitos transnacionales, que distingue de manera tan rígida entre producción y recepción, entre agencia y mimesis y que genera los espejismos epistemológicos de la TTD. Así las cosas, la universalidad de las teorías generales del derecho (o de las jurisprudencias generales en la terminología austiniana) parece ser un artefacto más ligado con un mundo de cultura neocolonial y menos con exigencias epistémicas propias del pensamiento jurídico.

4. A MANERA DE RESUMEN: ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE TEORÍAS COMPARADAS, GENERALES Y PARTICULARES DEL DERECHO

En las páginas anteriores he tratado de hacer una revisión de literatura en dos campos interconectados en los que pretende instalarse una TeoComp en sentido crítico. De un lado, revisamos el desarrollo reciente que ha tenido la "teoría comparada del derecho", especialmente de la mano de William Ewald, para quien se

trata de una propuesta de mejoramiento de las metodologías vigentes del derecho comparado. De igual manera, hemos visto la discusión suscitada en la tradición jurisprudencial inglesa entre la conveniencia de realizar teoría general o particular del derecho. Es hora de hacer un breve resumen de lo ganado hasta ahora que sirva de manifiesto de la propuesta teórica que hemos hecho y a la cual hemos denominado TeoComp en sentido crítico.

TeoComp en sentido crítico es un intento de desarrollar filosofía jurídica y teoría del derecho desde sitios de recepción. Este propuesta invita al lector a leer la jurisprudencia de sitios de recepción como genuina teoría del derecho y no como sociología jurídica o historia de las ideas, aunque la incorporación de tales elementos no desnaturalizaría el producto final. Este proyecto pretende utilizar herramientas de análisis comunes en la teoría del derecho para aplicarlas a los materiales relevantes (libros teóricos y dogmáticos, leyes y otras normas de derecho positivo, sentencias, etc.) que se encuentren en un sitio de recepción.

Con este propósito tomaré los materiales de la TTD, y trataré de ponerlos en movimiento en dos direcciones distintas: los redireccionaré, primero, para reconstruir una teoría particular del derecho, esto es, una teoría jurídica de sistemas jurídicos no prestigiosos y usualmente receptivos que, no obstante, no son meras invenciones, proyecciones o extensiones del proyecto iusteórico occidental. En segundo lugar, no voy a recurrir a ningún tipo de "nativismo" teórico, como si el esfuerzo de reconstrucción de una teoría particular del derecho fuera encontrar ideas o argumentos genuinamente locales, sin mestizaje o influencia. La teoría particular del derecho, si cumple con el requisito de ser relevante y no meramente erudita, será una teoría comparada del derecho. Una teoría del derecho producto de trasplantes teóricos, fértiles malas lecturas y malas apropiaciones. No voy a presentar excusas por estas características, como lo hacen muchos que sufren de una angustia de influencia no resuelta. Cambiaré el valor emotivo de estas malas lecturas, siguiendo los pasos de Bloom. Cambiaré radicalmente la fijación de J.J. Kunz con las periodización de la iusteoría europea y la presentación de la latinoamericana como una proyección del pensar y del hombre europeos. Para él, la unidad de clasificación es exclusivamente temporal, por lo que su esquema de períodos tiene validez universal y cubre los sitios de recepción de iusteoría. En vez de ello, propongo adicionar de una forma crítica un elemento geográfico al análisis: mi unidad de análisis será el *cronotopo*, para utilizar la expresión de M. Bakhtin, y no simplemente el período, como actualmente lo prescribe la TTD para aquellas teorías no prestigiosas del derecho que se encuentran en sitios de recepción. Tomaré los trasplantes, las malas lecturas, las transmutaciones, las influencias y otras características similares como fortalezas de una tradición jurídica y no como debilidades intrínsecas de teorías subordinadas del derecho.

Para la construcción de una TeoComp en sentido crítico me he adentrado en las preocupaciones de académicos que han ocupado el campo de la "teoría comparada del derecho". Primero, denuncié la reducción de teorías locales del derecho a lo antropológico, a lo sociológico o a lo tradicional. En todo esto se halla implícita una exclusión de teorías no prestigiosas del derecho a partir de las jerarquías que crea la TTD y los circuitos por donde circula. En algunos de los usos de la "teoría comparada del derecho" alabo el esfuerzo por entender el "derecho en las mentes", pero pido precaución respecto al hecho de que esta perspectiva no tiene por qué limitarnos a comparar las teorías de países prestigiosos. De igual interés sería descubrir los detalles y las especificidades que anidan en el "derecho en las mentes" en jurisdicciones no prestigiosas. Esta última tarea es completamente inevitable, al menos para quienes haciendo teoría desde sitios de recepción, tenemos que en todo caso teorizar el derecho de aquí y no la idealización implícita en la TTD. Una absorción ya demasiado larga en el espacio vacío de la TTD nos ha impedido tener reconstrucciones e interpretaciones de las teorías *pop* del derecho que constituyen elementos esenciales de nuestros sistemas jurídicos.

En cuanto a la discusión entre generalistas y particularistas, he afirmado que la iusfilosofía y la iusteoría no son inherentemente generales o particulares. El grado de alcance "universalista" o "generalista" que recibe una tradición es más bien una función del grado de reconocimiento que reciben las jurisdicciones al producir un cierto tipo de discurso. Así, incluso iusfilosofemas que son originalmente particularistas, se transplantan a muchas otras partes con gran valor universalista. Aquellas tradiciones iusteóricas que disfrutaban *a priori* de fuerza universalista han sido denominadas, a lo largo de este trabajo, "sitios de producción". Así, escritos teóricos de alcance particular producidos en "sitios de producción" circulan con gran dinamismo por los canales de transmisión de la TTD para ser recibidos como productos universales o generales. Esos mismos ejemplos muestran, de entrada, que se pueden aprender muchas y muy interesantes cosas sobre la naturaleza del derecho, incluso en iusfilosofemas que parecen tener tan sólo alcance geojurídico particular y no universal. Ese aprendizaje, por supuesto, se hace desde una teoría comparada del derecho y no simplemente dando status universalista a lo que sólo es una explicación particular. El particularismo de la iusteoría no la vuelve autista o incomunicable. Exige que se estudie con ojos de comparación, para evitar caer en la falsa universalización. TeoComp en sentido crítico aboga por una ampliación de los sitios a los que se les permite contribuir a la comprensión de la naturaleza del derecho. Propone disolver la rígida separación entre sitios de producción y sitios de recepción. Afirma, como proposición fáctica, que toda teoría del derecho relevante, así tenga pretensiones universalistas, está enraizada en alguna parte y, si es correcta, ayuda a explicar el funcionamiento del

derecho local. TeoComp reconoce que en filosofía y teoría del derecho es frecuente encontrar muy fuertes aspiraciones a la universalidad o generalidad del discurso, pero tales aserciones, en realidad, están más conectadas con la visibilidad de los sitios de donde proceden, más que con características esenciales del discurso iusteórico. TeoComp afirma que una creencia acrítica en la TTD ha impedido la formación de teorías particulares del derecho en sitios de recepción, y que esa ausencia es parcialmente responsable de la situación actual de culturas jurídicas periféricas y, quizá, esté directamente conectada con disfuncionalidades generales de los sistemas jurídicos locales. Por último TeoComp postula que habría una mayor comprensión del fenómeno jurídico si se tuviera un mapa geojurídico expandido de teoría del derecho que evitara las jerarquías prevaletientes de prestigio y valor, y que desmontara los circuitos unidireccionales en los que se da el trasplante teórico y se reafirma la dependencia.

Si existe suficiente espacio para teorías particulares del derecho tal como lo sostengo, ¿cómo reconstruir teorías no prestigiosas, y hablar de una manera significativa de, digamos, una "teoría colombiana del derecho"? Se trata de un concepto problemático, así hayamos hecho esfuerzos por reconstruir la plausibilidad de teorías particulares. Aún más problemático es el hecho de que los ejemplos de este libro serán predominantemente (pero no exclusivamente) extraídos de materiales de derecho colombiano. A pesar de esta restricción, hablaré de "teoría latinoamericana del derecho"⁵⁵. Colegas en la región podrán señalar que se trata de una falsa extrapolación, o incluso de una especie de "teoría general" para la región en contravía de los argumentos precedentes. Mi propósito no es decir, sin embargo, que la existencia de una teoría del derecho basada en el análisis del caso colombiano niega agencia y relevancia a cada una de las tradiciones nacionales existentes en la región. Empero, creo sinceramente que una teoría particular del derecho entre nosotros tendrá importantes conversaciones regionales y que los trasplantes teóricos, en la medida en que han sido regionales, permiten estable-

55 Tal como lo mostraré más adelante, creo que puede definirse la existencia de una "teoría particular del derecho" alrededor, primero, de la expansión regional del Código Civil de Andrés Bello y, segundo, de las influencias francesa y alemana en el derecho privado local. También mostraré que esta iusteoría nacida en el corazón del derecho privado tiene suficientes conexiones con otros países latinoamericanos (así no hayan adoptado el código Bello) que permitirán conectarse (ojalá con utilidad) a las líneas centrales de la argumentación aquí presentada. Sin embargo, y siendo consistente con mis propias premisas, los iusteóricos de cada jurisdicción no pueden rehusarse a desempolvar, ordenar y darle coherencia a sus propios materiales jurídicos al hacer la reconstrucción de una teoría particular del derecho. Si la presente obra tiene algún valor para otros iusteóricos latinoamericanos es sólo como ejemplo de rescate de las iusteorías particulares.

cer una cierta comunidad de trabajo entre iusteóricos latinoamericanos. No niego que la extrapolación sea peligrosa, pero pienso que los conceptos hasta ahora desarrollados evitarán que reproduzcamos, a nivel regional, el falso universalismo que reprochábamos en el contexto universal. Conceptos tales como sitios de producción y recepción, transplantes teóricos, mala lectura y transmutación, me permitirán hacer una narración que, aunque basada en Colombia, tendrá detalles descriptivamente importantes para iusteóricos en la región latinoamericana y posiblemente un marco conceptual atractivo para otros iusteóricos periféricos fuera de ella. Así, por ejemplo, creo que el recuento aquí ofrecido de la formación de una conciencia jurídica clásica en Colombia ayudará a explicar la experiencia formalista de muchas otras teorías subalternas del derecho, al menos en Latinoamérica. De igual forma creo que mi recuento de dos formas de antiformalismo (temprano y tardío) en Colombia serán igualmente útiles para entender dinámicas regionales, sin perjuicio de diferencias de detalle.

Las referencias transnacionales que me permitirán conectarme con una audiencia externa, tanto dentro como fuera de mi región, serán las de los autores y argumentos que circulan por la TTD. Nombres como Kelsen y Dworkin son hoy parte de un canon altamente universal de iusteoría que se comparte en Japón, Estados Unidos, Alemania y Colombia. Pondré en práctica una metodología en la que transformaré la teoría tradicional del derecho, y sus convicción universalista, en un doble recuento, primero, de teorías "originales" en sitios de producción y, segundo, de teorías transformadas y transmutadas del derecho en sitios de recepción. El primer componente (las teorías originales) me permitirá un punto fijo para establecer contacto con iusteóricos que conocen la TTD. El objetivo más ambicioso de esta metodología es el de inspirar y animar a otros iusteóricos periféricos a que reconstruyan sus teorías "nacionales" o "regionales" (en todo caso, particulares) del derecho luego de años de invisibilización en la TTD. Esta reconstrucción posibilitará, en una segunda fase, comparaciones teóricas, ya no sólo entre "norte" y "sur" sino también, ojalá, entre "sur" y "sur".

Hay otro problema metodológico que se deriva de los comentarios anteriores, relacionado con el grado de "penetración de la teoría del derecho": para reconstruir una teoría regional del derecho, estoy interesado en la teoría efectual o relevante del derecho (lo que denomino teoría *pop* del derecho) y no en una filosofía jurídica erudita. Deseo ver el impacto o penetración de los "productos" de la teoría jurídica en una práctica jurídica real. Estos "productos" pueden tener distintos grados de abstracción. Algunas veces puede tratarse de reflexiones muy abstractas sobre el derecho en general. Otras veces son reflexiones metodológicas o técnicas sobre problemas más concretos de, por ejemplo, argumentación, inter-

pretación o integración del derecho⁵⁶. Estos productos, así sean más o menos abstractos, se pueden caracterizar por el hecho de tener niveles altos o bajos de penetración en los imaginarios de los actores jurídicos. Cuando la penetración es alta, ellos le dan forma a una cultura jurídica funcional (constituyen, según McCormick, su *working theory*), o, mejor aún, a una teoría funcional u operativa del derecho⁵⁷. Usaré materiales jurídicos "duros" tales como tratados dogmáticos, decisiones judiciales y leyes tales como son usados en la enseñanza de campos doctrinales (en especial el derecho civil y el constitucional) con el fin de tratar de entender las teorías operativas del derecho de Latinoamérica. Muchos de los recuentos que actualmente poseemos, por el contrario, se aferran a la idea de que la teoría del derecho es una presentación de la filosofía de eruditos y no de teorías operativas, prestando así poca atención, de la misma manera que Kunz en su presentación de la filosofía del derecho en América Latina, a los niveles de penetración o al impacto que una idea o un conjunto de ideas tienen en la práctica de los abogados.

Por igual motivo, es necesario desenfatar los recuentos tradicionales que muestran una fijación en la imitación de la TTD y de las lecturas y comentarios que se originan en sitios de producción. Igual de importante resulta desenfatar la continua recreación de América Latina como un apéndice de un árbol genealógico de teorización erudita, pero a veces irrelevante, que nos une de manera lineal con la TTD. La "teoría pop del derecho", i.e., el tipo de teoría jurídica que "penetra" en los imaginarios efectivos de abogados, jueces, estudiantes de derecho, burócratas estatales, etc., es distinta a la iusteoría erudita (a la que también he denominado "alta teoría"). El filosofar pop es mucho más ecléctico y sus temas, paradójicamente, tienen más duración que las modas, generalmente pasajeras, de la alta teoría jurídica. La teoría pop es también más estable ya que genera un estilo "clásico" de iusteoría, una manera hegemónica y altamente durable de comprender el derecho y que se recrea una y otra vez, hasta el punto de conservar su primacía incluso durante y después de períodos de crítica radical. La teoría hegemónica pop del derecho es, en ese sentido, adaptativa: absorbe a su interior, usualmente mediante neutralización y desradicalización, los desafíos teóricos que de cuando en cuando se le enfrentan.

56 Los comparatistas a menudo establecen una distinción entre los cimientos y las técnicas de los sistemas jurídicos. Ver Konrad Zweigert y Heinz Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 2ª edición, Clarendon Press, Oxford (1992).

57 Ver Robert S. Summers, *Working Conceptions of "the Law"*, 1 Law and Philosophy 263 (1982).

El siguiente cuadro cruza, de un lado, el grado de penetración de la teoría del derecho con el nivel de abstracción que la misma posee, formando así la siguiente cuadrícula:

Penetración / Abstracción	Baja penetración: Alta teoría	Alta Penetración: Teoría pop
Alta abstracción Filosofía del derecho	1. Modo iusteórico dominante en América Latina, y claramente reflejado en los discursos usuales de <i>filosofía del derecho</i> . Aspiración a lecturas hermenéuticas correctas de los productos de la TTD dentro de una comunidad académica transnacional.	3. TeoComp. en sentido crítico. Transformación y transmutación de transplantes teóricos.
Mediana o baja abstracción Técnica o metodología jurídica	2. Presente en presentaciones estereotipadas de <i>introducción al derecho</i> . Imágenes idealizadas de técnicas, por ejemplo, de interpretación o integración del derecho, usualmente determinadas por textos de derecho positivo.	4. TeoComp. en sentido crítico, puesta al servicio de la reconstrucción de teorías particulares del derecho. Descripción de técnicas existentes de trabajo jurídico con exclusión de idealizaciones o positivizaciones ficticias.

La reconstrucción del canon de la teoría del derecho latinoamericana en el proyecto de TeoComp en sentido crítico debe llevarse a cabo por medio de una creciente concentración en discursos particulares, comparados y "pop" de iusteoría, tal como se caracterizan en los cuadrantes III y IV; por las mismas razones deben criticarse el dominio incontestado de las formas de discurso hegemónico de una TTD idealizada tal como se describe en los cuadrantes I y II. Esto significa que los jurisconsultos latinoamericanos deberían centrar su atención en teorías que tengan altos niveles de penetración, por oposición a la alta teoría. Este tipo de teoría, que bien pudiéramos llamar relevante, coincide con las lecturas regionales de productos de la TTD, caracterizados especialmente por la transmutación y el transplante realizados en sitios de recepción. Por consiguiente, una TeoComp en sentido crítico podría ser definida, en líneas gruesas, primero, como el intento por reconocer que existen teorías no prestigiosas del derecho en los límites del mundo occidental cuyas ideas jurídicas han sido construidas por medio del transplante y la trans-

mutación de partes del canon de la TTD; y segundo, la TeoComp en sentido crítico es un intento por reconocer que tales ideas, tal como han sido transformadas en sitios de recepción y lecturas en ambientes hermenéuticos pobres, han contribuido a la existencia de una conciencia jurídica efectual tal como se manifiesta en la teoría pop del derecho y no en una comprensión idealizada a la que he denominada alta teoría o teoría erudita. Es importante notar que, en relación con los posibles rendimientos teóricos que se esperan de una TeoComp en sentido crítico aplicada a América Latina, mi tesis es que no se ve a priori ningún tipo de inferioridad en comparación con los resultados que se podrían obtener (o ya se han obtenido) en el estudio de otras teorías particulares del derecho. Por el contrario, creo que habría inmensas pérdidas respecto de conocimiento iusteórico si, una vez elaborado su marco teórico, no aplicáramos de manera consistente y rigurosa las prescripciones de la TeoComp en sentido crítico a la reconstrucción de la teoría particular del derecho en América Latina.

5. LA AGENDA DE TEOCOMP EN SENTIDO CRÍTICO

La definición de TeoComp en sentido crítico que se acaba de dar abre varias posibles agendas investigativas. La que se seguirá en este libro ya es relativamente clara a esta altura: con la ayuda de una comprensión comparada de la teoría del derecho, trataremos de identificar, al interior de una teoría particular del derecho (en este caso la latinoamericana), el conjunto de productos de la TTD que han sido recibidos y transformados regionalmente para describir, finalmente, las formas en que ellos han modelado una conciencia jurídica en la región. Estos productos no tienen que ser ellos mismos explícitamente comparativos; por el contrario, tienden a ser, sin más, parte del canon reconocido de la TTD. Es por eso que se sienten suficientemente legitimados para usarlos en receptores locales nuevos y muy diferentes sitios de recepción. Este libro tratará de identificar estos textos influyentes para narrar, de su mano, la doble historia de su producción y posterior recepción, transformación y penetración en América Latina.

TeoComp también sugiere otros caminos de investigación que, sin embargo, no serán explorados en el presente libro. Piénsese, por ejemplo, cómo en el vasto mar de la literatura iusteórica existe un importante subconjunto de libros y artículos de conocidos iusfilósofos e iusteóricos que han tratado de entender y reflexionar, de manera más o menos explícita, sobre la dinámica de los transplantes y recepciones en la teoría del derecho. Estos libros especiales, leídos con una visión de TeoComp, podrían ofrecer una interesante colección de técnicas para entender ideas jurídicas cuando éstas parecen confrontarse con nuevos sitios de recepción.

Aunque no me enfocaré en esta literatura, creo que hay en ella una gran riqueza que habría que explorar posteriormente. Estos textos son producidos por jurisconsultos cuando ellos llegan a entender, de una u otra forma, el impacto que los nuevos contextos tienen en las lecturas normalizadas de ideas y teorías jurídicas ya muy establecidas. Una lista preliminar de estos productos migratorios de la teoría del derecho podría incluir, entre otros, las obras de teóricos de estatura canónica tales como *La teoría del derecho y del estado* de Hans Kelsen, *The Case Law System in America* de Karl Llewellyn⁵⁸ y *The Development of American Law and its Deviation from English Law* de Roscoe Pound⁵⁹. En similar vena, podrían incluirse en este listado obras más contemporáneas como todas aquellas en las que H.L.A. Hart analiza los aspectos iusteóricos de otras tradiciones: así, sus escritos sobre la teoría norteamericana del derecho⁶⁰, el impacto de Rudolf von Ihering⁶¹ o de Hans Kelsen⁶²; similarmente podrían verse con ojos de teoComp las obras de Jürgen Habermas, *Factizität und Geltung*, la de Richard Posner *Law and Legal Theory in the UK and Canada*⁶³ y quizá algunas páginas del libro de Patrick Atiyah y Robert Summer *Form and Substance in Anglo-American Law*⁶⁴.

Las razones por las que estos iusteóricos llegan a aceptar la importancia de la recepción y transformación de la teoría del derecho varían enormemente. Todos ellos, por una u otra razón, parecen estar enfrentados a audiencias que no comparten las mismas tradiciones hermenéuticas que son necesarias para leer y entender sus libros. Algunos de estos iusteóricos llegaron a enfrentarse forzosamente con el fenómeno del viaje y la recepción teórica como resultado del desplazamiento violento de sus comunidades académicas originales, tal como ocurrió con

58 Escrito y publicado originalmente como *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika*, (1933), durante la visita de Llewellyn a la Facultad de Derecho de Leipzig en 1928-9. Una traducción al inglés hecha por Michael Alnasaldi fue sólo publicada en 1989 con el título de *The Case Law System in America*, University of Chicago Press, Chicago. Sobre el carácter transnacional de la teoría del derecho de Llewellyn, ver Micheal Ansaldo, *The German Llewellyn*, 58 *Brook. L. Rev.* 705 (1992).

59 67 *Law Quarterly Review* 49 (1951).

60 H.L.A. Hart, *American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream*, en "Essays in Jurisprudence and Philosophy", Clarendon Press, Oxford (1983), pp. 125-44.

61 H.L.A. Hart, *Jhering's Heaven of Concepts and Modern Analytical Philosophy* id. en 267-277 Hay una traducción al español titulada *El cielo de los conceptos de Ihering y la filosofía analítica Moderna* en *El ámbito de los jurídico: Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Grijalbo, Barcelona (1994), pp. 109-114.

62 Ver Hart, H.L.A., *Kelsen Visited*, *ibid.*, pp. 286-308.

63 Clarendon Press, Oxford (1996).

64 Clarendon Press, Oxford (1987).

Hans Kelsen o Hermann Kantorowicz durante la segunda guerra mundial. En el caso específico de Kelsen, existe una tendencia reciente a clasificar su obra en períodos y a investigar los cambios de su pensamiento, a veces muy notorios, entre cada uno de ellos. Mi opinión, sin embargo, es que el desarrollo diacrónico de la obra de Kelsen no depende tanto de períodos en que sus ideas se hayan desarrollado de manera intrínseca, sino, en mucha mayor proporción, por presiones ejercidas a su obra y pensamiento por nuevas audiencias y sitios de recepción. Así, algunos de los libros de Kelsen parecen pertenecer claramente a la TTD (un ejemplo de lo cual es su *Teoría pura del derecho*), algunos otros son productos de una teoría particular del derecho (e.g. sus polémicas con Carl Schmitt sobre quién y cómo interpretar la constitución de Weimar el llamado debate sobre el "guardián de la constitución") y, finalmente, un conjunto final de obras de teoría comparada del derecho, cuando Kelsen es confrontado y desafiado con la conciencia jurídica de los Estados Unidos después de su salida de la Alemania nazi (tal y como se expresa en su *General Theory of Law and State*). Los cambios evolutivos en el pensamiento kelseniano se explicarían mejor como reajustes del nivel de generalidad de sus obras (a veces un Kelsen generalista, a veces particularista y a veces comparatista) y al fenómeno de transplante teórico que lo obliga a terminar explicando su obra en nuevos contextos que no comparten la tradición desde la cual originalmente había escrito.

Otros autores de iusteoría se han dado cuenta de la existencia de una teoría comparada del derecho como resultado de carreras académicas globalizadas que los han forzado a entender las presiones teóricas de la nuevas audiencias. Sin embargo, estas carreras académicas se desarrollan cómodamente, por lo general, dentro de las cuatro esquinas de lo que John Austin denominó los "sistemas jurídicos más maduros". La globalización de la teoría jurídica, hasta tanto permanezca dentro de esos límites, podría tender a reforzar la idea de una TTD verdaderamente hegemónica, producida en jurisdicciones prestigiosas tales como los Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Francia.

Por último, la mayoría de los iusteóricos latinoamericanos (y con ellos los iusteóricos periféricos) quizá lleguen a comprender las dinámicas descritas por TeoComp mediante la reproducción de la situación psicológica de los más bien pocos iusteóricos transnacionales que ocasionalmente se han confrontado con las categorías de recepción y transformación en teoría del derecho. Para autores transnacionales, la angustia y ansiedad generada por nuevas audiencias y contextos fue el resultado de emigración voluntaria (por ejemplo, en carreras académicas globalizadas), o involuntaria (como la diáspora generada por la situación política de la Alemania nazi). De manera muy similar a Kelsen, quien había desembarcado en los Estados Unidos en el verano de 1940, y trataba angustiosa-

mente de conectarse con una indiferente facultad de Harvard⁶⁵, los juriconsultos latinoamericanos lucen más bien desorientados buscando voz propia de una manera tentativa en el vasto océano de la TTD, siempre ensayando nuevas ideas que parecen generarles más preguntas y retos, en un curioso, abstracto y permanente viaje por el mundo de la teoría jurídica. La TTD brinda, con frecuencia, una cierta oportunidad para huir hacia lo que Ihering denominó genial y terriblemente el "cielo de conceptos" (*Begriffshimmel*)⁶⁶. Los iusteóricos y académicos latinoamericanos, infortunadamente, todavía tienden a forzar el canon, la estructura y las tareas de la teoría particular del derecho en el molde de una TTD abstracta. Los iusteóricos de sitios de producción, sin embargo, se las ingenian para resistir de una mejor manera esta tendencia hacia la abstracción desconectada que parece proponer la TTD. Desde jurisdicciones prestigiosas, en verdad, la TTD parece ser, primero, teoría particular del derecho. La tesis que aquí se sostiene es que el trabajo de la teoría del derecho en América Latina debe encaminarse, en primer lugar, a comprender cómo los operadores jurídicos entienden de manera efectiva el derecho en la región. Esta labor no se puede ejecutar mediante puro nativismo jurídico; pero tampoco puede ejecutarse mediante narraciones que simplemente repitan, omitiendo el viaje y la transformación, las escuelas canónicas y los autores de la TTD. Se trata de una historia de recepción teórica, de mapas de mala lectura, transmutación y transformación creativa que aún tenemos que sacar a la luz. Con esta reiteración de las conclusiones a las que hemos llegado hasta el momento, abandono de manera temporal el tema de la importancia y relevancia de una TeoComp en sentido crítico para América Latina (y posiblemente para otras jurisdicciones periféricas). Si la promesa que entraña TeoComp es realmente redimible, ahora es el momento preciso para pasar a bosquejar la estructura del análisis subsiguiente.

6. LOS MAPAS DE TRANSFORMACIÓN

Mi narración comienza con una estricta selección de los escritos y autores de la TTD que contribuyeron efectivamente en la construcción de una conciencia jurídica en Latinoamérica. Esta selección reducirá muy notablemente la lista de iusfilósofos y iusteóricos que a menudo se toman como relevantes en el espacio vacío de la TTD. Las listas enciclopédicas que se elaboran en el iusfilosofar erudito incluyen la mayoría de las teorías jurídicas del derecho desde el siglo XIX

65 Ver David Kennedy, *The International Style in Postwar Law and Policy*, 1994 Utah Law Review 29-59.

66 Ver Rudolf von Ihering, *El cielo de los conceptos jurídicos*. En *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Buenos Aires, pp. 279-355.

(cuando no comienzan antes, incluso desde la Grecia clásica) y combinan, más bien al azar, la tradición anglosajona y la continental. El paso de una iusteoría alta o erudita o una iusteoría pop o relevante exige que apliquemos un "test de relevancia". La selección de nuestros autores sólo incluirá, al menos en una primera ronda, aquellos que hayan ejercido una influencia y penetración estructurales en la formación de la conciencia jurídica regional y nacional. En los recuentos eruditos, hay pocas referencias a las interacciones concretas entre las tradiciones y nunca se mencionan las dinámicas producidas por los transplantes y la transformación de la TTD. Un ejemplo de una lista de iusfilosofía erudita, sin el cernido que recomienda el test de relevancia, luce así⁶⁷:

Escuela de TTD	Autor representativo
Exégesis francesa	Buguet (sic), Laurent.
Escuela histórica	Savigny.
Tendencias formalistas	Gerber, Laband, Jellinek, Kelsen.
Finalismo	Ihering, Heck, Gény.
Ordinalismo concreto	Schmitt.
Fenomenología	Reinach.
Teorías neo-hegelianas	Croce, Gentile.
Realismo jurídico norteamericano	Holmes, Cardozo, Frank.
Realismo jurídico escandinavo	Ross, Olivecrona.
Teorías de derecho natural	Coing, Del Vecchio, Hervada.
Marxismo	Marx.
Neo-marxismo	Stucka, Pashukanis, Luckacs, Bloch

67 Esta lista ampulosa de iusteoría erudita es tomada de la obra de Francisco Herrera, *Filosofía del Derecho*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá (1994), pp. 85-137. Listas similares son aún más omnicomprensivas. Ver, e.g. Rafael Hernández, *Historia de la filosofía del derecho contemporáneo*, Tecnos, Madrid (1989) que examina una muy impresionante lista de juriconsultos en sus 300 y más páginas. Entre aquellos a los que dedica atención explícita están Platón, Aristóteles, Aquino, Savigny, Ihering, Kelsen, Bentham, Austin, Stammler, Radbruch, Heck, Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs, Hart, Olivecrona, Pound, Cohen, los "marxistas", Llewellyn, Geiger, Weinberger, Raz, etc., etc. Algunos otros de manera consistente afirman que la tradición jurídica latinoamericana es formalista, pero el formalismo local parecería girar de manera exclusiva alrededor de la teoría jurídica pura de Kelsen. Para ellos, la teoría del derecho particular cuenta en kelsen con el autor que da forma a todo el positivismo regional. Estoy de acuerdo con el hecho de que Kelsen es un autor relevante en la teoría local del derecho; su importancia, sin embargo, está en la articulación teórica que le dio a las teorías pre-Kelsenianas que ya venían del siglo XIX y que poseían para entonces muy altos niveles de penetración en la cultura jurídica y en los imaginarios locales. El formalismo pre-Kelseniano permanece ignorado en las reconstrucciones iusteóricas locales. Se trata de una omisión muy grave. Las listas que estoy criticando, por consiguiente, son por lo general productos de alta recepción con poco o ninguna sensibilidad respecto al problema de la penetración iusteórica (teoría pop del derecho).

La agenda de TeoComp en sentido crítico tiene la ventaja de acortar la lista elaborada por la iusteoría erudita de una manera muy significativa. La formación de una conciencia jurídica nacional se ha llevado a cabo mediante influencias más circunscritas. Sin embargo, será absolutamente necesario realizar una lectura más matizada y compleja de los autores relevantes porque no es suficiente sus obras en sus contextos de producción. La lista de autores relevantes desde el punto de vista de una TeoComp. en sentido crítico luce más o menos así:

Fuente	Autores Tributarios	Escuela de Teoría Transnacional	Auge Transnacional
Código Napoleón	• Demolombe • Aubry y Rau	École de l'Exégèse Escuela de la exégesis	1804-1900
K.F. von Savigny	• Zachariae • Aubry y Rau	Begriffsjurisprudenz Jurisprudencia de conceptos	1820-1900
Hans Kelsen		Reine Rechtslehre Teoría pura del derecho	1908-1934
François Gény	• L. Josserand • J. Bonnet	Libre recherche scientifique Libre investigación científica	1898-1935
León Duguit		Solidarismo	1905-1935
Herbert L.A. Hart		Positivismo analítico	1961-1985
Ronald Dworkin		Derecho como integridad	1977-presente

Con este pequeño grupo de autores se conforma un canon que tiene más sentido para la reconstrucción de la teoría particular del derecho. El primer paso será hacer una descripción de la teoría del derecho básica que la región asume en el siglo XIX y que se mantendrá con cierto nivel de vigencia a todo lo largo del siglo XX. Se trata de un cierto formalismo jurídico (no necesariamente positivista, como veremos) y que, por razón de su prioridad conceptual, denominaré "escuela clásica", "clasicismo" o "formalismo clásico". El "clasicismo" como conglomerado iusteórico, es una compleja mezcla de influencias francesas y alemanas *prekelsenianas*

del siglo XIX; así, los trabajos de teóricos revolucionarios y de iusprivatistas franceses entre 1748 y 1890, por un lado, y los de los romanistas alemanes entre 1814 y 1890 irán a constituir una mezcla inestable que definirá la mayor parte de rasgos esenciales del formalismo clásico regional. Es importante notar que sólo a partir de los años 1930's se ha incorporado de manera muy entusiasta el positivismo kelseniano, pero el formalismo clásico latinoamericano es independiente, y en muchos puntos opuesto, a la teoría pura del derecho. En ese sentido, el formalismo clásico en América Latina no se puede confundir, de ninguna manera, con el positivismo kelseniano, como si nuestra conciencia jurídica clásica fuera, realmente, kelseniana. El formalismo clásico en América Latina se forma, más bien, con materiales iusteóricos importados al mismo tiempo que se importaban los primeros códigos nacionales (especialmente el civil) y los primeros comentarios y tratados científicos que buscaban explicar el texto codificado. Este formalismo tradicional, ya bien constituido para el año de 1900, sólo habría de recibir años después la tardía influencia y yuxtaposición de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Sin embargo, lo que se recibe es, llamémoslo así, un "Kelsen en Bogotá", producto de lecturas en sitios de recepción y claramente distinguible de un "Kelsen en Viena", hermenéuticamente estándar y producto de lectura en sitios de producción. El conglomerado de teorías del derecho que forma la conciencia jurídica clásica es la amalgama de importaciones de iusteoría francesa y alemana del siglo XIX, tal y como se resume en el siguiente mapa de transformación:

Teoría amalgamada local	Teoría Transnacional	Especificidad local	Fuentes teóricas transnacionales	Canales intermedios de difusión	Receptores locales
Clasicismo	École de l'Exégèse	Formalismo de reglas: Comentarios al Código Civil Local	Montesquieu Beccaria Code Napoleón	Exégèse Temprana: • Delvincourt • Demolombe • Laurent	• Código Bello • Luis Claro-Solar
				Exégèse tardía: • Baudry-Lacantinerie	Fernando Vélez
	Begriffs-jurisprudenz	Formalismo de principios: Tratados de Derecho Civil	K.F. von Savigny	• Zachariae, • Aubry/Rau	• E Champeau y A. J. Uribe • E. Rodríguez Piñeres

Explicaré este mapa de transformación (la conciencia jurídica clásica) en el capítulo 2. En el capítulo 3, entre tanto, trataré las reacciones, críticas y desafíos teóricos efectivos, y no simplemente abstractos o eruditos, que sufrió el formalismo clásico. De hecho, en el mismo momento en que América Latina incorporaba la comprensión clásica del derecho en su proyecto de legalidades nacionales (a lo largo de la segunda mitad del XIX, pero con una clara aceleración del proceso en su último cuarto), en ese mismo momento el formalismo clásico europeo ya daba serias señales de crisis y revisión. Hacia 1900, momento cumbre de efervescencia del clasicismo local latinoamericano, el clasicismo europeo está en franca crisis y, quizá, abierto declive. Entre nosotros, sin embargo, ese proceso sólo será tangible un tercio de siglo más tarde. Por tanto, exploraré en el capítulo 3 cómo se formó un antiformalismo regional concreto, prevaleciendo en aquel entonces de las reformas estatales (aclimatación regional de un modelo de estado administrativo del bienestar) que se difundieron por toda la región durante la década de los treinta. Esta reacción antiformalista introdujo en el horizonte iusteórico serias modificaciones en la comprensión del derecho, su función, sus roles, su interpretación y su integración. Por influencia de los antiformalistas franceses (aunque diversas ramas de la familia antiformalista ya se habían establecido en varios países de legalidad occidental para entonces), el cambio paradigmático estuvo liderado por una nueva escuela, denominada *libre recherche scientifique* (libre investigación científica), cuya cabeza más visible era François Géný. Una generación entera de iusprivatistas franceses, entre los que se encuentran Bonnacase, Josserand, Demogue, Ripert y Planiol estaban participando en ese debate de reconfiguración antiformalista del derecho privado como crítica a la teoría del derecho dominante en la época clásica.

Teoría amalgamada local	Teoría transnacional	Especificidad local	Productor transnacional	Canales intermedios	Receptores locales
Antiformalismo en Derecho Privado	<i>Libre recherche scientifique</i>	Crítica al formalismo de reglas y principios	François Géný	L. Josserand G. Ripert J. Bonnacase	Recepción temprana: Antonio Uribe Recepción madura: Nueva jurisprudencia de la C.S.J. (1936-1939) Edo. Zuleta Angel

De una manera paralela, aunque con su propia dinámica, el derecho constitucional estaba igualmente sufriendo sus propios cambios: el antiformalismo en derecho privado fue fundamental en la creación del espacio de "lo social" por oposición al contenido predominantemente individualista del derecho liberal clásico, con el surgimiento, tanto en derecho común como en derechos desmembrados del común (que habrían de denominarse en conjunto "derecho social") de principios y reglas de tipo "solidarista" que buscaban extender las garantías que el sistema jurídico otorgaba a sectores socio-económicos vulnerables. La llegada del derecho social fue presionada por un nuevo mundo político en que los desposeídos económicos (es decir, quienes no contaban con derechos patrimoniales o contractuales) le exigieron al estado la protección isométrica de otros derechos (especialmente en los campos del trabajo y de la naciente "seguridad social"), hasta entonces considerados como inexistentes en un mundo donde cada quien respondía por sí mismo con sus recursos privados de acumulación y previsión de contingencias. La crítica antiformalista suministró la teoría del derecho necesaria para la socialización, en el sentido estipulado, del derecho privado; sin embargo, este derecho social (en singular), habría también de buscar formas de expresión constitucional en la codificación de los derechos sociales (en plural). Este último acontecimiento fue de naturaleza política evidente y por eso a veces oscurece el hecho, fundamental, que el nacimiento del "derecho social" con metodologías de derecho privado fue anterior al nacimiento de los "derechos sociales" surgidos de la positivización constitucional. La positivización constitucional, sin embargo, también ocurrió y de hecho se desarrolló en relativa coordinación iusteórica con los cambios en derecho privado. Así se llevó también a cabo una moderada "socialización" del texto constitucional como producto de la recepción nacional de nuevas teorías del derecho público, también provenientes de Francia. El mapa de transformación para el derecho público es como sigue:

Teoría amalgamada local	Teoría transnacional	Especificidad local	Productor transnacional	Receptores locales
Renovación social de la constitución política	Positivismo solidarista.	Reforma social por vía constitucional.	León Duguit	Reforma constitucional de 1936 Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. (1936-1939) Darío Echandía Tullo E. Tascón

La conformación de “partidos” iusteóricos era relativamente clara para los jurisconsultos colombianos en los momentos de mayor energía en la década de los treinta. De un lado, los juristas clásicos, y del otro los juristas de “nueva sensibilidad” cercanos (en mayor o menor medida) a las estrategias interpretativas y analíticas de las nacientes escuelas antiformalistas europeas. Aunque no se trató de una guerra sin cuartel, sí existió conciencia de ruptura en el estilo de la argumentación jurídica y en el propósito político de la misma. Sin embargo, existieron importantes filtros que suavizaron la confrontación al nivel de teoría del derecho. Estos filtros, con relativa velocidad, produjeron la desaparición de la conciencia de ruptura en la teoría del derecho. La recepción y transformación de las nuevas teorías fue enérgica en sus primeros años, pero sin embargo, no pudo consolidar un estilo de análisis jurídico practicable que fuera un desafío permanente a la escuela clásica. Así, el antiformalismo local de los años 30 fue prontamente absorbido de nuevo por el clasicismo: su estrategia no fue la eliminación completa de las nuevas metodologías, sino más bien una incorporación donde parte de su significado político transformador fue neutralizado. El antiformalismo fue, en ese sentido, el primer esfuerzo por conjuntar sistemática y conscientemente los campos, hasta entonces vedados, de la “política” y el “derecho”. Los clásicos, poco familiarizados con tal posibilidad, regresaron pronto a una separación todavía más rígida entre los dos campos. Durante un breve lapso de tiempo (1936-45), entonces, fue claro que dos teorías jurídicas coexistieron en competencia eliminando así, al menos temporalmente, la extraña ilusión según la cual en derecho no hay disenso teórico.

La neutralización y absorción del disenso teórico fueron relativamente rápidas. La comprensión clásica del derecho volvió a ocupar su papel de cómoda hegemonía. Se reintrodujo el dominio de una conciencia jurídica plana e indiferenciada, en la cual las tensiones teóricas y políticas fueron negadas a través de mecanismos que serán explicados posteriormente. El antiformalismo social temprano fue mayoritariamente reabsorbido en la conciencia jurídica clásica. Sus políticas y métodos críticos fueron muy pronto neutralizados de maneras muy efectivas. Los mapas de transformación que propongo constituyen una “biblioteca compleja” en donde el analista jurídico está consciente de que existen diversos estilos, metodologías y direcciones políticas posibles en el derecho. En contraste, el clasicismo, luego de recuperar su hegemonía, regresó a una “biblioteca plana” donde, por ejemplo, la dogmática de contratos de Demogue es conmensurable con la de Baudry-Lacantinerie, sin explorar las diferencias metodológicas, sustantivas y políticas que separan claramente sus textos. En la biblioteca plana los abogados buscan de manera exclusiva los contenidos dogmáticos y, por tanto, hacen caso omiso a los elementos de teoría del derecho que se expresan en la literatura jurídica y que impactan de maneras muy notorias la sustancia dogmática del derecho. El restablecimiento de

la hegemonía del clasicismo se debió, en parte, a la recepción local de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. Kelsen sirvió localmente para apuntalar el formalismo jurídico implícito en la conciencia clásica. La recepción de la teoría pura es suficientemente idiosincrásica como para hablar de un “Kelsen en Bogotá”. Tal recepción se inicia alrededor de 1940, coincide con la pérdida de energía del antiformalismo de los treinta y se extiende vigorosamente hasta nuestros días donde la presencia de teorías positivistas del derecho, en diferentes registros, es innegable en la conciencia jurídica nacional. Dada la importancia en la teoría particular del derecho de Hans Kelsen, dedicaremos el capítulo 5 al siguiente mapa de transformación:

Teoría amalgamada local	Teoría transnacional	Productor teórico Transnacional	Receptores locales	
Positivismo	<i>Reine Rechtslehre</i>	Hans Kelsen	Recepción académica "Kelsen-im-Wien"	1^{er} Modo (traducción) (1928-1940) – L. Legaz y Lacambra – L. Recasens Siches
				2^{do} Modo (formalización) (1940-1971) – L. Legaz y Lacambra – L. Recasens Siches – E. García Maynez – C. Cossio – L.E. Nieto Arteta
				3^{er} Modo (desformalización) (1971-2000) – L.E. Nieto-Arteta – O. Correas. – C. Gaviria D.
			Recepción Pop Kelsen en Bogotá (1945-2000)	Arturo Valencia-Zea <i>Derecho Civil</i> Múltiples libros de Introducción al Derecho

La desaparición de la primera ola de antiformalismo en la teoría particular del derecho no fue, sin embargo, una derrota total de las teorías antiformalistas. Los acontecimientos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, la aparición de disciplinas nacionales e internacionales de derechos fundamentales y el consiguiente cambio cualitativo en el concepto de "constitución", llevaron a importantes transformaciones en la iusteoría local. Comenzando en la década de los ochenta una nueva forma de antiformalismo tardío habría de desafiar el clasicismo (apuntalado por el refuerzo kelseniano). De igual manera, el espectro de sitios de producción relevantes para la región se amplió de manera muy importante ya que los nuevos conflictos habrían de ser alimentados por la recepción de teoría anglosajona del derecho, la cual, hasta entonces, había permanecido por fuera de la discusión. El monopolio iusteórico europeo terminó así sus días de ascendencia absoluta y nuevas tradiciones empezaron a ser leídas y transmutadas en el continente, especialmente como insumos para el establecimiento local de nuevas formas de comprensión del papel de la constitución política en el entramado jurídico.

Teoría amalgamada local	Teoría Transnacional	Especificidad local	Productores transnacionales	Receptores locales	
Antiformalismo contemporáneo	<i>Reine Rechtslehre</i>	Aceptación de la tesis de la indeterminación	Hans Kelsen	Recepción académica	O. Correas Carlos Gaviria
				Recepción pop	<i>Nuevo Derecho</i>
	Jurisprudencia analítica	Crítica al formalismo radical de reglas	H. Hart	Recepción académica	T. Chinchilla C. Rodríguez C. Gaviria
				Recepción pop	<i>Nuevo derecho</i>
	Derecho como integridad	Reposicionamiento de los principios morales y políticos	R. Dworkin R. Alexy	Recepción académica	Rodolfo Arango
				Recepción pop	<i>Nuevo derecho</i>

Mapa de transformación. Capítulo 5

Estas nuevas teorías, a su vez, incorporaron elementos relacionados con las teorías de la adjudicación, la interpretación y la argumentación, las cuales pasaron a ser centrales en el debate. Estos procesos de recepción y transformación serán explorados en el capítulo 5 donde se muestra el impacto local de las obras de Hart y Dworkin. Ellos, quienes habían entablado un debate en la TTD, aparecen ahora como aliados cercanos en la teoría particular para ofrecer una nueva comprensión sobre la naturaleza lingüística y hermenéutica del derecho. En la lectura local que se hace de ellos, ambos convergen en una teoría del derecho que posibilita el activismo judicial en derecho constitucional con lo que se lanzaba un nuevo ataque sobre la iusteoría tradicional. El mapa de transformación para este período aparece en la página 124.

Una mirada preliminar a los mapas de transformación revelará algunas características de la teoría particular del derecho de América Latina cuando se la examina desde el punto de vista de una TeoComp en sentido crítico. En primer lugar, se constata cómo, en sitios de recepción, se dan sorprendentes alianzas iusteóricas entre autores que son considerados como antitéticos en sitios de producción. En los mapas que acabo de bosquejar, vale la pena notar que la teoría local del derecho reúne a autores que en otros contextos son considerados más que contradictorios. Más aún, nuestros mapas de teoría particular del derecho muestran cómo paradigmas de derecho claramente diferenciables en los sitios de recepción, se mezclan en sitios de producción generando mutaciones locales de gran interés. Estos tipos de mestizajes de autores, teorías y paradigmas pueden observarse, por ejemplo, en la formación del *clasicismo local*, cuando elementos dispares provenientes tanto de *l'exégèse* francesa como de la *Begriffsjurisprudenz* alemana se refuerzan mutuamente para formar un tipo dominante de iusteoría. En la TTD, sin embargo, estas dos escuelas de pensamiento jurídico son conceptualmente opuestas: una de sus batallas campales, por ejemplo, gira en torno a si el desarrollo del derecho civil exige o no la codificación. En nuestro medio las dos escuelas no pelean en torno a la codificación, sino que ofrecen, sinérgicamente, elementos para la interpretación del código. Igualmente, y como ya se ha mencionado, el antiformalismo contemporáneo de la segunda posguerra está construido sobre el impacto acumulado que el positivismo analítico de Hart y la llamada teoría del "derecho como integridad" de Dworkin ha tenido en una nueva teorización del derecho constitucional. La alianza entre estos dos autores en la TTD es a todas luces improbable, pero resulta completamente plausible en una teoría particular del derecho como veremos más adelante. Estos extraños mestizajes o alianzas ocurren ya que en "sitios de producción", por efecto de las lecturas en ambientes hermenéuticos pobres, la valencia iusteórica de un autor puede saltar de un campo (el formalista, por ejemplo) a su opuesto (el antiformalista). En sitios de producción, y con lecturas en ambientes hermenéuticos ricos, el significado iusteórico y

político de un autor está mucho más regimentado por el espesor de la tradición. Así, en sitios de producción se dan nuevas (e incluso radicalmente nuevas) valoraciones con alguna frecuencia. Para ofrecer otros ejemplos, es de especial importancia la cambiante interpretación que el maestro del formalismo, Hans Kelsen, ha recibido en nuestra teoría particular, ondeando ora banderas formalistas, ora banderas antiformalistas. Como se puede apreciar en el último mapa de transformación que propongo para el capítulo 5, figura un Kelsen modernista y antiexegético frente a las lecturas más tradicionales que subrayan sus elementos más fuertemente positivistas (capítulo 5).

El mestizaje entre autores es tan sólo una de las transmutaciones que se dan en la recepción latinoamericana de la teoría jurídica transnacional. Adicionalmente se presenta, con frecuencia creciente a partir de la segunda posguerra, mestizajes entre tradiciones iusteóricas. Los sitios de producción tienden a desarrollar tradiciones relativamente autónomas a las generadas en las iusteorías de sus competidores. En sitios de recepción, en cambio, es posible tender puentes sobre significativos abismos que separan las iusteorías de países prestigiosos. Esta forma de mestizaje abre, evidentemente, espacios para la creativa construcción de la iusteoría particular. No se trata de negar que hay trasplante teórico entre sitios de producción; sin embargo, la convergencia de varias tradiciones iusteóricas es más posible en sitios de recepción donde la importación, desde distintas fuentes, es ecléctica y variopinta. Así, la escala en que se dan trasplantes múltiples es mayor en sitios de recepción, lo que exige nuevas formas de análisis de la iusteoría y su desarrollo. Por esta circunstancia, hay mezcla muy libre de iusteoría norteamericana, inglesa, francesa y alemana del derecho en América Latina, para sólo mencionar cuatro puntos cardinales de producción de la teoría del derecho en el mundo occidental. Tal como lo he dicho anteriormente, el primer paso de una conciencia revalorizada de la teoría del derecho consiste en evaluar la mezcla y mestizaje, no como un fracaso de la teoría local del derecho, sino condición de su práctica adecuada.

Los mapas de transformación también nos muestran de manera preliminar que algunas de las teorías son importadas bien sea por medio de contacto directo con el autor iusteórico central, bien por medio de algún autor adscrito a su escuela. Esta segunda forma de recepción ocurre así: la importación de teoría se hace a través de un "canal intermediario", por lo general un autor que saca a relucir algunas de las consecuencias dogmáticas de una posición más general o abstracta de teoría del derecho. Un fenómeno de las recepciones más recientes es que el trasplante no ocurre ya a través de canales intermedios (como ocurrió en el siglo XIX y XX en el que la mayor parte de la teoría del derecho privado fue importada con relativo desconocimiento de sus autores centrales). Así, la teoría latinoameri-

cana contemporánea del derecho ha optado gradualmente por lecturas más inmediatas de las ideas filosóficas o teóricas en sus formas más abstractas. La formación temprana de la conciencia jurídica en el siglo XIX siempre ocurrió de manera indirecta por mediación de autores como Aubry y Rau quienes, sin embargo, expresaban la jurisprudencia mucho más profunda y política de C.F. Savigny en Alemania. La llegada de Savigny y sus métodos de análisis en derecho privado fue así indirecta y, por esa misma indirección, frecuentemente invisible. Por tal razón, Savigny es recordado como un romanista más o menos caduco, y no como el generador de gran parte de la metodología del derecho privado todavía vigente en nuestros días. La obra de Hans Kelsen, por otra parte, fue la primera en transplantarse a través de la lectura directa de su fuente iusteórica. Su teoría jurídica, sin embargo, tiene suficientes consecuencias dogmáticas y metodológicas como para que se considere relevante frente a las preocupaciones más bien pragmáticas de la profesión. Podría así pensarse que ha habido una curva creciente de contacto más directo con la teoría del derecho, en desmedro del trasplante oculto en libros dogmáticos. Este contacto directo tiene un patrón *in crescendo* que podría hacer pensar en un relativo renacimiento de la disciplina de la teoría jurídica en América Latina. Este libro quizá sea una manifestación de tal dinámica.

Ruego al lector me disculpe si los marcos de referencia presentados hasta ahora lo han agotado, pero se me antojaba necesario tratar de fundamentar la tarea de una teoría comparada, particular y relevante del derecho para América Latina, de una TeoComp en sentido crítico. Puesta la agenda se trata ahora de desarrollarla. Por eso es mejor ahora que doblemos la página y empecemos con el análisis de nuestro primer mapa de transformación: se trata, si lo recuerda el lector, de la constitución de un clasicismo iusteórico a través de complejos trasplantes de la reflexión iusteórica europea del siglo XIX.

CAPÍTULO 3

La conciencia jurídica clásica: Escuela de la Exégesis y Jurisprudencia de Conceptos en el derecho civil colombiano

“Quien no entienda hoy de ‘reconstrucción civilística’ tendrá que ver cómo se las arregla para andar por el mundo, pues la construcción es para un civilista moderno lo que la crinolina para una dama que se presenta en sociedad. No sé quién es el padre de esta moda. Sólo sé que hubo quien llegó al extremo de construir la misma construcción y de dar indicaciones sobre cómo hacer esto. Llegó incluso a erigir, para cumplir esta tarea, otro piso sobre el edificio de la ciencia jurídica, un piso que en consecuencia se ha llamado ‘jurisprudencia superior’ ”.

*Rudolf von Ihering, Bromas y veras en la jurisprudencia.
Carta Primera.*

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO

Este capítulo pretende desarrollar el primero de los varios mapas de transformación con el que cerramos el capítulo precedente. Su propósito, pues, es el de presentar un panorama general de los diferentes trasplantes teóricos (y su transformación local) que dan origen a la conciencia jurídica clásica en Colombia, de signo predominantemente formalista¹.

¹ La expresión “formalismo” tiene una historia larga y compleja. Al respecto véase Duncan Kennedy, *Legal Formalism*, 2001, (ensayo no publicado en los archivos del autor). En este texto, Kennedy distingue entre formalismo procedimental (el éxito de un derecho depende de su ejercicio procesal), transaccional (la validez de un acto privado depende de su forma) y administrativo (el ejercicio del poder del estado debe hacerse mediante formalismo procedimental y transaccional). En texto, sin embargo, estoy tratando de definir el formalismo dominante en Colombia como un formalismo de textos y conceptos jurídicos: el formalismo es una comprensión

El formalismo jurídico en Colombia se ha ido construyendo lentamente a lo largo de los siglos XIX y XX. Hoy el formalismo local está formado, en una mezcla compleja y quizá inestable, por la recepción de tres trasplantes iusteóricos distinguibles: primero, la recepción en Colombia del *Code Napoleon* y una tecnología formalista de lectura del mismo predominante en el siglo XIX francés (posteriormente bautizada por sus críticos como la "*école de l'exégèse*"); segundo, el impacto que tuvo el trasplante de los métodos de los romanistas y privatistas alemanes del XIX (en competencia brutal con los desarrollados por los franceses) y representados en las propuestas metodológicas de Karl Friedrich von Savigny y la primera etapa intelectual de Rudolf von Ihering. Estas nuevas metodologías, cuyo impacto en la teoría particular del derecho es de la mayor importancia², se transplantan primero a Francia, y por su intermedio a América Latina para construir una nueva comprensión dogmática del derecho; y tercero, ya bien entrado el siglo XX, la recepción, transformación y asimilación de la más influyente de todas las teorías positivistas europea: la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. En el presente capítulo me limitaré a los dos primeros trasplantes teóricos, es decir, la exégesis francesa y el conceptualismo alemán; pospondré para el capítulo 5 la evaluación del impacto tardío que el positivismo kelseniano tuvo sobre el formalismo local debido a su recepción muy posterior (a partir de 1940). Estas tres expresiones de formalismo (*exégesis*, conceptualismo y kelsenianismo) dieron forma a las estructuras teóricas de la cultura legal nacional y llegaron a asociarse en las mentes de los operadores jurídicos hasta constituir un continuo, a pesar de sus asimetrías internas, que sigue siendo, por mucho, la más importante, potente y natural de las teorías subyacentes a la conciencia jurídica local. La expresión "clasicismo jurídico" la he reservado para los dos trasplantes decimonónicos: exégesis francesa y conceptualismo alemán, según se puede apreciar en el mapa de transformación ya elaborado:

(cont. nota 1) del derecho que piensa que no existe, al interior del derecho, una dimensión independiente de justicia o equidad, que el derecho es básicamente una actividad destinada a examinar textos preexistentes (por oposición a realidades, intereses o necesidades), que la interpretación del derecho produce generalmente resultados definitivos o correctos y que en el sistema jurídico no hay vacíos porque hay formas cognitivamente razonables de llenarlos. En este sentido el positivismo es tan sólo una especie del género formalismo. Como se verá en el texto, el conceptualismo alemán es una iusteoría formalista, pero de signo marcadamente antipositivista.

2 El conceptualismo alemán del XIX ejerció y ejerce aún una influencia decisiva en nuestra comprensión práctica del derecho. A pesar de su importancia, se trata de uno de los trasplantes más fuertemente invisibilizados en la conciencia jurídica local. Sin embargo, su invisibilidad no le quita potencia a su influencia.

Teoría amalgamada local	Teoría Transnacional	Especificidad local	Fuentes teóricas transnacionales	Canales intermedios de difusión	Receptores locales
	École de l'Exégèse	Formalismo de reglas: <i>Comentarios al Código Civil Local</i>	Montesquieu Beccaria Code Napoleon	Exégèse Temprana: • Delvincourt • Demolombe • Laurent	• Código Bello • Luis Claro-Solar
				Exégèse tardía: • Baudry-Lacantinerie	• Fernando Vélez
Clasicismo	Begriffs-jurisprudenz	Formalismo de principios: <i>Tratados de Derecho Civil</i>	Savigny	• Zachariae, • Aubry/Rau	• E. Champeau y A. J. Uribe • E. Rodríguez Piñeres

Este capítulo, en particular, se dedicará a explorar las dinámicas de transformación y transmutación de la TTD que se anuncian en este mapa y que le dan forma a la conciencia jurídica clásica. Se examinarán aquí los compromisos iusteóricos de una naciente ciencia nacional del derecho a finales del XIX fundamentada en la apropiación local de las discusiones que se habían dado en Europa a lo largo de ese mismo siglo.

La recepción de la teoría europea de derecho privado del XIX permite analizar una jurisprudencia altamente dominante en Europa que también estructura la concepción más difundida sobre la naturaleza del derecho en Colombia, y que es ampliamente replicada en todos los campos del tratamiento dogmático y legal-positivista del derecho. Así, la teoría local constituida por esa influencia, que llamo clasicismo, es el producto de la recepción local de los postulados que los teóricos de la TTD vinculan genéticamente tanto con la *école de l'exégèse* francesa, como con la *Begriffsjurisprudenz* (jurisprudencia conceptual) alemana. Como mostraré más adelante, esta forma genérica de formalismo legal merece ser llamada "clásica" debido a que se origina a finales del siglo XIX y domina, aunque no sin algunos sobresaltos, a lo largo del siglo XX. Su importancia central se alcanza en medio de los nuevos problemas que presentan la enseñanza del recién transplantado Código Civil y los igualmente noveles problemas de aplicación e interpretación del mismo que desde entonces tuvieron que afrontar litigantes, jueces y tratadistas. De tal forma es muy plausible afirmar que ya había en la región, precisamente en

la comprensión "clásica" del derecho", una teoría formalista bien asentada muchos años antes del trasplante de teorías positivistas altamente sofisticadas como la de Hans Kelsen, cuya importación sólo empezaría en los años 1930's³.

El clasicismo prekelseniano en América Latina, que comenzó en el período comprendido entre 1855 y 1886 con la diseminación gradual por toda la región de un Código Civil *a la française*⁴, prosperó como una tradición académica de enseñanza y escritura entre la última década del siglo XIX y el primer cuarto del XX con la publicación de *comentarios y tratados* explicando el código, que apenas vinieron a ser confrontados por primera vez, en sus convicciones profundas, por una nueva comprensión antiformalista del derecho que sólo empieza a hacer presencia fuerte en la región en la década de los 1930's. Esta disrupción teórica de los 30's tiene dos componentes fundamentales: de una parte, el antiformalismo jurídico de una nueva generación de iusprivatistas franceses opuestos a la teoría clásica del XIX, y, la recepción y posterior apasionamiento local con el trabajo iusteórico de Hans Kelsen. Sin embargo, alrededor de las décadas de los cuarenta y cincuenta el clasicismo recobró mucho de su vigor después del desafío presentado por los antiformalistas y por Kelsen mismo. Aún hoy, el clasicismo continúa amoldándose de manera muy plástica a las necesidades iusteóricas de la mayoría de los autores, analistas y estudiantes del derecho en América Latina.

3 Los iusfilósofos en la región se rehúsan con frecuencia a reconocer que la iusteoría, en general, y el formalismo en particular, son mayoritariamente producidos en el esfuerzo concreto de darle una estructura a las doctrinas de derecho privado con altos niveles de penetración y no simplemente en la recepción local de iusfilósofos transnacionales eruditos o sofisticados. Así, aunque el formalismo kelseniano es innegablemente una parte de la teoría relevante del derecho en América Latina, es crucial entender que un "paradigma formalista" no es originalmente el producto de la recepción kelseniana, sino que existió con mucha anterioridad a la misma. Tampoco es cierto que el significado central del formalismo kelseniano fuera la respuesta local directa a una cultura jurídica tradicional arraigada en el hispanicismo y el neotomismo. Esta opinión está expuesta en Oscar Mejía, *Derecho, libertad y democracia deliberativa*, pp. 60 y ss., Temis, Bogotá, (1998). En su lugar, aunque el kelsenianismo se opone a los vestigios de iusnaturalismo de finales del XIX, la cultura jurídica de entonces ya era predominantemente formalista por lo que el kelsenianismo vino, no tanto a generar una crisis, sino a confirmar líneas de continuidad con el pasado, más o menos reciente.

4 Trataré en particular el Código Civil de don Andrés Bello, primero proclamado en Chile (1855) y luego trasplantado con muy pocos cambios a Nicaragua, Colombia, Ecuador y El Salvador. El Código de Bello fue además muy influyente en la redacción de los Códigos uruguayo, argentino y mexicano. Ver Gustavo Ordoquí, *Andrés Bello y la unificación de la codificación civil latinoamericana*, pp. 37-40, En *100 años del Código Civil de la nación*, Bogotá, Ministerio de Justicia (1987).

ESTUDIO

SOBRE EL

DERECHO CIVIL COLOMBIANO

POR

FERNANDO VELEZ

Segunda edición

corregida y aumentada por el autor y por

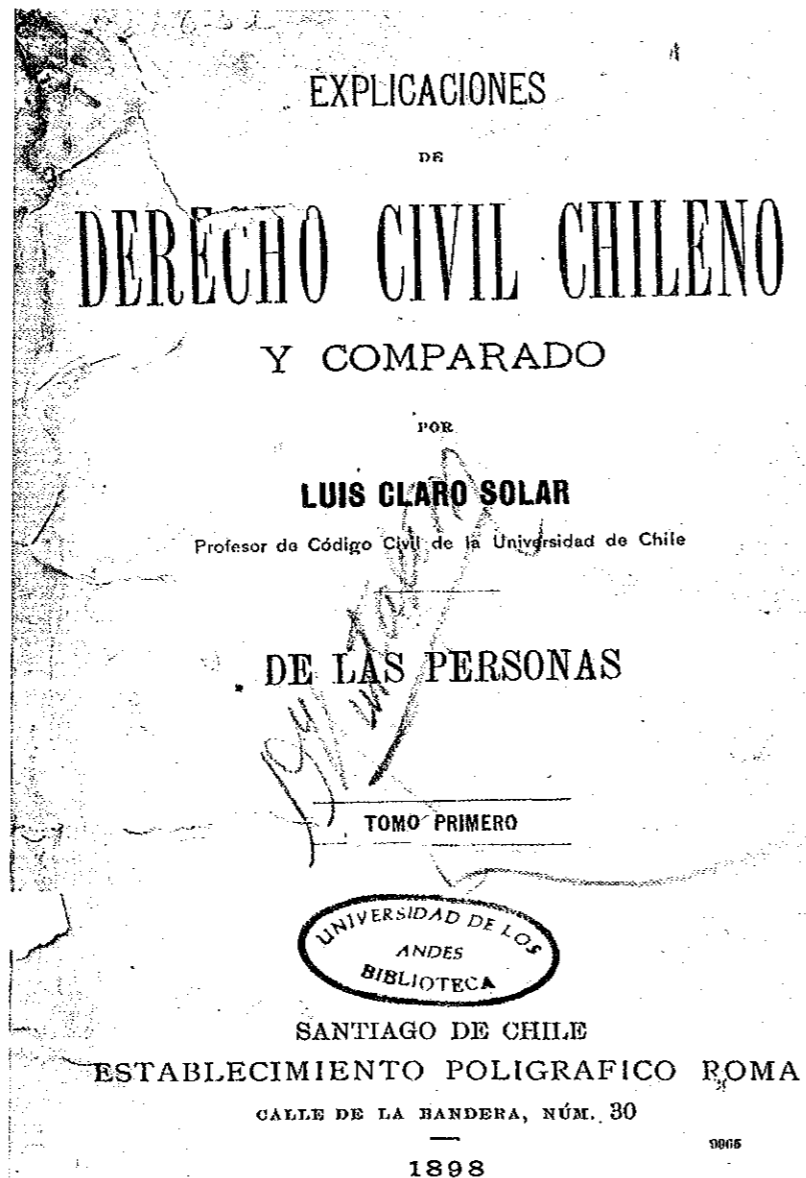
Luis-Angel ARANGO

*Bachiller en Filosofía y Letras del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
Doctor en Derecho y Ciencias políticas de la Universidad Nacional.
Ex. Secretario de la Superintendencia Bancaria.
Secretario del Comité Organizador del Banco Agrícola Hipotecario.*

TOMO PRIMERO

IMPRENTA PARÍS-AMÉRICA
14, Boulevard Poissonnière, 14
PARÍS

Vélez, Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Primera edición, Medellín, 1898; segunda edición, París, 1924.

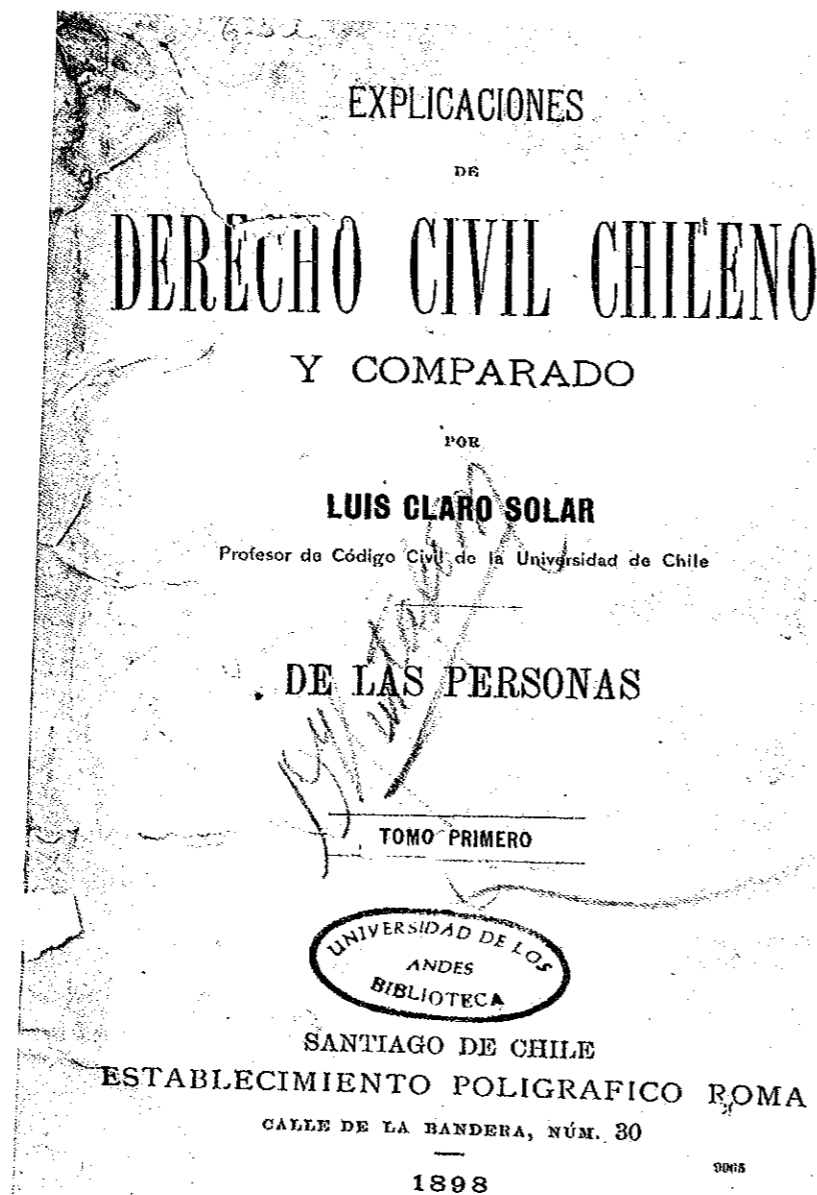


Claro-Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*.
Primera edición, Santiago de Chile, 1898

Los materiales con los que se construyó el clasicismo en Colombia son, como veremos, el Código Civil, la Ley 153 de 1887 (que le sirvió como manual de uso iusteórico al código) y la primera y muy innovadora generación de comentarios y tratados de derecho privado que analizaron el código y que fueron ampliamente usados en la formación de los nuevos civilistas: entre ellos, todos de la última década del XIX, están las "*Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*" de Luis Claro Solar (Santiago de Chile, 1898), el "*Estudio sobre el derecho civil colombiano*", de Fernando Vélez (1ª Edición, Medellín, 1898, 2ª edición, París, 1924), el "*Tratado de derecho civil colombiano*", una colaboración entre el francés Edmond Champeu y el colombiano Antonio José Uribe (París, 1899) y, finalmente, el "*Curso elemental de derecho civil colombiano*", de Eduardo Rodríguez Piñeres (1ª edición en París, 1919, la 2ª en Bogotá, 1923 y la 3ª, muy tardía, en Bogotá, 1990). Los textos legales positivos y la comprensión iusteórica con que los autores locales estructuran dichos textos constituyen una forma implícita de ver el derecho en sus implicaciones más abstractas que denomino "iusteoría de los tratados".

La primera tarea del presente capítulo es aislar las notas principales del clasicismo jurídico local en comparación con las influencias originales de TTD recibidas de Europa. El clasicismo, no sobra repetirlo, se constituirá como una teoría del derecho especialmente interesada en resolver los problemas prácticos que genera la aplicación de un nuevo Código Civil. Por esta vía, termina siendo aceptada como la estructura evidente para todos los demás campos del derecho que se organizan en torno a códigos. Por tal razón, el clasicismo ejerció y ejerce aún hoy un impacto profundo y duradero en la cultura jurídica de la región. El clasicismo, sin embargo, no fue visto como una "teoría" del derecho ya que se presentó, desde el inicio, como la manera práctica de aplicar e interpretar el Código Civil. Era, si se quiere, una teoría práctica que se enseñaba en cursos de "introducción al derecho civil", usualmente contenidos en los primeros tomos de las obras en la materia y que empezó a diferenciarse de los argumentos que se enseñaban en cursos más abstractos y eruditos de "filosofía del derecho". Con el tiempo, se fue olvidando paulatinamente que era, en efecto, una "teoría" entre muchas otras posibles para la comprensión del código. Su presencia "al interior" del código se "naturalizó" de tal manera que llegó a constituir la manera inevitable de comprender el derecho.

El clasicismo llegó a constituir la conciencia jurídica dominante de la mayor parte de operadores jurídicos de la región, pero, cada vez que se le sometía a escrutinio sofisticado fue duramente juzgado como una iusteoría débil y quizá incoherente. Varias de las tesis clásicas, aunque ampliamente influyentes entre profesores y estudiantes, litigantes y jueces, recibieron todo tipo de ataques lanzados por las nuevas escuelas iusteóricas desarrolladas lentamente a todo lo largo



Claro-Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*.
Primera edición, Santiago de Chile, 1898

Los materiales con los que se construyó el clasicismo en Colombia son, como veremos, el Código Civil, la Ley 153 de 1887 (que le sirvió como manual de uso iusteórico al código) y la primera y muy innovadora generación de comentarios y tratados de derecho privado que analizaron el código y que fueron ampliamente usados en la formación de los nuevos civilistas: entre ellos, todos de la última década del XIX, están las *"Explicaciones de derecho civil chileno y comparado"* de Luis Claro Solar (Santiago de Chile, 1898), el *"Estudio sobre el derecho civil colombiano"*, de Fernando Vélez (1ª Edición, Medellín, 1898, 2ª edición, París, 1924), el *"Tratado de derecho civil colombiano"*, una colaboración entre el francés Edmond Champeu y el colombiano Antonio José Uribe (París, 1899) y, finalmente, el *"Curso elemental de derecho civil colombiano"*, de Eduardo Rodríguez Piñeres (1ª edición en París, 1919, la 2ª en Bogotá, 1923 y la 3ª, muy tardía, en Bogotá, 1990). Los textos legales positivos y la comprensión iusteórica con que los autores locales estructuran dichos textos constituyen una forma implícita de ver el derecho en sus implicaciones más abstractas que denomino "iusteoría de los tratados".

La primera tarea del presente capítulo es aislar las notas principales del clasicismo jurídico local en comparación con las influencias originales de TTD recibidas de Europa. El clasicismo, no sobra repetirlo, se constituirá como una teoría del derecho especialmente interesada en resolver los problemas prácticos que genera la aplicación de un nuevo Código Civil. Por esta vía, termina siendo aceptada como la estructura evidente para todos los demás campos del derecho que se organizan en torno a códigos. Por tal razón, el clasicismo ejerció y ejerce aún hoy un impacto profundo y duradero en la cultura jurídica de la región. El clasicismo, sin embargo, no fue visto como una "teoría" del derecho ya que se presentó, desde el inicio, como la manera práctica de aplicar e interpretar el Código Civil. Era, si se quiere, una teoría práctica que se enseñaba en cursos de "introducción al derecho civil", usualmente contenidos en los primeros tomos de las obras en la materia y que empezó a diferenciarse de los argumentos que se enseñaban en cursos más abstractos y eruditos de "filosofía del derecho". Con el tiempo, se fue olvidando paulatinamente que era, en efecto, una "teoría" entre muchas otras posibles para la comprensión del código. Su presencia "al interior" del código se "naturalizó" de tal manera que llegó a constituir la manera inevitable de comprender el derecho.

El clasicismo llegó a constituir la conciencia jurídica dominante de la mayor parte de operadores jurídicos de la región, pero, cada vez que se le sometía a escrutinio sofisticado fue duramente juzgado como una iusteoría débil y quizá incoherente. Varias de las tesis clásicas, aunque ampliamente influyentes entre profesores y estudiantes, litigantes y jueces, recibieron todo tipo de ataques lanzados por las nuevas escuelas iusteóricas desarrolladas lentamente a todo lo largo

de la primera mitad del siglo XX. El clasicismo, como un tipo de formalismo legalista, requería con urgencia de una defensa teórica más articulada. Veremos, sin embargo, que el clasicismo en Colombia fue una iusteoría muy compleja y matizada, y que las críticas la simplificaron sin prestar suficiente atención a su innegable y duradera influencia, así como a sus polimorfos significados⁵. En primer lugar, será imprescindible mostrar cómo el clasicismo es mucho más que simple exégesis francesa. Los críticos locales falsamente identificaron el clasicismo con la exégesis. En realidad, el clasicismo local es descendiente tanto de la exégesis francesa como del conceptualismo iusprivatista alemán. Esta múltiple influencia brindó al clasicismo una plataforma mucho más fuerte que explica su resistencia sorprendente como conciencia jurídica dominante durante todo el siglo XX⁶. Aunque la sinergia franco-alemana dio al clasicismo gran fuerza, aún se requería de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen para que suministrara un marco elegante y sistemático al positivismo legal. Sobre este triple apoyo, los

5 Los académicos locales han generado una imagen del clasicismo legal excesivamente débil, incluso caricaturesca, no sólo en Colombia sino también en Alemania y Francia. Ver Marie-Claire Bellaeu, *The "Juristes Inquiets": Legal Classicism in Early Twentieth-Century France*, Utah Law Review 379 (1997). Se presupone que la conciencia jurídica clásica es caduca y, por tanto, cosa del pasado. Cualquier forma de influencia que aún tenga es vista como un mero hábito teórico que no tiene justificación racional. En contra de esta opinión que descarta *a priori* la importancia teórica del clasicismo, me parece necesario afirmar que el debate serio exige que tratemos de ver las razones por las cuales la conciencia jurídica clásica sigue siendo tan poderosa. Varias generaciones de juristas teóricos y prácticos han intentado alejarse del clasicismo, pero su actitud es con frecuencia una negación de la presencia, aún muy dentro de ellos, de una conciencia legal clásica de la cual estamos aún imbuidos.

6 Varios autores han identificado la influencia doble de Francia y Alemania en el formalismo europeo del siglo XIX. Así Peter Stein ha mostrado, y este es un hecho también verificable en la teoría local hispanoamericana, que "el desarrollo hasta aquí descrito hizo de la ciencia jurídica alemana la fuerza dominante en el pensamiento jurídico europeo. Pero en verdad, el patrón ideal de Código civil en el XIX, copiado por las naciones que codificaban su derecho, fue el *Code civil* francés, modelo para los códigos holandés, belga, italiano y español. Pero cuando se piensa en la ciencia jurídica, en el sentido de la interpretación que se hace del Derecho por los juristas, la escuela alemana reina de manera suprema. Los estudiantes acudieron a tropel a las grandes facultades de derecho alemanas en la forma en que habían ido a Italia en el siglo XII, a Francia en el siglo XVI, y a Holanda en el XVII. Así sucedió incluso con algún jurista del *Common Law* inglés". Peter Stein, *El derecho romano en la historia de Europa*. Cambridge University Press, Cambridge, (2001), p. 123. Otros autores han identificado este mismo fenómeno: J. Bonnetcase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, pp. 76-110, Cajica, Puebla (1944); L. Constantinesco, *Tratado de derecho comparado*, pp. 122 y ss., Tecnos, Madrid, (1981); Norberto Bobbio, *El Positivismo jurídico* pp. 99-100, Debate, Madrid (1993); Ewald, *Comparative Jurisprudence I*, pp. 2022-3.

latinoamericanos construimos una teoría legal-positivista del derecho que informa nuestra comprensión profunda del mismo.

La teoría de Kelsen ofreció un nuevo paradigma dominante que sirvió para compensar las deficiencias ya reveladas del clasicismo. La teoría de Kelsen, en las formas particulares en que fue transformada en América Latina, se convirtió en la validación teórica *moderna* del clasicismo. Una vez la versión práctica del formalismo (clasicismo) fue asegurada y confirmada por una teoría jurídica moderna y científica (kelsenianismo), la conciencia jurídica local se solidificó en un conglomerado que podríamos denominar "*neoclasicismo*". El neoclasicismo llegó a ser hegemónico precisamente porque su estrategia estuvo bien coordinada: de un lado, se dirigió directamente a las prácticas del profesional del derecho poco interesado en los detalles de la teoría legal (clasicismo), mientras que al mismo tiempo brindaba una versión muy sofisticada y completa de los principales artículos de fe del positivismo jurídico (kelsenianismo).

2. EL NACIMIENTO DEL CLASICISMO JURÍDICO

La conciencia jurídica *contemporánea* comienza en Chile, Colombia y otros países latinoamericanos con la importación del Código Civil francés de 1804. Decir que la tradición legal colombiana *comienza* con el Código Civil es ciertamente una proposición paradójica. Con ello, sin embargo, quiero decir: (a) Antes de la promulgación del Código de Bello en el ámbito doméstico (1855 en Chile y 1887 en la República Unitaria de Colombia, por solo mencionar dos ejemplos), los nuevos estados-nación suramericanos habían tenido ya tres siglos de vida institucional y legal como colonias hispánicas, y antes de eso, siglos, quizá milenios en algunos casos, de cultura y organización política precolombina. El primer cuarto del siglo XIX ofreció el escenario propicio para la descolonización del continente en el cual se deshicieron las ataduras formales con España y se intentó la construcción de estados por cuenta propia. En Colombia, una abigarrada historia política sólo parece encontrar un relativo punto de reposo en los sucesos constitucionales y legales de 1885-1887. Estos años fundacionales de la vida jurídica contemporánea están marcados por la adopción de una Constitución Política y un Código Civil que han de estructurar la comprensión del derecho propia del siglo XX. Sin embargo, es perfectamente razonable pensar que al menos *algunas* concepciones provenientes de la historia jurídica anteriores al código y a la Constitución de la Regeneración (del período colonial o incluso de la época precolombina) hayan tenido fuerza suficiente para permanecer, así sea de forma implícita, dentro de las ideas generales acerca de cómo los operadores jurídicos nacionales conci-

ben el derecho⁷. Sin embargo, el Código Civil nacional pretendió hacer *tabula rasa* con la historia jurídica anterior. Se constituyó, en efecto, en punto de partida completamente nuevo para el derecho estatal que buscaba una identidad jurídica estable. *Tiene que ser*, repito, que algunas trazas iusteóricas de la etapa precodificada hayan, de algún modo, penetrado y estén todavía presentes, en la cultura legal poscodificada de Colombia. (b) A pesar de las continuidades que deben existir con el derecho anterior, también es cierto que el Código Civil en sí mismo fue proyectado como el punto de partida de derechos nacionales completamente nuevos, con su correspondiente conjunto de nueva teoría, dogmática y práctica forense. Luis Claro Solar, al clasificar en 1898 los diferentes períodos de la historia del derecho chileno, adopta el mismo esquema de los revolucionarios franceses: según esta periodización, se dio primero un *derecho antiguo* prerrevolucionario (*droit ancien*); después, aparece un período de legalidad revolucionaria que precede la codificación, llamado *derecho intermedio* (*droit intermédiaire*); y, finalmente, un *derecho nuevo* (*droit nouveau*), cuyo comienzo está definido, tanto en Francia como en Chile, por el establecimiento del Código Civil⁸. En el mismo sentido, el colombiano Eduardo Rodríguez Piñeres, en su *Derecho usual*, quiere liberar el derecho local de los vestigios de *derecho antiguo*, aún presente en los conceptos y prácticas hispánicos sobrevivientes: así, por ejemplo, amonesta a los practicantes para que abandonen el uso de los conceptos del derecho privado español en la redacción de contratos y otros documentos legales. Incluso, rechaza abiertamente las viejas formas tradicionales de redacción de contratos ya que ellos hacen un uso indiscriminado de un lenguaje reminiscente del viejo derecho. El *derecho antiguo* (propio del absolutismo regio y colonial) tenía que ser abandonado en Colombia, de la misma manera como la primera generación de exégetas del *Code civil* francés (por ejemplo, Proudhon) quiere deshacerse, no sólo del contenido del viejo derecho, sino también de posibles interpretaciones del Código que lo relacionaran directamente con el Derecho Romano y, a través de él, con la dogmática civilística del *ancien régime* tal y como se expresaba en el muy influyente libro sobre obligaciones civiles de Pothier⁹. Así las cosas, era necesario evitar la utilización de antiguos libros en la interpretación de los nuevos códigos.

- 7 Ver Fernando Mayorga, *Pervivencia del Derecho Español durante el siglo XIX y el proceso de codificación civil en Colombia*, pp. 187-226, en *100 años del Código Civil de la Nación*, Ministerio de Justicia, Bogotá, (1987).
- 8 Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, pp. 7-23, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago de Chile, (1898) [de aquí en adelante Claro Solar, *Explicaciones*].
- 9 Véase al respecto, J. Bonnecase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, p. 142, Editorial Cajicá, Puebla, (1944) [de aquí en adelante, Bonnecase, *La escuela*]: "El Código no siempre ha vivido de préstamos. Es original también y sus profundas innovaciones deben ponernos en guardia contra el anacronismo". De la misma manera, Bonnecase examina la opinión de aquellos otros que querían un Código de raíces históricas y con continuidad con el pasado, *ibídem*, p. 156.

Tanto en Colombia como en Chile, el establecimiento del Código Civil fue usado para declarar independencia jurídica definitiva frente a España. El período de derecho intermedio en estos países fue mucho más largo y penoso que el relativamente corto de la revolución francesa. Durante décadas enteras fue preciso aceptar el valor extendido del derecho privado español ya que las élites jurídicas nacionales no tuvieron la experticia o la energía necesarias para crear, en oposición al colonial, un derecho nacional. Sin embargo, una vez lograda la codificación nacional, los derechos criollos fueron vengativamente anti-historicistas: la historicidad de los nuevos derechos (su dependencia del pasado) fue rota por medio de *fiat* legislativo, cortando así la conexión con la tradición jurídica hispana o precolombina. La posibilidad de crear una identidad jurídica nacional como extensión de España y de la cultura hispánica fue implacablemente desconocida¹⁰.

La nueva historicidad del código y de la cultura jurídica nacional fue recreada de maneras muy selectivas: el objeto era extirpar cualquier vestigio de influencia española en el derecho civil común para adoptar ahora una nueva hermandad con el Código francés. La conexión del Código francés original con la historia fue en sí misma un asunto muy polémico: en Francia algunos comentaristas insistieron en la completa modernidad del Código, mientras otros, después apoyados por el historicismo alemán, trataron de insistir en la conexión orgánica de todo el derecho privado científico, partiendo del mismo derecho romano. Muchos autores en la América hispana tomaron partido por esta última tendencia. Por tal razón, la

10 Autores del período de la independencia justifican la insurrección local al describir metafóricamente a España, no como la madre caritativa y amorosa que se suponía debía ser para sus colonias, sino como una madrastra perversa y voraz que cruelmente explotaba al Nuevo Mundo. Véase Hans-Joachim König, *En el camino hacia la nación: nacionalismo en el proceso de formación del Estado y de la Nación de la Nueva Granada, 1750-1856*. Banco de la República, Bogotá, (1994), pp. 205-234. Después de la independencia, el espíritu español fue considerado como pasado de moda y reaccionario, opositor del espíritu de la ilustración y, posteriormente, del progreso de los franceses. Sin embargo, importantes vestigios del nacionalismo español permanecían en el derecho local: prueba de ello ocurrió cuando, después de la independencia, los revolucionarios locales se sintieron ligados al núcleo de la legislación española siempre y cuando hubiese sido producida antes del 18 de marzo de 1808. La fecha se explica ya que fue el 19 de marzo de 1808 cuando un movimiento de masas, instigado por los invasores franceses, destronó al Rey Carlos IV en favor de su hijo Fernando VII. En consecuencia, la Ley de Procedimiento Civil de 1825 (mayo 13) ordenó: "[...] no tendrán vigor ni fuerza alguna en la República de las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del Gobierno español posteriores al 18 de marzo de 1808, ni las expresadas en el artículo anterior, en todo lo que directa o indirectamente se opongan a la Constitución o a las leyes y decretos que haya dado o diere el poder Ejecutivo". Véase sobre la invasión francesa de 1808, Raymond Carr, *España, 1808-1975*. Ariel, Madrid, (1982), pp. 89 y ss.

nueva hermandad con Francia recreó la dependencia genética e histórica del derecho civil nacional con el derecho romano. Ejemplo de ello es cómo en todos los currículos legales tradicionales la verdadera introducción al derecho civil se hace por vía del derecho romano: existe así una lectura del Código en la que éste se entiende como continuación de los problemas, soluciones y estructuras del derecho romano. En últimas, más que un derecho romano histórico, se trata de verdadero "derecho romano actual"¹¹.

No obstante lo anterior, la posible interpretación historicista del Código Civil no es realmente tal, ya que el derecho romano es enseñado, no tanto como historia del derecho privado, sino como introducción dogmática al derecho privado¹². Si el derecho romano no es en realidad entendido como historia sino como introducción dogmática, entonces, para el abogado latinoamericano contemporáneo el *Código Civil* marca la línea más antigua donde comienzan los materiales jurídicos relevantes en su conciencia. Así las cosas, para el abogado latinoamericano los materiales jurídicos primarios son leyes positivas: las fuentes del derecho son exclusivamente leyes (bajo la forma de códigos) y las modificaciones a ellos introducidos por leyes posteriores. La única ley verdaderamente operativa del siglo XIX en la conciencia jurídica contemporánea es el Código Civil (y su manual iusteórico de uso, la Ley 153 de 1887). El resto de la legislación activamente presente en la conciencia legal de la profesión es producto de la segunda mitad del siglo XX donde, por definición, prevalece lo nuevo (lo vigente) sobre lo viejo (lo derogado). El Código Civil fue y todavía es, en cierto sentido, la ley *par excellence*, el nuevo *ius commune*, y por tanto, el comienzo histórico de nuestra conciencia jurídica.

El trasplante a la región de un nuevo código fue confiado por el congreso chileno a una comisión dirigida por don Andrés Bello, quien contaba entre sus créditos con haber sido tutor de El Libertador, Simón Bolívar, así como poeta y escritor con amplia relevancia regional en el siglo XIX. Se han hecho muchos intentos para probar que Bello se las arregló para crear su versión andina de Cód-

11 Tomo la expresión *heutigen Römischen Rechts* de Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, Jacinto Mesia (traducción), Centro Editorial F. Góngora y Compañía, Madrid, (2ª edición, 1878) [de aquí en adelante, Savigny, *Sistema*]. Existe otra traducción parcial del libro de Savigny por Goldschmidt, Losada, Buenos Aires, (1949).

12 El virtual cese de las referencias al Derecho romano en la práctica no tuvo efecto inmediato sobre su destacada posición en los planes de estudio de las facultades de derecho europeas, donde era presentado como el fundamento sobre el que se basaban las instituciones del moderno derecho civil codificado". Peter Stein, *El derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XIX, Madrid, (2001), p. 179.

go Civil francés con tanta originalidad como para que se le considere como un verdadero trabajo legislativo independiente¹³. La originalidad aparente del código de Bello, continuamente afirmada por iusprivatistas locales, parte de la necesidad evidente de establecer una tradición jurídica nacional fuerte que no fuera considerada resultado de la simple copia o transplante. La afirmación chauvinista de originalidad, sin embargo, es simplemente un discurso presente en cursos introductorios de derecho privado que luego es ampliamente desmentido por las formas hegemónicas de enseñanza y práctica del derecho privado. En estos últimos existe una completa y legítima circulación de conocimiento y textos entre el derecho civil francés y los derechos civiles latinoamericanos. Los manuales, comentarios y tratados franceses que son traducidos al español se vuelven muy influyentes a todos los niveles de la práctica y la enseñanza en los sistemas jurídicos locales.

13 Ver Claro-Solar, *Explicaciones*, p. 21:

"Nuestro código civil no es una copia servil de los códigos españoles que rigieron en Chile, ni una traducción del Código Francés y demás códigos modernos. Muchas de sus disposiciones han sido tomadas a la letra, ya de una, ya de otra legislación; pero en su conjunto tiene el código un carácter marcado de originalidad a que debe en gran parte su mérito". Según este punto de vista, el Código fue un gran producto legislativo ya que se inspiró en múltiples fuentes y no sólo en un modelo particular. Este *collage*, por tanto, fue considerado superior a sus predecesores. Con el tiempo, llegaría incluso a desarrollar una *ciencia del derecho civil*. El transplante legislativo, a condición que se ejecutara sabiamente, debería producir un mejoramiento del producto legislativo. Intentos de justificación similares (enriquecimiento por vía del *collage*) se dieron también respecto de los otros dos códigos del siglo XIX que afirman su originalidad frente al Código de Napoleón: de un lado, el Código Civil de Argentina de don Dalmacio Vélez Sarsfield y, del otro, el proyecto de Código Civil de Brasil elaborado por Teixeira de Freitas. Algunos otros autores tempranos, de un pensamiento más liberal estaban interesados desde el comienzo en reformar el código en algunos aspectos. Para hacerlo, adoptaron una teoría de copia y transplante legislativo exactamente opuesta a la sostenida por los comentaristas más apologeticos. Así, por ejemplo, Rodríguez-Piñeres (un liberal) fue capaz de vencer el orgullo nacionalista y reconoció la dependencia del código local del modelo francés, rechazando la teoría "collage" de transplante jurídico. Rodríguez aceptaba que el Código local era una copia, pero adicionalmente estaba dispuesto a admitir que esta copia, como cualquier otra copia, desmejoraba la *resolución y precisión del objeto en comparación con el original*. Una copia hace los objetos copiados mucho más imprecisos; los errores simples de transcripción son frecuentes; las reformas hechas a algunos artículos buscan mejorar algún punto de detalle, pero usualmente desmejoran dramáticamente la coherencia arquitectónica del código. Entre más preciso se sea al copiar el código, cuánto mejor. Hacer una copia con modificaciones y usar la técnica de "collage" fue el camino más seguro para empeorar, no para mejorar, el original. Con esto Rodríguez Piñeres plantea una teoría de transplante similar al concepto de *mimesis* de Platón. La conclusión política de este argumento apuntaba, por tanto, a recomendar una inmediata reforma del Código Civil ya que el transplante local, con tantas pequeñas infidelidades al texto original, lo había arruinado.

De un lado, la pretensión de originalidad de nuestros derechos civiles trata de mostrar, por ejemplo, que Bello recabó información abundante de fuentes distintas al Código francés. La originalidad consistiría, según esta tesis, en el hecho de que el Código Bello no era una simple copia de su contraparte francesa, sino un *collage* comparatista complejo logrado mediante la utilización de muchas otras fuentes positivas tales como los códigos civiles de Austria, Lousiana, Sicilia, Prusia y Cerdeña¹⁴. Adicionalmente, el señor Bello hizo uso extensivo de algunos de los primeros grandes comentarios del Código Civil francés, entre los que se encuentran, especialmente el *Cours de Droit Civil* de Delvincourt (Paris, 1824), y los tratados disponibles de derecho privado, desde el viejo derecho romano de Pothier hasta, el por entonces muy nuevo e influyente, "Sistema de derecho romano actual" de K.F. von Savigny¹⁵.

La originalidad del Código Bello es igualmente fundamentada en un segundo tipo de argumento muy diferente a la idea del *collage* de fuentes: en esta nueva estrategia de fundamentación, la pretensión de originalidad se asienta en la afirmación según la cual la obra de Bello consistió fundamentalmente en el esfuerzo por sintonizar el corpus clásico del derecho privado europeo a las exigencias y características particulares de la sociedad hispanoamericana. Este argumento es una respuesta constantemente presentada en la literatura jurídica regional como defensa contra la ansiedad que produce el trasplante jurídico en el que no se examina la necesidad de "aclimatación" y adaptación a las necesidades generadas por la realidad material del país-objetivo por oposición a aquellas existentes en el país-fuente¹⁶.

- 14 Manuel Somarriva, *Evolución del Código Civil Chileno* Bogotá, Temis, (1983), p. ix: "El Código Civil está muy lejos de constituir una simple copia o traducción de códigos extranjeros. Si bien su fuente más fecunda lo fue el Código Francés, es también cierto que se inspiró en otros cuerpos legislativos y que en muchos casos dio soluciones originales y reglamentó adecuadamente instituciones ignoradas en ese momento o que sólo se encontraban establecidas en forma incipiente".
- 15 Andrés Bello, Código Civil de la República de Chile, *passim*, en *Obras Completas*, volúmenes XIV, XV y XVI, La Casa de Bello, Caracas, (1982). Para una análisis más profundo de la influencia de Savigny sobre Bello véase Hessel Yntema, *Introducción al Derecho Romano de Bello*, pp. xxx y ss., en *Obras completas*, volumen XVII, La Casa de Bello, Caracas, (1981).
- 16 Bello afirmó en su mensaje de presentación del Código al Congreso Chileno: "No nos hallábamos en el caso de copiar a la letra ninguno de los Códigos modernos. Era menester servirse de ellos sin perder las circunstancias peculiares de nuestro país. Pero en lo que éstas no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones". Andrés Bello, *Presentación para la aprobación del Congreso Nacional el proyecto definitivo de Código Civil: Mensaje al Presidente don Manuel Montt*, en Pedro Grases (ed), *Antología de Andrés Bello*, p. 168, Kapelus, Caracas, (1979).

Sea lo que de ello fuere en términos del texto adoptado en los códigos regionales, la verdad es que la vida del Código Bello comienza como trasplante de su progenitor francés y es continuamente interpretado como un objeto cultural parasitario del mismo, manteniendo su estructura conceptual fundamental y, en la mayoría de los puntos, convergencia muy significativa de reglas. Hay, desde luego, diferencias de detalles en algunos puntos dogmáticos que los civilistas latinoamericanos no dejan de señalar como prueba de la originalidad del código local¹⁷. Mientras es imposible desconocer en términos históricos y textuales la dependencia genética entre el Código Francés y el trasplante de Bello, es notable ver la necesidad paradójica por parte de los académicos latinoamericanos de establecer, a un mismo tiempo, tanto una continuidad (doctrinal) como una ruptura (sociológica) con esa pieza fundamental de la legalidad continental europea.

Para establecer continuidad con el Código francés y su literatura académica concomitante, se ha de descender desde las alturas de la afirmación meramente retórica de originalidad local (principalmente llevada a cabo en clases introductorias para estudiantes de derecho) hasta las labores diarias de enseñanza, interpretación e imaginación del *derecho civil*. Más interesante que la controversia alrededor de la profundidad de la dependencia textual del código Bello de su contraparte francesa es el hecho de que las codificaciones locales fueron imaginadas, por supuesto, como un texto positivo nacional, pero significativamente ubicado en un campo científico internacional de comentario e interpretación (*droit civil*) liderada por académicos jurídicos franceses. La dependencia genética pronto se convirtió así en parasitismo cultural: la palabra "cultural" marca una profunda y prolongada tendencia a ver, no sólo en el nacimiento de un derecho privado codificado (en el siglo XIX), sino además en el largo período posterior de aplicación práctica, evolución normativa, y teorización jurisprudencial del Código Civil (un proceso que continúa en el presente), la recepción idiosincrásica de libros y autores de la cultura jurídica europea del XIX imperfectamente comprendidos y utilizados para propósitos de comprensión del código Bello. Así, el Código Bello fue y sigue siendo imaginado y glosado a fondo como un artefacto directamente ligado al

- 17 Tradicionalmente los comentaristas resaltan algunos puntos de divergencia frente al modelo francés. Estos puntos, sin embargo, son muy pocos en comparación con la enorme cantidad de artículos y materias contenidos en el Código Civil. Las divergencias en asuntos específicos, no obstante, son usadas como confirmación de una convergencia más general y sistémica entre los Códigos Civiles de estados liberales. En tal sentido, el análisis doctrinal del derecho privado siempre ha sido, desde el comienzo, una actividad claramente comparatista. Ejemplos típicos de divergencias particulares mencionadas por los autores son, entre otros, la regulación de la *tradición* en el contrato de compraventa, el problema de la posesión inscrita, etc.

Código francés y a la literatura producida en Francia para explicar y sistematizar el *droit civil*, si bien el entendimiento local de esta literatura varía considerablemente de la lectura más estandarizada que se hace de la misma en su sitio de producción.

Las lecturas locales de la literatura iusprivatista proveniente de Francia y, posteriormente, la consolidación de una teoría de derecho privado local en contextos de recepción y *ambientes hermenéuticos pobres* pueden ser aclaradas por un simple listado de condiciones *materiales restrictivas* (en comparación con las lecturas normalizadas que se dieron en Francia) que causaron en América Latina, (i) la pérdida de grandes trozos de información relevante, y (ii) en relación con la información realmente recibida, su selectiva recepción local. En primer lugar, y esto es cierto en muchos eventos de trasplante legal y teórico, la región fue influenciada por unos pocos del gran total de libros franceses que comentaron el código original durante el siglo XIX. El trasplante incompleto de esta literatura sufrió, a su vez, de nuevos factores de transmutación: sólo algunos de los más conocidos y ampliamente leídos de estos libros fueron importados y gozaron de una influencia bien difundida sobre las dogmáticas del derecho privado local; en segundo lugar, estos libros usualmente eran leídos y amontonados uno sobre otro mediante "lecturas de superficie". Con esto, quiero significar que en la lectura receptiva de estos libros se sobrevaloraba el contenido doctrinal de los mismos, mientras se ignoraba o invisibilizaba sus componentes más "teóricos" o "ideológicos", como por ejemplo su significado o valencia teórica y filosófica, su identidad generacional o histórica, sus opciones de género o estilo literario o, en raros casos de candor autorial (ciertamente muy escasos en derecho privado), su explícita dirección socio-política.

La conceptualización del derecho privado como una empresa meramente dogmática de enseñanza, práctica y comentario jurídico, ocultó a la mayoría de los lectores latinoamericanos las sinuosidades y diferencias iusteóricas de los comentarios y tratados franceses de derecho civil, en el momento además en que empezaba a ser claro que la comprensión decimonónica de derecho estaba siendo desestabilizada, alrededor de 1900, debido a nuevas circunstancias y a una joven generación de escritores europeos de derecho privado cuya obra, en general, puede remontarse al cambio epocal que se registra en la obra del "segundo Ihering" en la que comienza una comprensión específicamente *moderna* de las tareas del derecho civil. Como resultado de esta exclusión de la teoría del derecho en favor de lecturas e interpretaciones estrictamente dogmáticas de los libros europeos transplantados, se estableció en la región, en razón de las "lecturas superficiales", una comprensión de la literatura civilista en que sólo el elemento dogmático era "visto", mientras la teoría, la política o incluso la estilística del derecho eran ignoradas sistemáticamente.

Así estos libros tuvieron influencia directa y contundente sobre las dogmáticas legales, mientras que su importe sobre la iusfilosofía y la iusteoría fue y sigue siendo activamente desconocido por los operadores jurídicos. Este importe es de todas maneras muy poderoso debido a las vías subrepticias que han encontrado las concepciones teóricas implícitas en estos textos para dar forma a la conciencia jurídica local.

La exclusión aparente de los componentes iusfilosóficos y iusteóricos de los libros dogmáticos (en derecho civil, por ejemplo) es una de las consecuencias de las lecturas receptivas en contextos hermenéuticos pobres: un aspecto que se perdió para muchos lectores en América Latina fue la teoría implícita que los libros franceses de derecho civil exponían en los sucesivos períodos de triunfo y crisis del pensamiento formalista clásico. La lectura parcial de estos textos (excluyendo el componente teórico en ellos ínsito), el trasplante e imitación inconsciente de los géneros literarios en los que se escribe el derecho civil, y las interpretaciones de la ley y doctrinas concretas que contenían tendieron a impedir en sitios de recepción la construcción de "bibliotecas complejas", en las que fuera posible cartografiar los cambios teóricos, en vez de la fijación puramente normativa de las lecturas propias de una "biblioteca superficial". La lectura superficial, entonces, produjo una importante pérdida de gran parte de la vitalidad y pluralidad teóricas existentes en la literatura jurídica europea del siglo XIX y XX.

Los primeros tratados y comentarios producidos por latinoamericanos sobre el Código Civil, tanto en Colombia como en Chile, interpretaron el Código como un objeto cultural paralelo y equivalente al Código francés. Los latinoamericanos pronto se encontraron replicando los senderos metodológicos que los académicos franceses habían escogido para definir y exponer el *Code Civil*. Por tanto, es imposible diferenciar la doctrina jurídica local de los géneros, sensibilidad y presupuestos teóricos de los comentarios escritos por los franceses del XIX. Para hacer las cosas aún más complicadas, la primera generación de doctrina jurídica local despegó al mismo tiempo que en Europa el clasicismo se encontraba en un proceso de crítica y radical revisión de sus teorías y métodos. El reinado de la exégesis en Francia llegaba a su fin por la misma época en que los latinoamericanos empezaban a hacer la exégesis del Código Bello. Por primera vez, estaba claro en Francia que nuevas escuelas de derecho civil, en las que se expresaba una nueva iusteoría del derecho, estaban desafiando seriamente la comprensión tradicional del derecho, sus métodos de enseñanza y sus afinidades políticas. Al mismo tiempo que esto ocurría en Europa, en América Latina se acababa de *empezar* el trabajo independiente de interpretación y sistematización del código, precisamente cuando los franceses se estaban aproximando a la celebración del primer centenario del Código. Así, la *Explicación del derecho civil chileno* de Luis Claro Solar data

de 1898; mientras tanto, los volúmenes introductorios de los primeros tratados colombianos, el "Estudio sobre derecho civil colombiano" de Fernando Vélez, y el "Tratado de derecho civil" del Edmond Champeau y el escritor local José Antonio Uribe estaban siendo publicados por primera vez en París en 1898 y 1899 respectivamente. Todas estas obras son coetáneas con la publicación en Francia del libro que habría de dictar, primero, y luego ejecutar la sentencia de muerte en contra del formalismo clásico: el libro de François Gény, *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Privé Positif*, parteaguas esencial en la iusteoría, no solamente de Francia, sino también en la de Latinoamérica.

Como en cualquier otra teoría periférica marcada por una fuerte ansiedad de influencia, es necesario tomar en serio el fenómeno que Bloom llama "tardanza de recepción"¹⁸. Los primeros tratados locales eran "clásicos" debido a que comenzaron a adoptar el estilo francés de análisis que ya había predominado en Europa tras muchos años de exposición pública. La influencia del intelectual central se produce casi siempre mediante su recepción tardía y transformada en jurisdicciones subordinadas. Los libros locales, no obstante su tardanza frente a la nueva literatura que estaba siendo producida en Francia, siempre mostraron cierto deseo por mostrarse eclécticos. "Ser ecléctico" en derecho es una estrategia encaminada a evitar "ponerse de parte" de alguna de las sensibilidades en contienda. Es más: según una visión a-política del derecho en realidad no hay nadie de quien ponerse de parte; si acaso, el eclecticismo permite al analista o autor permanecer actualizado (a la moda en derecho civil), pero suprimiendo la conciencia de crisis y ruptura entre las escuelas. Así las cosas, a pesar de su clasicismo tardío y de su dependencia de las viejas escuelas de pensamiento jurídico francés, la naciente literatura civilística latinoamericana de la última década del siglo XIX presenta suficientes rastros de la confusión que la teoría del derecho privado estaba experimentando en la Europa de la época¹⁹. A pesar de ello, es claro que la interpretación dogmática predominante en el derecho civil local y su tendencia a excluir o invisibilizar selectivamente los problemas teóricos y metodológicos más generales, hizo que las obras locales usualmente se pusieran de parte de la facción más tradicional dentro de la controversia francesa.

El nacimiento del clasicismo jurídico en la iusteoría particular es un cuadro complejo que se puede reconstruir mediante la consulta, al menos, de dos grupos

18 Ver *supra*, capítulo 1, sección 3.2.

19 Los ejemplos más claros están contenidos en el tratado de Champeau y Uribe, en el tratado de Rodríguez Piñeres y la conferencia de 1916. A.J. Uribe. Estos textos serán examinados en detalle en este capítulo.

de evidencia textual: primero, los postulados iusteóricos implícitos incluidos en el Código Civil así como los extensos trabajos preparatorios del mismo que Bello dejó y que fueron frecuentemente usados por los primeros exégetas locales dentro de su esfuerzo por clarificar la interpretación "correcta" de la Ley en situaciones de duda o ambigüedad. Esta utilización de la intención del legislador es en todo paralela a la que realizó la exégesis francesa de los trabajos preparatorios del *code civil*, y de manera muy especial, del muy célebre "Discurso Preliminar" de Portalis en el que se explica el espíritu general de la nueva codificación; segundo, la tardía y compleja recepción en la jurisprudencia local de los géneros franceses decimonónicos de exposición, sistematización y enseñanza del *droit civil*, colectivamente conocidos como *escuela de la exégesis*, en una época en la que dichos géneros estaban ya siendo desafiados y revisados en Europa por teorías y sensibilidades nuevas y parcialmente opuestas, representadas principalmente por la influencia de la *Begriffsjurisprudenz* alemana (representada por Savigny y Zaccharie) y el impulso antiformalista de la novísima, para entonces, *École scientifique* de François Gény. El texto del Código, en ese sentido, siempre ha sido un texto abierto a la recepción de nuevas y remozadas teorías. La coherencia del código es un producto post-interpretativo; cada época va sobreponiéndole nuevas concepciones del derecho más acordes con las necesidades del momento. El código, por tanto, ha permitido, a pesar de la aparente inmutabilidad de su estructura y textos, el transplante de distintas teorías que le dan coherencia y sentido. Con cada una de ellas va variando el significado del texto legal positivo, de las metodologías de uso y del papel que frente al mismo asumen los operadores jurídicos. A continuación sigue un estudio de las características teóricas atribuidas al derecho por los primeros doctrinarios locales del Código Civil. Los primeros comentarios fueron esenciales en la estructuración primigenia de la iusteoría local. A eso pasamos inmediatamente.

3. LAS ESPECIFICIDADES DE LA EXÉGESIS LATINOAMERICANA EN LA CIVILÍSTICA LOCAL

Las teorías jurídicas relevantes (i.e., teorías con amplios niveles de circulación y aceptación entre los profesionales del derecho, jueces, estudiantes y profesores), están usualmente formadas por una red interconectada de subteorías. Cada una de estas le suministra a los operadores del derecho información básica y general sobre qué es el derecho. La práctica forense requiere a cada paso, así sea de manera implícita, una cierta idea general y abstracta sobre qué es el derecho y cuáles son sus características. Estas subteorías, a su vez, pretenden responder a preguntas básicas que el abogado litigante confronta en el trabajo diario. Una

teoría jurídica que pretenda ser relevante (en el sentido de tener alta aceptación entre los operadores del derecho) trata de responder de manera más o menos coherente las siguientes preguntas de naturaleza teórica²⁰.

Pregunta	Sub-teoría
¿Cómo se aprende y se recuerda el derecho?	Teoría de la exposición y sistematización jurídica
¿Cuáles son las unidades básicas del análisis jurídico y de dónde provienen?	Teoría de las normas jurídicas (principios y reglas) y sus fuentes
¿Existen normas jurídicas (reglas o principios) no positivas?	Teoría de la justicia. Teoría del derecho natural y consuetudinario.
¿Cómo se interpretan las normas jurídicas oscuras o ambiguas?	Teoría de la interpretación jurídica.
¿Cómo se suple una norma para un caso donde no parece haber ninguna aplicable?	Teoría de la integración jurídica.
¿Qué proporción de casos requieren de actividad interpretativa o integrativa?	Relaciones entre las teorías de la interpretación y la integración jurídica.
¿Cuál es el papel del juez frente a las normas creadas por el legislador?	Teoría de la adjudicación.
¿Es el derecho legislado anulable o derrotable en sede judicial?	Teoría del control judicial de la legalidad.

Algunas de las anteriores subteorías pertenecen tradicionalmente a la filosofía del derecho, mientras que otras, como la teoría del control judicial de la legalidad, son comúnmente estudiadas en derecho constitucional. El clasicismo jurídico en Latinoamérica, como veremos, dio desde el comienzo respuesta a muchas de estas preguntas. El primer conjunto completo de respuestas a estos interrogantes fue dado en la región mediante la recepción del *code civil* francés del XIX y su iusteoría implícita. "Clasicismo" es la etiqueta común que le he dado a estas respuestas importadas de Francia y popularizadas en los primeros tratados regionales de derecho civil.

La actitud "clásica" es la capa más antigua discernible en la conciencia jurídica contemporánea. Cuando se habla de "clasicismo" no se piensa, como ya hemos dicho, en los valores e instituciones asociados al legado español en el nuevo

20 Nótese cómo una buena teoría será aquella en la que las respuestas dadas a algunas de estas preguntas guardan coherencia con las respuestas dadas a otras.

mundo²¹. Mi argumento en este punto es que el primer nivel de los muchos que, apiñados unos sobre otros, constituyen el imaginario jurídico contemporáneo, está constituido por la recepción en contextos hermenéuticos pobres del Código Civil francés y de la dogmática del siglo XIX que desarrolló dicha obra. Esta civilística francesa constituía, hasta cierto punto, una literatura de signo liberal, anticlerical, positivista y antimetafísica. Los jurisconsultos locales lo adaptaron a nuevas circunstancias personales, religiosas y sociales. La adaptación local, por ejemplo, supo insuflarle al Código Bello suficiente catolicismo como para que no disonara de entrada y muy evidentemente con las estructuras políticas y morales que se mantenían incólumes en la región, a pesar de la lenta infiltración postindependentista del liberalismo europeo. Con estas aclimataciones locales, sigue siendo cierto que el legalismo contemporáneo en América Latina es, en su primer estrato, una recepción y una transmutación de la legalidad revolucionaria francesa, expresada primero en el movimiento codificador y, luego, en la lenta pero increíblemente sólida recepción de una ciencia y una metodología de derecho privado. Este cuerpo de doctrina civilista se conoce con el nombre de la *École de l'exégèse*. La comprensión local de esta literatura llegó a constituir una verdadera tradición, un primer e incontrovertido nivel de concepciones, aspiraciones y métodos jurídicos que continúan reproduciéndose incesantemente en la cultura local. La recepción de la *Exégesis* no sólo constituye el sustrato más antiguo de iusteoría relevante. Se trata, además, de un sustrato cuya presencia, actividad e influencia son innegables aún hoy en la conciencia jurídica de los operadores regionales del derecho.

3.1. ¿Qué es la *École de l'Exégèse*?

Partamos de lo siguiente: de la *École de l'Exégèse* francesa se habla compulsivamente pero tan sólo se le conoce superficialmente como fenómeno histórico y jurídico. De hecho, existe una profunda controversia, en general mal conocida entre nosotros, sobre el significado que la exégesis misma pudo tener para el derecho europeo después de la expedición del Código Napoleón. La discusión gira alrededor de dos problemas principales: (i) el primero cuestiona la existencia misma de la Exégesis como realidad histórica diferenciada en el pensamiento jurídico del XIX francés; (ii) la segunda controversia sólo es válida si la existencia misma de

21 Esta lectura "hispanicista" de la Teoría legal local es muy común. Ver Rafael Gómez, *Fundamentos históricos del espíritu legalista colombiano*, Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, N° 187 (1967) (remontando la cultura legal a la fundación española de Bogotá en 1538, y a su fundador, Gonzalo Jiménez de Quesada). Ver además, Ligia Galvis, *Filosofía de la Constitución Colombiana de 1886*, Bogotá (1986) (en donde argumenta que la Constitución de 1886 es "aparentemente liberal", cuando es "realmente escolástica").

la escuela es aceptada: en esta segunda fase se pregunta por las características teóricas que la escuela poseía y cómo éstas llegaron a afectar la teoría general del derecho civil de Francia y de los países que posteriormente adoptaron el *Code Napoléon*.

La primera controversia (la de la existencia o no de la escuela de la exégesis) es en realidad una disputa profunda entre los dos *partidos* principales en que se estaba dividiendo el pensamiento civilista francés a finales del XIX y comienzos del XX. Con anterioridad a los trabajos doctrinales centrales de François Géný (1898) y Julien Bonnecase (1919), el derecho civil francés del XIX se desarrolla doctrinalmente según ideas de continuidad, neutralidad y cientificidad. Como una consecuencia de estas cualidades, gran parte de la literatura en derecho civil, contrario a lo que pasa en muchos otros campos de la cultura, no tuvo conciencia de poseer una época, un contexto, un estilo, una dirección política o, en general, un "partido". La utilidad de la literatura jurídica así producida permaneció inmutable a través de distintas épocas y países. Se creó de esta manera la apariencia de que la doctrina civil no era susceptible de ser analizada en períodos o estilos históricos más o menos diferenciables. Se presuponía, por tanto, que si un libro de doctrina comentaba el mismo cuerpo normativo, había una especie de continuidad profunda en sus convicciones iusteóricas. La conciencia de historicidad, esto es, la revisión cuidadosa de la doctrina de derecho civil como una literatura históricamente marcada por *distintos compromisos jurídicos, sociales y políticos* tan sólo comienza con la crítica profunda emprendida por François Géný²² contra los métodos conceptualistas y exegéticos del siglo XIX. El libro de Géný fue el primero en romper la pretendida continuidad científica y política de toda la doctrina jurídica mediante la denuncia de los defectos e insuficiencias de la literatura francesa del XIX; posteriormente, un estudiante y seguidor de las ideas de Géný, Julien Bonnecase²³, comienza una reconstrucción histórica y teórica de la escuela de la exégesis, tratando de encontrar entre sus diversos autores las principales características (que en su parecer personal eran errores) que le dieron identidad al derecho civil codificado francés del XIX.

El sólo hecho de historizar el derecho civil francés constituyó una muy poderosa crítica teórica ya que de esta forma se anunciaba la llegada de una compren-

22 Francisco Géný, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Reus (1925), [de aquí en adelante *Método*]. El libro fue originalmente publicado en Francia en el año de 1898. En español ha sido recientemente reeditado por Editorial Comares, Granada, 2000.

23 Ver J. Bonnecase, *La escuela*; ver además J. Bonnecase, *La filosofía del Código de Napoleón aplicada al derecho de familia*, Cajicá, Puebla (1945); J. Bonnecase, *Introducción al estudio del derecho*, Siglo XX, Bogotá (1945).

sión específicamente *moderna* del derecho. Cuando autores como Géný y Bonnecase empiezan a identificar la escuela de la exégesis están tratando de dar cuerpo concreto a un enemigo teórico, en su opinión caduco, que habrá de recibir su andanada crítica. En Géný y Bonnecase, así, la exégesis es una escuela que ellos mismos "inventan" para poder ventilar contra alguien los profundos sentimientos de crisis, frustración y cambio que afectaban, en ese momento, la cultura general y, en consecuencia, la cultura jurídica. La escuela de la exégesis es así una abstracción útil usada por algunos académicos críticos de comienzos del siglo XX para caracterizar las principales prácticas de la teoría del derecho civil durante la mayor parte del XIX francés. Como ocurre con cualquiera otra referencia polémica de este tipo, los nuevos teóricos a veces exageran los vicios de la vieja sensibilidad, y, con la misma moneda, tienden a olvidar las diferencias y matices que existieron a su interior. Más problemático aún, los críticos llegan a interpretar de manera análoga los aportes de todos los doctrinarios franceses del siglo XIX para declarar, al final de esta reconstrucción, que todos ellos formaban parte, llamémoslo así, del *partido conservador y premoderno* de la política del derecho en Francia. Así las cosas, los primeros que vinieron a poner en duda la existencia de la exégesis fueron algunos de los juristas que se consideraron aludidos por la crítica de Géný y Bonnecase. Estos autores negaban que su forma de hacer derecho fuera en realidad un partido o tendencia; tampoco les resultaba agradable que se les caracterizara como miembros del "partido conservador del derecho". Como explica Bonnecase: "Los civilistas han pensado que hemos cometido un error al afirmar que los 'grandes comentadores' del Código de Napoleón forman una escuela claramente discernible"²⁴.

Inclusive en el propio análisis de Bonnecase, *l'Exégèse* se desarrolló en tres períodos diferentes que respondían a sensibilidades y estilos no necesariamente idénticos: el primero, de 1804 a 1830, cuando se reputa el nacimiento de la *École*, se caracteriza por la producción de los primeros e incipientes comentarios al Código Civil de naturaleza estrictamente textualista o literalista. El mejor ejemplo es el comentario de Delvincourt, cuya obra posiblemente tuvo impacto en el tercer bosquejo del Código de Bello dándole soluciones a indeterminaciones interpretativas que el texto original del código francés había dejado. En una segunda fase, de 1830 a 1880, aparecen los "grandes comentadores": se trata de una segunda generación de civilistas franceses. Una mayor madurez en la consideración del Código les permitió producir un gran número de "tratados" o "comentarios" en varios volúmenes y de extensión creciente, que llegaron a formar la biblioteca básica del Código Civil francés, su doctrina firme y establecida. Entre los autores de estos

24 Ver Bonnecase, *La escuela*.

tratados y comentarios clásicos se encuentran Durantón, Aubry y Rau, Demolombe, Marcadé, Troplong y Laurent. El trabajo de esta generación de civilistas llegó al primer plano doctrinario precisamente en el mismo momento en el que el Código Civil francés estaba siendo transplantado a Latinoamérica. Esta coincidencia en el tiempo permitió que Bello consultara estas obras e introdujera algunas precisiones al texto del Código. Pero adicionalmente, la coincidencia temporal también logró que los juristas locales "leyeran" el Código Bello a través de esta doctrina: estos comentarios suministraron a los juristas locales las teorías básicas del derecho que se requerían para leer el Código Bello. Estas teorías, por tanto, fueron desde el comienzo artefactos o manufacturas importados con el propósito de dotar al código Bello de las sub-teorías imprescindibles para entender un cuerpo normativo. Un código sin una teoría previa del derecho es, literalmente, incomprensible. Para entender un Código o una ley se necesita una serie de conocimientos presupuestos sobre lo qué es el derecho. Entre los grandes comentaristas, veremos luego cómo la influencia de los maestros de Estrasburgo, Charles Aubry y Charles Rau, fue determinante. La contribución esencial de estos dos juristas consistió en importar, primero a Francia y luego a Latinoamérica, los resultados de la civilística alemana del momento. Esta importación originó a su vez el nacimiento de un nuevo género de literatura jurídica desconocido hasta aquel momento en la región: en vez de simples *comentarios al código civil*, la literatura local empezó a aventurarse por el camino *científico* del *tratado de derecho civil*. La diferencia no se agota en el título. En ellos se expresa, de manera resumida, una controversia metodológica y científica esencial para entender el concepto decimonónico de derecho. A ello regresaremos posteriormente.

Durante el tercer período de la exégesis, de 1880 a 1900, es donde se produce, según Bonnacase, el desmoronamiento de la escuela. Evidencia de tal declive se encuentra en la publicación, de un lado, del *Compendio de derecho civil francés* de Baudry-Lacantinerie y, del otro, del trabajo vanguardista de autores como Labbé y Salleiles que después fueron considerados como pioneros en la renovación de la dogmática del derecho civil. Labbé y Salleiles llegaron a ser considerados como los "proto-críticos" que antecedieron directamente a Géný y su revisión de la civilística francesa. Muy por el contrario, Baudry-Lacantinerie era duramente evaluado como un ejemplo climático y tardío de la aridez a la que podía llegar la exégesis. Su obra es el canto del cisne de la escuela. Para el colombiano Fernando Vélez, quien escribía en Medellín²⁵ por la misma época que Géný, el *Précis* de

25 Véase Luis O. Castaño, *Fernando Vélez: Una vida consagrada al estudio del derecho*, Revista Estudios de Derecho, Universidad de Antioquia, Año LXIII, septiembre de 2002, pp. 17-25.

Baudry-Lacantinerie era una obra admirable. Vélez abiertamente reconoce en el prefacio de su *Tratado de derecho civil colombiano* la admiración que siente por la obra de Baudry-Lacantinerie, en la que ve una exposición madura y quizá definitiva del derecho civil francés. Para él, y contrario a lo que Bonnacase parece pensar, el Compendio es la cúspide de la construcción científica del *Derecho Civil*, el monumento señero de la exégesis tardía.

La presentación de Bonnacase, según sus críticos y en sus propios términos, exhibe dos defectos en su intento por subdividir la escuela de la exégesis en tres períodos más o menos distinguibles: en primer lugar, no resulta claro en qué sentido los tres períodos en que divide la exégesis pueden formar un conjunto coherente. A veces da la impresión que las etapas que caracteriza Bonnacase no son períodos de un mismo movimiento, sino rupturas más profundas y significativas que anuncian el nacimiento de *nuevas* escuelas. Dentro de esta óptica, es particularmente difícil reconciliar el segundo y el tercer períodos. En el tercer período, por ejemplo, Bonnacase reconoce que algunos de los autores allí integrados constituyen la vanguardia de una jurisprudencia antiformalista que después llegará a ser la "escuela científica". Algunos de los autores que Bonnacase clasifica dentro del tercer período de la *exégesis* ya forman parte de una sensibilidad marcadamente moderna y, por tal razón, han sido acertadamente denominados como representantes de los "juristas inquietos"²⁶. Estos nuevos juristas de sensibilidad moderna, como Labbé y Salleiles, han sido vinculados a la entonces naciente Jurisprudencia Sociológica de Roscoe Pound en los Estados Unidos. Todos ellos unidos ofrecen los cimientos desde los cuales Géný habría de constituir una escuela típicamente moderna con una sensibilidad jurídica nueva y diferente.

El segundo gran problema en la periodización de Bonnacase consiste en que tampoco resulta fácil compatibilizar dentro de una sola escuela coherente la época de exégesis temprana con el advenimiento posterior, en el segundo período, de los "grandes comentaristas" y en especial del *Derecho Civil* de Aubry y Rau. En efecto, la gran obra de la época madura de la exégesis es el *Course de Droit Civil Française* (originalmente publicado entre los años de 1838-44) escrito en colaboración por Charles Aubry y Charles Rau, ambos profesores en Estrasburgo. Debido a esta obra, Aubry y Rau reciben el nombre de "grandes comentaristas" dentro de la escuela de la exégesis. Es importante notar, sin embargo, que la obra de Aubry y Rau es muy diferente al resto de la exégesis si se analiza las influencias intelectuales de sus autores al igual que sus métodos de análisis jurídico y la

26 Belleau, Marie-Claire, *The "Juristes Inquietes": Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth Century France*. Utah Law Review 379 (1997).

estructura de presentación de las materias del derecho civil. De esta revisión es fácil concluir que el *Derecho Civil* de Aubry y Rau no es un libro exegético de comentario al Código Civil francés y, por tanto, no encaja fácilmente dentro de la escuela de la exégesis. Esta cuestión, que parece de puro detalle, será fundamental para la teoría local del derecho unos años después: mientras que para Bonnecase en 1919 la teoría del derecho civil propuesta por Aubry y Rau es ya criticable, para los autores nacionales, más o menos en el mismo momento, las innovaciones metódicas de los profesores de Estrasburgo son la nueva tendencia a imitar. Así, Antonio José Restrepo anunciará en una conferencia pronunciada en la *Universidad Nacional* en 1916 que "la obra de Aubry Rau [sic] es la obra maestra de la ciencia Francesa en el último siglo"²⁷. La hipérbole está basada en el hecho de que "Aubry y Rau, inspirándose en las doctrinas alemanas, comprendieron que los textos de un Código no son sino materiales esparcidos que el jurista debe utilizar y reunir según sus afinidades lógicas"²⁸. El propio tratado de Uribe, cuya autoría comparte con el profesor francés Edmond Champeu, exhibe muchos de los reflejos estilísticos y teóricos del *Cours* de Aubry y Rau. Para Restrepo, el *Cours* de Aubry y Rau es el comienzo de un método de derecho privado moderno, verdaderamente científico, diametralmente opuesto al ejecutado por Delvincourt, Durantón, Demolombe y Laurent, (exégesis temprana) al que se critica por ser exageradamente *exegético y analítico*²⁹. El tratado de Aubry y Rau, según la caracterización que del mismo hace Uribe, se mantiene al margen de los defectos de la exégesis, quizá como ningún otro libro francés de derecho civil, por manifestar la clara y definida influencia de la jurisprudencia conceptualista alemana. Uribe, de hecho, está en lo correcto, pero en su conferencia de 1916 no parece conocer de manera precisa la relación genealógica entre el libro de Aubry y Rau y la civilística alemana. Importa mucho en esta genealogía la biculturalidad de los profesores de Estrasburgo ya que la primera edición de su tratado fue, de hecho, una traducción directa del alemán del "Curso de derecho civil francés" de Zacharie, profesor en Heidelberg y discípulo de Hugo y Thibaut. La primera edición en francés se tituló "*Cours de Droit Civil Française traduit de l'Allemand de M.C.S. Zachariae, professeur de l'Université de Heidelberg, revue et augmenté avec l'agrément de l'auteur*"³⁰ La necesidad de traducir el libro de Zachariae, y con ello de importar la jurisprudencia alemana (muy diferente a la francesa en su concepto de derecho), es expresada así por Aubry y Rau: las obras hasta ahora existentes "que, desde la publicación

27 Antonio José Uribe, *La Evolución del Derecho Civil* 8, Arboleda y Valencia, Bogotá, (1916) [De aquí en adelante Uribe, *Evolución del Derecho Civil*].

28 *Ibidem*, p. 8.

29 *Ibidem*.

30 Lagier, Strasbourg (1839).

del Código Civil, han contribuido al progreso de la ciencia del derecho en Francia [...] han dejado una laguna por llenar, una necesidad por satisfacer. Sentimos esa necesidad en los bancos de la escuela; y más vivamente cuando, después de haberlos abandonado, quisimos dedicarnos al estudio profundo de nuestra legislación civil. Buscábamos un libro, con cuya ayuda pudiéramos sistematizar los conocimientos adquiridos; un libro que nos ofreciera un plan de estudios para los conocimientos que aun teníamos que adquirir"³¹.

Un análisis superficial de la primera generación de doctrina regional que comentó el Código Bello revela que estas obras fueron recepciones y transformaciones locales de la doctrina civilística francesa disponible en ese momento. La doctrina local calcó de esas obras sus presupuestos teóricos e interpretativos, la sistematización de los tópicos y, finalmente, sus compromisos políticos e ideológicos. Esta cuna ha estructura y guiado el derecho civil latinoamericano durante muchos años, y su influencia se siente hoy, clara y fuerte, en los estudios y práctica profesional de la mayoría de los abogados en la región. La recepción de esta doctrina francesa fue, como ya hemos visto, tardía: los primeros "tratados" locales de derecho civil son producto de las tensiones generadas por las críticas y el declive de la concepción exegética del derecho, especialmente expresado en los *Comentarios* al Código Civil. El "tratado" local es, por tanto, mucho más difícil de clasificar que sus contrapartes europeas porque nació en una región y en una época en que se sintió la crisis teórica del derecho civil francés decimonónico. Los autores latinoamericanos tempranos aceptaron eclécticamente tanto la vieja como la nueva doctrina francesa³². Su propósito no era tanto mostrar que conocían las implicaciones teóricas de la crisis europea (una masiva lucha entre "lo romántico" y "lo moderno" en derecho), sino que estaban "al día" en la doctrina del momento. Los autores locales, por tanto, cifran su estatus en demostrar la actualidad de su discurso, no su corrección. Citan los últimos libros, pero no parecen especialmente conscientes del importe y significado de la crisis. Por tanto, y esto es esencial, la opinión que identifica el clasicismo local latinoamericano con la *exégesis* es en sí, otro trasplante, uno que estructura la historia y la iusteoría locales en los mismos períodos narrados por Bonnecase para el caso francés. Si para Francia primero hubo exégesis y luego crítica a la misma, así igualmente en Latinoamérica, primero hubo exégesis y luego su muerte. Por ejemplo, para Va-

31 Ch. Aubry y Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Marchal et Billard, Paris, 1863, Prefacio, 1936, p. vi. Citado por J. Bonnecase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, ver *supra* nota 8.

32 La "nueva doctrina francesa", ya lo sabemos, de hecho proviene de la infiltración de la *Rechtswissenschaft* alemana en la civilística francesa.

lencia Zea “[e]xtraordinaria fue la influencia de las doctrinas francesas en Colombia durante el siglo XIX y, por lo menos, durante los primeros 25 años del presente”³³. José J. Gómez, aún más elocuentemente, dice que “[f]uimos herederos universales de la escuela exegética francesa, y aún lo somos. Exegéticamente estudiaron derecho nuestros mayores, y exegéticamente nos lo enseñaron a nosotros y como jueces y abogados no hemos podido menos que aplicarlo y pedirlo exegéticamente”³⁴.

El único problema con esta historia es que, desafortunadamente, no parece cierta. Del análisis de la civilística temprana, es más o menos claro que Latinoamérica no tuvo un período de *exégesis* completamente puro e indisputado, o que si dicho período existió, no tuvo la misma duración ni las consecuencias culturales profundas de su análogo francés: la mayoría de los primeros civilistas latinoamericanos ya expresan un cierto menosprecio por la *exégesis* y claramente se distancian de este tipo de análisis jurídico. Esta conciencia crítica ya se encuentra claramente, aunque no siempre plenamente desarrollada, en la doctrina temprana del Código Bello: así, por ejemplo, en las obras de Vélez, Champeau y Uribe, y finalmente, Rodríguez-Piñeres. En muchas de estas obras, sin embargo, hay una brecha significativa entre el diseño teórico y la ejecución práctica. Este habrá de convertirse en un rasgo de la academia jurídica que será muy común en América Latina hasta nuestros días. Consiste en esto: cuando un autor realiza los primeros intentos en importar y desplegar una nueva teoría del derecho para uso local, el autor local exhibe con frecuencia incoherencias teóricas, usualmente racionalizadas como un prudente eclecticismo entre lo viejo y lo nuevo. Este tipo de eclecticismo local puede tener diferentes orígenes, pero es importante resaltar la presencia permanente de una “brecha generacional” que definiría así: en Latinoamérica, los autores parecen estar *pensando* una generación adelante de lo que ellos mismos pueden *ejecutar* en términos de análisis jurídico. Dicho en otras palabras: los autores frecuentemente se casan con una teoría del derecho y con una dogmática que van un paso adelante de la clase concreta de análisis jurídico del que realmente son capaces o están dispuestos a ejecutar³⁵. Así, por ejemplo, los libros de Champeau/

33 Ver Valencia Zea, Arturo, *Derecho civil*, p. 103, Temis, Bogotá (1987).

34 Ver José J. Gómez, *Monografía sobre la reforma del Código Civil en El Ministro de Gobierno y la reforma del Código Civil*, p. 48, Ministerio de Gobierno, Bogotá (1939).

35 Piénsese, por ejemplo, en los muchos esfuerzos que se han hecho por entender localmente la jurisprudencia de Ronald Dworkin. Tal esfuerzo es inconmensurable con el nivel, muy bajo, de concreta argumentación de estilo dworkiniano que se despliega en derecho constitucional. Este ejemplo contemporáneo ahonda el argumento que se explica en el texto.

Uribe y Vélez, mientras parecen profesar fidelidad teórica a los autores más sistémicos y conceptualistas de la tradición europea como Baudry-Lacantinerie y Aubry/Rau, no pueden redimir totalmente sus promesas metodológicas en la ejecución de su análisis y se mantienen muy cerca del género de *comentario exegético* que tan duramente critican. En consecuencia, los autores locales rechazan la estricta *exégesis* mientras que terminan practicándola debido a problemas de comprensión y ejecución de las nuevas agendas académicas que importan. Nuestros primeros civilistas advertían las insuficiencias de las *exégesis* y avanzaban ya hacia una comprensión conceptualista y “científica” del derecho civil *à la mode allemand*. Sin embargo, pasaban por alto que esta nueva propuesta de una ciencia del derecho, en la que se buscaba una rigurosa sistematización total del derecho civil, requería ciertamente más tiempo y energía para su elaboración, así como nuevas herramientas de análisis. El credo teórico con frecuencia resulta en un *desideratum* que los autores locales no pueden cumplir satisfactoriamente. La *exégesis* pura y estricta no llegó a constituir el clasicismo jurídico en Latinoamérica debido a que, no obstante ciertamente existió, raramente recibió una aprobación teórica explícita como la forma correcta de sistematizar y explicar el derecho. Por el contrario, mientras que la *exégesis pura* fue teóricamente criticada y rechazada desde el comienzo de una conciencia jurídica contemporánea, no obstante, como acabo de mencionar, siguió siendo ampliamente practicada.

La *exégesis* ha sido entendida principalmente como una subteoría de interpretación de la ley³⁶ (pero no del derecho). En términos de una teoría de la interpretación, *l'exégèse* ha sido igualada a formas muy estrictas de textualismo o literalismo hermenéuticos. De acuerdo con esta iusteoría, el Código Civil es un documento claro, completo y coherente. Ello significa, en primer lugar, que todas sus disposiciones contienen una regla clara (por oposición a oscura o ambigua); en segundo lugar, se presupone que el Código es completo en el sentido en que regula de manera total todas las posibles situaciones que puedan surgir en la vida

36 “Ley” o “Loi” (a veces incluso con mayúscula) expresan no solamente una norma de derecho positivo del Estado (también con mayúscula), sino una decisión de poder que tiene atributos morales y políticos que justifican un trato deferente y respetuoso. Algo ordenado por la ley sugería la presencia de una potencia superior que ordenaba algo con corrección política y moral. Contra esta concepción de la ley no cabía la acción transformadora del juez (de hacerlo estaría cometiendo usurpación de funciones). En 1913 León Duguit habría de criticar este concepto “imperialista” de la ley (basado en la idea de soberanía de la nación) como “metafísico” y contrario a una concepción científica y moderna. Véase León Duguit, *Las transformaciones del derecho público*, Heliasta, Buenos Aires (1975), pp. 15-18.

civil de las personas³⁷ de manera que no hay necesidad mayor de ejercer labores de integración del derecho; y tercero, dado que el Código es coherente, se presupone que no hay antinomias entre las distintas normas claras que lo componen. Tales presupuestos generan la convicción, completamente simétrica, que los aplicadores del derecho, empezando por los jueces, no tienen necesidad de complementar o interpretar el derecho vigente. Todo lo contrario: si algún deber político tienen frente a las normas es del respetarlas de la manera más obediente posible ya que los magistrados no son creadores del derecho, sino servidores de la Ley, y por intermedio de ésta, de la voluntad general³⁸. Adicionalmente, y este punto es central, la creación de la Ley por medio de la Voluntad General garantiza que su contenido es necesariamente correcto ya que si algo ordena, ello es bueno, y si algo prohíbe, malo³⁹. El hecho de que los primeros *tratadistas* locales prefirieran permanecer muy cercanos al texto de la ley (casi parafraseándolo en exclusiva) ayudó a crear la idea, no completamente cierta, según la cual el clasicismo jurídico local era únicamente una forma de *exégesis* textualista. Esta idea de *l'exégèse* es errónea por incompleta. El error proviene de los diferentes modos en que se puede interpretar la afirmación de Bugnet⁴⁰, popularizada por Bonnacase y convertida, a través de ellos, en el epítome de la exégesis: "No conozco el Derecho Civil, enseñó el Código de Napoleón".

37 En un mundo, además, donde se suponía que la vida de las personas era coextensiva con su *vida civil*. La idea de que la persona habría de moverse en esferas distintas a la civil, como la *administrativa*, por ejemplo, es un producto del establecimiento posterior del intervencionismo estatal y del crecimiento paulatino, pero constante, del estado bienestar o estado de los servicios públicos. Véase al respecto, Christopher Pierson, *The Modern State*, Routledge, Londres (1996), pp. 94 y ss.

38 J.J. Rousseau ejerció un papel fundamental en la formación de una cultura legocéntrica en Francia y en los demás países que seguimos el modelo francés de legislación codificada. Su libro "El contrato social o principios de derecho político" ha sido (y sigue siendo) fundamental en la definición del papel de la Ley, la interpretación y los operadores jurídicos. Aunque sus conclusiones han sido criticadas durante más de un siglo, la atracción de su teoría está presente todavía en el debate. Véase, J.J. Rousseau, *El contrato social*, Alfaguara, Madrid (1979).

39 Esta idea está muy adecuadamente explicada en Mauricio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Trota, Madrid, (1996), *passim*. Su crítica radical está en León Duguit, *Las transformaciones del derecho público*, Heliasta, Buenos Aires (1975), p. 18: "La voluntad de uno solo, la voluntad muchos, la voluntad de todos no es más que la fuerza más o menos poderosa; a ninguna de estas voluntades se debe, sólo a título de voluntad, ni obediencia ni el menor respeto".

40 Jean Joseph Bugnet fue una figura relativamente menor dentro de *l'exégèse*. Su máxima, sin embargo, fue tomada como el credo de la escuela. Como dice Bonnacase: "Verdadera o falsa, esta declaración salvó del olvido su nombre y simbolizará para siempre la doctrina y el método de la Escuela de la Exégesis".

Considerar la exégesis como una subteoría de interpretación del derecho es un punto de vista excesivamente restrictivo. Una mejor forma para entender la recepción de *la exégesis* en Latinoamérica consiste en ver que el *dictum* de Bugnet apunta no sólo al textualismo hermenéutico, sino a un movimiento doctrinal y teórico con convicciones y consecuencias mucho más amplias que el mero literalismo. Frente a esta versión, es necesario insistir en el hecho de que la exégesis es, principalmente, una teoría de exposición y sistematización jurídicas, y no una teoría de la interpretación. En ese sentido, la exégesis es una corriente cultural y escritural que generó comentarios cuyo propósito era exponer, especialmente para estudiantes, las materias contenidas en el Código Civil. Resulta, por tanto, que la exégesis fue, principalmente, un movimiento de producción de textos con una clara teoría de exposición y sistematización legal, y sólo secundariamente una teoría de interpretación legal. Como veremos a continuación con algún detalle, caracterizar *l'exégèse* como una escuela de textualismo interpretativo es pasar por alto la gran complejidad y perspicacia que tuvo la primera generación de comentaristas (en Francia y en el Nuevo Mundo). De hecho, si se compara el nivel de desarrollo que llegan a alcanzar posteriores doctrinarios del derecho civil, los exegetas no parecen rústicos, toscos o burdos. Es posible pensar, incluso contra la opinión corriente formada a lo largo del siglo XX, que la primera generación de comentaristas no fue sobrepasada posteriormente en términos de comprensión del texto del código⁴¹. Si *l'exégèse* es una forma descriptiva de redactar comentarios legales, entonces resulta que cualquier clase de material normativo (y no sólo el Código Civil) puede ser analizado mediante ella. De hecho, cualquier código o ley (o incluso la Constitución) puede ser expuesto exegeticamente⁴². *L'exégèse* es una respuesta formal

(cont. nota 40) De hecho Bonnacase cree que la máxima es en realidad apócrifa pues no aparece en el manuscrito del curso de Derecho Civil que se conserva de Bugnet. Ver Bonnacase, *op. cit.* La idea de Bugnet es constantemente desfigurada por los autores locales, quienes la interpretan exclusivamente como una forma de interpretación textualista.

41 Este es el sentir cuando uno compara los doctrinarios contemporáneos con los viejos *comentaristas*: mientras ambos parecen partir del texto del Código, los primeros exegetas adicionalmente incluyen una gran cantidad de *conocimiento* interesante (ahora perdido o irrecuperable) acerca de las circunstancias de la promulgación y las fuentes textuales usadas por Bello en la redacción del Código. El comentarista moderno ignora este elemento historicista en su interpretación, y termina recurriendo a explicaciones más gramaticales o especulativas cuando se enfrenta a dificultades dentro del texto. Desde un punto de vista verificacionista, el viejo *comentarista* suple más información. El comentarista moderno da una opinión sobre como se debe interpretar el texto basado en criterios más argumentativos como la "lógica" o el "fin" de la norma, etc.

42 Un ejemplo dramático de eclecticismo se puede ver en uno de los primeros libros "modernos" sobre derecho público, *Derecho constitucional colombiano* de T.E. Tascón. Tascón es tal vez el primer colombiano en escribir un libro de derecho

a la pregunta de cómo se estructura, sistematiza, enseña y aprende el derecho. Además, y este punto resulta capital, *l'exégèse* es relativamente indeterminada respecto a los métodos de interpretar la ley. Por lo tanto, diferentes estrategias interpretativas son compatibles con el tratamiento exegético de las normas. Este hecho explica la razón por la cual *l'exégèse* continua siendo una teoría importante e influyente de exposición y sistematización de la ley, mas allá del literalismo interpretativo que ha pasado de moda entre los juristas.

3.2. *La iusteoría de los primeros tratados dogmáticos de derecho civil: las características particulares del clasicismo jurídico en Latinoamérica*

La iusteoría implícita en los tratados de derecho civil nos abre una amplia ventana para observar las características de la conciencia jurídica clásica en Latinoamérica. Estas teorías ayudaron a cimentar nuestro concepto particular de la legalidad, muy centrada en torno al papel arquetípico del Código Civil. La iusteoría de los tratados le da contenido a una concepción muy difundida y altamente exitosa de qué es el derecho y cuál es el papel de los distintos operadores jurídicos en relación con el mismo. Esta concepción clásica del derecho, ya lo hemos advertido, se encuentra plenamente consolidada en los primeros textos locales de derecho civil. Podría decirse, por tanto, que ya existe una conciencia jurídica clásica de cuño formalista en el paso del siglo XIX al XX. Esta conciencia clásica, por otra parte, precede el positivismo kelseniano que habría de volverse influyente sólo a partir de la década de los cuarenta. Dada esta constatación, nuestra labor ahora consistirá en precisar la iusteoría implícita en los tratados prekelsenianos de Derecho Civil producidos entre 1890 y 1930. Estos tratados formaron la literatura básica

(cont. nota 42) constitucional que incorpora las recientemente transplantadas teorías de León Duguít. En términos sustantivos, el libro representó la vanguardia teórica y brindó soporte a los postulados de corte liberal y solidarista que terminaron consagrados en la reforma de 1936 a la constitución colombiana. El libro, a pesar de su política progresiva y a diferencia de los tratados de derecho civil escritos por entonces, es estrictamente *exegético* en su método de exposición. Este sigue y reproduce en orden estricto cada uno de los artículos de la Constitución. Justo después de reproducir el texto constitucional, ofrece un comentario sobre el artículo en la cual se siente en libertad de revelar sus convicciones jurídicas y políticas, usualmente contrarias a las creencias más conservadoras del típico comentarista en derecho privado. *La exégesis*, entendida como método de exposición y sistematización de un cuerpo normativo, termina sirviendo como plataforma de escritura tanto para liberales solidaristas que comentan la Constitución como para civilistas de corte más tradicional.

usada en la enseñanza, estudio y litigio del derecho civil. La concepción del derecho allí contenida penetró profundamente en la conciencia de los abogados de la región⁴³. Por esta razón, analizaré ahora cuatro obras de derecho civil, todas tempranamente escritas y con alto impacto en la profesión. Estas obras sobre el derecho civil contenido en el Código Bello nos permitirán reconstruir las respuestas que el clasicismo jurídico le dio a las distintas preguntas (o subteorías, como las hemos denominado *supra*) con las que tiene que lidiar una iusteoría más o menos comprensiva: estos libros son, en primer lugar las *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* de Luis Claro Solar (1898), el *Estudio sobre derecho civil colombiano* de Fernando Vélez (1898), el *Tratado de derecho civil colombiano* de Edmond Champeau y Antonio José Uribe (1899), y, finalmente, el *Curso elemental de derecho civil colombiano* de Eduardo Rodríguez Piñeres (1919). Luego, en el capítulo quinto de este libro, analizaré el más dominante de todos los tratados de derecho civil escritos en el período poskelseniano, el *Derecho civil* de Arturo Valencia Zea. El contraste nos permitirá ver, con toda claridad, cómo cambia la teoría del derecho en unos pocos años. En el libro de Valencia Zea podremos presenciar la transformación de la teoría del derecho y el impacto que sobre el clasicismo jurídico prekelseniano habrá de tener la teoría pura del derecho. La incorporación de una nueva exposición del positivismo, en la teoría kelseniana, le brindará al clasicismo un conjunto de nuevos argumentos que, por regla general, terminarán confirmando sus puntos centrales. Pero antes de llegar allá tendremos, en primer lugar, que examinar las características concretas de la conciencia jurídica clásica dominante hasta los años treinta.

43 Los autores de la época son muy conscientes acerca del amplio impacto que sus libros podrían tener. Champeau y Uribe someten su trabajo al estudio de "jurisconsultos, profesores, abogados y jueces y al de cuantos se interesen en los progresos de la ciencia jurídica". Champeau y Uribe, *Tratado de Derecho Civil Colombiano*, Librarie de la Societé du Recueil General des lois et des arrêts, Paris, p. xii (1899). Aunque en el texto me concentraré en el análisis de tratadistas colombianos de la época, el género literario de los tratados se diseminó por todos los países de la región y con un alto impacto en la formación de cultura jurídica. Hay, por supuesto, diferencias entre algunos países, pero mi tesis es que los esquemas generales de recepción y apropiación de la iusteoría en la época son similares para la mayoría de los países hispanoamericanos. Con relación al Código de Bello, a la altura del año 1915, había comentarios completos o parciales del mismo por obra de autores chilenos tales como Chacón, Codd, Fabres, Aguirre, Armas, Vera y Claro-Solar. Para el Código argentino de Vélez Sarsfield de 1868, los tratados de Lerena y Segovia son especialmente importantes. Gullot en Uruguay, Zubizarreta en Paraguay, Pacheco en Perú, y Borja en Ecuador habían también publicado para la misma época sus respectivos comentarios a los códigos civiles nacionales, o, en un registro más ambicioso, tratados de derecho civil.

3.2.1. *L'exégèse como método de exposición del Código Civil: la lucha entre el commentaire y el traité como estilos de análisis jurídico*

La *exégesis* es fundamentalmente una forma de exposición y análisis de la Ley fundamentada en el legocentrismo con el que culminó la revolución francesa y, quizá, su influencia cultural más destacada y duradera. Si es cierto, como pensaban los revolucionarios franceses (y en esto siguiendo a Rousseau), que la ley, y especialmente su forma privilegiada, el código, es la expresión de la voluntad general manifestada por leyes promulgadas por la asamblea⁴⁴, se concluye con toda naturalidad que la ley merece un altísimo nivel de deferencia política y moral. Si la ley es la expresión de la voluntad general, y con ella de la virtud republicana y de la democracia, es natural que la primera generación de comentaristas de la ley hayan hecho todos los esfuerzos para servir de transmisores transparentes de sus contenidos, en el entendido que la modificación individual de la ley implicaba una usurpación y, por tanto, una disminución de su potencia política y moral. Por tanto, el objetivo central de los primeros comentaristas del Código Bello consistió en desplegar formas "transparentes" de análisis del código donde se omitiera su propia evaluación de la ley. Esta concepción de la ley presupone una alta confianza en la capacidad del lenguaje en el que está escrita para transmitir reglas que sean claras, completas y coherentes. La invisibilidad del comentarista sólo es posible si la ley, sin ayudas poslegislativas, tiene una voz clara, fuerte, audible y responsiva a los problemas sociales. De la autosuficiencia de la ley, por tanto, dependía su objetividad (en el sentido que no necesitara complementos poslegislativos). Esta autosuficiencia exigía que la ley fuera clara, completa y coherente. Sólo así se aseguraba que los lectores (jueces, litigantes, profesores) de la ley tuvieran un papel relativamente pasivo ya que, de nuevo, la ley, en sus enunciados normativos, era autoejecutable y autónoma. La superioridad moral de la ley (basada en la visión rousseauiana de la voluntad general), unida en la confianza en la claridad, comprensividad y coherencia de la ley, generaron un modo de exposición y análisis legal que se ha denominado "exégesis". La exégesis empezó siendo una forma de lectura y enseñanza del Código Civil. Sin embargo, era la forma de análisis jurídico exigida por la teoría francesa de la legalidad y, en esa medida, se expandió del Código Civil a toda otra forma de derecho legislado.

Estas convicciones teóricas generaron, además, una cierta forma de literatura jurídica: en el comentario exegético, del Código Civil o de cualquier otra ley, se

44 Parlamento o Congreso en los nombres constitucionales que usualmente se le dan.

hace una exposición lineal, artículo tras artículo, de su contenido completo. El contenido del comentario, por definición, consiste en una paráfrasis relativamente cercana al texto legal. En el caso del Código Civil, la exégesis hacía un comentario artículo por artículo del mismo. La división de las materias contenidas en el código (los cuatro "libros" en los que está dividido) eran igualmente esenciales. Los grandes temas del derecho civil, su estructura fundamental, están determinados por la misma ley. Esta división de los temas en el Código Bello replicaba en líneas generales la estructuración del derecho civil que se encuentra ya en las *Institutas* del jurisconsulto romano Gayo⁴⁵. La estructura paralela del Código Civil y del derecho romano reforzó la apariencia de *naturalidad* de esta particular forma de concebir el derecho civil.

La división del Código Civil terminó siendo replicada en el currículo de las escuelas de derecho. El código dividía el derecho legalmente en cuatro capítulos y, por tanto, debía enseñarse en esos mismos cuatro capítulos: *Personas, bienes, obligaciones y contratos, y sucesiones*. Las clases, dentro de esta lógica de invisibilidad del comentario, fueron igualmente concebidas con el propósito de transmitir mediante paráfrasis los artículos del código⁴⁶.

Por esta razón, quizás, los profesores se sentían orgullosos de recordar a sus estudiantes que ellos enseñaban el *Código Civil* y no un pretendido e inexistente

45 "Omne autem ius quo utimur, uel at personas pertinent, uel ad res, uel ad actiones" Galus, l.8. Edición Bilingüe, Civitas, Madrid, (1985). De esta forma el derecho fue dividido por Gayo en tres categorías diferentes: personas, cosas (res), y acciones. La sección sobre *res* estaba a su vez subdividida en tres capítulos: *ius in rem* (derechos reales), *ius ad rem* (obligaciones incluyendo especialmente aquellas nacidas *ex contractu*), y las formas de adquirir derechos *per universitatem* (herencia y donaciones). Esta división básica fue aceptada después en las *Institutas* de Justiniano y por todos los comentaristas posteriores en Derecho Romano. Ver Eugene Petit, *Curso elemental de Derecho Romano* 103, Albatros, Buenos Aires, (1982); Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*. Clarendon Press, Oxford, (1976). Esta estructura básica de exposición se ha mantenido intacta en los códigos nacionales que están comúnmente divididos en cuatro libros: Personas, Cosas, Sucesiones y, finalmente Obligaciones/Contratos.

46 No es fácil examinar la dinámica histórica de la enseñanza del derecho ya que la oralidad propia del salón de clase hace evanescente sus resultados. Un raro vistazo a las efímeras dinámicas del salón de clase se encuentra en el *Derecho constitucional colombiano: Comentarios a la Constitución Nacional*, de T.E. Tascón, Bogotá (1933). Este libro es un ejemplo clásico de exégesis estricta, así su objeto sea la Constitución y no el Código Civil. En el prólogo a su primera edición Tascón justifica el libro y su método diciendo que "lo publicamos con el objeto de ahorrarnos a los estudiantes la inútil y dispendiosa tarea de tomar apuntes a buena pluma, no siempre con la extensión y fidelidad que fueran de desearse" (p. 5).

*derecho civil*⁴⁷. Los libros de doctrina resultantes de esta sensibilidad jurídica fueron, en consecuencia, una especie de edición comentada del Código Civil, un "comentario" (*commentaire*) del Código Civil. Como Claro Solar anuncia en el frontispicio de sus *Explicaciones*, "este tratado contendrá, al finalizarse, una edición completa del mismo código"⁴⁸. El método exegético es de la misma manera anunciado como la piedra angular de la educación jurídica: "En el estudio que vamos a hacer del Código Civil conservaremos en lo posible el orden de sus materias, reproduciendo en el encabezamiento de cada capítulo los artículos tomados de la edición oficial de 1856 [del código chileno]"⁴⁹. El *commentaire* francés del primer período de la *exégesis* constituyó el modelo cultural decisivo. Entre ellos están, por ejemplo, los textos de Delvincourt, Demolombe y Troplong. Algunos de los textos publicados en Latinoamérica en este primer período de comentario se suscribieron *explícitamente* a esta comprensión del derecho y al género literario correspondiente. Entre los más representativos de este estilo de exposición vale la pena mencionar las *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado* de L. Claro Solar, y las *Lecciones de derecho civil colombiano* de Anzola.

El punto fundamental que quiero subrayar, sin embargo, es muy distinto: los tratados de derecho civil que inauguran nuestras doctrinas civilistas nacionales, de hecho, tratan de *alejarse muy decididamente* de la *exégesis* como forma de análisis jurídico. La conciencia jurídica dominante en Colombia comienza a formarse en un momento en que la exposición lineal del Código, al estilo de la *exégesis*, está siendo criticada en Europa por su falta de sistematicidad y científicidad. Un rápido vistazo a la estructura clásica del derecho privado establecida por Gayo y reproducida en sus líneas generales en el Código Bello, revela que el respeto exegético por el orden legislativo dado a las materias del código era difícil de justificar sobre bases "racionales" y no meramente "tradicionales". El orden legislativo de las materias del código se veía, cuando menos, casuístico, si no abiertamente contingente. En realidad era difícil ver el "orden" o "sistema" inherente a la ordenación gayana de los temas. Se trataba ciertamente de una sucesión de tópicos de derecho civil, pero los artículos del Código y los grandes temas del derecho civil podían ciertamente ser estructurados de un modo más "sistémico", "natural" y "lógico" (estas empiezan a ser las palabras de la nueva jurisprudencia), con independencia del orden, quizá contingente, que le haya dado el legislador. Las ideas de "sistematicidad" y "cientificidad" empiezan, por primera vez, a

47 Luis Claro-Solar se presenta en la carátula de su libro como "profesor de *Código Civil* de la Universidad de Chile".

48 Ver Claro-Solar, *Explicaciones de derecho civil*, p. 22.

49 Ver *id.*, p. 22.

hacer mella en el mito rousseauiano de la perfección legislativa. El "*Cours de Droit Civil Français*" de Charles Aubry y Charles Rau (publicado entre los años de 1838-1844) obtiene aquí todo su significado como el puente de comunicación entre las tradiciones jurisprudenciales alemana y francesa. El *Cours* de Aubry y Rau es en Francia el primero que rompe con el orden estricto del Código Napoleón y trata, en reemplazo, de organizar las materias de una forma más "sistémica". La nueva unidad de análisis no es el "Libro" del Código, sino el "concepto", i.e., una idea o principio jurídico fundamental cuya plena fisonomía sólo se capta si se recorren distintas normas del código esparcidas a todo lo largo de sus Libros. La comprensión científica del código exige desestructurar la lectura artículo por artículo y libro por libro, para pasar a la identificación de principios o conceptos que no siguen el orden del texto positivo. La exposición exige ahora que el profesor o el autor "salte" de artículo a otro sin conservar su orden numérico al interior del código, recorriendo distintos artículos con el propósito de descubrir detrás de ellos un principio o concepto fundamental de derecho civil. Esta clase de presentación del código era mucho más exigente para el comentarista o para el profesor debido al hecho de que ahora tenía que construir, desde sus cimientos, un concepto jurídico que uniera artículos dispersos del código en una narrativa creíble y unificada. Este tipo de "conceptualización" fue considerada como "científica" en comparación a la *exégesis* lineal que, por contraste, lucía primitiva y mecánica. La "conceptualización" del código implicó la incorporación de una visión más académica y científicista: el "concepto" era una construcción que explicaba disposiciones aisladas del código y las elevaba a una síntesis superior. El actor fundamental en esta forma de análisis jurídico no era ya el legislador, quien de hecho poco o nada sabía del derecho civil. El nuevo actor predominante era el profesor o doctrinante de derecho quien podía ahora mostrar la estructura conceptual del derecho civil, incluso en contraposición a los errores que el legislador hubiera cometido en el proceso de codificación. En puridad, la codificación era inconveniente y superflua porque, de hecho, el derecho civil tenía que desarrollarse y exponerse orgánica y académicamente, por medio de actores culturales, y no petrificarse por medio de su consagración legal o política. El objetivo de este método era precisamente explicar el *derecho civil*, un cuerpo de conocimiento científico e histórico independiente y superior al *Código Civil*, el cual era visto con recelo por los civilistas alemanes. Las palabras de moda de esta jurisprudencia no eran "ley" o "voluntad general". Para los civilistas alemanes la cuestión radicaba en exponer el "espíritu" del derecho⁵⁰, descubriendo sus "principios generales" los

50 En Alemania el movimiento conceptualista está directamente emparentado con la cultura romántica del XIX. La misión esencial del jurista es captar el "Geist" del derecho civil.

cuales, de la misma manera, eran lógicamente anteriores y superiores a las reglas concretas del código.

La artillería pesada de este tipo de análisis jurídico puede remontarse a la así llamada "Escuela histórica del derecho" claramente liderada por el romanista Karl F. von Savigny⁵¹. La teoría jurídica de Savigny empezó poco a poco a reflejarse en la dogmática alemana de su momento. En especial en el libro, más práctico y comparativo de Zachariae, quien escribió un "*Handbuch des französischen Zivilrechts*" en el que se hace una exposición del Código francés *à la mode allemand* y no conforme a los postulados de la exégesis. El libro de Zachariae era básicamente una reorganización de los artículos del Código Napoleón, examinados ahora bajo la gruesa red conceptual que los pandectistas alemanes habían creado a todo lo largo del siglo XIX con el propósito de revivificar el derecho civil alemán que era, de hecho, un derecho romano actual o moderno. El contacto inter-cultural ocurrió cuando los profesores franceses Aubry y Rau (profesores en Estrasburgo, justo en la frontera franco-alemana) tradujeron al Francés el libro de Zachariae. Ediciones y modificaciones sucesivas del libro finalmente liberaron a Aubry y Rau de la autoría de Zachariae, pero el nuevo método de análisis jurídico finalmente fue exitoso en Francia (tanto como lo había sido en Alemania) y ganó un prestigio considerable. La sistematicidad de este nuevo tratado fue un aporte muy bienvenido a la ya agotada exégesis que dominaba el *Droit Civil* francés. El libro de Zachariae, importado por Aubry y Rau, pronto fue considerado como la última y mejor tecnología en la exposición científica del código. Entre otras ventajas, se decía que permitía una transmisión más fácil de información a los estudiantes, que no debían confiar ahora en su memoria sino que tenían una red de principios y conceptos desde la cual podían desenvolver deductivamente el *sistema* completo del derecho civil. Se trataba, al menos se pensó así en su momento, de un modelo superior de ciencia jurídica, y, *pari passu*, un mejor y más expedito método de enseñanza y aprendizaje del derecho.

Así las cosas, mientras que se instalaban en Latinoamérica los nuevos códigos, la doctrina local temprana estuvo fuertemente influenciada por el *Tratado* de Aubry y Rau que, como hemos visto, importaba a Francia una nueva jurisprudencia

51 Savigny anunció su programa científico, así como su desconfianza frente al Código civil de los franceses en sus textos programáticos esenciales: de un lado en "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho" (1814) y en su escrito "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (1815), introductorio a la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. En ambos escritos está ya claramente delineada la misión metodológica del historicismo en la reconstrucción de los "principios" o "conceptos" de derecho civil.

conceptualista. Muchos de los primeros doctrinantes locales decían pertenecer a esta nueva corriente teórica. La polémica contra el viejo método francés se expresaba como un problema de escogencia de género literario en el cual escribir: mientras la vieja literatura exegética era meramente un *comentario* al código (de los *commentaires* franceses), los primeros doctrinantes locales ya quisieron escribir verdaderos tratados (*traités*).

Por ejemplo, Edmond Champeau y Antonio José Uribe reconocieron en su libro de 1898 que "se ha preferido la forma de tratado a la de comentario pues si bien, siguiendo artículo por artículo el Código Civil, hay mayores probabilidades de que el autor no se olvide del fin que debe perseguirse en primer término cuando se estudia una legislación, cual es el de interpretar e ilustrar el texto, dicho procedimiento tiene el inconveniente de hacer muy difícil la exposición de los principios y de las teorías que dominan los textos, es decir, las ideas generales, únicas, que propiamente constituyen la ciencia"⁵².

Eduardo Rodríguez Piñeres, dos décadas más tarde, rechaza el *comentario* en términos aún más duros. No se trata solamente de un método imperfecto para enseñar el derecho, sino de un indicio de enseñanza jurídica facilista y mediocre: "Nuestros profesores, escasamente remunerados, no tienen estímulo para consagrarse a estudios profundos y suelen limitarse a tomarles la lección de código a los estudiantes, artículo por artículo y a hacerles explicaciones sobre éstos, más o menos profundas y acertadas"⁵³. Revisando la doctrina civil existente para la época, Rodríguez Piñeres condena a todos aquellos que escriben comentarios. Para él, el *comentario* es una forma superficial de exposición doctrinal: al explicar exegéticamente un artículo del código se ignora, entre otras cosas, (i) el análisis de las fuentes del texto y una referencia a la legislación comparada. Además, (ii) el *comentario* deja de lado las "bases filosóficas e históricas" de las instituciones jurídicas. Finalmente, (iii) el *comentario* es "inconveniente para la enseñanza del derecho" debido a que "no habilita a los estudiantes para la comprensión metódica de la ciencia jurídica"⁵⁴. Rodríguez Piñeres culpa de estos graves cargos a los libros de Fernando Vélez y Anzola.

Mientras Champeau/Uribe y Rodríguez Piñeres están claramente de lado de la jurisprudencia alemana de conceptos y principios importados a Francia por

52 Champeau y Uribe, *op. cit.*, p. ix.

53 Ver Rodríguez Piñeres, *Curso elemental de derecho civil colombiano*, p. 41, París (1919).

54 *Ibidem*, pp. 41-43.

Aubry y Rau, la inserción de Fernando Vélez en las corrientes europeas de pensamiento jurídico es un ejemplo notorio de un trasplante y transmutación teórica: en la evaluación que hace Vélez de la obra y aporte de Aubry y Rau, el tratado *à la mode allemand* no representa ni mucho menos el objetivo deseable de la doctrina civilística, sino, muy por el contrario, una apertura inconveniente hacia la indeterminación dogmática del derecho. Su trabajo es problemático porque "hemos notado que [...] Aubry y Rau [...] indican los diferentes sistemas que se han defendido sobre ciertos puntos de derecho"⁵⁵. La evaluación de múltiples "soluciones" aleja las posibilidades de llegar a "verdaderas" y "apropiadas", soluciones a través de la "exposición científica del derecho". En lugar de seguir las indeterminaciones y elucubraciones teóricas de Aubry y Rau, Vélez cita con admiración el trabajo de Baudry-Lacantinerie, uno de los mayores representantes de lo que Bonnetcase clasifica como la tercera y decadente fase de *l'exégèse* francesa. La característica distintiva de la obra de Baudry-Lacantinerie es que él no escribe un comentario o un tratado de derecho civil. Va, en cambio, en la búsqueda de un género más funcional de exposición, el "précis" o "compendio". En su compendio, pues, Baudry-Lacantinerie ofrece una presentación muy balanceada del derecho civil francés de su tiempo, evitando controversias y citas de otros autores, y casi siempre tomando partido acerca de cual es la solución doctrinal correcta en casos polémicos de interpretación textual del código⁵⁶. El "compendio", como género de la literatura jurídica, es, primero, una decantación doctrinal tras años de controversias; segundo, en la medida en que elimina la dispersión de opiniones, ofrece una exposición económica y confiada del derecho a los estudiantes, con soluciones correctas para los casos controversiales. Su propósito y alcance es ofrecer al estudiante un *tratado elemental* sobre el *Droit Civil*. Su ansia subyacente es la de identificar soluciones jurídicas correctas y comprensivas.

Para Fernando Vélez, Baudry-Lacantinerie (y no Aubry y Rau) da un ejemplo de cómo la literatura científica en derecho debería desarrollarse en una jurisdicción nacional. Paso a paso, y mediante el examen y decantación de la jurisprudencia y de la doctrina, los autores pueden ir revelando el sistema "verdadero" y "apropiado" de derecho civil. La diversidad doctrinal está, desde su punto de vista, en un proceso de simplificación casi evolutivo en el cual, si se deja operar con paciencia el paso del tiempo, las doctrinas se harán más claras y cada vez más cercanas a la "verdad". En Colombia, al contrario de lo que pasa en Francia, "sólo

55 Vélez, Fernando, *Estudio sobre el derecho civil colombiano*. Prólogo, Imprenta Paris-América, Paris (1924).

56 Ver Bonnetcase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, pp. 56-7.

comenzamos a estudiar derecho", y por tanto, "hemos creído deber nuestro abstenernos de dar conceptos definitivos acerca de las disposiciones de nuestro Código Civil"⁵⁷. La funcionalidad social de este proceso evolutivo de auto-clarificación legal y doctrinaria es evitar la incertidumbre en los negocios y en los intereses privados: "Hacen un bien positivo a una nación quienes se ocupan en el estudio de sus leyes, para deducir de sus muchas disposiciones, un conjunto de preceptos uniformes que sirva de regla de conducta en los negocios de los hombres"⁵⁸. El primer escenario, pero tan sólo el primero, de elaboración científica en derecho es la confección de una recopilación o digesto de opiniones sobre puntos controversiales. Sin embargo, Vélez se siente inseguro al escoger la solución "correcta" porque el Derecho Civil nacional es todavía inmaduro. Pero, en últimas, nunca duda que "Nos seguirán indudablemente otros abogados que irán ensanchando [la inteligencia de nuestras leyes] hasta que lleguen a establecer los verdaderos principios de nuestra jurisprudencia"⁵⁹. Este proceso ya ha sido culminado en países más maduros:

"En naciones como Francia, donde hace un siglo que está aplicándose y estudiándose constantemente por distinguidos jurisconsultos, el Código Civil, es lógico que se publiquen obras como la de Baudry-Lacantinerie, en que se indiquen en lo general reglas fijas acerca de la mayor parte de los preceptos de dicho código, porque ya pueden tenerse el resumen de los diferentes dictámenes relativos a esos preceptos"⁶⁰.

Esta revisión genealógica de los orígenes intelectuales de la doctrina civilística local ya revela que nuestras convicciones iusteóricas surgen en un momento de inestabilidad y crisis en la cultura jurídica europea, de donde los autores locales estaban importando el repertorio de ideas sobre el derecho. Este momento de cambio se expresa localmente en la recepción simultánea y compleja en nuestros países de la exégesis legocéntrica francesa (en forma de comentarios), la importación por tercera mano del conceptualismo alemán y de su dogmática civil (en forma de tratados), y finalmente, la promesa grandiosa y quizás desmedida, en Baudry-Lacantinerie y Vélez, de alcanzar una formulación definitiva de los preceptos del *derecho civil* (en forma de un compendio). El debate teórico adopta, en primer lugar, la forma de una controversia sobre cuál es el género más adecuado para escribir y explicar el *derecho civil*. En nuestra revisión del debate se revela, con-

57 Ver, Vélez, *op. cit.*, prólogo.

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*.

trario a la idea más difundida, que la doctrina civilística temprana en Colombia y Latinoamérica se adscribió, incluso con gran entusiasmo, a la nueva sensibilidad teórica que era, para la época, una manifestación de progresismo metodológico que sobrepasaba la exégesis del código y pretendía hacer *ciencia del derecho*. En muchos de los tratadistas locales tempranos se manifiesta con frecuencia un sentimiento de innovación, de construcción científica, de optimismo en las posibilidades de los estudios jurídicos. Este sentimiento se acentúa por el apasionado rechazo que no esconden frente a la exposición exegetica del código la cual consideran descolorida, lineal, jerárquica y mediocre.

Nuestros primeros tratadistas terminan así construyendo, primero, y rechazando, luego, a un exegeta local ficticio. La exégesis es, en ese sentido, una especie de *némesis* ficticia ya que la conciencia jurídica clásica en Latinoamérica nace en un momento cuando ya se ha vuelto relativamente difícil mantenerse dentro del estilo y la metodología de *l'exégèse*. Si el exegeta local realmente existió, y no se trata simplemente de la imagen transplantada de los primeros exegetas franceses, parece necesario acudir a las prácticas en el aula de clase donde los profesores de derecho quizás siguieran empleando un riguroso *comentario* del texto. En la doctrina impresa, de los que seguramente eran la vanguardia de la profesión, era ya evidente la crisis de la exégesis y los remedios que se ofrecían para superarla mediante la utilización de la jurisprudencia conceptualista importada de Alemania.

Es importante insistir a esta altura en el hecho de que existe una marcada brecha entre el diseño teórico y la realización efectiva del mismo en varios de estos libros de la dogmática local temprana. Aunque algunos de los autores locales ampulosamente anunciaron la elaboración de "tratados" de derecho civil, finalmente terminan elaborando libros que se mantienen equidistantes entre el puro comentario y la construcción científica conceptualista. Así, por ejemplo, en vez de reorganizar la exposición de los principios de derecho civil de manera lógica y sistemática, los autores se mantuvieron dentro del orden de los títulos del código. Sin embargo, dentro de un libro o título determinados del código, los autores se sentían menos constreñidos que los exegetas a seguir el estricto orden de los artículos del código y, por tanto, se movían libremente dentro del libro o título tratando de identificar el principio subyacente a las distintas soluciones normativas. Así mismo, los autores se sienten legitimados para citar ocasionalmente artículos de un libro o título diferentes dentro del código. Todos estos pequeños gestos pueden verse como pasos preliminares hacia un conceptualismo maduro. En cierta medida, podríamos afirmar que una de las líneas principales de desarrollo dogmático y doctrinal del derecho privado a lo largo del siglo XX en Latinoamérica consiste en la lenta y gradual ejecución de la agenda de la jurisprudencia de con-

TRATADO DE DERECHO CIVIL COLOMBIANO

POR

EDMOND CHAMPEAU

DOCTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE PARIS, ANTIQUO ABOGADO DE LA CORTE
DE APELACIONES DE PARIS,
RECTOR Y PROFESOR DE DERECHO CIVIL
Y DERECHO ROMANO
EN LA FACULTAD DE BOGOTÁ

ANTONIO JOSÉ URIBE

DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA,
ABOGADO Y PROFESOR DE DERECHO CIVIL
Y DERECHO INTERNACIONAL
PÚBLICO Y PRIVADO EN LA FACULTAD
DE BOGOTÁ

TOMO PRIMERO

DE LAS PERSONAS



LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS
Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL
22, Rue Soufflot, 22
L. LAROSE, Directeur de la Librairie
1899

Champeau, Edmond y Uribe, Antonio José. *Tratado de derecho civil colombiano*.
Paris, 1899.

POR EL REINADO DEL DERECHO

ESCRITOS VARIOS

DE

Eduardo Rodríguez Piñeres

Ex-Presidente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
 Miembro Correspondiente de las Nacionales de Historia
 de Colombia y Venezuela y Honorario de la de
 Jurisprudencia y Legislación de Madrid.
 Delegado oficial de Colombia al Segundo Congreso
 Científico Panamericano.
 Miembro de la Corte Permanente de la Haya

PROLOGO

DE

CARLOS E. RESTREPO

Ex-Presidente de Colombia



BOGOTÁ—1927

IMPRENTA DE «LA LUZ»

Rodríguez-Piñeres, Eduardo. *Por el reinado del derecho*. Bogotá, 1927.
 Prólogo de Carlos E. Restrepo, Presidente de Colombia por aquel entonces.

ceptos tal y como había sido prometida, desde el comienzo de la doctrina local, en los primeros tratados de derecho civil⁶¹.

La polémica en derecho civil sobre el género literario de exposición tiene un trasfondo iusteórico básico que conviene enunciar de nuevo antes de proseguir en nuestro argumento: se trata de saber si la unidad básica o atómica para el análisis jurídico científico es el artículo establecido en la ley, o, por el contrario, si hay abstracciones normativas de orden superior, relativamente independientes de los textos positivos, tales como los conceptos y principios que orientan el *derecho civil*. La interpretación estándar de la exégesis en Latinoamérica ha definido la *école* como una teoría textualista de lectura y paráfrasis más bien pasiva de artículos aislados en un código. Bajo este entendimiento textualista de la exégesis, el clasicismo local ha sido diagnosticado (y criticado) como una teoría jurídica excesivamente preocupada por reglas de derecho positivo, y excesivamente desentendida de los principios jurídicos y de los conceptos⁶². Como mostraré enseguida, el clasicismo en Latinoamérica no ha sido exegeta, o por lo menos no tanto como hemos creído. Este resultado, creo, es muy sorprendente. En contra de la opinión corriente, la teoría local ha estado predominantemente dedicada a explicar principios, teorías, conceptos y construcciones jurídicas, y no reglas legales según un estricto positivismo. La creencia según la cual el clasicismo jurídico ha sido exegeta y, por tanto, ha estado exclusiva o excesivamente concentrado en "reglas" de derecho positivo parece ahora incorrecta. Paso a explorar ese importante punto.

61 Por tal razón, la agenda y programa de investigación jurídica se encuentra anunciada, e incluso definida y fijada, desde los primeros tratados locales. Los libros posteriores tratan de ejecutar y desarrollar un análisis conceptualista de diferentes partes y conceptos del código. La metodología exegética más fuerte comienza con Vélez y Anzola. La crítica y un primer grado de conceptualización en derecho civil aparece con Champeau/Uribe, como lo mostraré más adelante en detalle. Rodríguez Piñeres y otros autores de la década de 1910 dan un paso decisivo cuando emplezan a presentar teorías conceptualistas mucho más depuradas, como por ejemplo, la "teoría generales" de la ley y del negocio jurídico. Cf. Rodríguez, *Curso elemental*, pp. 45-152. La última obra en la que se culmina este programa de conceptualismo se encuentra claramente ejemplificada, muchos años después, por el libro de Negocio jurídico de Guillermo Ospina, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá (1998) (describiendo la naturaleza lógica y científica del concepto de "acto jurídico" (*Rechtsgeschäft*)).

62 En una época tan tardía como el año de 1929 se sigue observando que "los tratados científicos, como los de Vélez, Champeau y Uribe o Rodríguez Piñeres se han desarrollado dentro de la escuela de la exégesis del texto, que no permite un estudio en conjunto". Prólogo de José Alejandro Bermúdez a la *Introducción a la teoría general del contrato en derecho privado* de Luis Enrique Cuervo, Editorial Cromos, Bogotá, 1929.

3.2.2. Construcción lógica y principios de derecho

Argumentaré ahora la quizá sorprendente tesis según la cual el clasicismo jurídico en Latinoamérica (es decir, la jurisprudencia formalista básica de la región) ha estado mayormente dedicado a la explicación de principios, teorías y conceptos de derecho, y no meramente a la exposición exegética de textos positivos. Por tal razón, el formalismo clásico local no debe confundirse, sin más, con exégesis linear. La evidencia hasta ahora examinada muestra que no lo fue. Al menos en ese respecto, el clasicismo no se distingue del antiformalismo jurídico posterior iniciado por Gény y Bonnecase y cuya influencia examinaremos en profundidad en el próximo capítulo. Ambas escuelas (clasicismo y antiformalismo temprano) subrayarán la importancia central que tiene la elaboración de principios. En Latinoamérica, como lo demuestra la iusteoría de la doctrina temprana, está más cercano a la verdad decir que la distinción entre teorías formalistas clásicas y antiformalistas de cuño más moderno, es una distinción basada en formas *diferentes* de concebir la fuente, el contenido y la función de los principios jurídicos. En esta idea básica, que comparten tanto el formalismo como el antiformalismo, un "principio" es una idea jurídica que gravita sobre un número más o menos grande de disposiciones legales, las organiza en una narrativa coherente, y, finalmente, les brinda una cierta clase de justificación legal y/o política. Los "principios", "conceptos" o "teorías" del clasicismo provienen todos del trabajo científico de la doctrina europea de los siglos XIX y XX. Su objetivo era ofrecer una definición del átomo básico del derecho de la cual se pudieran deducir, con plena objetividad, todas las características ulteriores de la materia. Así, los conceptualistas preferían "construir", incluso contra el texto de la ley positiva, un concepto como el de "acto jurídico". En estricto sentido, la noción de acto jurídico no está en el Código Napoleón o en el Código Bello. Allí se exponen *distintos* ejemplos de obligaciones, contratos y derechos reales. La reflexión detenida ("científica" será la palabra utilizada) sobre todos ellos revela la importancia estructural de la autonomía de la voluntad privada. Mediante análisis conceptual, se pasa de una versión disgregada de *distintos contratos* a una teoría o concepto unificado del *acto o negocio jurídico*. Esta forma de pensar era propia de la Pandectística alemana para la cual la exégesis francesa resultaba linear, mecánica y excesivamente positivista o legocéntrica. Para formar el concepto jurídico, era necesario un estudio jurídico interdisciplinario donde los contenidos de la filosofía y la historia resultaban tan necesarios como las disposiciones del mismo código. Así, por esta vía, los alemanes pasaron de contratos y obligaciones a una teoría general del contrato, y luego, todavía más comprehensiva, a una teoría general del acto o negocio jurídico (*Rechtsgeschäft*). Esta teoría se encuentra ya formada en el *Sistema de derecho romano actual* (1841) de Savigny, pero su presentación quizá definitiva está en el *Tratado de derecho civil alemán* de Bernhard Windscheid (1885). La teoría del

acto jurídico serviría luego como modelo para la formación de nuevas y variadas *teorías generales* en las que se organizaba un tema jurídico mediante la identificación de sus principios más abstractos y generales, de los cuales las reglas del código eran acaso un elemento más pero no su núcleo. Nacen y se consolidan así, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, teorías no exegéticas formadas a imagen y semejanza de la del "acto jurídico": piénsese, por ejemplo, en los conceptos de "acto administrativo", "acto de comercio" y otros análogos.

El clasicismo jurídico en Latinoamérica puede definirse, en apretado resumen de nuestras consideraciones hasta el momento, como una sensibilidad jurídica en la que los códigos positivos se interpretan a medio camino entre la exégesis francesa y el conceptualismo alemán (tempranamente importando por la doctrina local). Por tanto, (i) se acepta que en la ontología del derecho existen tanto principios (teorías o conceptos) como reglas; (ii) que los principios o reglas son "construidos" (es decir, deducidos y utilizados) mediante procedimientos constantes, seguros y objetivos de análisis jurídico; (iii) forman una red constante y bien definida de teorías y conceptos jurídicos cuyo conocimiento se considera imprescindible en el proceso de la educación jurídica; (iv) insisten en el papel central de la "lógica", la "deducción" y la "construcción estricta" en la metodología jurídica; y (v) dominan de manera contundente la resolución práctica de casos mediante la aplicación de estas teorías o principios de manera usualmente independiente de consideraciones políticas, sociales o fácticas presentes en el caso. Piense el lector cómo convienen estas cinco características a la "teoría general del acto jurídico". Como esta caracterización lo estipula, el clasicismo local fue tanto un formalismo de reglas literalmente interpretadas (exégesis), como un formalismo de principios o conceptos (pandectística o conceptualismo). Extremos opuestos y contradictorios en Europa, exégesis y conceptualismo en Latinoamérica forman una extraña unidad muy influyente hasta nuestros días en la formación de la conciencia jurídica. Las reconstrucciones jurisprudenciales corrientes del clasicismo latinoamericano tienden a sobredimensionar el peso del "formalismo de reglas" en detrimento del claramente existente y poderoso "formalismo de principios" de corte pandectista⁶³. Esta constatación nos lleva a afirmar, de hecho, que nuestro clasicismo jurídico es inmensamente menos exegeta y positivista de lo que quisiéramos creer. En la misma vena, es preciso reconocer, por tanto, que nuestro clasicismo jurídico es una teoría mucho más compleja y poderosa que la simple exégesis. Si nuestro clasicis-

63 En ese sentido, cf. Luis Recasens Siches, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México (3ª edición), p. 26 (donde señala que la cultura jurídica local piensa que las decisiones judiciales son deducciones infalibles a partir de reglas positivas de derecho).

mo fuera simplemente un "formalismo de reglas" quizá no tuviera hoy fuerza gravitacional sobre la conciencia jurídica. Pero, muy por el contrario, el clasicismo jurídico sí tiene una teoría de los principios del derecho que ha evitado su muerte cuando era más o menos claro para los europeos, desde el siglo pasado, que la exégesis estaba definitivamente agotada. La muerte de la exégesis, así, no significó la muerte del clasicismo jurídico local. De hecho, la muerte de la exégesis deja intacta su fibra iusteórica más sofisticada: el formalismo de principios que no ve afectado por la crítica demoledora del formalismo de reglas.

La descripción mínima del clasicismo que acabo de esbozar deja abierto el espacio para acomodar a su interior tanto el formalismo de reglas (exégesis) como el formalismo de principios (jurisprudencia conceptual). Ambas teorías son inmensamente importantes en la comprensión local del derecho. Se podría tratar de establecer diferencias entre ellos haciendo patente que la discusión sobre los géneros literarios en los que se debe exponer el derecho civil (comentario o tratado) se expresa también en la clase de formalismo (de reglas o principios) a la que el analista se adhiere. Mientras que el *comentario* es claramente el género mediante el cual se expone el formalismo de reglas, el tratado insiste, como hemos visto, en la necesidad de reconstruir principios y conceptos de derecho por encima y con independencia del derecho positivo. Los principios serían asuntos de la ciencia y no de la legislación. Una mirada preliminar a cómo estas dos irreconciliables visiones del derecho en Europa terminan combinándose en el clasicismo latinoamericano indica que esta muy improbable coincidencia es producto de una necesidad común, pero profundamente ambigua, de que el análisis jurídico sea "objetivo", fruto de un proceso "lógico" que asegure la corrección de sus resultados. Quizá el único hilo que une la exégesis francesa con el conceptualismo alemán es el miedo y ansiedad que produce la falta de certeza. El objetivo del derecho, para ambas escuelas, es alcanzar la uniformidad y certeza del derecho: para los franceses, el objetivo se logra mediante codificación legislativa y pasivismo interpretativo. Para los alemanes, en cambio, la estrategia para alcanzar el mismo fin consiste en completo pasivismo legislativo y alto activismo doctrinal guiado por una "ciencia" hermenéutica e historicista del derecho y encaminada a la elaboración de "teorías generales". El clasicismo latinoamericano, por tanto, pone su confianza básica en la objetividad del derecho por cualquiera de las dos vías esbozadas:

Género dominante de doctrina jurídica	Unidad básica de análisis	Modelo lógico	Teoría interpretativa
Comentario	Reglas	Lógica beccariana	Interpretación textualista, marginalmente ampliada por análisis de la "voluntad" del legislador.
Tratado	Principios o conceptos	Lógica orgánica e inductiva	Utilización en derecho de la hermenéutica filológica e historicista disponible en las ciencias humanas europeas del XIX.

Podríamos empezar a esclarecer los compromisos iusteóricos del clasicismo si aclaramos qué es un "principio" en la doctrina temprana. Esta explicación nos llevará a la concepción orgánica e inductiva de "lógica" y "objetividad" que los tratadistas y la mayoría de los civilistas aún comparten. Una vez hayamos explicado estos dos elementos, podemos contrastarlos con la idea según la cual el clasicismo local es *meramente* una iusteoría centrada en reglas.

Los tratados de Champeau/Uribe y Rodríguez-Piñeres, como hemos visto, afirman que el *derecho civil* debe ser construido y explicado mediante "principios", y no mediante la exposición literal y continua de los artículos del código o la ley. El "tratado" de derecho, en su opinión, es una forma sistemática de exposición jurídica en la cual las materias están ordenadas según un cierto número de "principios jurídicos" arquitectónicos. El género "tratado", en realidad, es un esfuerzo para sistematizar y cientificar en principios primeros un Código Civil que de hecho no es tan sistemático como pretendían sus autores. Cuando quiera que los tratadistas usan la palabra "principio" se sienten en libertad de utilizar, como sinónimos, la palabra "teoría" y, con alguna menor frecuencia, la palabra "concepto". Una vez que la ciencia jurídica logra el desarrollo de estas teorías, hay suficiente espacio para presentar la materia en el "orden lógico de la exposición"⁶⁴. Sin embargo, es preciso notar cómo en Colombia y Latinoamérica estas "teorías" no fueron realmente "construidas" por los doctrinantes locales quienes sirvieron

64 Véase Champeau y Uribe, *op. cit.*, p. ix.

más bien como importadores de doctrinas europeas ya consolidadas. Su contribución más bien consistió en sobreponer los resultados del conceptualismo a los códigos y leyes locales. Dicen Champeau y Uribe:

“Si se considera que el Código Civil adoptado en Colombia no se ha formado, como el de otros países, por la reunión y la fusión de reglas diseminadas en diversas leyes, resultado de una larga tradición y de un trabajo secular de elaboración social, sino que se redactó sobre el modelo de varias legislaciones, principalmente la romana, la española y la francesa, es preciso reconocer que el trabajo de formar, por vía de síntesis, las teorías jurídicas, sólo excepcionalmente se impondrá aquí al jurisconsulto: la mayor parte de las veces encontrará hecho este trabajo y formulada la teoría, bien entre los romanos, maestros de todos, bien entre los tratadistas modernos que, en los distintos países, merced al origen común de las legislaciones, al desarrollo paralelo de la civilización y á la semejanza de las necesidades sociales, han llegado á resultados casi idénticos”⁶⁵.

Como ya es claro, los principios de derecho civil en el clasicismo local provienen de la recepción de un trabajo ya avanzado de sistematización del derecho civil, bien sea por los romanistas modernos (en la versión del derecho romano clásico popularizada por Savigny⁶⁶ y por el mismo Bello⁶⁷) o por los modernos escritores de tratados que aplicaban la ciencia del derecho al Código Napoleón (como Aubry y Rau).

Para Champeau y Uribe, “estas teoría jurídicas, que se derivan por inducción, mediante la síntesis, de las soluciones particulares del derecho positivo, no pueden exponerse fácilmente en el comentario de un artículo determinado, pues, por lo general, dominan gran número de ellos”⁶⁸. El tratado “consigna los principios formulados en la legislación, en su orden lógico, y luego las aplicaciones de estos principios, colocando en el lugar debido las disposiciones legales en que se formulan uno y otras”⁶⁹.

Cuando los tratadistas como Champeau y Uribe hablan de “lógica”, “orden lógico” y otras expresiones relacionadas, como acabamos de ver, no parecen

65 *Ibid.*, p. x.

66 Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, nota *supra* 10.

67 Ver nota *supra* 14.

68 Champeau y Uribe, *op.cit.*, p. ix.

69 *Ibid.*

estar refiriéndose al silogismo aristotélico tan caro para los teóricos jurídicos liberales y anti-absolutistas del siglo XVIII. El silogismo aristotélico y un estricto formalismo basado en la subsunción de hechos en reglas muy precisas de derecho positivo eran elementos esenciales de la concepción liberal del derecho. Ambos elementos todavía están presentes en la cultura jurídica contemporánea, basada en la continua influencia del ideal de Estado de derecho (*Rechtsstaat*, *rule of law*) tal como está expresado en su forma más clásica por teóricos jurídicos liberales del siglo XVIII como Charles Secondat, barón de Montesquieu⁷⁰ y Cesare Bonesse, marqués de Beccaria⁷¹. Sus ideas todavía tienen gran influencia en la concepción de un Estado de Derecho liberal, republicano, constitucionalista y anti-absolutista, especialmente en los principios político-constitucionales del derecho penal⁷². Estos dos nobles ayudaron notablemente a cimentar una concepción impersonal del derecho en la que todos, incluyendo los mismos nobles, estaban obligados a respetar las leyes. El estatus social, por tanto, no daba acceso privilegiado a la creación del derecho ni eximía del deber de respeto a la legalidad. Estos autores contribuyeron a crear una doctrina de liberalismo jurídico, conformada en lo esencial por un formalismo basado en la obediencia textual a reglas de derecho positivo, unido a la lógica aristotélica de subsunción de hechos en las normas. La impersonalidad del Estado de Derecho era reafirmada por la silogística: con ella, por así decirlo, se disminuía la discrecionalidad de los operadores jurídicos quienes tenían que someterse a una disciplina metodológica que limitaba la incertidumbre en la aplicación del derecho. Ambos elementos de la legalidad liberal son todavía principios persuasivos del derecho en el mundo contemporáneo, de manera muy especial en la órbita sancionatoria. Aunque la permanencia de tales principios era innegable, también parece cierto que el clasicismo en la región ha sido erróneamente caracterizado como una extensión sin más de esta teoría liberal del derecho (a la que hemos examinado bajo su forma exegética). El clasicismo local no es, por ningún motivo, el resultado unívoco del liberalismo jurídico de los siglos XVIII y XIX.

70 Charles Secondat, barón de Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tecnós, Madrid, 5ª edición (2000).

71 Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, (P. Vincent, traductor), Imprenta de J.M. Ariza, Madrid (1862).

72 La influencia de las nuevas tendencias de la protección al criminal por medio del derecho penal en sociedades autoritarias es muy importante. Todo el cuerpo de derecho penal es visto como una constitución protectora del criminal y no de la víctima. Esta es también un rechazo a las presiones internacionales hacia un derecho político y penal, especialmente en tiempos en que se lleva a cabo una arrolladora reforma de procedimientos penales en todas las regiones. Ver L. Ferrajoli, *Diritto e ragione: Teoría del garantismo penale*, Laterza, Roma (1997); Alejandro Aponte, *Guerra y derecho penal del enemigo*, Uniandes, Bogotá (1999).

En su formulación original, el ideal del formalismo liberal basado en reglas tiene un propósito político básico: quitarle al juez la discrecionalidad en la aplicación del derecho de manera que así se impida el capricho y se asegure la libertad del individuo. Este objetivo político se obtiene a través de una teoría que subraya el papel meramente pasivo del juez en la aplicación de los textos legales: "Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo las sentencias,⁷³ hasta el punto que deben corresponder siempre al texto expreso de la ley. Si fueran una opinión particular del juez, se viviría en una sociedad sin saber con exactitud los compromisos contraídos con ella"⁷³. Y más adelante: "[...] los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes"⁷⁴. El textualismo en la interpretación era la primera garantía de sometimiento de los hombres a las leyes; junto con esta forma de interpretación, los teóricos liberales del derecho y del estado tenían que adicionalmente garantizar que el derecho no sería usurpado por el aplicador en el proceso de razonamiento jurídico. Para ello resultaba conveniente utilizar en derecho formas de argumentación, como la silogística, donde daba la impresión que se limitaba la discrecionalidad del aplicador. La lógica, y su denuncia de las formas incorrectas de pensamiento (la falacia), parecen limitar la posibilidad de introducir prejuicios personales en el proceso argumentativo. De esa forma el silogismo permitió afirmar que con sólo leer una regla legislativa completamente clara (la premisa mayor), y subsumir una serie de hechos judicialmente probados (la premisa menor), ya se había tomado la decisión en el caso, casi sin oportunidades de manipulación humana del derecho. De acuerdo con esta idea, la única tarea del juez era la de comprobar los hechos reales del caso. Las reglas tal como las establecían las leyes o el código se aproximaban al ideal de certeza y claridad totales: se cumplía así el objetivo de despersonalización del derecho en el concepto de *lex optima*⁷⁵. Al derecho sólo le quedaba faltando la determinación de los hechos y la subsunción de los mismos en la norma. Esta descripción, a pesar de su relativa implausibilidad, es la forma más aséptica e impersonal de concebir el proceso de razonamiento judicial y, por tanto, el más acorde con el objetivo liberal y republicano decimonónico de *despersonalizar* el derecho. Con estas recomendaciones, se disminuía, dentro de lo humanamente realizable, el espacio de subjetividad que se abre entre la regla legislada y su manipulación poslegislativa (por ejemplo, en el proceso judicial). Estas ideas, tan

73 Ver Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo VI, *De la Constitución de Inglaterra*.

74 *Ibid.*

75 Sobre el concepto y función del ideal de *lex optima* en materia penal, véase Gunther Jakobs, *Derecho penal general*, Civitas, Madrid (1998).

cargadas epistemológica y políticamente, llegaron a constituirse en el contenido central del ideal liberal de Estado de Derecho y debido proceso en asuntos judiciales⁷⁶.

Los dos elementos del liberalismo jurídico, el literalismo interpretativo y la imagen del razonamiento jurídico como extensión de la silogística, resultan siendo el apuntalamiento de la temprana *exégese* tal como se despliega en el género del comentario. Estos dos elementos tienen como meta evitar al máximo el deslizamiento inadvertido de subjetividad o discrecionalidad en el proceso de lectura y aplicación de los códigos. Es claro, sin embargo, que los primeros tratadistas colombianos de derecho civil, a medida que sus propias influencias se alejan de la *exégese* clásica, parecen estar ahora hablando de un tipo de "lógica" diferente en derecho. Cuando estos autores, como Champeau y Uribe, mencionan la "lógica" de los principios jurídicos, no parecen tener en mente el silogismo jurídico aristotélico rescatado por los teóricos liberales del siglo XVIII. La estricta visión liberal de que el Código (o la ley en general) no podía y no debía ser interpretado fue pronto abandonada en la literatura jurídica local. Desafortunadamente, no parecían existir en la realidad los mitos de la *lex optima* ni del silogismo impersonal como para acallar las ansiedades profundas del juez o del intérprete. Era aceptado, desde las tempranas etapas del comentario nacional que el código *siempre* requería algún tipo de interpretación. Las premisas metodológicas de la legalidad liberal no resultaban suficientes para entender las reglas legisladas. Incluso el más destacado de los exegetas clásicos latinoamericanos e importador local del más estricto método francés de comentario, Luis Claro Solar, acepta ya que "es una falsa idea de la interpretación creer que es necesario recurrir á ella sino cuando las leyes son oscuras o insuficientes"⁷⁷. De manera muy similar, Champeau y Uribe demuestran desde muy temprano conocer el rango total de enfermedades que potencialmente afectan la certeza del derecho legislado:

"Como no siempre los textos armonizan con los que se tuvieron á la vista para redactarlos, ó no los justifican los motivos en que su autor se apoyó para sostenerlos; como existen disposiciones contradictorias, y como las crecientes necesidades sociales exigen cambios en la legislación civil, y los progresos del derecho positivo señalan nuevos rumbos, necesario nos ha sido criticar lo que juzgamos deficiente, oscuro, ó, por cualquier motivo inaceptable"⁷⁸.

76 Ver Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas*, nota supra 61.

77 L. Claro Solar, *op. cit.*, p. 130.

78 Champeau y Uribe, *op. cit.*, p. vii.

El reconocimiento incluso por parte de los exegetas más estrictos de que las normas legales sí requieren ser interpretadas, produjo la crisis del textualismo puro. Los exegetas reconocieron que las reglas establecidas en la ley, en sí mismas, no son necesariamente completas o claras. Aún si la regla probaba ser completa y clara, el texto legal no contenía ni las razones o motivos de la legislación, ni la historia de su promulgación. Cualquier regla individual, por lo tanto, podía ser clarificada (en casos de ambigüedades o vacíos), o ser comprendida mejor (si es que era clara y completa), si uno usaba, además del texto, por ejemplo, los orígenes legislativos de la regla y la jurisprudencia desarrollada judicialmente en su aplicación. Así las cosas, los primeros tratadistas propusieron una teoría de la interpretación jurídica en la que el textualismo puro fue complementado mediante el reconocimiento explícito que la historia del establecimiento de la regla y análisis jurisprudencial eran fuentes legítimas de conocimiento del derecho. Se trata de un reconocimiento claro, aunque quizá todavía tímido, de que el textualismo no agota la interpretación de la ley: "Ante todo nos hemos propuesto interpretar el Código Civil que hoy rige, estudiándolo en la letra de sus textos, en la fuente de donde han de tomarse y a la luz de las decisiones de la jurisprudencia"⁷⁹.

Volvamos ahora a la pregunta que estábamos examinando: ¿Qué es exactamente un "principio" o "teoría" en la iusteoría de la temprana doctrina local? ¿Cuál es exactamente la "lógica" que ellos desean desplegar en el análisis jurídico? ¿Qué se quiere decir cuando el Código Bello mismo habla de las "reglas generales" o de los "principios generales del derecho"? La respuesta a estas preguntas es compleja y tiene múltiples capas. La referencia que hace el Código a los "principios" jurídicos ha sido una invitación abierta, a todo lo largo del siglo XX, para introducir en el clasicismo nuevos contenidos y sensibilidades iusteóricas. El clasicismo, tal como lo hemos dicho, no desconoce que al lado de reglas textualmente interpretadas también hay necesidad de principios (no textuales) de derecho. Por eso, hemos afirmado que el clasicismo en Colombia contiene, al mismo tiempo, un formalismo de reglas y un formalismo de principios. El antiformalismo jurídico de la generación subsiguiente entra a cuestionar, no tanto la idea de que en realidad existan principios jurídicos al estilo de Aubry y Rau, o Champeau y Uribe, sino más bien a discutir con ellos cuáles son las fuentes de extracción de dichos principios y cuál es su función política y social en el esquema general del derecho.

En Champeau y Uribe, por ejemplo, los usos de la palabra "principio" no se limitan dentro un solo y constante sentido, sino que por el contrario cubren un

79 *Ibidem* pág. vi.

amplio campo semántico. Por un lado, los autores indican que cuando el Código presenta contradicciones, estas por lo general son el resultado de una disonancia o antinomia entre la "regla" y el "principio de legislación". La contradicción brota del hecho de que la regla contradictoria específica pertenece a un conjunto diferente de principios, a un diferente "principio de legislación". En estos casos, la contradicción debe ser resuelta de la siguiente manera:

"Penosa labor es en tales casos la que tiene el intérprete para aplicar debidamente los textos formales, determinando hasta qué punto debe prevalecer el principio y en qué medida el tenor literal de las disposiciones de la ley. No hemos esquivado en ningún caso hacer esta delicada determinación, y sólo a los textos explícitos hemos dado preferencia respecto de las indicaciones de la lógica jurídica"⁸⁰. Sin embargo, es posible que aún queden antinomias muy evidentes que no puedan ser resueltas concediéndole preferencia al principio. En estos casos se requiere reforma legal explícita: Sin embargo, insisten Champeau y Uribe, "[...] rara vez indicamos este medio, del cual, tratándose de una obra como el Código Civil, ha de usarse con la mayor prudencia, so pena de minar el edificio con tantos y tan laudables esfuerzos construido"⁸¹. El Código es, en términos generales, un edificio terminado. Puede que se encuentren vacíos y contradicciones ocasionales, pero igual existen suficientes recursos internos para solucionar dichos problemas. Reglas que entran en contradicción con los principios, es decir, reglas desarticuladas del "sistema" pueden ser subordinadas conforme a la arquitectónica de los principios. Esta solución de antinomias no requiere de intervención legislativa. El poder legislativo sólo debe intervenir en el Código en casos de muy severa contradicción ya que, en situaciones normales, las reglas pueden ser interpretadas, clarificadas y jerarquizadas conforme a los principios doctrinalmente anunciados. El código, así, es leído como un cuerpo sistemático de principios que subordinan las reglas y, por tanto, debe respetarse sus procesos autónomos de desarrollo dogmático. Por tanto, la doctrina de los "tratadistas" (mucho más pesada y llena de implicaciones que la de los comentaristas) es el principal camino de desarrollo y actualización de las normas positivas. Estas convicciones, sin embargo, le dan forma a un axioma general de preservación del Código o, en la expresión de Savigny, la visión que se tiene del derecho civil como un "sagrado legado" para futuras generaciones⁸²: "Tal como existe, y á pesar de las imperfecciones que pueda notársele, el Código Civil colombiano es un monumento en cuya conserva-

80 *Ibid.*, p. xi.

81 *Ibid.*, p. xi.

82 Savigny, *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*, p. 166, Heliasta, Buenos Aires (1977).

ción ningún esfuerzo será excesivo: pueden y deben hacerse modificaciones más o menos importantes [...] pero no se podría, sin perturbar hondamente las relaciones jurídicas, renovar las bases y cambiar la estructura general de aquella obra⁸³. Este axioma de conservación del derecho civil es tan esencial en la cultura jurídica local que Jorge Arango Mejía⁸⁴, muchos años después de la época doctrinaria que estamos comentando, termina el prefacio de su libro sobre *La Constitución colombiana de 1991 y el derecho privado* con la misma cita de Champeau y Uribe que acabamos de reproducir en el que insistía, en 1898 en la que se insiste de nuevo ahora en 1999, sobre la necesidad de preservar el Código como la personificación de lo que es invaluable y genuinamente duradero en la cultura jurídica⁸⁵.

Un principio o teoría resulta ser una definición, usualmente desarrollada por la doctrina sin que necesariamente tenga reconocimiento legislativo, con un alto grado de abstracción en el que se conectan reglas dispersas y en el que se resume la dirección general y el propósito jurídico, político y moral de cierto instituto jurídico: sólo para dar un ejemplo que va a resultar muy polémico entre nuestros primeros tratadistas, es necesario al interpretar el código el definir, como primer paso del análisis jurídico, el principio definitorio del régimen económico entre cónyuges. Este problema puede ser regulado de diferentes maneras⁸⁶. El "princi-

83 Ver Champeau y Uribe, *Tratado*, nota *supra* 33, en xi.

84 Arango es ex magistrado de la Corte Constitucional colombiana muy destacado defensor de la intangibilidad del Código Civil. De acuerdo con la argumentación de Arango, el Código está siendo debilitado por una agresiva e ilegítima constitucionalización del derecho civil. La Constitución, de acuerdo con su teoría, tiene primacía jurídica; pero la supremacía constitucional no debe deshacer los Códigos, que, por consiguiente, tendrían una fuerza cuasi-constitucional. Ver su salvamento de voto en la sentencia SU-342/1995. Para una discusión más detallada de este punto, ver *infra*, capítulo 6.

85 Jorge Arango Mejía, *La Constitución de 1991 y el derecho privado*, Temis, Bogotá (1999).

86 Champeau y Uribe usualmente definen, al comienzo del tema a tratar en su libro, la "regla general", "principio" o el "sistema adoptado por el código". Ejemplos de la construcción de principios, en este sentido, se pueden hallar con relación a los siguientes tópicos, p. 116 (regla general para determinar el *domicillium*); p. 125 (definición general de matrimonio y sus consecuencias dogmáticas); p. 164 (principio general respecto al requisito sobre la edad para contraer matrimonio); p. 241 (noción general de la inhabilidad de la mujer casada para poseer o administrar propiedades); p. 337 (definiendo *patria potestas* y sus consecuencias); p. 358 (definiendo *emancipatio* de los hijos bajo *patria potestas*); p. 389 (regla general sobre los derechos y deberes entre padres e hijos naturales); p. 462 (definiciones de *tutor* y *curador*). El método constructivo de la jurisprudencia de conceptos, sin embargo, permite la construcción de definiciones o conceptos a distintos niveles de generalidad. Mientras que Champeau y Uribe permanecen en los principios de

pio de la legislación" en el Código Bello es que los cónyuges, una vez contraen matrimonio, están *ipso facto* unidos por una sociedad conyugal ficta. Al final del matrimonio, cuando hay divorcio o uno de ellos muere, la propiedad adquirida por la sociedad conyugal debe ser repartida por mitades. Los cónyuges no pueden impedir que esta sociedad se conforme en el mismo instante del matrimonio. No se requiere otra formalidad. Su creación es un asunto de *ordre publique*. Los individuos no pueden formular convenciones o contratos en contrario, con la única excepción de las capitulaciones matrimoniales que modifican el funcionamiento de la sociedad (al excluir algunos bienes) pero no la derogan. Esta "idea general" según la cual se regula la propiedad común de los cónyuges es la que los tratadistas llaman el "principio de legislación". El principio, al mismo tiempo, contiene una explicación más o menos detallada de las razones morales y políticas que justifican tal régimen general. En los tratadistas de la época, como ahora, se hace énfasis en los componentes solidaristas de la unión conyugal, muy enzarzados en esa época con una clara comprensión patriarcal del mundo. En nuestros días, el "principio de derecho" ha cambiado en la medida en que el patriarcado *de iure* es cada vez más difícil de justificar moral y jurídicamente. Existen, por supuesto, principios alternativos para este mismo tema que lo regularían de manera distinta: digamos, por ejemplo, un sistema en el que los cónyuges preservan en sus propios patrimonios individuales la propiedad de todo lo que adquirieron durante su matrimonio (principio que sería, según creo, intolerablemente individualista para nuestras convicciones morales y políticas más difundidas), o un sistema en el que a los cónyuges se les da la libertad de predeterminar contractualmente las consecuencias, en cuanto a la propiedad se refiere, de estar casados (permitiéndoles, de cierta manera, escoger entre matrimonios "individualistas" o "solidaristas"). Una antinomia normativa, pues, es una regla que está dentro del Código pero que pertenece a un concepto o principio de legislación distinto. La labor del doctrinante

(cont. nota 86) cierto título del código (y por tanto en un nivel más bajo de abstracción), Rodríguez Piñeres es verdaderamente el primero en Colombia que desarrolla un conceptualismo de altísimo nivel de abstracción. En su obra de 1919 ya se encuentran dos capítulos en los que se nota con toda certeza la influencia del conceptualismo alemán: el primero, en la construcción de una *teoría general de las leyes*, (Rodríguez Piñeres, *op.cit.*, págs. 45 a 104); el segundo, la recepción en Colombia de una *teoría general de los actos jurídicos* (*ibidem*, págs. 105-154). Con estos desarrollos, Rodríguez Piñeres parece ser el primero que pasa de conceptos o principios de baja abstracción al principio de derecho civil entendido como un hiperconcepto, una "teoría general" aplicable a cada "ley" o contrato específico, sobrepasando con ello el trabajo constructivista, todavía muy primitivo, que se encuentra en Champeau y Uribe. Escritores más exegéticos, como Vélez y Anzola, evitan cualquier crítica del orden de los artículos o del nivel de abstracción en que el Código organiza los institutos: en ellos, como para todo el legalismo liberal, el ideal político de estricto respeto a la letra de la ley todavía tiene gran peso.

y del intérprete es derrotar la norma antinómica mostrando que está, en puridad, "equivocada" ya que no se corresponde con el principio o concepto que explican adecuadamente la legislación. Los principios o conceptos, he aquí lo fascinante del asunto, rara vez son anunciados por los legisladores, de manera que esa labor fundamental de análisis jurídico le queda asignada al "derecho elegante" de los académicos y doctrinantes. Por esta misma razón, todos los autores de la época ven en la dogmática civil, no un ejemplo de "práctica", sino, todo lo contrario, instancias de "teoría jurídica". Por estas razones, las reglas individuales que no encajan en el principio jurídico construido deben ser ignoradas o interpretadas muy limitativamente; contrariamente, las reglas aparentemente más "equivocadas" pueden ser interpretadas conforme al verdadero principio jurídico inmanente en el instituto. Advertirá el lector que estas técnicas legítimas y tradicionales de manipulación de normas no están de ninguna manera en consonancia con una comprensión estrictamente exegética del código. Sólo en casos de una antinomia absolutamente clara y expresa, debe el doctrinante someterse al legislador en busca de una enmienda explícita del código. Mientras tanto, y con la ayuda de la construcción conceptual, le corresponde a él desarrollar el código de manera "orgánica"⁸⁷.

Los principios jurídicos, por otro lado, no están explícitamente contenidos en las reglas legisladas. El principio o sistema de legislación como tal sólo aparece después de que el analista ha leído completamente el conjunto de reglas positivas que regulan el tema. Es más: es posible incluso inducir principios jurídicos muy abstractos de la lectura de *todo* el derecho positivo vigente. En ese sentido, el logro más alto de la jurisprudencia de conceptos es la "construcción" de la *allgemeiner Teil* (parte general o introductoria) de todo el derecho civil y quizá la característica más significativa del Código Civil alemán post-pandectista de 1900. El principio o sistema de legislación, entonces, es una caracterización *a posteriori* o inductiva, de un conjunto de reglas que tienen que ver con cierta cuestión jurídica. Los principios, por consiguiente, "se derivan por inducción, mediante la síntesis, de las soluciones particulares de derecho positivo"⁸⁸.

La iusteoría de los tratados dogmáticos, continuamente hace énfasis sobre el papel crítico de la "lógica" en el análisis jurídico. Los principios, debido a su

87 La metáfora de "lo orgánico" es muy socorrida en la jurisprudencia de conceptos. Orgánico significa, de manera análoga a los procesos biológicos en el mundo natural, que el ente tiene una capacidad autónoma de cambiar por su propia fuerza y mecanismos internos. La palabra "orgánico" en la iusteoría del XIX se parece, en ese sentido, a la idea de "autopoiesis" popularizada, también de las ciencias naturales, y por Niklas Luhmann.

88 Champeau y Uribe, *op.cit.*, pág. ix.

apego lógico a las reglas, no se consideran como proposiciones especulativas o metafísicas de derecho natural. Los principios, aún si no están contenidos en la legislación, pertenecen al derecho científico (construido) del país: "Aunque no se hayan formulado expresamente [los principios] no por eso dejan de existir ni de hacer parte del derecho positivo. Son principios generales que se deducen de las consecuencias expresadas por el legislador"⁸⁹.

La lógica que se encuentra en los tratados, sin embargo, exige inducción, mientras que la lógica jurídica de Aristóteles y rescatada por los juristas liberales del siglo XVIII es fundamentalmente deductiva, ya que, como hemos visto, pretende ser bastante restrictiva para el juez o el intérprete jurídico. Por contraste con la lógica exegética, los principios de legislación y su lógica inductiva despliegan el uso de una técnica específica de "construcción conceptualista", muy conocida en ese entonces en la *Begriffsjurisprudenz* alemana: los doctrinarios de la época la denominaban *analogia iuris* o *Rechtsanalogie*⁹⁰. La *Rechtsanalogie* es un proceso encaminado para descubrir el principio que subyace a las reglas y originalmente utilizado para extraer del casuismo del derecho romano de las Pandectas y convertirlo así en una alternativa más o menos creíble de la unificación jurídica por vía del Código: los principios generales del derecho son aquellos "que se deducen de las consecuencias expresadas por el legislador. Éste no pudo establecer dichas consecuencias sino aceptando el principio"⁹¹. La *analogia iuris* es claramente diferenciada por esos primeros autores locales de la llamada *analogia legis* o *Gesetzanalogie*, en la que una regla cuyo supuesto fáctico parece lo suficientemente cercano a un caso no regulado (un vacío jurídico) extiende su alcance de acción para cubrir dicha situación. La *analogia legis* es simplemente una extensión de una regla a un caso no cubierto. Más aún, la *analogia legis* no intenta construir un principio jurídico abstracto tal como lo hace la *analogia iuris*.

La iusteoría de los tratadistas también reconoce que hay algunos principios jurídicos explícitos adoptados por el Código. El que sean realmente "principios" exige que se apliquen por lo general a un número de diferentes situaciones jurídicas concretas; por ejemplo, la llamada teoría de las prestaciones mutuas⁹². Estos

89 *Ibid.*, p. 25.

90 Ver Bernhard Windscheid, *Tratado de derecho civil alemán*, pp. 77-96 (F. Hines-trosa, traductor), Universidad Externado de Colombia, Bogotá (1987); François Gény, *Método*, p. 304.

91 Ver Champeau y Uribe, *Tratado*, p. 26.

92 Considérese la tradicional dicotomía de derecho civil entre el propietario y el poseedor, por ejemplo, de un fundo rústico. El poseedor es alguien que, de buena o mala fe, con o sin la voluntad del propietario, se comporta, sin en realidad serlo,

principios son reglas generales que se aplican a todos los contratos que lo requieran en algún momento de su desarrollo. Se justifica que estas reglas generales se denominen "principios" ya que las mismas se aplican muy generalizadamente a gran número de casos: "Las reglas generales de derecho son de dos clases: las unas formuladas en las leyes mismas, las otras sacadas por inducción de las reglas particulares establecidas por el legislador. En cuanto á las primeras no hay duda"⁹³. Los principios explícitos son aquellas raras ocasiones en las que el código define positivamente el "principio de legislación". Los principios, sin embargo y como lo hemos visto extensamente, por lo general tienen que ser extrapolados de las reglas.

En suma: para la iusteoría de los tratados, el Código ciertamente está lleno de reglas (contenidas en los artículos de la Ley). Éstas por lo general cumplen una buena función al enunciar y predeterminar el resultado normativo de los conflictos jurídicos. La teoría liberal del derecho exige, por razones políticas, que el derecho enuncie y predetermine de una manera impersonal (sin necesidad de interpretación poslegislativa) dichos resultados en la gran mayoría de casos (si no en todos). Sin embargo, la cultura jurídica clásica ya cuestiona desde el siglo XIX la fantasía de la *lex optima*. Nuestros tratadistas inaugurales ya conocen que la exégesis es una forma de "jurisprudencia inferior"; la construcción científica de conceptos constituye una "jurisprudencia superior", muy alejada del textualismo exegético⁹⁴. La influencia de la jurisprudencia conceptual alemana sobre el Código Civil francés provocará una crítica intensa al legalismo liberal, al sistema de

(cont. nota 92) como el propietario de la tierra. De acuerdo con las circunstancias en las que le quita la posesión al propietario, el Código establece qué tipo de compensación le debe reconocer el propietario al poseedor al recobrar el control de la tierra después de ejercitar la *reivindicatio* (Código Civil colombiano, artículo 946). Estas reglas de compensación mutua entre el propietario y el poseedor están contenidas bajo el concepto de *prestaciones mutuas* (artículos 961 al 971 del Código Civil) y por lo general se aplican a todos los tipos de *restituciones mutuas* generadas por otras situaciones jurídicas (muchas de ellas de origen contractual). La teoría de *prestaciones mutuas* es, entonces, uno de los varios ejemplos de principios generales que el Código incorpora de forma explícita y que se aplican tanto a problemas jurídicos que se presentan tanto en el libro de bienes como en el libro de obligaciones y contratos. Aunque la teoría de las prestaciones mutuas es parte de una teoría general del derecho y más específicamente de una teoría general del contrato, la mayor parte de dichas teorías sólo será desarrollada por los tratadistas nacionales subsiguientes, una vez más siguiendo de manera muy próxima la sistematización efectuada por autores alemanes y franceses.

93 Champeau y Uribe, *Tratado*, p. 25.

94 La distinción entre jurisprudencia inferior y superior es planteada por Rudolf von Ihering, en su primera etapa en la que todavía adhiere a la jurisprudencia conceptual. En efecto, véase su libro *El espíritu del derecho romano*, § 44-46, Marcial Pons, Madrid (1997).

reglas y a la exégesis en su conjunto: es ya evidente que el sistema de reglas no es perfecto debido a que el código no agota el derecho civil. Así, las reglas a veces presentan inconsistencias con los principios jurídicos, y sin principios de derecho no parece fácil integrar el derecho en casos de vacío o interpretarlo en casos de oscuridad. Para los autores alemanes, un tema de derecho civil debe ser comprendido como la exposición plena de un concepto o principio jurídico que responde de manera sistemática a su desarrollo histórico y social y que está siempre abierto a readecuación conforme a los cambios de la misma historia y sociedad. Para el principio de legalidad francés, en cambio, un tema de derecho civil es meramente el conjunto de normas que lo regulan. La construcción de principios está totalmente encaminada a solucionar los problemas de sistematicidad y coherencia que podría tener el Código. El "principio" igualmente puede ser útil en la resolución de vacíos e indeterminaciones. Estas funciones, sin embargo, son claramente secundarias respecto al propósito principal de evitar contradicciones o antinomias⁹⁵. Las contradicciones, i.e., rupturas de sistematicidad, son el principal defecto del Código⁹⁶. Sin embargo, pueden resolverse con el uso de principios descubiertos por medio de "lógica" inductiva. Las reglas brindan la posibilidad de inferir el principio de legislación implícito en el subconjunto de reglas. La regla incoherente puede ser declarada como "errónea" y, sin peligro, ser ignorada o derrotada sin cambio legislativo expreso. La ciencia del derecho transnacional tiene como misión descubrir estos principios de derecho civil que son de aplicación universal a cualquier país. Este permite, entre otras cosas, que la doctrina civil sea transplantable y se adecue a cualquier legislación o incluso a sistemas consuetudinarios de derecho civil que compartan, en general, la misma base civilizatoria.

El uso de la "lógica", entonces, tiene el propósito de descubrir inductivamente principios jurídicos no positivos. Estos entes normativos, sin embargo, no se consideran especulativos o metafísicos. Los principios, por lo tanto, se hallan dentro del derecho positivo, i.e., siguen siendo internos al derecho. Pero los tratadistas usaban la expresión "lógica" en un segundo sentido, de alguna manera relacionado al ya explicado. Para nuestros doctrinarios de fines del siglo XIX y comienzos del XX era preciso usar una cierta forma de lógica orgánica en la explicación del derecho civil, esta vez no tanto para construir principios y conceptos, sino para

95 Véase Champeau y Uribe, *Tratado*, pp. 31-2.

96 Rodríguez-Piñeres, *Curso Elemental*, pp. 34-5, se queja amargamente de las fallas de sistematicidad que el Código Bello tiene tal como se trasplantó a Colombia: "[...] Nuestro Código Civil no es de producción nacional, sino una mera copia del chileno que más vallera se hubiese hecho de una manera textual y no con modificaciones insignificantes al parecer, pero que en muchos lugares han sido parte a traer confusión donde brillaba la claridad".

enseñar el derecho según una secuencia "natural" y "lógica". Este tipo de "lógica" debe en realidad guiar el paso del comentario al tratado científico: la sucesión de temas en el libro, y luego en la clase, debe ser desenvolverse en un desarrollo "natural" y "lógico" con fines pedagógicos⁹⁷. Aquí la metáfora será extraída de la biología, ya que el derecho civil será comparado con un cuerpo vivo. Así, por ejemplo, no tiene mucho sentido estudiar los atributos de una "persona natural" y de una "persona jurídica" en libros separados. Estos deben ser estudiados en conjunción puesto que ambos representan la unidad básica a la que el sistema jurídico puede otorgar derechos y exigir obligaciones⁹⁸. Una vez hay un concepto general, tal como el de "persona", o incluso más abstractamente, el de "sujeto de derecho", el mismo debe estudiarse de manera natural desde su "nacimiento" hasta su "muerte". La misma secuencia, aunque metafóricamente, se debe seguir con las "personas jurídicas". Esta idea del desarrollo orgánico, natural o "lógico" de los temas del derecho privado genera una severa crítica del Código cuando los tratadistas examinan su orden de exposición⁹⁹. Rodríguez Piñeres, sin embargo, piensa que esta crítica debe dirigirse hacia las clases de civil y no al código mismo. Los académicos están en libertad de sistematizar el código de la manera que les plazca: más aún, es su deber hacerlo. Pero la crítica no tiene que ver estrictamente con la teoría

97 *Ibid.*, p ix: "El comentador que adopta este método (el comentario artículo por artículo) se ve obligado a no seguir el orden lógico de la exposición, con perjuicio de la claridad que, en una obra didáctica, debe especialmente procurarse".

98 Sin embargo, el tratamiento de ambos asuntos es separado por varios títulos y 500 y más secciones del código. El estudio de la persona física comienza en el libro I, título I, sección 71 del Código Civil, mientras que las reglas para la persona jurídica o moral comienzan en el título XXXVI, sección 633. El unificar secciones tan separadas era una faena atrevida para un exégeta. La lógica orgánica de la *Begriffsjurisprudenz* transplantada lo exigía.

99 Vélez nunca se atrevería a criticar el orden del Código: él sigue el mismísimo orden de sus artículos. Champeau y Uribe critican el orden de los artículos, pero conservan la secuencia de los libros y de los títulos. Hasta se arriesgan a dar una opinión aquí y allá acerca del desafortunado orden de los títulos al interior de un libro. Así, por ejemplo, critican que la regulación de los *esponsales* no se encuentre en el título sobre el matrimonio (p. 147); critican el orden de los capítulos dentro del título I (p. 106); el orden en el que se desarrollan en el código las obligaciones mutuas entre padres e hijos (p. 305). Champeau y Uribe, sin embargo, preservan el ritmo del código y de sus artículos. En Rodríguez Piñeres uno encuentra el primer vuelco verdaderamente revolucionario del orden de los libros y de los títulos: Antes de siquiera ir arrancar por el artículo primero del código (como lo exige la exégesis), se comienza la exposición con dos teorías generales (de la ley y del contrato) que están completamente desconectadas del sistema del código. Igualmente es muy notorio observar cómo la lógica orgánica termina desvinculando el libro de sucesiones al tema de los bienes, como ocurre en el esquema institucional gayano y justinianeo, para convertirse en el último curso de derecho civil, representativo de la "muerte" de las personas.

jurídica sino con la enseñanza jurídica: "Sin duda, el orden seguido [por el código] para tratar los diferentes puntos, no es didáctico, pero ha de tenerse en cuenta que a la ley no se debe exigir lo que no es de su resorte. La ley no es un curso. Basta para que se llene su objetivo, desde el punto de vista del método, que sea clara en la clasificación y exposición de sus principios. En la cátedra, por su parte, el profesor debe seguir el método que considere más adecuado para sus lecciones. No nos quejemos, pues, del código, como inmetódico, porque presente dificultades para la enseñanza: vituperamos si el sistema que se ha seguido entre nosotros para enseñar el derecho civil, consistente en seguir servilmente la numeración de los artículos de aquél para explicarlo "por sí mismo", como el *summum* del método en la materia, de tal manera que los estudiantes no sacan de tales lecciones el fruto que debieran"¹⁰⁰.

El clasicismo jurídico local, en tanto expresión de la crisis de la *exégese* en el derecho europeo-latinoamericano, busca exponer el código como un sistema de principios de derecho y no tanto como una colección de reglas positivas dispersas. Es claro que las convicciones iusteóricas de los autores están estrechamente relacionadas con el problema de cómo se enseña derecho civil a los jóvenes estudiantes y, en últimas, de qué tan popularizable resulta frente al ciudadano corriente. La teoría legal liberal pensaba que la sencillez y claridad de la legislación, así como la ausencia de interpretación refinada o profesional del código también aseguraban su comprensibilidad entre la población en general¹⁰¹. En *l'exégese* es por tanto obvio que el problema de cómo se enseña el Código está abiertamente conectado con creencias políticas tales como el altísimo valor de las leyes promulgadas democráticamente y la reducción de la discreción judicial (y en general humana) en la interpretación jurídica como un bastión de defensa de los derechos individuales frente al despotismo monárquico. No resulta extraño, para nada, que el nacimiento de la iusteoría en Latinoamérica coincida con una consideración detenida y continua de cómo se estructura el derecho con el fin de enseñarlo. Si

100 Ver Rodríguez-Piñeres, *Curso elemental*, p. 36.

101 Véase al respecto Charles Secondat, barón de Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, libro XI, capítulo vi: "El poder judicial no debe darse a un Senado permanente, sino que lo deben ejercer personas del pueblo (como en Atenas), nombradas en ciertas épocas del año de la manera prescrita por la ley, para formar un tribunal que sólo dure el tiempo que la necesidad lo requiera. De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión". El legalismo montesquiano, y esto es fundamental, no estaba relacionado con la profesión de abogado. En estricto sentido, el programa político de la exégesis debió haber tendido a disminuir el poder de la profesión ya que, en sus propios postulados, desenfaticaba la necesidad de interpretación profesional o elegante del derecho.

esto es así, sin embargo, ¿estamos frente a preguntas de verdadero interés iusteórico? O para expresarlo de otra manera: ¿Cuándo es que los imperativos generados por las necesidades de exposición y sistematización del derecho (con fines pedagógicos) se convierten en sí mismos en discursos normativos acerca de la naturaleza del derecho? No creo que esta posible objeción tenga mucho fondo. La teoría del derecho siempre está íntimamente relacionada con preguntas sociológicas del tipo "¿Cómo se enseña derecho? De esta pregunta se pasa, con gran facilidad a la pregunta, "¿Cómo está estructurado el derecho?" Y de esta, a su vez, se pasa a preguntas de naturaleza prescriptiva tales como "¿Cómo debería estructurarse el derecho?", "¿Cómo debería buscarse el sentido de las reglas jurídicas?", y finalmente, "¿Cómo debe interpretarse el derecho?" La respuesta más breve a la pregunta de cómo lo que parece ser un problema pedagógico se convierte en pregunta iusfilosófica genuina y legítima, tal vez sea decir que, de hecho, y de ello es elocuente testigo el clasicismo latinoamericano, la teoría del derecho, su definición y sistematización se han articulado alrededor de controversias entorno a la transmisión del saber jurídico.

3.2.3. Interpretación e integración del derecho

El núcleo teórico del clasicismo local, siguiendo la dirección predominante de la doctrina alemana y francesa transplantada a finales del XIX y durante el primer tercio del siglo XX, está principalmente constituido (i) por una subteoría de exposición y sistematización del Código y (ii) por una subteoría de los entes jurídicos que habitan el mundo del derecho (una teoría que examina cómo "reglas" y "principios" se crean y jerarquizan). Derivado de ello, la época clásica también trató de brindar respuestas a algunas otras preguntas iusteóricas esenciales (parte de las subteorías que más arriba expusimos): el clasicismo, por ejemplo, también creó imaginarios jurídicos respecto a cómo los abogados nacionales debían interpretar una regla, cómo debían llenar un vacío (es decir, cómo debían integrar una regla) y con qué frecuencia y legitimidad podían los operadores jurídicos, de hecho, interpretar o integrar el derecho. La necesidad de una subteoría más compleja de la interpretación ya era muy evidente cuando varios de nuestros tempranos tratadistas se apartaron, como lo hemos visto, de la teoría liberal del automatismo judicial. Hemos dejado sentado cómo el clasicismo jurídico local estaba muy lejos, en sus mismos orígenes, de ser una teoría textualista de la interpretación. Está claro que el legalismo liberal, tal como estaba expresado en Montesquieu, Beccaria, Rousseau y la primera camada de exegetas franceses, insistía en el textualismo interpretativo y en el silogismo aristotélico como bases necesarias de la objetividad en el análisis jurídico, y ulteriormente, del estado de derecho. Pero el clasicismo local, como retoño de una *exégèse* tardía en crisis

teórica, ya había superado de lejos las convicciones del legalismo liberal. Ahora, hasta el más estricto de los exegetas locales aceptaba que las reglas *siempre* requerían algún tipo de interpretación¹⁰².

Los teóricos locales también necesitaban una subteoría de integración del derecho, esto es, una manera más o menos disciplinada de resolver los vacíos en el Código. Recuérdese que aceptar que el Código tiene vacíos es también una disonancia grave frente a las convicciones de la exégesis estricta. La reflexión teórica en este punto fue desencadenada por la adopción en las legislaciones locales de una provisión similar a la contenida en el artículo 4º del Código Civil francés, de acuerdo con el cual "los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia"¹⁰³. Conforme a la letra del artículo, los tratadistas locales tipificaron un tríptico de casos diferenciados en los que el juez tenían distintos deberes decisionales: en casos fáciles, en los que existía una regla clara de derecho preexistente, el juez la aplicaba y con ello daba deferencia a la solución legislativa del caso. En casos en donde había regla preexistente, pero ambigua, el juez tenía que "interpretarla". En un tercer caso, en donde se ponía a consideración del juez una situación real para la que no se encontraba una regla preexistente, el juez tenía que integrar la regla. La distinción entre estas distintas situaciones aparece así en Claro Solar:

"Tres hipótesis pueden presentarse cuando el juez debe fallar un negocio cualquiera: Primera: La ley contiene una disposición precisa y clara, aplica-

102 Véase, por ejemplo, Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil*, p. 130. En el mismo sentido, F. Vélez, *Estudio*, p. 34: "La necesidad de interpretar las leyes no depende sólo de su imperfección, sino también de su naturaleza. Supónganse leyes perfectas: siempre habrá necesidad de interpretarlas, porque el legislador no puede prever todos los casos que ocurran: sólo le es posible dar reglas generales, lo que requiere la interpretación de éstas para resolver los diferentes casos particulares que pueden presentarse en la práctica".

De manera muy similar, Champeau y Uribe, *Tratado*, p. 86: "por perfecta que sea una ley, necesita ser interpretada, porque el legislador no puede prever todos los casos; no basta pues, consignar una disposición en el Código; es necesario fijar su sentido y el alcance de su interpretación".

103 En Chile, el artículo 9º de la *Ley Orgánica de Tribunales* (octubre 16/1875) disponía: "los tribunales no pueden ejercer su ministerio sino á petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión". En Colombia, mientras tanto, el artículo 48 de la Ley 153/1887 expresaba la misma idea: "Los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".

ble al asunto litigioso. Difícil es que en este caso haya proceso, porque, como dice Portalis, no se litiga contra un texto preciso de la ley. Pero si el litigio tiene como disculpa la notoria injusticia de la ley, el juez debe, sin embargo, aplicarla tal cual es: *Dura lex sed lex*.

Si el juez pudiera corregir la injusticia de la ley, ésta sería reemplazada por la consciencia del juez, y los particulares no sabrían sobre qué poder contar, pues cada uno tiene su manera de entender la equidad, y la equidad inspira á menudo en la práctica las decisiones más anómalas y contradictorias.

Segunda: Existe una ley, pero es oscura. El juez debe resolver el conflicto fijando el sentido de la ley para el caso particular que se le somete, porque precisamente lo que da origen a los litigios y lo que ha hecho necesario el ministerio del juez es la oscuridad de la ley que es frecuente.

Tercera: La ley es deficiente ó muda: el juez no encuentra ningún texto expreso aplicable al caso en cuestión. Cuando hay insuficiencia de la ley, existe en ella una laguna, esto es, no hay ley: lo mismo cuando la ley calla. El juez debe juzgar, sin embargo, ¿Por qué? A primera vista se podría estimar que el juez sale del círculo de sus funciones cuando juzga sin que exista ley¹⁰⁴.

Es hora de recoger los frutos de las consideraciones que hemos hecho antes: la subteoría de sistematización conceptual que implantaron los tratadistas clásicos es también, ahora lo explicaremos, una subteoría de interpretación e integración jurídica. Las reglas individuales oscuras o antinómicas pueden ser clarificadas o sistematizadas recurriendo, no a la interpretación textual o literal (ya que en estos casos es inocua por definición), sino al método científico del conceptualismo alemán que, en el campo de la interpretación, puede ser denominado "elemento sistemático". La sistematización mediante principios de las reglas del Código servía, no sólo para enseñar el derecho de manera lógica y natural, sino también para derrotar reglas que fueran relativamente incoherentes. En tales casos de antinomia relativa el intérprete estaba autorizado a derrotar la regla incoherente mediante una interpretación en la que prevaleciera el "principio de legislación" anunciado por la doctrina científica. Las reglas ruinosamente incoherentes (antinomia absoluta), sin embargo, no podían ser derrotadas mediante interpretación. En tal caso, se prefería la solución por vía legislativa. El puro análisis jurídico no era suficiente para resolver la contradicción en tales casos.

104 Luis Claro Solar, *Explicaciones*, p. 33. Para un listado similar, véase también Rodríguez Piñeres, *Curso elemental*, p. 76.

Un código de convicción exegética no piensa que el problema de la interpretación del derecho sea importante. Lo importante es, en cambio, limitar hasta hacer desaparecer las instancias de interpretación y usurpación postlegislativa de la ley. En este sentido, resulta claro que el Código Bello no es un código exegético ya que en su texto se incorpora un número relativamente amplio de artículos que se ocupan directamente del problema de interpretación de normas en casos de oscuridad o indeterminación. La regla oscura tenía que ser estudiada cuidadosamente para tratar de ofrecer un análisis creíble y persuasivo de su significado, un resultado que los primeros tratadistas locales asociaron con la "interpretación objetiva de la norma". Por tanto, era claro, contrario a las creencias del legalismo liberal, que era posible hacer interpretación del derecho sin caer en subjetivismo epistemológico. Las reglas eran interpretables, pero la interpretación era científica en el sentido de que, si se realizaba correctamente, podía dar resultados objetivos. La interpretación, según esta comprensión, no nos devolvería ineluctablemente a la época del absolutismo prerevolucionario. Esta nueva ciencia de la interpretación, cuya dignidad fue reconstruida por la filología romántica alemana, fue conocida entre nuestros juristas con el rimbombante nombre de "*Crítica y Hermenéutica*"¹⁰⁵. Los primeros tratadistas locales tomaron los artículos del Código Bello y los usaron para construir una teoría de la interpretación de reglas que sigue siendo hegemónica hasta nuestros días en la cultura jurídica. La genealogía de cómo estas reglas fueron transplantadas es compleja y muestra, una vez más, cómo nuestra cultura jurídica clásica no depende exclusivamente de la exégesis legalista francesa del XIX. De hecho, el *Code Civil* francés no contenía artículos destinados a orientar el proceso de interpretación de normas oscuras. Bello, notando que la introducción de una tal metodología era necesaria para una profesión novata en el asunto, tomó en consideración para la codificación chilena los artículos sobre interpretación contenidos, primero, en el Código de Lousiana y, segundo, en un proyecto de código para Francia que fue abandonado¹⁰⁶. La positivización de las reglas de hermenéutica jurídica fue en general muy bienvenida por los primeros tratadistas:

"Se explica muy bien que el legislador colombiano haya sentido más que el legislador francés y el español la necesidad de insertar en el código reglas de interpretación. En los países en que, como Francia y España, la legislación se ha elaborado en varios siglos, es inútil que tales reglas se inserten en los

105 Dice así el artículo 5° de la Ley 153 de 1887: "Dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales oscuras o incongruentes".

106 Véase Champeau y Uribe, *Tratado*, p. 131.

códigos, porque desde hace mucho tiempo, la doctrina y los tribunales tienen la costumbre de aplicarlas: son una parte de la herencia que cada generación transmite a la siguiente. Por el contrario, en un país nuevo, en donde se ha introducido una legislación extranjera, las tradiciones faltan por la fuerza misma de las cosas; es necesario importar reglas de interpretación al propio tiempo que las reglas que se adopten"¹⁰⁷.

El punto genealógico que es necesario enfatizar radica en lo siguiente: el capítulo IV del Título Preliminar del Código Bello ("Interpretación de la Ley") importó al país un conjunto muy limitado de reglas de interpretación que consagraban una visión fundamentalmente liberal y exegeta del papel de los operadores jurídicos en la etapa post-legislativa. Sin embargo, y a pesar del texto del Código Bello, las reglas de interpretación fueron vistas por los académicos locales como la positivización regional del canon filológico de hermenéutica de textos anunciado por Savigny en su *System des heutigen Römischen Rechts*¹⁰⁸ y que divergía en puntos fundamentales de las reglas francesas. Algunos exegetas franceses, como Laurent, habían ya hecho uso del esquema hermenéutico savigniano para ofrecer orientación a los estudiantes. Sin embargo, recuérdese, en Francia el esquema era puramente doctrinal ya que no había sido positivizado en el *Code Civil*. A través de Laurent, o directamente tomado de los libros de Savigny, los doctrinantes locales reconocen esta doble fuente para la sistematización de una hermenéutica legal. Luis Claro Solar, por ejemplo, abiertamente menciona sus fuentes¹⁰⁹. Después de él, casi todos los autores en la región aceptan las bases del esquema savigniano como la teoría correcta subyacente a los artículos 25 a 32 del Código Bello¹¹⁰. Los artículos del capítulo IV del *Título preliminar* del Código Bello, de hecho, pueden ser fácilmente equiparados con la presentación teórica de Savigny. La aceptación de este punto de vista, sin embargo, tiende a hacer invisible el hecho fundamental de que las normas sobre interpretación del Código Bello contienen una aproxima-

107 *Ibid.*, p. 89.

108 La sección relevante del libro de Savigny de 1840 ha sido traducida al español, primero, en la traducción completa del *Sistema* que hicieron en seis tomos Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid (1879), § 35 a 44. Una versión más contemporánea por Werner Goldschmidt se encuentra en el libro titulado *La ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires (1949). En lo que sigue he utilizado la edición española del siglo pasado la cual juzgo asaz superior. Sobre la genealogía del canon de interpretación legal y cómo es usado contemporáneamente por la Corte Constitucional alemana, véase Winfred Brugger, *Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence and Anthropology: Some Remarks From a German Point of View*. *American Journal of Comparative Law* 396 (1994).

109 Ver Claro Solar *Explicaciones de derecho civil*, p. 130.

110 Véase, por ejemplo, Arturo Valencia Zea, *Derecho civil*, Temis, Bogotá (1957).

ción iusteórica que no sobrepasa en mucho la exégesis. De hecho, si se lee con cuidado los artículos 25 a 32 del Código Bello, ellos contienen reglas de interpretación que maximizan el poder del legislador y de sus textos dentro del derecho. Esta idea todavía corresponde a una comprensión liberal-exegética de las fuentes y de la objetividad jurídica. Sobre estas reglas de interpretación, se efectúa el trasplante jurisprudencial de una teoría decimonónica sumamente elaborada del derecho. Aún más: las reglas de interpretación han sido reinterpretadas a lo largo de los años, incorporando en ellos nuevos métodos y concepciones del derecho que no provienen de Savigny, ni de la exégesis ni de la discusión teórica de la época clásica. Más adelante veremos cómo se han realizado dichas actualizaciones teóricas de las reglas de interpretación.

Las reglas de interpretación de Savigny eran una tecnología para la lectura directa de las fuentes jurídicas que componían el *heutige Römischen Rechts* (Derecho Romano contemporáneo o actual)¹¹¹. Las reglas estaban básicamente encajinadas a resolver problemas hermenéuticos creados por los textos Romanos antiguos que constituían el objeto de la pandectística alemana del siglo XIX. Como se entenderá, los problemas hermenéuticos que presentan los textos antiguos son mucho más intensos que los de textos recientes o contemporáneos. Por esta razón, Savigny básicamente lo que hizo fue importar al derecho el acervo hermenéutico ya adquirido por la filología alemana de su época y que se había destinado a la lectura crítica, no solamente del derecho romano, sino en general de todo el legado escritural de la antigüedad clásica¹¹². Por esta vía, se propuso un método único de interpretación con cuatro elementos disponibles: en casos de indeterminación de la ley, el intérprete tenía que indagar por una respuesta usando cuatro elemen-

111 Es extremadamente paradójico que Savigny haya terminado brindando una teoría general de interpretación para el Código, teniendo en cuenta su crítica radical de la codificación. Este es un claro ejemplo de transformación o transmutación jurisprudencial. En ella, como lo expusimos arriba, se ve el poder creativo de la recepción teórica.

112 Savigny es sumamente explícito acerca de las relaciones entre la interpretación de la ley y el saber humanístico que desde el XVIII y hasta nuestros días se ha denominado con el nombre de "hermenéutica". Dice así en su *Sistema* §32: "Es la interpretación un arte que se aprende por el estudio de los grandes modelos que la antigüedad y los tiempos modernos ofrecen en abundancia, al contrario de lo que sucede con la teoría de este arte, respecto a la cual, por circunstancias accidentales, nos encontramos sumamente pobres. No se enseña solamente el arte de la interpretación, como ninguna otra de las artes, por medio de reglas; pero, contemplando las obras de los grandes maestros, penetramos el secreto de su superioridad, ponemos en actividad las facultades que reclama la ciencia y aprendemos a dirigir por buen camino nuestros esfuerzos". Y luego, *ibid.* § 33: "Se notará que, por lo dicho hasta ahora, la interpretación de la ley en nada difiere de la interpretación de cualquier otro pensamiento expresado por el lenguaje, como, por ejemplo, la de que se ocupa la filología".

tos diferentes: el gramatical, el lógico, el histórico y, finalmente, el sistemático. Los escritores locales adaptaron estos elementos a los retos hermenéuticos muy diferentes que el código civil presentaba. En efecto, así exponía Claro Solar la hermenéutica savigniana en un parafraseo algo arriesgado de la versión española del *System* de 1879¹¹³:

"El *elemento* gramatical tiene por objeto las palabras de que se sirve el legislador, es decir, el lenguaje de las leyes. El *elemento lógico* tiene por objeto la intención o espíritu de la ley o las relaciones lógicas que unen sus diversas partes. El *elemento histórico* tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia a la época de la confección de la ley, para precisar el cambio introducido en la legislación por la ley interpretada. El *elemento sistemático* tiene por objeto el lazo íntimo que ata las instituciones y las reglas del derecho"¹¹⁴.

Los artículos del código, contra texto, fueron identificados, a su vez, con cada uno de los elementos del esquema savigniano de interpretación de la siguiente forma¹¹⁵:

113 Compárese con el texto de Savigny que lee así en su versión española, § 33: "Cuatro elementos se distinguen en [la interpretación de la ley], á saber: el gramatical, el lógico, el histórico y el sistemático.

El elemento gramatical de la interpretación tiene por objeto las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes.

El elemento lógico, la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen á sus diferentes partes.

El histórico tiene por objeto el estado del derecho existente sobre la materia, en la época en que la ley ha sido dada; determina el modo de acción de la ley y el cambio por ella introducido, que es precisamente lo que el elemento histórico debe esclarecer.

Por último, el elemento sistemático tiene por objeto el lazo íntimo que une las instituciones y reglas del derecho en el seno de una vasta comunidad. El legislador tenía ante sus ojos tanto este conjunto como los hechos históricos, y, por consiguiente, para apreciar por completo su pensamiento, es necesario que expliquemos claramente la acción ejercida por la ley sobre el sistema general del derecho y el lugar que aquélla ocupa en este sistema".

Este último comentario de Savigny es glosado, a pié de página, con una observación que aclara mucho su propósito: "El elemento sistemático forma también una parte esencial é integrante de la interpretación. Este elemento falta en los numerosos comentarios hechos sobre el derecho justiniáneo, donde debería esperarse encontrarlo. Son, en efecto, en su mayor parte, comentarios dogmáticos y algunas veces históricos en donde el autor, con ocasión del texto, se extiende sobre las materias que con él se relacionan".

114 Ver Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil*, p. 130-1.

115 Estoy siguiendo la caracterización de Claro Solar en su análisis de los artículos 19 a 24 de la versión Chilena del Código Bello. Claro Solar, *Explicaciones*, pp. 129-139.

Teoría de Savigny	Código Bello
Elemento gramatical	Art. 25 (Colombia) ¹¹⁶ . Art. 19, inc. 1° (Chile)/ art. 27, inc. 1° (Colombia) ¹¹⁷ . Art. 20 (Chile)/ art. 28 (Colombia) ¹¹⁸ . Art. 21 (Chile)/ art. 29 (Colombia) ¹¹⁹ .
Elemento lógico	Art. 22 (Chile)/ art. 30 (Colombia) ¹²⁰ .
Elemento histórico	Art. 19, inc. 2° (Chile)/ art. 27, inc. 2° (Colombia) ¹²¹ .
Elemento sistemático	Art. 24 (Chile)/ art. 32 (Colombia) ¹²² .

¿Por qué esta identificación contra el texto explícito del Código? Fundamentalmente por una razón iusteórica: mientras los artículos 25 al 32 del Código Civil colombiano sugieren una comprensión liberal y exegética de la ley, era evidente para la época de los primeros tratados locales que dichas reglas de interpretación habían sido superadas por la hermenéutica, mucho más sofisticada y recursiva, que estaban exponiendo los pandectistas alemanes, con Savigny a la cabeza. Los autores locales, empezando por Claro Solar, *transforman* los artículos del Cód-

116 Artículo 25 del Código Civil Colombiano: "La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura, de una manera general, sólo corresponde al legislador".

117 Artículo 27, inc. 1° del C.C.C.: "Cuando el sentido de una ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal con el pretexto de consultar su espíritu".

118 Artículo 28 del C.C.C.: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en estas su significado legal".

119 Artículo 29 del C.C.C.: "Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido diverso".

120 Artículo 30 del C.C.C.: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto".

121 Artículo 27, inc. 2° del C.C.C.: "Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento".

122 Artículo 32 del C.C.C.: "En los casos en que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural".

go, en donde hay una comprensión muy limitada del papel del intérprete, y los elevan a las altas y difíciles operaciones de hermenéutica científica que proponen los alemanes para la reconstrucción de un derecho romano actual o contemporáneo. Examinaremos esto con algún cuidado.

En primer lugar, obsérvese cómo en el Código Civil Colombiano la *interpretación auténtica* tiene cierta preponderancia (al menos implícita) sobre la *interpretación doctrinal*. El primer artículo del capítulo se le dedica al tema, sin que tampoco el legislador advierta con qué frecuencia las oscuridades de la ley deben ser iluminadas por vía legislativa o por vía doctrinal. De hecho, en el mundo francés del siglo XIX, el principio legalista obligaba a que, en los remotísimos casos de oscuridad normativa del código, los jueces refirieran el caso al legislativo para que éste dictara norma. Esta institución, el *referé legislatif*¹²³, funcionó mientras se conservó la idea, muy propia de la Revolución, según la cual la ley no podía ser interpretada en momentos post-legislativos ya que ello implicaba violación a la santidad de la *Volonté Generale*. Así, para la exégesis es claro que la oscuridad, si existe, debe ser exclusiva o predominantemente resuelta por el legislador. Este punto de vista, sin embargo, parece ridículo al otro lado del Rhin. Para Savigny, “en efecto, toda ley, para recibir su aplicación a la vida, necesita ser objeto de un proceso intelectual, pues no está en la marcha ordinaria de las cosas que cada ley vaya seguida de otra que la explique: y, por otra parte, aun para aplicar esta ley aclaratoria, sería también necesario recurrir á la acción libre de la inteligencia. Admitido este razonamiento, hay que convenir en que la llamada interpretación legal [o auténtica] no es una especie de interpretación, sino más bien el contraste, la exclusión, la prohibición de la inteligencia verdadera. Este concepto aparece más claro y se justifica enteramente, considerando que contiene la relación evidente é incontestable de la regla á la excepción. Así, pues, en adelante emplearé la palabra genérica “interpretación” para designar la interpretación doctrinal. *Los autores modernos han invertido la relación entre la regla y la excepción, pretendiendo que la interpretación es legislativa por naturaleza, y que no puede pertenecer á una clase de funcionarios ni á los ciudadanos, sin una delegación de la autoridad soberana. Lígase estrechamente esta opinión con la de los autores modernos que consideran la interpretación, no como una verdadera y natural explicación sino como una modificación de la ley*”¹²⁴.

123 Para una referencia más detallada de la institución francesa del *referé*, véase François Génay, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Reus, Madrid (1925), § 40-41.

124 Savigny, *Sistema*, § 32 (énfasis añadido). Cuando se refiere a los “autores modernos”, Savigny habla de los franceses que creen en el mito de la legalidad rousseauiana.

La interpretación, pues, no es un acto de poder, sino “un acto científico de la inteligencia”¹²⁵. Adicionalmente, no es, como parece pensarlo el texto del Código Bello, una actividad restringida a la clarificación de reglas o normas oscuras (“[c]uando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal [...]”). La conciencia hermenéutica consiste precisamente en comprender que *todo acto de lectura* es un acto de interpretación. Esta idea no era para nada compartida en la legalidad liberal que sostenía, desde el punto de vista lingüístico, que las palabras “tienen un sentido natural y obvio”, es decir, un sentido por fuera de la hermenéutica. Savigny, imbuido en la cultura romántica y filológica alemana del siglo XIX, ya posee plena conciencia hermenéutica: la interpretación “es indispensable para toda aplicación de la ley á la vida real, y precisamente en este carácter necesario se funda su legitimidad. *La interpretación no está restringida, como creen muchos, al caso accidental de oscuridad de la ley*”¹²⁶.

Como toda lectura exige interpretación, no basta con el textualismo para agotar la interpretación jurídica. Es incluso posible que en el caso de las antiguas leyes romanas los meros textos confundan, antes que guíen, al intérprete. Si quisiéramos caracterizar la teoría hermenéutica de Savigny tendríamos que decir que se trata, no de textualismo, sino de originalismo: “Tal es el procedimiento de la interpretación que puede, por tanto, definirse de la siguiente manera: la reproducción del pensamiento contenido en la ley”¹²⁷. Para lograr ese objetivo los intérpretes “deben colocarse en el punto de vista del legislador, reproducir artificialmente sus operaciones y recomponer la ley en su inteligencia”¹²⁸. No sobra insistir que esta labor de interpretación de las leyes se predica, en los ejemplos que Savigny da a lo largo de su *System*, del Senadoconsulto macedoniano y de todas las otras “leyes” recogidas en el *Codex del Corpus Iuris*. Se trata, por lo tanto, de documentos antiquísimos donde la labor de interpretación es de naturaleza filológica y exige, por ejemplo, la reconstrucción histórica de la época y circunstancias para las cuales estaban destinadas las disposiciones legislativas. Este elemento “histórico”, por ejemplo, resultaba mucho más hondo que la reconstrucción de la “voluntad del legislador” de una ley contemporánea. Ambos podían pasar, si se quiere, por reconstrucciones “históricas”, pero es evidente que la primera labor exige conocimiento filológico profundo, incluido el de una lengua muerta, de historia y filología, mientras que el último es, en comparación, casi una bagatela. Este ejemplo muestra cómo los doctrinantes del código cambian el significado de los ele-

125 *Ibid.*

126 *Ibid.*, (énfasis añadido).

127 *Ídem.*, § 33.

128 *Ibid.*

mentos savignianos cuando lo aplican a las fuentes del derecho civil codificado, y no a las del derecho romano actual o moderno. Se realiza así de un desplazamiento de contenidos dentro de los elementos: el elemento histórico muy complejo en Savigny, tan importante para la interpretación de las fuentes de Derecho Romano, fue tomado como la voluntad histórica de la legislatura, y por lo tanto, permaneció como "el elemento histórico" pero con un nuevo contenido¹²⁹. De la misma manera, si se observa con cuidado, la llamada interpretación lógica en el Código hace más referencia a la *analogia legis*, que para los alemanes no dejaba de ser una técnica de la jurisprudencia inferior. Sin embargo, si recordamos todo lo expuesto anteriormente en torno a la construcción de principios de derecho civil, la piedra de toque de la interpretación pandectística estaba en la *analogia iuris*. Sólo esta última podía ser considerada como verdaderamente científica. Sin embargo, era relativamente necesario estirar los artículos del Código Bello para poder ver en ellos la metodología constructivista de la *Begriffsjurisprudenz*.

Un último punto quizá resulte importante: habrá notado el lector que ni Savigny ni Claro Solar hablan del elemento "teleológico". Habrá que esperar años en Europa (hacia la década de los sesenta con el cambio teórico en la obra de Rudolf von Ihering) e Latinoamérica (hacia los treinta cuando apenas se transplanta la nueva teoría) para que aparezca una concepción cuasi-utilitarista del derecho con afinidad hacia los fines, consecuencias y resultados de las normas. En todos los autores clásicos que estamos examinando, empezando por Savigny mismo, existe un explícito repudio a tomar en cuenta las consecuencias de una interpretación normativa como criterio hermenéutico: "La apreciación del resultado obtenido es de todos los medios de interpretación el más aventurado, pues el intérprete corre riesgo de excederse de sus poderes y entrarse por el dominio de la legislación"¹³⁰. Rudolf von Ihering habrá de iniciar en 1860 una polémica contra la pandectística savigniana. Para él, como veremos en el capítulo siguiente, la metodología de Savigny confía excesivamente en la capacidad de inducir principios de derecho que se apliquen luego deductivamente a todas las situaciones de la vida. Los conceptos de Savigny aíslan al derecho de su contacto con la vida y el tráfico jurídico y lo vuelven, más bien, un ejercicio académico y erudito de teoría conceptualista sin anclaje en la vida o las preocupaciones prácticas de las personas¹³¹. En contraste, Ihering propone un modelo finalista o consecuencialista de interpretación legal. Para Ihering y su nueva escuela antiformalista, la propuesta hermenéutica

129 Ver Arturo Valencia, *Derecho civil*, p. 105, *supra* note 14.

130 Savigny, *Sistema*, § 35.

131 Véase Rudolf von Ihering, *El cielo de los conceptos jurídicos*. En *Bromas y veras en la jurisprudencia*.

consiste, precisamente, en que las consecuencias de la decisión judicial fueran tomadas en cuenta como un factor legítimo de interpretación. El conceptualismo fue criticado por ser anticonsecuencialista, y por tanto, como un método ciego para alcanzar resultados legales sin indagar por sus consecuencias en la vida. Las máximas del conceptualismo interpretativo más criticadas por von Ihering y otros antiformalistas fueron, por supuesto, "*Dura lex, sed lex*", y "*fiat Iustitia, pereat mundi*". La crítica antiformalista de Ihering y su escuela sería transplantada años después y superpuesta a los elementos savignianos, sin reparar en el posible conflicto, o incluso contradicción que podía darse entre ellos. Los doctrinantes locales empezarán a hablar de un "elemento teleológico o consecuencialista" que, como hemos visto, los primeros tratadistas como Claro-Solar abiertamente repudiaron. Champeau y Uribe, también siguiendo a Savigny, advertían máxima cautela en el uso de la teleología en la interpretación: "Se puede todavía, pero es un procedimiento que no puede emplearse sino con mucha cautela, examinar cuales son las consecuencias buenas o malas que resultarían de determinada interpretación legal [...] Debe desconfiarse de [este método] en cuestiones de derecho"¹³². Sorprendentemente flexibles, los textos del Código Bello han permitido la superposición de teorías de la interpretación contradictorias: su texto parece indicar cierta preferencia por la teoría liberal y exegética del derecho francés del XIX; nuestros tempranos doctrinantes, influenciados por la *Begriffsjurisprudenz* vieron ahí los mismos elementos utilizados para la interpretación filológica del *heutigen Römischen Rechts*, sólo que ahora aplicados a los Códigos; finalmente, los mismos textos han dado para aclimatar la nueva jurisprudencia de fines, intereses y consecuencias que parecía irreconciliable con las dos hermenéuticas anteriores. Los doctrinantes progresivamente han transplantado a la región nuevos cánones de interpretación y se las han achacado al muy plástico Código Bello. Ello, de por sí, no creo que esté mal. Lo que si está mal es creer, como se hace, que basta con leer el texto de los artículos 25 a 32 para entender las batallas iusteóricas que allí se han librado. El canon contemporáneo de interpretación es una mezcla y transformación de todos estos métodos. El canon hermenéutico aparece hoy por hoy explicado en libros de *Introducción al Derecho* (con gran influencia en los operadores jurídicos) de la siguiente manera:

132 Véase Champeau y Uribe, *Tratado*, pp. 91-2.

Teoría de Savigny	Transformación Local ¹³³	Código Bello
Elemento Gramatical	Interpretación Gramatical o Lógico	Artículo 19 Artículo 20 Artículo 21
Elemento Lógico	Interpretación Sistémica	Artículo 22: Contexto y armonía entre diferentes partes y artículos de la ley.
Elemento Histórico	Interpretación Histórica	Artículo 19: La historia fidedigna del establecimiento de la norma.
Elemento Sistemático	Interpretación Teleológica	Artículo 24: Propósito o fin para el que la norma está diseñada en el sistema general de Legislación.

Como hemos visto, la iusteoría de los doctrinantes locales tempranos le dio un claro sitio de preeminencia al constructivismo del elemento sistémico expuesto por la *ciencia del derecho alemán del siglo XIX*, especialmente por boca de Savigny. Aún los escritores de sensibilidad más francófila y exegética, como Vélez o Claro-Solar, nunca fueron completos textualistas, a pesar de que hayan utilizado el género del *comentario*. En realidad, los exegetas locales fueron, desde el comienzo, altamente sofisticados en sus maneras de interpretar el código: era común que incluyeran, por ejemplo, gran cantidad de antecedentes históricos y comparativos sobre los artículos del Código Bello que después los *doctrinantes nacionales* nunca fueron capaces de replicar¹³⁴. Más aún, los exegetas tempranos estaban en contacto más directo con la historia del establecimiento del código Bello, los proyectos preliminares redactados por su autor, sus notas y escritos periodísticos y finalmente sus múltiples fuentes legislativas y doctrinales.

El textualismo o literalismo, por supuesto, estaba presente en la época clásica en el siguiente sentido: "Suponemos que la ley es clara, es decir, que no deja

133 Véase, por ejemplo, Marco Monroy, *Introducción al derecho* 288-310, Temis, 7ª Edición, Bogotá, (1986).

134 Luego de leer la doctrina local, es difícil no llegar a pensar que los doctrinantes tempranos fueron intérpretes superiores que sus sucesores más contemporáneos. La razón de ello es que despliegan un conocimiento envidiable sobre los artículos específicos del Código debido a que tenían, mucho más que nosotros, familiaridad y contacto con la historia de la codificación, los proyectos preliminares y la discusión pública en torno al tema. Este conocimiento, con el tiempo, empieza a desaparecer de la doctrina que tiene que echar mano de la teoría civilística general.

duda alguna sobre su sentido literal. Decir, en tal caso, que el pensamiento del legislador es otro que el que aparece escrito en un texto claro y formal, sería acusar al legislador de una grave ligereza y el interprete no tiene tal derecho¹³⁵. Al legislador se le debía la cortesía de leerlo literal o textualmente porque se suponía diestro en la redacción de las reglas, contrario a lo que ocurría, por ejemplo, en la redacción de contratos por parte de campesinos y analfabetos, donde el arte de la interpretación aconsejaba dar preferencia al fin o propósito por encima del texto convenido: "Manda [el Código] no desentenderse del tenor literal de la ley, para evitar interpretaciones arbitrarias, con el pretexto de consultar el espíritu de ella. En la interpretación de los testamentos y contratos debe estarse más a la sustancia de las disposiciones o a la intención del testador o de los contratantes que a lo literal de las palabras. Depende esta diferencia entre la manera de interpretar la ley y los actos particulares, de que los conocimientos actuales hacen suponer que el Legislador ha empleado en la redacción de la ley los términos propios para manifestar su intención. No debe suponerse lo mismo respecto de individuos que generalmente ignoran su propia lengua"¹³⁶.

Adicionalmente, hay que confesarlo, a los practicantes, jueces y estudiantes de derecho con vocación práctica poco o nada les importaba las teorías que sobre el código iban construyendo Champeau /Uribe y Rodríguez-Piñeres. El conceptualismo de estos autores era académico en el sentido de que el esfuerzo sintético por encontrar los principios era llevado a cabo por los *tratadistas*, no por los usuarios diarios del código. El usuario del código, en cambio, se mantenía al nivel del textualismo, pero ahora un textualismo aumentado por las adiciones, interpretaciones, conceptos y teorías que los *tratadistas* le suministraban. La teoría interpretativa prevaleciente del tratado local hacia 1900 ya no era textualista, sino que era más o menos evidente que el conceptualismo estaba ganando la partida como el último grito de la moda en la ciencia del derecho. Para el abogado práctico, sin embargo, el método constructivista del derecho civil fue reemplazado por el estudio textualista y memorista del código y de sus primeros *tratados* y *comentarios*. Los *tratados* trataban de hacer llegar el mensaje que el derecho civil era plástico y teorizable. Los estudiantes no teorizaron el código, sino que aprendieron de memoria las teorías que sus profesores importaban de Europa, y especialmente de la romanística germana del siglo XIX. El estudiante práctico, en la medida en que memorizaba el código y el tratado, volvió textualista lo que en su intención primaria era constructivista. La sofisticada

135 Luis Claro-Solar, *Explicaciones de derecho civil*, p. 132.

136 Fernando Vélez, *Estudio*, p. 34.

metodología de la *Begriffsjurisprudenz* (una invitación a construir conceptos, teorías y principios) no fue en realidad interiorizada por los estudiantes o litigantes, quienes, consecuentemente, permanecían un paso atrás en el proceso de formación de una conciencia jurídica compleja y autónoma.

Nuestra conclusión puede ser puesta de la siguiente manera: el clasicismo iusteórico local es una conjunción de exégesis francesa y conceptualismo alemán. El conceptualismo, como hemos visto, no es una teoría literalista o positivista del ordenamiento jurídico, mientras que la exégesis sí lo es. Ambas teorías, sin embargo, son formalistas: la exégesis parece ser un formalismo de reglas, la otra un formalismo de principios. El clasicismo local no es exégesis pura, como algunos aseveran, aunque se mantiene claramente dentro del campo del formalismo jurídico. Las ideas básicas de formalismo jurídico que conjuntan tanto a la exégesis como al conceptualismo, a pesar de su aparente irreconciliabilidad, son los siguientes: ciertamente las reglas del código exigen constante interpretación, pero se mantiene en general la fe en la claridad del código y, en últimas, en la posibilidad en que siempre se puede resolver objetivamente las dificultades hermenéuticas. Igualmente, la fe en el lenguaje como un portador de mensajes normativos permaneció intacta. De la misma manera, se creyó en que era posible hacer una sistematización racional de las materias de derecho civil, así como encontrar, de manera objetiva, sus principios. En lo que parecen encontrarse las dos influencias del clasicismo es que el racionalismo de los franceses es tan optimista de la razón, como el constructivismo de los alemanes. La teoría alemana tenía un lado romántico, irracionalista y costumbrista (recuérdese en la idea de *Volkgeist* en Savigny¹³⁷), pero como notará el lector tal cara del conceptualismo alemán no tuvo mayor peso en la doctrina local temprana. El clasicismo local es, entonces, una amalgama de tendencias constructivo-racionalistas que los autores toman a préstamo de la cultura europea del XIX.

Pero el tema de la interpretación no lo es todo. Junto a ella, una iusteoría casi siempre responde al problema de la integración de derecho en casos de vacíos. El clasicismo también respondió a este interrogante. Las líneas centrales de la respuesta ya pueden ser advertidas por el lector atento. El derecho positivo disponía sobre el tema que en caso de vacío el juez podía acudir a "leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas

137 El proyecto costumbrista está claramente anunciado por Savigny en su texto temprano de 1814, "De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho", publicado en español por Aguilar, Madrid (1970), en un volumen titulado "La Codificación".

generales del derecho"¹³⁸. Los doctrinantes, sin embargo, raramente aceptaban que el código presentara vacíos; con mucha menos frecuencia lo hacían litigantes y jueces. No es fácil, se comprenderá, aceptar la existencia de un vacío en la cultura jurídica del siglo XIX. La reciente expedición del código, la extensión de su articulado, la fe en el principio rousseauiano de legalidad, el terror a la usurpación judicial de la creación del derecho, todo ello coadyuvó al rechazo de la idea de vacíos. Cada vez que se encontraban vacíos, la respuesta legalista tradicional le devolvía competencia al legislador. Cuando la Ley 153 de 1887 hablaba de las "reglas generales de derecho" como método para llenar los vacíos, la referencia podía ser interpretada, por los clásicos, como un llamamiento al conceptualismo pandectístico, o quizá al iusnaturalismo: en la primera interpretación, las "reglas generales del derecho" eran los principios de legislación que los primeros tratadistas construyeron sobre las reglas del código; en la segunda lectura, las "reglas generales del derecho" podían ser tomadas como principios de derecho natural, pero los autores raramente mencionaban y mucho menos ejemplificaban en concreto cómo debía proceder el análisis jurídico por esta vía. El artículo 8° de la Ley 153/87 (al permitir la integración de normas en casos de vacíos usando las "reglas generales del derecho"), y el artículo 32 del Código Bello (al permitir la interpretación de los artículos, en último recurso, según el "*espíritu general de la legislación y la equidad natural*"), fueron los puntos de ruptura de un sistema altamente formalista que confiaba en las reglas como las normas primarias del sistema. Aún en estos puntos de ruptura, nuestros autores fundamentalmente pensaron que estas normas hacían referencia a los conceptos o principios jurídicos que la ciencia del derecho alemán había forjado para la época. En ese sentido, la integración en los casos ocasionales de vacío se hacía con recursos internos al derecho, extraídos por fuerza de lógica inductiva y, por tanto, sin mayor perturbación para el sistema jurídico. Aunque esta fue la posición mayoritaria, hubo autores disidentes tales como Fernando Vélez, para quienes el "espíritu general de la legislación" era una referencia, no al conceptualismo, sino a la moralidad local prevalente. Sólo así se explica cómo, so capa de dar ejemplos, Vélez menciona que "está en el espíritu general de nuestra Legislación la protección a los menores, a las mujeres casadas y a las personas jurídicas"¹³⁹.

Mientras que para el clasicismo los vacíos del derecho fueron un tema medianamente secundario, podemos adelantar desde ahora que esa será la gran preocupación de la siguiente generación de juristas. François Gény insistirá fervientemente que el código está lleno de vacíos y que es necesario que el juez los llene en plena

138 Ley 153/87, artículo 8°.

139 Ver Vélez, *Estudio*, p. 36.

libertad. La siguiente será la generación de la jurisprudencia libre, científico-positivista y moderna. El clasicismo fue la jurisprudencia objetivista, científico-filológica y, si se quiere, premoderna. Los lemas, como los que acabo de intentar, son siempre peligrosos. Pero quizá le sirvan al lector para dar broche final a la presente sección.

3.2.4. Control constitucional

Corresponde ahora analizar las consecuencias constitucionales y políticas del clasicismo teórico. El clasicismo era, en general, ambivalente con relación al problema de si una norma era "derrotable" o "anulable" cuando se le comparaba con alguna forma de "derecho superior". Hemos visto, por ejemplo, cómo la jurisprudencia de conceptos pensaba que los principios de derecho civil eran superiores a las reglas particulares; por tal razón las reglas, en situaciones de oscuridad o vacío, eran "derrotables" acudiendo a los principios o conceptos. Esta derrotabilidad de las reglas funcionaba por vía de derecho civil doctrinario y excluía la derrotabilidad normativa en derecho público. La doctrina exegética en la materia era aún más restrictiva: por razones que huelga repetir, la teoría liberal le impedía a los jueces cualquier forma de anulación poslegislativa de las reglas. Tal imposibilidad se basaba en la doctrina según la cual la ley y el respeto a la misma eran necesariamente "buenos" (en términos morales y políticos), y la modificación o anulación post-legislativa de las leyes eran necesariamente actos de usurpación política arbitraria, primero, y segundo, decisiones "malas" o inconvenientes para el cuerpo político. En el campo del derecho constitucional, la visión legocéntrica francesa predominó en la época clásica: en la medida en que la obediencia judicial a la ley era el valor supremo, a los jueces no les era dado examinar la constitucionalidad, y mucho menos la conveniencia de la regla. En la jurisprudencia de conceptos, empero, a los *doctrinantes* le era dado examinar la *cientificidad y coherencia* de las reglas.

Esta idea fundamental del legocentrismo dificultó durante muchos años la implementación de instituciones formales de control constitucional. La tardía creación de estos mecanismos formales de control constitucional en la Latinoamérica del último tercio del siglo XX, de otro lado, abrió canales institucionales para argumentos jurídicos de naturaleza antiformalista que eran completamente inimaginables antes de esta innovación política¹⁴⁰. Hasta nuestros días, los abogados y jue-

140 Colombia y Venezuela fueron los primeros países en tener algún tipo de control constitucional en 1910. El sistema en otros países fue adoptado años después y con restricciones muy importantes. Ver generalmente Comisión Andina de Juris-

ces de una tendencia más tradicional afirman que, en la práctica, no debería haber mucho control constitucional de los códigos, mientras que los antiformalistas luchan por ampliar el campo del control constitucional a todas las esferas del derecho positivo. Para los tradicionalistas, el control constitucional debe ser ejercido con gran cuidado y casi siempre dirigido contra la nueva legislación (producto de un estado activista que viola libertades individuales casi siempre de contenido económico¹⁴¹), ya que la Constitución no puede reemplazar las estructuras fundamentales del *ius commune* contenidas en los Códigos¹⁴². Los códigos, con el civil a la cabeza, parecen ser una parte esencial de la propia Constitución¹⁴³.

La historia política del control de constitucionalidad en Colombia, es brevemente, la siguiente¹⁴⁴: el Código Bello como código unificado de un estado unitario es impulsado, conjuntamente con la Constitución de 1886, por el proyecto regeneracionista. En principio, como hemos visto, ni la Constitución ni el código contienen posibilidades formales de ejercer control constitucional de la legislación. El rol de la Corte Suprema era exclusivamente la de servir como *Cour de Cassation*¹⁴⁵, decidiendo controversias en derecho privado y sin poder alguno para criticar o anular la legislación con fundamento en su inconstitucionalidad. El principio de supremacía legislativa era por tanto absoluto, aunque, se repite, los doctrinantes influenciados por la pandectística sostenían que la *ciencia del derecho* operaba

(cont. nota 140) tas, *Una mirada a los tribunales constitucionales: Las explicaciones recientes*, 4 Lecturas constitucionales andinas. Es necesario anotar, sin embargo, que el control constitucional que se establece en la 2ª posguerra es cualitativamente diferente al existente al control constitucional inaugurado en 1910. Las diferencias son exploradas en mi libro, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2ª edición.

141 Por tal razón se propone a veces el establecimiento de un término de caducidad para el ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad. Véase, por ejemplo, el artículo 13 del proyecto de acto legislativo "por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia", presentada por el gobierno del Presidente Álvaro Uribe al Congreso en el primer período de la Legislatura 2002-3. En la norma se propone una caducidad de dos años para la presentación de demandas de inconstitucionalidad lo que supondría la intangibilidad de todas las demás leyes.

142 Véase Corte Constitucional Colombiana SU-342/1995, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía.

143 Véase Joaquín Arce, *El derecho civil constitucional*, Civitas, Madrid (1986).

144 Excluyo completamente de mi análisis el control en las constituciones del siglo XIX.

145 Véase el muy interesante *Estudio sobre el recurso de casación* escrito en 1900 por Antonio José Uribe y publicado en *Jurisprudencia Colombiana*, Imprenta Nacional, Bogotá. En esta primera gaceta judicial se recoge la jurisprudencia de la Corte desde el año de 1886.

como *lex superior* con relación al derecho legislado. La Corte Suprema de Justicia colombiana aceptó explícitamente este estado de cosas en 1899¹⁴⁶, cuando decidió unánimemente que no tenía facultades para anular normas legales.

El clasicismo jurídico, como consecuencia tanto de la estructura política del Estado unitario de la regeneración así como de la teoría jurídica más común, terminó suscribiendo la teoría liberal clásica del papel relativo de la rama judicial y la legislativa en la creación de las normas legales. Claro Solar, Vélez, Champeau/Uribe y Rodríguez Piñeres, todos aprobaron en conjunto la teoría tradicional de división de poderes. Según Claro Solar, “el rol del juez y el del legislador son muy diferentes”¹⁴⁷. Las diferencias entre los dos ramas eran básicamente tres:

“El legislador es el órgano del interés social, es decir, de los intereses generales, y estatuye sobre ellos: el juez es el órgano de los intereses particulares, encargado de solucionar un conflicto que se suscita respecto de determinados intereses. De esta primera y primordial diferencia resulta que la ley obliga a todos, es general y universal en sus efectos; la sentencia del juez sólo obliga a las partes que litigan; y en seguida que la autoridad judicial debe arreglar el pasado, no disponer para el porvenir, y el legislador estatuye para el porvenir sin tocar el pasado [...]. Si las leyes han llegado a ser inconvenientes o han cesado las causas que las motivaron, el legislador puede modificarlas o suprimirlas totalmente: mientras que el juez no puede modificar la sentencia en que resolvió el litigio que le fue sometido [...]. Esta diferencia en las funciones del legislador es la base de la división de poderes”¹⁴⁸.

Para Champeau y Uribe, mientras tanto, “el cargo de aplicar las leyes pertenece, en las sociedades modernas, a un tercer poder, más o menos independiente de los otros dos, que se llama poder judicial. No hay libertad, dice Montesquieu, si el poder de juzgar no está separado del poder legislativo”¹⁴⁹. La magistratura, entonces, tenía como misión la aplicación del derecho sin poder criticarlo o anularlo fundamentado en su potencial injusticia, inconveniencia o inconstitucionalidad. La *Begriffsjurisprudenz* permitía, en cambio, una crítica basada en la falta de sistematicidad de las reglas: “No existe, según nuestra Carta Fundamental, auto-

146 Corte Suprema Colombiana, Decisión de septiembre 14/1889, Gaceta Judicial N° 155.

147 Luis Claro Solar, *Explicaciones*, p. 32.

148 Ver *id.* At 32.

149 Ver Champeau y Uribe, *Tratado*, ver nota 33, p. 31.

ridad alguna encargada de anular las leyes por inconstitucionalidad”¹⁵⁰. En Colombia, exactamente en el mismo sentido, la Ley 153 de 1887 proveía en su artículo 6° que “una disposición expresa de ley posterior a la Constitución se reputa constitucional, y se aplicará aún cuando parezca contraria a la Constitución. Pero si no fuere terminante, sino oscura y deficiente, se aplicará en el sentido más conforme con lo que la Constitución preceptúe”¹⁵¹. El sistema así establecido era completamente legocéntrico: “el poder legislativo tiene un predominio incontrastado en la materia de tal manera que el juez no puede apreciar la ley en sí misma, ni tiene poder para verificar su constitucionalidad o inconstitucionalidad, de acuerdo con el viejo aforismo: *ejus est interpretare legem cujus est condere*”¹⁵². La norma positiva era la fuente dominante e indiscutida. Tenía que conformarse a la Constitución, pero la conformidad se suponía y no había mecanismos para controvertir la presunción. La crítica a la fuerza omnímoda de la ley podía provenir de las técnicas legítimas y aceptadas del Pandectismo que hemos estudiado, pero el Código y las leyes no eran susceptibles de ser vencidos mediante una crítica, llamémosla así, “idealista”: por crítica “idealista” me refiero al rechazo o no-aplicación de la ley con fundamento en su inconveniencia, injusticia o inconstitucionalidad.

En Colombia la inexistencia formal del control constitucional fue ligeramente moderada por un par de disposiciones legales que buscaban establecer la supremacía de la Constitución sobre la ley, así dicha supremacía no se tradujera en facultades de anulación judicial de la legislación. En primer lugar, el artículo 10 del Código Civil proclamaba solemnemente, pero con poco efecto práctico, que “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”¹⁵³. La Constitución, según la práctica forense aceptada, no era frecuentemente usada en el litigio. La única fuente verdaderamente práctica de derecho era el código y las leyes, a pesar del reconocimiento formal de supremacía de la Constitución. La fortaleza ideológica del Código era tan grande que la Ley 153/1887, para dar utilidad práctica a la Constitución, contenía una norma que resulta completamente extraña en términos de fuentes del derecho: en efecto, la ley llegó a declarar que la carta de derechos de la Constitución de 1886¹⁵⁴ era parte integrante del código y, he aquí lo más extraño, tenía fuerza de ley. En un mundo legocéntrico la relevancia de la Constitución sólo se podía mantener a precio de descenderla en el peldaño en las fuentes del derecho. Más preciso aún

150 Luis Claro Solar, *Explicaciones*, p. 30.

151 Ley 153 de 1887, artículo 6°.

152 Rodríguez Piñeres, *Curso elemental*, p. 57.

153 Código Civil Colombiano, artículo 10.

154 Constitución de 1886, título III, *De los derechos civiles y las garantías sociales*.

sería decir que en el mundo de la legalidad rousseauiana, de hecho, el primer escalón en la pirámide de fuentes era, y no podía ser de otra manera, la ley. El artículo 7° de la Ley 153 ordenaba que “el título III de la Constitución sobre derechos civiles y garantías sociales tiene también fuerza legal, y, dentro de las leyes posteriores a la Constitución, la prioridad que le corresponde como parte integrante y primordial del Código Civil”¹⁵⁵. La frase final del artículo transcrito es aún mucho más interesante: la verdadera supremacía de la Constitución sobre las leyes le viene, no de su naturaleza constitucional, sino como parte integrante del Código Civil. Estos detalles fundamentales no son tremendamente extraños ya que nuestra educación jurídica aceptaba como mito la supremacía constitucional, así la práctica forense continuara siendo marcadamente legocentrista en el sentido que se acaba de indicar.

Pero las cosas no paran ahí. José María Samper, reputado constitucionalista, miembro de la Asamblea Constituyente de 1885 y luego miembro de la Corte Suprema de Justicia, explica en su *Derecho público interno de Colombia*¹⁵⁶ que el rechazo del sistema norteamericano de control constitucional en la constitución de 1886 obligó a que se adoptara en Colombia una solución que él denomina “intermedia”: los jueces no pueden invalidar leyes, cierto, pero sí pueden darle prevalencia a la Constitución sobre la ley mediante la incorporación del Título III en el Código Civil. “Se temió [...] el peligro de la anarquía en las decisiones de los jueces, y al cabo, por vía de transacción, se convino en que el título III de la Constitución sería incorporado [...] en el Código Civil, con el fin de que todo lo relativo a los derechos civiles y garantías sociales fuese aplicado de preferencia a cualquier disposición legal que contrastase con tales derechos y garantías”¹⁵⁷. Esta “negociación”, como la llama Samper, entre los partidarios del control constitucional y los partidarios de la soberanía legocéntrica terminó resolviéndose, no en un sistema intermedio, sino en la victoria del último grupo. Al evaluar el compromiso alcanzado, Rodríguez Piñeres muestra, en un ensayo presentado en 1916 en el Segundo Congreso Científico Panamericano, que “esta barrera [la incorporación del título III de la Constitución al Código Civil] puesta por el constituyente al legislador *revela una candidez extrema* en el primero, pues *la incorporación [...] no tenía por qué [...] impedir las violaciones legislativas de la Carta Fundamental*”¹⁵⁸.

155 Ley 153/1887, artículo 7°.

156 Véase José María Samper, *Derecho público interno de Colombia*, Vol. II, p. 184, Bogotá, 3ª edición, Imprenta de la Luz, 1886 (1951).

157 *Ibidem*.

158 Eduardo Rodríguez Piñeres, *Relaciones entre los poderes judicial y legislativo*, en *Por el reinado del derecho*, Bogotá, Imprenta “La Luz” (1927) (énfasis añadido).

Los motivos para la adopción de la teoría liberal legocéntrica son dos y de alguna manera contradictorios entre sí: de un lado, la división de poderes responde a la idea según la cual la existencia de *checks and balances* entre las ramas del poder son necesarias para la protección de los individuos contra los gobiernos tiránicos o absolutistas. De otro lado, y rivalizando con este primer argumento, la división del poder es igualmente una forma de asegurar la obediencia estricta al derecho estatal. Una vez un cuerpo democrático y representativo (la Asamblea) promulga una ley, nadie, ni la misma magistratura, puede impugnar su contenido. La aplicación e interpretación uniformes de la ley, vía estricto textualismo y con exclusión de mecanismos de derrotabilidad normativa, constituyen la protección contra el caos social. La imposibilidad judicial de revisar la constitucionalidad de una norma estaba ligada a la inexistencia en nuestra cultura de un derecho a la desobediencia civil. De esta manera, la separación rígida entre legislación y adjudicación, entre legislativo y judicial, fue doblemente justificada, primero, como mecanismo para asegurar el ejercicio de las libertades contra el gobierno, pero, al mismo tiempo, como mecanismo para asegurar el ejercicio de la autoridad contra los individuos.

Hemos visto entonces que la imagen que la escuela clásica del derecho tenía sobre el papel de los jueces y de la doctrina era realmente bidimensional: de un lado, los autores se mostraban tozudamente tradicionalistas al repetir, una y otra vez, los dogmas del legalismo liberal francés que convertía a jueces y doctrinantes en amanuenses poco creativos de la ley; de otro lado, los autores mostraban gran entusiasmo con la superación de dicho legalismo mediante la recepción de las metodologías científicas de la jurisprudencia de conceptos alemana. Los tratados de la época clásica eran muy tradicionales con respecto a la teoría política de separación de poderes que claramente inhibe la decisión judicial por fuera o por encima de la ley. De otro lado, y a renglón seguido, aceptaban con más o menos amplitud las nuevas metodologías alemanas de “interpretación” e “integración” del derecho: de esta forma abrieron un espacio limitado para la decisión judicial y la elaboración doctrinal científica. La aclimatación local de esta metodología no legalista se encontró, a su vez, en la reinterpretación de textos del Código Civil (en especial su capítulo sobre interpretación de la ley) y en la posibilidad que dejaba la Ley 153 de 1887 de usar la “equidad”, “el espíritu general de la legislación” y “los principios generales del derecho”. Todas estas expresiones fueron entendidas dentro de las posibilidades que ofrecía la jurisprudencia de conceptos. Sin embargo, en la práctica forense, los jueces de instancia y los litigantes poco interesados en medir el pulso de la civilística europea del momento tendieron a reproducir, tanto en derecho público como en derecho privado, el legalismo francés. Es, ciertamente, la línea del menor esfuerzo. Para corroborar este punto, resulta muy sorprendente cómo nuestra cultura jurídica ha sido y todavía es proba-

damente influenciada por el conceptualismo metodológico. La mayor parte de las estructuras de la "dogmática jurídica" en varios campos es fruto de la ciencia del derecho, no del derecho positivo legislado. No se me ocurre cómo llevar el experimento a cabo, pero podría medirse qué proporción de derecho científico y de derecho legislado se estudia y me da la impresión que las estructuras fundamentales de conocimiento del abogado están dadas por "derecho científico" no legislado, a la manera prescrita el siglo pasado por la pandectística alemana. Sin embargo, asombra ver cómo a pesar de esa influencia tan marcada, nuestros abogados no conservan en su memoria los fundamentos de una tal teoría del derecho, mientras parecen recordar el más sencillo credo del legalismo liberal. Esto lleva a una paradoja del mayor interés: puede ser que los profesores o litigantes profesen el alto conceptualismo (por ejemplo, cuando utilizan la teoría general del negocio jurídico), pero si se les inquiere al respecto responderán que están interpretando el código de manera textualista. No ven cómo, por ejemplo, la teoría general del negocio jurídico está teóricamente sobrepuesta al Código Bello el cual, en su letra, no la contiene.

La siguiente generación de teoría del derecho empezará a ver las cosas de una manera muy diferente. Ese será el tema del próximo capítulo, pero una panorámica ahora está en orden. El primer punto será, indudablemente, la crítica frontal a la máxima política de la separación de poderes. Para los juristas posteriores a Ihering y Gény (*circa* 1900) ya no será un pecado capital el aceptar que los jueces crean derecho. Aún más: crean derecho y de formas muy diferentes a las recomendadas por los conceptualistas. En la medida en que hay menor atadura política a la Ley, los métodos del derecho privado para interpretar y criticar normas positivas empiezan a ser mucho más empleados por los jueces. Esta nueva generación creará una primera versión de antiformalismo local. Para ellos, será fácil reconocer que los casos difíciles (definidos como aquellos en los cuales la norma a aplicar es oscura o inexistente) son de hecho muy frecuentes. Se requiere entonces pensar cómo ha de proceder una "jurisprudencia libre" en la que ya no resulta suficiente, ni el texto de la ley, ni la doctrina científica. Esta nueva generación de autores tomará de nuevo los conceptos legales de "equidad", "principios generales del derecho" y "espíritu general de la legislación" para reinterpretarlos de maneras muy distintas a las desplegadas por la época clásica.

El fuerte compromiso del clasicismo teórico con la estricta separación de poderes tuvo una consecuencia adicional que vale la pena mencionar: las reglas positivas de derecho codificado fueron consideradas como fuente primaria (y para los rousseauianos más convencidos, única) de derecho en Latinoamérica. Los tratadistas de punta trataron de quebrar tal hegemonía, al menos en el derecho teórico y elegante, con su insistencia en la importancia del derecho doctrinal científico. Sólo con el tiempo llegaron a ganar la partida cuando los abogados empe-

zaron a reinterpretar el código conforme a los sistemas conceptuales extraídos del derecho científico transplantado por los pandectistas locales. Pero con excepción de la doctrina, los juristas clásicos excluyeron cualquier otra forma de creación del derecho y muy especialmente la jurisprudencia. Un caso, así fuera de Corte Suprema, nunca podía tener fuerza de precedente. Su valor jurídico estaba limitado a resolver el pleito *inter partes*. El mismo tribunal o sus inferiores jerárquicos no tenían deber de obediencia horizontal o vertical a la jurisprudencia previa. Los litigantes, de otro lado, no pensaban que una interpretación jurisprudencial constituyera una regla de derecho. Todos los autores clásicos que hemos examinado en este capítulo coinciden en este punto en concreto¹⁵⁹. El sistema jurídico latinoamericano importó en este aspecto el odio revolucionario de los franceses contra los así llamados *arrêts de règlement*, por los cuales las corporaciones judiciales francesas podían establecer doctrinas jurisprudenciales vinculantes. Este tipo de decisiones judiciales fue considerada como ejemplo señero de las arbitrariedades del *ancien régime*. El Código francés los prohibió en el artículo 5°. Un texto muy similar fue adoptado en Colombia en el artículo 17 del Código: "Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria"¹⁶⁰.

En Chile, mientras tanto, el sistema adoptado originalmente fue el del *referé* legislativo. En el artículo 3° del Código chileno se ordena: "Solo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren"¹⁶¹. El artículo 5° proveía adicionalmente que "[l]a Corte Suprema de Justicia y las Cortes de Alzada en cada año darán cuenta al Presidente de la República de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y los vacíos que noten en ellas"¹⁶². Esta norma en todo caso permitía que los jueces resolvieran los casos difíciles que se les presentaban. En Francia, al menos por una época, la necesidad de evitar la usurpación judicial del poder legislativo era tan fuerte que en casos difíciles el juez tenía que suspender el juicio y referir el problema al legislador de tal modo que éste pudiera, por sí mismo, dictar la regla que el juez posteriormente aplica-

159 Véase Champeau y Uribe, *Tratado*, pp. 31-35; Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil*, pp. 34-35; Uribe, *Jurisprudencia Colombiana*, p. xxx-xxxii; Vélez, *Estudio*, p. 26; Rodríguez, *Curso elemental*, p. 55.

160 Código Civil colombiano, art. 17.

161 Código Civil chileno, art. 3°.

162 Código Civil chileno, art. 5°.

ría. El sistema chileno, sin embargo, no fue a tal extremo: exigía una resolución judicial del caso mediante las técnicas de interpretación e integración que la doctrina aceptaba como legítimos con fundamento en los textos de la ley. Dado que la norma creada o interpretada en sede judicial no quedaba cubierta por el valor vinculante de la jurisprudencia, terminaba siendo meramente un compromiso temporal hasta un momento posterior, cuando el legislador o la doctrina, alertados de la dificultad, definieran el punto concluyentemente mediante legislación o derecho científico¹⁶³.

3.2.5. *La presencia del iusnaturalismo en la época clásica*

Hay otra característica de la iusteoría clásica que exige nuestra atención a esta altura: los tratadistas que hemos examinado parecen ser principalmente "positivistas"¹⁶⁴ en un sentido especial de la palabra: en la medida en que mezclan teorías exegéticas y conceptualistas, piensan que las reglas, o incluso los principios extraídos de las reglas, provienen de la actividad política o científico-sistematizadora de seres humanos, y no de alguna fuente trascendente que dicte de manera más o menos universal e intemporal las reglas del derecho civil. Sin embargo, es también cierto que todos los *tratadistas* clásicos terminan reconociendo alguna clase de papel al derecho natural como personificación de la razón humana en los asuntos jurídicos válida en toda época y en todo lugar. ¿Cómo puede el clasicismo reconciliar su fuerte compromiso con el legocentrismo (de tendencia marcadamente positivista), y al mismo tiempo, reconocer alguna forma de iusnaturalismo¹⁶⁵? La

163 En la medida en que el derecho científico fue tomando vuelo, no sorprende la siguiente afirmación: "En la práctica esta disposición [el *referé legislatif*] no ha tenido efecto, sea porque los Tribunales Superiores no han querido llamar la atención sobre las cuestiones que pudieran volverse a presentar a su fallo y en que estimaban peligroso dar opinión, sea porque han desconfiado de que el legislador pusiera inmediato remedio al mal por ellos señalado aumentando de este modo los conflictos y los pleitos". Claro Solar, *Explicaciones*, p. 35.

164 Para Norberto Bobbio, la exégesis y el conceptualismo son parte del desarrollo histórico del positivismo jurídico en el siglo XIX. Véase al respecto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid (1993), pp. 61-104.

165 Norberto Bobbio y Maurizio Fioravanti, el primero en derecho privado y el segundo en derecho público, narran de manera muy persuasiva cómo las convicciones de la Revolución francesa, inicialmente iusnaturalista, se van transformando en una forma fuerte de iuspositivismo. En mi recuento de teoría local no he tenido necesidad de hacer esta narración ya que en los autores clásicos la transformación al iuspositivismo ya es completa. Quedan, y eso es lo que se examina en texto, trazas de iusnaturalismo de vigor sumamente reducido. Véase Norberto Bobbio, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid (1993) y Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid (1996).

transformación iusteórica mediante la mezcla de teorías contrarias ha sido un recurso usado frecuentemente en la región para alcanzar posiciones más moderadas en las que se reduce la ansiedad causada, por ejemplo, por la adopción sin ambages del iuspositivismo en un ambiente social y cultural donde el derecho y el poder todavía tienen hondas raíces teológicas.

En los tratadistas clásicos locales se puede presenciar con gran claridad el proceso paralelo de secularización progresiva que sufrió el legalismo francés del XIX: mientras exegetas franceses tempranos, tales como Laurent y Vareilles-Sommierés, mantienen una noción fuerte de derecho natural basada en la idea de reglas dadas por Dios o por la naturaleza y con ámbito de validez universal e intemporal, los exegetas maduros de la segunda mitad del siglo, como Aubry y Rau, Baudry Lacantinerie y quizás el mismo Planiol, conciben el derecho natural meramente como el conjunto de reglas *ideales* (un deber ser del sistema de derecho) que el derecho positivo del Estado debería ir promulgando en un proceso civilizatorio progresivo. Los tratadistas latinoamericanos clásicos siguen el mismo ritmo que acabamos de advertir en Francia, aunque todo dentro de la misma obra: comienzan con el concepto temprano y fuerte de derecho natural, aparentemente del lado de los primeros exegetas racionalistas e ilustrados franceses. Justo después, y sin hacer explícito el cambio en el énfasis, parecen aceptar una visión más moderna y moderada de derecho natural, en el que se reconoce su existencia pero con funciones bastante disminuidas. La ambigüedad de los primeros tratadistas parece estar bien calculada para evitar caer en controversias iusteóricas, políticas y culturales que siempre han sido difíciles en Latinoamérica por la ascendencia de la Iglesia Católica.

El puente entre una concepción temprana del derecho natural racional (con la que arrancan) y la más tardía de un derecho ideal o teórico (a la que arriban) es más o menos claro en los tratadistas locales. La concepción de llegada implica una aceptación muy restringida del derecho natural; tan restringida que, en el fondo, no parece ser aceptable para un convencido y profundo iusnaturalista. Para el clasicismo las principales características de un derecho natural aceptable y útil en la interpretación y exposición del código civil son las siguientes: (i) el derecho natural, aunque existe, no es universal ni atemporal; (ii) el derecho natural consiste más bien en el estado ideal y racional que debería regir las relaciones jurídicas y que el derecho positivo debería tratar de conocer y establecer hacia el futuro; (iii) en tanto mero derecho natural (*lex ferenda*), no tiene validez formal alguna y por tanto no existen derechos subjetivos exigibles que provengan del mero derecho natural; (iv) las normas prospectivas dictadas por el derecho natural son pocas y altamente indeterminadas, por lo que no constituyen principios ciertos para la

deducción de subnormas jurídicas exigibles¹⁶⁶; (v) incluso en esta versión tan atenuada, el compromiso de los primeros tratadistas con el derecho natural no supera el mero gesto retórico. Se trata, como veremos, de un guiño relativamente insincero a una audiencia que así lo espera.

Bajo esta aceptación severamente condicionada del derecho natural por los escritores clásicos, los restos del mismo que permanecen son sólo sombras descoloridas de la doctrina revolucionaria original: primero (i), los contenidos de derecho natural no tienen realmente validez universal e intemporal. Muy por el contrario, están limitados al sentimiento y juicio moral de la comunidad que los ha de aplicar: "Ya Aubry y Rau, sin querer negar la existencia de ciertos principios absolutos e inmutables, anteriores y superiores a toda la legislación positiva, no creían que las reglas destinadas a organizar y desarrollar estos principios, reglas que no presentan sino un carácter contingente variable, puedan ser determinadas *a priori*. Según ellos 'el *criterium* según el cual se determinan los preceptos legítimamente susceptibles de llegar a ser objeto de una coerción exterior reside en la conciencia colectiva de cada pueblo y el sentido moral de una nación se modifica según el grado de civilización'"¹⁶⁷. La variabilidad del derecho natural es también resaltada por Baudry-Lacantinerie en un argumento advertido por Claro Solar: "Al contrario de la opinión corriente, este derecho será susceptible de variar en el tiempo y en el espacio, con la constitución misma de la sociedad considerada"¹⁶⁸. Segundo (puntos ii-iii *supra*), las proposiciones jurídicas de este sistema de derecho natural son meramente "racionales", "ideales" o "teóricas": ellas marcan lo que la comunidad consideraría como reglas *buenas* en comparación a las reglas existentes. Los legisladores, por tanto, tienen el deber de reformar la ley para hacer el sistema más coherente con este conjunto de reglas óptimas: "el nombre del derecho racional, o aun de derecho teórico o ideal, le convendrían más entonces que la calificación de *natural* que se resiente demasiado de la concepción metafísica a la cual se liga"¹⁶⁹. Por tanto, "el derecho natural es, pues, un derecho ideal, al cual deben tratar de conformarse en lo posible, los legisladores de los pueblos"¹⁷⁰. Las disposiciones de derecho natural, en consecuencia, no se pueden

166 Contrario a lo que ocurre con los principios extraídos por la jurisprudencia de conceptos.

167 Claro Solar, *Explicaciones*, p. 4. Repárese en la cercanía enorme entre esta posición y la crítica al iusnaturalismo hecha, con fundamento histórico, por parte de Savigny.

168 *Ibid.*

169 *Ibid.*

170 Champeau y Uribe, *Tratado*, p. 18.

hacer cumplir porque no son *lex lata*. Son, simplemente, un recurso heurístico para la reforma del derecho. Tercero, (punto iv *supra*), los principios del derecho natural son muy escasos y muy generales. Constituyen un sistema mínimo de reglas¹⁷¹: "el derecho natural se compone de un pequeño número de máximas fundadas sobre la equidad y el buen sentido, que se impone al propio legislador, y según los cuales puede apreciarse la obra legislativa para alabarla o vituperarla"¹⁷². La generalidad de su contenido no permite "formar una legislación completa, de modo que cada texto legal corresponda a uno de tales principios"¹⁷³. Las reglas del derecho natural no pueden darle contenido a un sistema de derecho privado maduro, ni pueden justificar todo el derecho existente: permanecen como principios muy generales de *ley buena o justa*. Pero como principios que son, resultan además indeterminados. No existe una ruta deductiva que parta desde ellos hasta los detalles imprescindibles del derecho civil práctico o forense¹⁷⁴.

171 Hans Kelsen identifica y denuncia con gran lucidez los vestigios de iusnaturalismo en el positivismo pre-kelseniano. Según él, la mayoría de las teorías cuasi-positivistas del siglo XIX como el clasicismo local, aceptan un "derecho natural mínimo" articulado dentro del derecho positivo: "Con la victoria de la burguesía liberal en el siglo XIX, comienza una pronunciada reacción contra la metafísica y la teoría del derecho natural. Coincidiendo con el progreso de las ciencias empíricas de la naturaleza y con una disolución crítica de la ideología religiosa, se ejecuta la virada de la ciencia jurídica burguesa desde el iusnaturalismo hacia el positivismo. Empero, por radical que fuera, esta mudanza nunca fue completa. Es cierto que ya no se supone más que el Derecho sea una categoría eterna y absoluta; se reconoce que se contenido está sometido a mutación histórica y que, como derecho positivo, es un fenómeno condicionado por circunstancias de tiempo y lugar [...] Pero como el carácter jurídico del orden estatal del caso es supuesto como evidente, su legitimación es también asegurada por esa teoría jurídica del *minimum moral*, que sólo es teoría minimizada del derecho natural. Y este *minimum* de garantía satisface a los tiempos relativamente sossegados del dominio consolidado de la burguesía, en un período de relativo equilibrio de las fuerzas sociales. No se han extraído las últimas consecuencias del principio positivista oficialmente reconocido; a decir verdad, la ciencia jurídica no está orientada en sentido positivista de modo integral, pero sí preponderante". *Teoría pura del derecho*, 1ª edición, § 10. La observación de Kelsen es totalmente confirmada por la lectura de los materiales clásicos hispanoamericanos.

172 Rodríguez Piñeres, *Curso elemental*, p. 12.

173 *Ibidem*, p. 12.

174 Una diferencia importante aparece aquí entre las distintas concepciones de los principios jurídicos como de la *Begriffsjurisprudenz* por un lado, y del iusnaturalismo por el otro: para la primera visión, a partir de las reglas se puede construir por inducción un principio de legislación sin que los pandectistas puedan asegurar que se trata, en realidad, de derecho bueno o justo. A lo máximo, como criterio normativo, podrán decir que es derecho responsivo a las necesidades y al espíritu popular y que es científico y coherente en términos de dogmática jurídica. De otro lado, los principios de derecho natural tienen que garantizar que expresan derecho bue-

La verdad de todo esto es, sin embargo, un poco más brutal: en el esfuerzo concreto de los tratadistas por explicar el Código Civil, la importancia del derecho natural fue increíblemente insignificante. Se trata, eso sí, de un punto simbólicamente importante saber si un jurista clásico reconoce de alguna manera el lugar del derecho natural. Pero, más allá de eso, la discusión parece ser meramente simbólica¹⁷⁵. Por ejemplo, después de discutir el derecho natural en los términos que acabamos de reseñar, Rodríguez Piñeres, reconoce sinceramente que las preocupaciones reales son otras: "La ley positiva es el material de nuestro estudio"¹⁷⁶. Los vestigios de iusnaturalismo que hemos encontrado en los tratados clásicos sólo tienden a aparecer en sus partes introductorias, como muestras de un iusnaturalismo muy diluido, que en puridad resultaba difícil de rechazar por completo debido al contexto político y social de nuestros autores. Pasadas las páginas introductorias, el iusnaturalismo no tiene una metodología concreta que permita analizar problemas específicos del derecho privado¹⁷⁷. El verdadero importe de la discusión sobre el iusnaturalismo quizá tuvo que ver con la supervivencia del derecho canónico de la Iglesia Católica en la regulación de algunas áreas de la vida en Latinoamérica. Una concepción positivista madura quizá exigía para algunos un derecho civil excesivamente extraído de la esfera clerical y teológica. Era tanto como secularizar por completo la familia y la persona. Quizá, la discusión acerca del derecho natural tenga que ver con la aceptación que hace el Código Bello de que algunas áreas de la vida privada, especialmente matrimonio y familia, permanezcan controlados por reglas del derecho sustantivo y procesal de la Iglesia Católica. Por esto Claro Solar reconoce después que el Código Bello "no llegó a consagrar la secularización del derecho, pues dejó entregada la constitución de la familia y la comprobación del estado civil, a las leyes canónicas; pues

(cont. nota 174) no, es decir, una solución correcta, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también desde el moral. Los principios jurídicos de la Pandectística, entonces, tienden a justificar la estructura global de las reglas de Derecho civil, y sólo marginalmente critican algunas de las mismas como incoherentes con el "concepto" o con el *Volkgeist*. Los principios del derecho natural, de otro lado, sirvieron como justificación, por ejemplo cuando de manera general equiparaban el código con la razón; pero también pueden servir de crítica, por ejemplo, cuando en el clasicismo que examinamos en el texto se presentan como el derecho ideal o teórico que el código no ha llegado a realizar en este mundo.

175 No por simbólica menos importante. Véase al respecto el ya clásico libro de Mauricio Villegas García, *La eficacia simbólica del derecho: examen de situaciones colombianas*, Uniandes, Bogotá (1993).

176 Rodríguez Piñeres, *Curso elemental*, p. 46.

177 Para reflexiones sobre este mismo punto en el caso francés, véase el análisis de Bonnecase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, pp. 162 y ss.

fue ésta una transacción en homenaje a las ideas dominantes y, sin embargo, no dejó de merecer observaciones de las autoridades eclesiásticas"¹⁷⁸.

En resumen, podríamos decir que el clasicismo jurídico, en general, acepta al derecho natural en varios sentidos, no siempre reconciliables: (i) como un postulado relativamente vacío y vago, que le brinda homenaje a Dios o la razón como entidades poderosas a las que nadie quiere desafiar, o como un derecho mínimo racional u óptimo que los legisladores deberían tratar de establecer como cuestión de *lex ferenda*. Sin embargo, ninguna consecuencia jurídica explícita se deriva de estos principios; (ii) alternatively, se puede detectar el uso de la expresión "derecho natural" en los tratadistas clásicos como una forma de describir la argumentación jurídica libre de texto positivo en casos de vacío (integración) o ambigüedad (interpretación) cuando se utilizan las expresiones "*los principios generales del derecho*", "equidad", o, "*espíritu general de legislación*" y en competencia directa con la comprensión sistemática, conceptualista y formalista que hemos estudiado suficientemente en este capítulo. En efecto algunos autores entendieron que estas referencias normativas eran iusnaturalistas, a diferencia de la comprensión dogmática de las mismas.

Tratados posteriores (a partir de 1957) de los autores locales permiten identificar dos usos políticos adicionales del derecho natural, especialmente en el tratamiento que se hace del libro de Obligaciones y Contratos: (iii) el derecho natural es usado como una forma de aceptar y legitimar poderosamente el orden político subyacente al código (principios liberales como propiedad privada, liber-

178 Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil*, p. 21. En Colombia, mientras tanto, uno de los objetivos esenciales de las leyes 57 y 153 de 1887 fue reversar la tendencia secular que el régimen liberal de 1863 introdujo "subrepticamente" al Código Bello:

"El Código de la Unión Colombiana, expedido bajo un régimen político en el que prevalecía como dogma intangible el principio de secularización *in integrum* de la vida civil, ese espíritu conciliador del Código chileno, fue desviado por la adopción de instituciones compasadas con tal secularización en materia de matrimonio, registro del estado civil, etc., pero que no armonizaban con el medio social en que iban a actuar. Pero al unificarse la legislación nacional y adoptarse como nacional ese código, se reaccionó contra la obra secularizadora, primero por la ley de su adopción, y luego, por las adiciones que se expidieron, y que llevaron esa reacción, como suele suceder en movimientos de esa clase, a extremos que rechazan la ciencia jurídica y expositores del catolicismo insospechables". Rodríguez-Piñeres, *Curso elemental*, p. 35. Rodríguez Piñeres se refiere aquí a la muy controvertida *Ley Concha* que exigió a los Católicos renunciar formalmente a su fe antes de casarse civilmente, dado que, según se pensaba, era su deber religioso hacerlo según el derecho canónico de la iglesia.

tad de contrato, etc.) pero, de nuevo, con poco peso específico sobre la resolución de los problemas abordados: en este punto, el derecho natural funcionó como legitimación del sistema socio-político representado por el Código Bello y especialmente de los principios *pacta sunt servanda* y *neminem laedere*¹⁷⁹. Finalmente (iv), y con relación a (iii), el derecho natural es algunas veces usado como sinónimo de la estructura y principios del derecho romano, y por asociación casi inmediata, con el estudio dogmático o positivista del derecho romano clásico como ejemplo de un sistema normativo compuesto por reglas ideológicamente correctas, eternas y fijadas de derecho privado liberal aplicables en todas partes.

3.2.6. *Los rasgos positivistas del clasicismo: coercibilidad del derecho y separación entre derecho y moral*

El clasicismo local puede ser considerado como expresión de una teoría legal formalista en el sentido que transplanta, transforma y mezcla, en un contexto de recepción, los dogmas iusteóricos de la *exégèse* francesa y de la *Begriffsjurisprudenz* alemana. Adicionalmente, a esta genealogía, es importante ahora especificar cómo hay en todos los primeros tratadistas locales, ya sea que pertenezcan al estilo del *comentario* o al del *tratado*, un núcleo mínimo común de positivismo que está presente en sus obras. Este núcleo común mínimo se centra entorno a dos ideas centrales: de un lado, el clasicismo local sostiene que existe una clara separación entre derecho y moral (tesis de la separación) basada en una distinción más bien gaseosa entre aquello que es considerado como razonamiento práctico "interno" o "externo"; de otro lado, pero muy relacionado con el primer punto, el clasicismo sostiene un concepto de derecho según el cual su carácter diferenciador con respecto a otras esferas normativas se manifiesta en la coercibilidad estatalmente organizada de las normas jurídicas. El comportamiento deseable que el derecho ordena es producido por la fuerza en potencia o acto que el Estado tiene, como deber, hacer efectiva sobre los ciudadanos renuentes a obedecer la ley.

La interconexión que el clasicismo hace entre la tesis de la separación y la teoría coercitiva del derecho es extremadamente difícil de reconstruir. Primero reuniré la evidencia aportada por los tratados clásicos, y luego trataré de ofrecer una reconstrucción racional de la tesis iusteórica que los autores clásicos parecen

179 Véase Aubry y Rau, citados por Bonnacase, J., *La escuela de la exégèse en derecho civil*, p. 169. Atención: esta legitimación del derecho civil liberal cubría *pacta sunt servanda*, pero no el principio opuesto de *rebus sic stantibus*; cubría la responsabilidad por culpa, pero no la responsabilidad por el riesgo.

querer estructurar. El problema, tan relevante para la teoría jurídica, es tratado más bien a la ligera por los *tratadistas* que en realidad no parecen estar exponiendo racionalmente un punto complejo de teoría, sino que más bien dan por sentado un trozo de teoría del derecho que les parece demasiado obvio como para merecer un tratamiento minucioso. En este aspecto de la iusteoría clásica hay huellas claras de un primer y raro encuentro entre los jurisconsultos locales y uno de los grandes filósofos legales, Pufendorf, quien, sin embargo, permanece sin ser mencionado¹⁸⁰.

Los tratadistas clásicos parten de una definición común del derecho: en Claro-Solar, por ejemplo, "el derecho es el conjunto de reglas a cuya observancia el hombre puede y debe ser obligado a la fuerza"¹⁸¹. Para Champeau y Uribe "el derecho podría definirse como la colección de reglas de conducta a cuya observancia puede ser compelido el hombre, aun por la fuerza misma"¹⁸². En Champeau y Uribe los dos temas están absolutamente imbricados porque, como se observa en la definición, la separación entre derecho y moral reside en que el derecho está constituido por reglas coercibles. Por tanto, "esta última idea, es decir, la de que el derecho no comprende sino las reglas a cuya observancia puede ser compelido el hombre a la fuerza, es la que nos permite hacer la distinción entre el derecho y la moral"¹⁸³. Por definición, entonces, una norma legal es coercible, mientras una norma moral no lo es. Pero esta caracterización es claramente insuficiente para definir las reglas morales porque "tan luego como una regla de moral recibe [...] sanción, se convierte necesariamente en regla de derecho, sin dejar de ser precepto de moral"¹⁸⁴. La coercibilidad, entonces, parece ofrecer una condición necesaria y suficiente para definir las normas jurídicas; pero la ausencia de coercibilidad, de otro lado, no es necesaria ni suficiente para definir las reglas morales. El clasicismo, entonces, trató de ofrecer una definición completa del derecho mediante la coercibilidad, pero, al mismo tiempo, tuvo una idea muy confusa de los contenidos de la moralidad.

180 Considérese este raro encuentro directo de nuestros tratadistas con un iusfilósofo reconocido. Muchos de los de mis colegas contemporáneos que se preocupan por la filosofía del derecho, al hacer reconstrucciones como la que estoy intentando, tienden a pensar que la teoría del derecho es parasitaria de los grandes autores de la filosofía general como Pufendorf, Kant o Hegel. La evidencia muestra, hasta el momento, que la conexión de la iusteoría local con la alta filosofía es escasa e indirecta.

181 Claro-Solar, *Explicaciones*, p. 2.

182 Champeau y Uribe, *Tratado*, p. 13.

183 *Ibid.*, p. 13.

184 *Ibid.*, p. 13.

En Claro Solar la tesis de la separación entre derecho y moral no se clarifica mucho más allá de lo que hemos logrado hasta ahora. Para él, el punto de partida es, de nuevo, que “no debe confundirse el derecho con las demás ciencias sociales y sobre todo con la moral”¹⁸⁵ porque “el dominio de la Moral es más vasto [que el del derecho]”¹⁸⁶. Habiendo dicho esto, trata de articular un criterio para la distinción entre derecho y moral que él identifica con el par conceptual externo/interno. El espacio de la moralidad es lo “interno”, mientras el espacio de la legalidad es lo “externo”. Una vez este criterio básico es presentado, Claro-Solar propone dos claves diferentes para interpretar lo “interno” y lo “externo”. En una de ellas, dice, la moralidad “es la conformidad de nuestra voluntad al derecho”, mientras el derecho es simplemente “la conformidad de nuestras acciones”¹⁸⁷. La diferencia bajo entre lo “externo” y lo “interno” en esta interpretación consiste en lo siguiente: los hombres tienen un deber general de obedecer las normas sociales. Pero esta obediencia puede ser interna o externa, es decir, se puede hacer que mi voluntad sea verdaderamente convergente con los mandatos de la ley (los motivos de la ley pueden coincidir con los míos propios), o puedo simplemente hacer que mi conducta externa obedezca la ley, independiente del hecho de que se haga por motivos ajenos a los que la ley misma plasma. En el campo del derecho la única forma de obediencia que se exige a los sujetos es esta última, es decir, obediencia *externa* o *comportamental* con el derecho. La obediencia interna o motivacional es jurídicamente irrelevante. La moralidad, entonces, es el campo reservado para el mérito superior que muchos le asignan a la obediencia de la ley basada en una correspondencia genuina entre los motivos de la ley y los motivos personales. Esta correspondencia altruista es, por definición, el espacio que los autores clásicos llaman lo “interno” por oposición a lo “externo”. Estas nociones están muy genéricamente relacionadas con los conceptos kantianos de heteronomía y autonomía. El derecho sólo demanda conformidad entre la conducta deseada por la ley y la conducta externa del individuo. De este modo, “la infracción de un deber moral puede no importar la infracción de un precepto jurídico y viceversa”¹⁸⁸. Esta distinción se asemeja a una interpretación bastante común de la ética kantiana del deber.

La segunda clave para entender la distinción entre lo “externo” y lo “interno” está, en Claro Solar, muy relacionada con la primera división entre autonomía y

185 Claro Solar, *Explicaciones*, p. 1.

186 *Ibid.*, p. 2.

187 *Ibid.*, p. 2.

188 *Ibid.*, p. 2.

heteronomía: “Así entre los preceptos morales a que el hombre debe conformar su conducta, aquellos que determinan sus deberes hacia un ser superior á él o hacia sí mismo, mientras no se traduzcan en actos externos, son extraños al derecho, sea porque éste supone el estado de la sociedad y no puede sancionar sino los deberes que engendra la vida social, sea porque no puede intervenir en el fuero interno sin ser tiránico”¹⁸⁹. En este punto Claro-Solar parece estar reduciendo la esfera de lo “interno” a la esfera de la conciencia humana, es decir, a la esfera de eventos puramente mentales que no expresan una conducta “externa” observable. Pero, a partir de los ejemplos, es claro que con la palabra “interno” no sólo se quiere decir “mental”, sino también y de manera más privilegiada, “privado”. Los ejemplos que Claro Solar da son situaciones tales como el derecho al culto según la libre conciencia; es evidente, por tanto, que esta clase de “deberes a Dios” no pueden ser jurídicos o coercibles, lo que sería propio de gobiernos tiránicos. La separación entre derecho y moral, entonces, corresponde también a una idea de tolerancia liberal definida por un espacio privado o “interno” que la legislación pública y la coercibilidad del estado no pueden invadir.

En suma, se puede decir cómodamente que la teoría de la coercibilidad basta para ofrecer un criterio formal definitorio de las normas jurídicas. La teoría de la coercibilidad, empero, es marcadamente insuficiente como teoría de la moralidad. Para llenar este vacío, los tratadistas clásicos locales recurren a una cierta forma de ética kantiana del deber según la cual la coherencia “interna” entre los motivos propios y los motivos de la ley marca el punto más alto de la conducta moral; o a una teoría liberal de lo privado, según la cual cierta clase de conductas, como aquellas referidas a Dios o a uno mismo no pueden ser reguladas por leyes (en sentido jurídico) porque el ámbito de lo privado es interno e inmune a legislación pública. Los autores locales no hacen ningún esfuerzo por resolver las fuerzas contrapuestas que ejercen estas dos versiones de la moralidad. Una de las principales funciones que el kelsenianismo posterior tendrá que desempeñar es precisamente el de tratar de desenmarañar y precisar el significado de la tesis de la separación entre derecho y moral para el positivismo jurídico.

Un punto final en el tratamiento que da el clasicismo a la separación entre derecho y moral es el siguiente: los tratadistas parecen creer que existen características sustantivas para identificar cuándo una regla es moral (las distintas definiciones de “lo interno” que estudiábamos hace un momento); en cambio, para definir una regla jurídica sólo existen criterios formales. El criterio para identificar

189 *Ibid.*, p. 2.

una regla jurídica es completamente formal y no existe, en los tratadistas clásicos, ninguna teoría sustantiva que describa el por qué una regla moral hace el tránsito del espacio de lo "interno", al campo de lo "externo", el espacio comportamental y coercitivo del derecho. Para nuestros autores, tal tránsito es completamente contingente: "El interés social, según los tiempos y lugares, y podemos añadir, según el progreso de la civilización, hará que tome o no la colocación en el derecho, tal o cual regla de moral, exigiendo que su conservación sea asegurada con la fuerza ejercida sobre los individuos, es decir, según la coerción legal parezca o no, bajo el punto de vista colectivo, a la libertad dejada a los individuos de obedecer o desobedecer a la ley moral"¹⁹⁰. Así mismo, para Champeau y Uribe, "el límite entre el derecho y la moral es variable sin que se pueda fijar de una vez por todas, como quiera que cambia con el tiempo y no se reconoce uniformemente en todos los pueblos"¹⁹¹. De esta manera la posición que los autores clásicos adoptan está caracterizada, al mismo tiempo, por el positivismo y por el liberalismo. El positivismo afirma, en general, que cualquier contenido puede tomar la forma de una regla de derecho y hacerse coercible mediante la promulgación formal del Estado. El liberalismo afirma que algunos contenidos no pueden ser afectados por la promulgación formal del Estado y, por tanto, deben permanecer inmunes al proceso de juridificación. Estos contenidos definen, en la teoría liberal, el espacio de lo privado o de lo interno. Todos nuestros doctrinantes clásicos implícitamente parecen adoptar el siguiente esquema que refuerza el componente liberal de la distinción entre derecho y moral: de un lado la distinción entre derecho y moral sirve para proteger lo privado (libertades de religión y culto, por ejemplo) frente a la intromisión legislativa; de la misma manera, la separación entre derecho y moral funciona también con el propósito de impedir la juridificación de los deberes de caridad o solidaridad, que también debe permanecer en el ámbito de lo interno. Así, en Claro-Solar¹⁹², Vélez¹⁹³, y Champeau y Uribe¹⁹⁴ aparece la misma clasificación de los deberes jurídicos¹⁹⁵:

190 *Ibid.*, p. 2.

191 Champeau y Uribe, *Tratado*, p. 13.

192 Claro-Solar, *Explicaciones*, pp. 13-14.

193 Vélez, *Estudio*, p. 2.

194 Champeau y Uribe, *Tratado*, pp. 13-14.

195 La clasificación se atribuye originalmente a Pufendorf, *De officio hominis et civis iuxta legem naturalem*, 1673. Los autores locales no hacen mención de las fuentes que citan. Sobre el origen de la distinción, véase Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge University Press, Cambridge (1999), p. 108. Incluso iusteóricos anti-formalistas como François Gény reconocen el valor general de la distinción y lo consagran como uno de los principios generales de justicia. Gény, *Método*, § 162, p. 551.

Tipo de Deber		Naturaleza Normativa
Deberes con Dios		Moral
Deberes con uno mismo		Moral
Deberes con los demás	Deberes de caridad	Moral
	Deberes de Justicia	Legal

El tratamiento que reciben en los tratados tempranos tanto el derecho natural como la moral convergen en un punto fundamental del clasicismo local: las reglas legales son entendidas *principal, pero no exclusivamente*, según una teoría positivista del derecho. El derecho está constituido básicamente por reglas de derecho positivo. La regla positiva es el átomo normativo básico del derecho. Además, una regla es reconocida como un mandato coercible del Estado, cualquiera sea su contenido. Sin embargo, y a la par con el positivismo, los doctrinantes clásicos sostienen la tesis, algo contradictoria, que hay un espacio mínimo, aunque muy importante, para el derecho natural y la moral. Esta ambigüedad teórica deja a la deriva varias interpretaciones diferentes que iusteóricos posteriores seguirán. Este mapa de ambigüedades (que hemos recorrido a fondo en este capítulo) puede ser resumido de la siguiente forma: hay una especie de ente normativo, generalmente llamada "principio", que aparece por encima de las reglas ejerciendo algunas funciones de coordinación y justificación de las mismas. Los "principios" se denominan así porque sirven para diferentes propósitos generales: definen el propósito político de la legislación brindándole legitimación a la par que ayudan a sistematizar las reglas, aclarar ambigüedades y llenar vacíos en las normas.

Mientras hay acuerdo básico entre todos los autores en el sentido que un principio jurídico sirve para todas estas funciones, todos ellos parecen no ponerse de acuerdo en cuestiones tales como el origen o fuente del principio, los mecanismos de formulación de los mismos y las formas concretas en que éstos deben llevar a cabo sus funciones. Como hemos visto, el *tratado* clásico ha sido una tradición teórica en el derecho latinoamericano que ha tratado de construir los "principios" del derecho civil, entendidos como conceptos internos, aunque no necesariamente positivos, del derecho vigente. Este argumento ha implicado el trasplante y transformación local de discusiones europeas del siglo XIX sobre metodología del derecho. Estos principios así definidos no son principios de derecho natural ni parecen estar conectados, a priori, con reglas morales: simplemente son conceptos sistematizadores que le dan orden y estructura a los artículos del Código. Añadiendo al uso ambiguo de estos términos, la moral y el derecho natural desempeñan en los *tratados clásicos* una función meramente legitimatoria y

retórica. Al mencionarlos al comienzo de sus obras, los autores rinden homenaje a una tradición religiosa que es todavía socialmente poderosa pero que cada vez es menos comprensible y usable en el análisis jurídico práctico. Sin embargo, los primeros doctrinantes locales en ocasiones parecen aceptar que hay principios superiores a las reglas que no son el producto de la construcción inductiva de conceptos, como se propone en la *Begriffsjurisprudenz*. Se dice que estos principios pertenecen al derecho natural o a la moral. Los autores no nos ofrecen mayores pistas sobre cuáles son los contenidos de estos principios. No obstante, en este punto los doctrinantes clásicos se dividen políticamente: en una lectura liberal clásica (propia del tratadista local de sensibilidad más conservadora), la moral y el derecho natural definen un espacio *ajeno* al derecho ("interno") que impide la juridificación o la intervención del Estado (espacios tales como la caridad, o las libertades de conciencia); de otro lado, los mismos principios jurídicos serán posteriormente utilizados por los antiformalistas locales como un espacio *dentro* del derecho en el cual los principios sirven para "moralizar" el derecho de manera tal que las reglas de derecho privado deben terminar fomentando activamente versiones de "justicia" y distribución interclases. Así, los principios en los clásicos sirvieron para mantener la solidaridad y el altruismo por fuera del derecho. El gran tema de la nueva generación, a ser tratada en el próximo capítulo, es cómo los principios servirán para mostrar justamente lo contrario: que la solidaridad y el altruismo no pueden estar por fuera del derecho sino que forman su núcleo central.

4. LOS TRES CAMINOS DEL CLASICISMO EN EL SIGLO XX: CONCEPTUALISMO IMITATIVO, ANTIFORMALISMO FRANCÉS Y POSITIVISMO KELSENIANO

Es imposible exagerar la importancia en la conciencia jurídica local del clasicismo iusteórico. Cada una de las soluciones teóricas que hemos estudiado en los tratadistas clásicos continúa formando parte del vocabulario esencial en el que, hasta hoy, entendemos el derecho. Mucho de lo que el clasicismo sostuvo en los tratados tempranos aún constituye el conocimiento comúnmente aceptado en la cultura jurídica. El desarrollo de la filosofía y de la teoría del derecho posterior ocurrirá, primero, mediante el continuo desarrollo de algunos de los temas importados por el clasicismo y, segundo, por la recepción de nuevas iusteorías que vendrán a competir con el clasicismo en la formación de la conciencia jurídica. El clasicismo preparará el escenario para tres diferentes clases de desarrollos y desafíos teóricos durante todo el siglo XX. Manteniendo la partición de la teoría jurídica en sub-teorías, a continuación trataré de ofrecer un resumen de las principa-

les características de estas tres principales corrientes posclásicas. La primera de estas corrientes, hasta nuestros días, ha tratado de realizar efectivamente el programa de la dogmática conceptualista que nuestros autores tempranos tan sólo dejaron esbozado. Mientras los doctrinantes clásicos habían prometido una reorganización completa del *Código Civil* en bloques conceptuales, es muy claro que ellos no podían llevar a cabo esa agenda. El papel de la doctrina posterior a lo largo del siglo XX fue la de ir importando y ampliando las grandes construcciones doctrinales que llevaron a la reinterpretación de las reglas dispersas en la legislación. Esta labor se logró mediante la sustitución gradual de los *comentarios* por tratados dogmáticos cada vez más maduros en los que se exponía la estructura dogmática de una disciplina jurídica a partir de conceptos cada vez más elaborados y completos. Se trató de un salto del código desnudo a las "teorías generales": en un ejemplo, una "teoría general" es la explicación ordenada y sistemática de todas las reglas fundamentales de obligaciones y contratos a partir de conceptos generalísimos que engloban la materia y la desarrollan de manera lógica y orgánica. Se transplanta así para aclimatación local la *Teoría general del negocio jurídico* cuyo desarrollo completo no estaba presente en los primeros autores. Una de las señales distintivas de la obra de Rodríguez Piñeres, el más tardío de los autores que analizamos en este capítulo, es precisamente ser el primer autor local en hacer una presentación de la *Teoría general del negocio jurídico*¹⁹⁶. Autores posteriores¹⁹⁷, siguiendo la ruta abierta por el conceptualismo, no comentan al estilo exegético el libro del Código dedicado a las *obligaciones y los contratos*, sino que tratan de construir una *Teoría general del negocio jurídico* que sistematice el Código Bello. De similar manera y a lo largo de los años, empiezan a importarse y utilizarse teorías generales del acto administrativo¹⁹⁸, del acto de comercio, etc.

196 Los autores locales no hacen mención de sus fuentes transnacionales. El desarrollo del conceptualismo había llevado a los civilistas conceptualistas alemanes a sistematizar, en una explicación altamente integrada y sofisticada, el derecho de obligaciones bajo la rúbrica de *Rechtsgeschäft* (en español negocio jurídico). Véase Peter Stein, *Roman Law in European History*, Cambridge Press University, Cambridge (1999), p. 123.

197 En orden cronológico cabe mencionar, entre otras, las siguientes obras: Juan de J. Camargo, *El consentimiento en los contratos civiles*, Bogotá, Edición privada, (1919); José Antonio Reyes, *Autonomía de la voluntad*, Bogotá, Imprenta San Bernardo, (1922); Luis Enrique Cuervo, *Introducción a la teoría general del contrato en derecho privado*, Editorial de Cromos, Bogotá (1930).

198 Dentro del marco teórico aquí esbozado, Diego Peña ha escrito un muy interesante recuento de la formación en Colombia de una teoría general del acto administrativo. Véase, Diego Peña, *La evolución del acto administrativo en Colombia. Recepción y asimilación de la teoría general del acto administrativo*. Tesis de grado, Universidad de los Andes, Bogotá, enero de 2002.

A pesar de sus muy importantes logros, sin embargo, el conceptualismo posterior del siglo XX va poco a poco abandonando la muy fértil conciencia teórica y metodológica que exhibieron sus predecesores clásicos. La dogmática conceptual del derecho fue, en sus orígenes, una teoría constructivista del derecho. Hoy, por una rara paradoja, la dogmática lucha contra la teoría del derecho negando su propia naturaleza constructivista y, en últimas, teórica. Por esta razón el conceptualismo, que fue vanguardia hacia 1900 (vanguardismo que he tratado de exponer en toda su novedad y potencia para el momento), hoy se presenta como la retaguardia estilística del análisis jurídico como si las construcciones conceptuales se auto-elaboraran de la mera lectura de la ley positiva. Esto, por supuesto, es falso. Una dogmática conceptual es una teoría, con frecuencia sumamente elaborada, de un campo del derecho. Su elaboración es difícil y lenta, exige grandes estudios y reflexiones y, en últimas, pertenece al derecho académico, científico o teórico. Resulta extraño, por tanto, que la dogmática jurídica se muestre, a veces, como anti-teórica. ¿Por qué los autores del siglo XX no parecen comprender con la misma claridad el compromiso teórico del conceptualismo de finales del siglo XIX? Una explicación probable es la siguiente: mientras que en los autores del conceptualismo temprano está clara la idea que los conceptos y principios tienen que ser *construidos* en el derecho nacional con fundamento en los materiales jurídicos existentes, los autores posteriores prefieren parafrasear las construcciones europeas y transplantarlas, economizando así la labor académica de construcción. Terminamos así, no cabe duda, con una teoría general del negocio jurídico que calcaba los resultados de la ciencia europea. Así, mediante el trasplante doctrinal, la noción de "conceptualismo constructivo" empezó a dar paso a un "conceptualismo imitativo o mimético" en el que era difícil mantener las convicciones científicas profundas de la escuela. De esta forma se desarrolló el programa del conceptualismo de manera tal que se transplantaron sus resultados sin que por eso se llegara a producir las instituciones académicas o el derecho científico que se requerían, no para su copia, sino para su cabal producción.

La ruta de desarrollo del conceptualismo mimético en la jurisprudencia local del siglo XX es la siguiente:

Subteoría en el clasicismo	Subteoría en el conceptualismo posterior	Características
Teoría de exposición y sistematización jurídicas	La dogmática continua desarrollando los métodos de exposición y sistematización clásicos.	Los Autores siguen el programa de Aubry/Rau, Champéau/Uribe y Rodríguez Piñeros: se da una casi total sustitución del comentario por el tratado el cual contiene teorías generales cada vez más sofisticadas y comprensivas. Estas teorías por lo general siguen el ritmo de la dogmática europea.
Teoría de los principios jurídicos	Neutralizada y Abandonada	Aunque se logró la construcción y sistematización mediante "principios" y conceptos, los principios quedaron limitados a una repetición, poco constructivista, de los soportes ideológicos del derecho privado liberal, especialmente del <i>principio de autonomía de la voluntad privada</i> .
Teoría del derecho natural mínimo	Continuada	Se acepta un mínimo de certidumbre moral, pero la moralidad es interpretada en general como apuntalamiento ideológico del derecho privado liberal.
Teoría de la interpretación jurídica	Neutralizadas	La conciencia hermenéutica del conceptualismo parece perderse. La cultura jurídica se relaciona con el código de manera más exegética, y por tanto negando la necesidad de interpretación o integración.
Teoría de la integración del derecho		
Teoría de la decisión judicial y del papel del juez	Continuada/ Neutralizada	La dogmática del siglo XX tiende, como en la exégesis, a considerar a los jueces como sujetos pasivos en la aplicación de la ley. La jurisprudencia no crea derecho.

Subteoría en el clasicismo	Subteoría en el conceptualismo posterior	Características
Teoría institucional del control constitucional	Continuada	No hay razones aceptables para hacer control Constitucional del derecho común. El código tiene nivel cuasi-constitucional.

La segunda corriente teórica con la que se terminó relacionando el clasicismo fue la recepción, a partir de los años 30's, de la obra de Hans Kelsen. Recuérdese que el clasicismo en nuestros tratadistas tempranos tenía una postura ambivalente frente al positivismo. Mirado desde el punto de vista de la exégesis, el clasicismo piensa (al igual que el positivismo) que las reglas de derecho sólo provienen de la legislación. Sin embargo, desde el punto de vista del conceptualismo, es preciso recordar que los autores denunciaban las insuficiencias del derecho legislado para la exposición científica y sistemática del Código Civil. El conceptualismo no es, para nada, una teoría positivista del derecho porque piensa que el análisis jurídico debe partir de conceptos o principios, y que el legislador no es el actor jurídico más apto para exponerlos. El conceptualismo, por tanto, terminó formando un "doble ego" en la conciencia jurídica local. Desde sus convicciones más exegéticas, los doctrinantes nacionales de sensibilidad clásica vieron en el kelsenianismo una presentación moderna y sofisticada, expurgada de rezagos metafísicos rousseauianos, del positivismo. De la misma manera, en la medida en que el conceptualismo constructivo se iba convirtiendo en conceptualismo mimético, los doctrinantes nacionales empezaron a adentrarse y atrincherarse dentro del campo del positivismo jurídico. En algún sentido, el conceptualismo mimético más se parece a una exégesis doctrinal. Y en ella se pierde, entre otras cosas, la conciencia hermenéutica y científica tan acendrada en la escuela savigniana.

La recepción de Kelsen, por tanto, no originó sensación de ruptura, sino más bien el placer de la confirmación de lo ya conocido. Esto resulta sumamente extraño ya que, si lo tomamos en sus textos mismos, el kelsenianismo es una teoría jurídica de choque que debió haber producido extrañeza y desazón, y no la, a veces, falsa familiaridad con la que se le observa localmente. El positivismo kelseniano vino así a confirmar el clasicismo jurídico, el cual con el tiempo se afirmaba en sus elementos más exegéticos por la pérdida de su elemento constructivista. Así, la recepción del kelsenianismo está mediada por la selección y énfasis sobre algunas de las subteorías que el clasicismo ya había suscrito mediante una transmutación de la teoría pura del derecho.

Subteoría en el clasicismo	Subteoría en el kelsenianismo local posterior	Características
Teoría de exposición y sistematización legal	Neutralizada	La teoría pura centra el análisis de nuevo en las reglas de derecho. En este sentido, coincide con la exégesis.
Teoría de los principios jurídicos	Neutralizada	Las reglas toman precedencia sobre los principios. Los principios no son entes jurídicos válidos en la teoría pura de Kelsen.
Teoría de derecho natural mínimo	Rechazada	Kelsen denuncia los vestigios minimizados de derecho natural que aún se encuentran en el clasicismo: este rechazo, sin embargo, no genera escándalo porque en el clasicismo el derecho natural sólo sobrevivía de manera retórica.
Teoría de la interpretación legal	Neutralizada	El kelsenianismo descrea de manera radical de la cientificidad de la hermenéutica savigniana y aún más de la posibilidad de crear científicamente derecho en sede extralegislativa.
Teoría de la integración del derecho		
Teoría de la decisión judicial y del papel del juez	Neutralizada	Bajo cierta lectura de la teoría pura, los jueces son vistos en un papel pasivo, en algo similar al que ocupaban en la exégesis. La jurisprudencia no es fuente de derecho en sentido estricto.
Teoría institucional del control constitucional	Aceptada	Kelsen acepta la supremacía y el control constitucionales. Exégesis y conceptualismo los rechazan.
Separación entre derecho y moral	Enfatizada	La teoría pura da nuevas y más poderosas razones, ahora políticas, para mantener una clara diferencia entre derecho y moral.

Subteoría en el clasicismo	Subteoría en el kelsenianismo local posterior	Características
Teoría de la coercibilidad	Enfatizada	Kelsen confirma el dogma de la coercibilidad presente en el clasicismo.

He dejado para el final el encuentro más fuerte y decisivo que habría de tener el clasicismo. Hemos visto que el clasicismo, o se desarrolló (en el conceptualismo posterior mimético), o se confirmó parcialmente (en el kelsenianismo). Sin embargo, antes de encontrarse con el kelsenianismo, el clasicismo se enfrentó antagónicamente con los postulados de una nueva sensibilidad teórica que se formó en Europa con el propósito de criticar radicalmente tanto la exégesis como el conceptualismo. A esta escuela la denominaré, a falta de mejor nombre, "antiformalismo". Alrededor de 1900, justamente en el mismo momento en que se estaba formando el clasicismo local, una nueva generación de juristas franceses y alemanes está desarrollando una crítica muy profunda y novedosa tanto de la *Begriffsjurisprudenz* como de la *école de l'exégèse*. El jurista François Géný es el líder de esta nueva tendencia, y los autores locales comienzan a transplantar su teoría a Latinoamérica. Hay ya muestras de alerta en los primeros años del siglo, pero una verdadera apropiación de las consecuencias del nuevo método sólo empieza a darse en los treinta. Los autores locales empiezan a transplantar y transformar este nuevo bloque teórico, así como lo habían hecho con las escuelas más tradicionales del siglo XIX. Lo más llamativo de este nuevo transplante teórico es lo siguiente: los autores locales se esfuerzan por mantenerse actualizados con la producción de nueva literatura jurídica en Europa, especialmente en Francia. Sin embargo, mientras se acepta la nueva sensibilidad teórica, los autores locales usualmente no se preocupan por examinar la coherencia entre lo que ya saben (clasicismo) y las nuevas ideas que están adquiriendo (antiformalismo). Así, en vez de adquirir una conciencia de ruptura iusteórica, algunos exhiben conciencia de continuidad entre lo nuevo y lo viejo. Esta fue la causa por la que algunos autores locales posclásicos empezaron a acumular la nueva teoría antiformalista sobre la anterior fase clásica. Para ellos todo este conjunto formaba un frente unido. Sin embargo, de esta manera se ignoran las tensiones internas existentes entre aquellas etapas y sensibilidades tan disímiles de la teoría jurídica. La supresión de la conciencia de ruptura es típica de los primeros autores locales que leyeron a Géný, pero que sin embargo ya habían invertido mucho tiempo en la comprensión del clasicismo. Por ejemplo, Antonio José Uribe pronunció en 1916 un discurso sobre

"La evolución del derecho privado"¹⁹⁹ en el cual recapituló la dirección teórica asumida en el primer volumen de su "Tratado de derecho civil colombiano", coescrito con Edmond Champeau y publicado por primera vez en 1898. En esta conferencia, Uribe prometió la pronta publicación de los otros volúmenes de su tratado, promesa que a la postre sería irredenta. El punto importante es notar, sin embargo, que entre 1898 (fecha del primer volumen) y 1916 (fecha en el que Uribe dice estar trabajando en el tratado) las nuevas tendencias francesas de análisis estaban comenzando a ser conocidas localmente. En este sentido, Uribe inventa una tradición en derecho privado que cubre, en un continuo imposible, los nombres de Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, Saleilles, Géný y Lambert. Para Uribe, las convicciones jurisprudenciales de los últimos tres, los nuevos *enfants terribles* de la tradición francesa, refuerzan las de los primeros: "La obra de Aubry Rau es la obra maestra de la ciencia francesa en el último siglo; en ella se encuentra maravillosamente expuesta, en síntesis, todas las soluciones contenidas en germen, en principios formulados con vigor tan íntimamente ligados unos con otros, que forman un verdadero edificio de incomparable solidez. Ya al final de la misma centuria [...] Baudry Lacantinerie y sus colaboradores, sin perjuicio de proclamar su profundo respeto por los textos, y considerando como impropio introducir en la legislación elementos nuevos tomados fuera de las fórmulas legales, proclamaron la supremacía de los principios vivificadores o fecundos, encerrados en los textos mismos, capaces de dar a las soluciones legales toda su aplicación posible, y Saleilles, Géný, Lambert y Charmont, se han constituido en campeones del nuevo método de interpretación y exposición doctrinal del código"²⁰⁰.

La descripción de Uribe prueba que la comprensión ambigua de los "principios jurídicos" permitió que se interpretaran tanto dentro de la lógica conceptualista, como dentro del nuevo sentido, aunque incompatible con el anterior, que a la expresión daba la nueva escuela de Géný. Uribe afilió su tratado a esa tradición ficticia que *incluía* a ambas escuelas. En la conferencia de Uribe, todas las etapas de la teoría jurídica parecen amalgamarse dentro de una gran teoría omnicomprehensiva: el conceptualismo, fundamentador del género literario del tratado, es firmemente unido a la nueva construcción de principios (epistemológica y políticamente diferentes) que los jóvenes *juristes inquietes* producían por entonces. Para Uribe, sin

199 Antonio José Uribe, *La evolución del derecho civil*. Arboleda & Valencia, Bogotá (1916). Esta es la primera ocasión en la que encuentro trazas en la jurisprudencia local de la nueva sensibilidad jurídica liderada por Géný. La transmutación teórica que hace Uribe es totalmente obvia. Autores locales posteriores tendrán una lectura más "correcta" de Géný en el sentido en que comprenden y aceptan la radicalidad de su crítica.

200 *Ibid.*, p. 9.

embargo, lo que parece unir al conceptualismo y al moderno antiformalismo es su crítica a *l'exégèse*: "Una concepción cabal del derecho civil nos obliga a estudiarlo, no por el antiguo método exegético, sino por el que hasta aquí os he expuesto"²⁰¹. Pero la derrota definitiva de *l'exégèse* (y de su género literario, el comentario) no parecía suficiente. Uribe ya muestra claros signos de algunos de los tópicos de la nueva sensibilidad, pero los presenta como una continuación, y no como una ruptura, con el elemento conceptualista del clasicismo: así, por ejemplo, Uribe aboga por una moderación del individualismo liberal (sustantivamente presente en el conceptualismo) a favor de una concepción más solidaria de la sociedad. Uribe reconoce que el pacífico mundo del siglo XIX donde la exégesis y el conceptualismo habían podido sostener el edificio del derecho civil individualista estaba dando muestras de crisis. Se reconoce así una generalizada "reacción contra el sistema de la libre voluntad privada"²⁰², y finalmente, se acoge la nueva tendencia de corte solidarista e intervencionista que se está presentando en este momento en los países de Europa occidental, y, de nuevo, especialmente en Francia y Alemania: mientras que la dogmática clásica desarrolló y confió en el poder social y económico del principio de autonomía de la voluntad privada, las nuevas teorías empiezan a hablar de abuso del derecho, del asilo de familias, el trasplante dogmático del patrimonio de familia anglo-americano (el llamado *homestead*), la responsabilidad por riesgo y, finalmente, en lo que hubiera sido un escándalo para Savigny, la unificación del derecho civil y el comercial²⁰³. La conferencia de Uribe de 1915 muestra, más allá de toda duda, que el mundo del derecho civil clásico se está revolucionando a velocidades inimaginables. El nacimiento de estos nuevos tópicos jurídicos es posteriormente justificado como resultado de una mayor interdependencia entre derecho y la sociedad circundante. El conceptualismo y la exégesis serán ahora acusadas de autismo sociológico. Para este nuevo Uribe, claramente contrastable al de 1898, las reglas jurídicas no duran por siempre sino que tienen que ajustarse a las nuevas formas de intercambio y política: "Destinada [nuestra jurisprudencia] a una nueva sociedad, muy distinta por cierto a la que existía a principios del siglo XIX cuando se promulgó el Código Civil Francés, de entonces a hoy los elementos de la fortuna patrimonial se han modificado profundamente. La nueva sociedad deriva de la movilización, al propio tiempo que de la seguridad de los capitales, la mayor parte de sus riquezas; en ella el individuo ocupa un puesto preponderante, y sin embargo, como consecuencia misma de este individualismo excesivo, se hace sentir más que nunca la solidaridad social"²⁰⁴.

201 *Ibid.*, p. 24.

202 *Ibid.*, p. 15.

203 *Ibid.*, pp. 19-23.

204 *Ibid.*, pp. 18-19.

El propósito del cambio jurídico radica en cerrar la brecha creciente entre realidad y derecho que se da en una sociedad dinámica que está comenzando a conectarse con nuevas formas de producción y distribución de productos. La reforma jurídica debe ir paralela a la incorporación de nuevas técnicas jurídicas. Las nuevas técnicas son parte de los nuevos trasplantes de teoría transnacional del derecho que cambiarán dramáticamente la forma en que la tradición jurídica local concibe el derecho. El debate metodológico, además, será animado por nuevos debates políticos del más hondo contenido. Los trasplantes iusteóricos y la inserción del pensamiento local en los nuevos debates políticos causarán un cambio muy notable en la conciencia jurídica local.

Aunque Uribe acepta que hay una necesidad de "cambio" metodológico y político, es claro también que dichos cambios deben ocurrir, en palabras de Uribe, "sin exceso". La nueva sensibilidad jurídica debe ser una crítica "merced a la cual se realiza el progreso jurídico, sin sacudimientos profundos, sin bruscos cambios ni revoluciones, gracias a la sola intervención de los tribunales"²⁰⁵. Con esta recepción temprana y muy preliminar de la nueva jurisprudencia europea, los autores locales empiezan a posicionarse en uno de los períodos más intensos de trasplante y discusión iusteórica y política. Esta nueva época dismantelará los convencimientos del clasicismo jurídico. En ella se sobrepondrán dos eventos jurisprudenciales de la mayor magnitud: de un lado, la recepción y el desarrollo en la década de los 1930's de la teoría anti-formalista francesa de autores como Gény, Bonnetcase y Josserand. De otro lado, el trasplante, ligeramente posterior, de la teoría kelseniana y su entrecruzamiento con algunos de los elementos del clasicismo jurídico. Contrario a la visión pacifista y no controversial de Uribe que veía armonía donde no la había, la recepción de esta nueva jurisprudencia generará la primera ruptura importante en la conciencia legal contemporánea. Estas dos recepciones y transformaciones brindarán el escenario y los materiales para los próximos dos capítulos en mi exploración de la teoría local del derecho. En el próximo capítulo examinaremos el antiformalismo jurídico de los autores europeos y en el siguiente dedicaremos nuestra atención al trasplante de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

205 *Ibid.*, p. 13.

CAPÍTULO 4

Los tiempos modernos:

Anti-formalismo jurídico para una época convulsionada (1916-1940)

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO

El análisis jurídico clásico a finales del siglo XIX ya daba claras muestras de insuficiencia frente a los nuevos desafíos que la sociedad y la política le planteaban al derecho. Este sentimiento de crisis habría de darse en Latinoamérica unos años después. Luego del ascenso del clasicismo a la categoría de teoría jurídica dominante, las nuevas generaciones de juristas, tanto europeos como latinoamericanos, empezaron a tener la necesidad de reajustar la teoría del derecho a nuevos desafíos que planteaban los tiempos. En Europa, reformadores iusteóricos más o menos contemporáneos con la llegada del nuevo siglo XX, proponen un giro muy radical en la forma de ver y analizar el derecho. Localmente, y con algunos años de diferencia, una nueva generación de jurisconsultos locales también comenzó a importar al país la teoría europea de última generación. Estos transplantes teóricos tenían como propósito redireccionar tanto el derecho privado como el público *hacia una concepción, en general, más moderna, positivista, progresista, secular y liberal*. El período de trasplante teórico local cubre, en líneas gruesas, entre los años de 1916 a 1940. El período está limitado por dos acontecimientos intelectuales de la mayor relevancia. Su comienzo, de una parte, es anunciado por una pieza intelectual de transición. En efecto, Antonio José Uribe dicta en 1916 una conferencia en la Universidad Nacional la cual constituye, a un mismo tiempo, el punto más alto en la recepción local del conceptualismo alemán y, segundo, la primera noticia, al menos en Colombia, de la nueva sensibilidad antiformalista; de otro lado, la época antiformalista tiene su ocaso en el año de 1940, cuando la nueva sensibilidad judicial de la Corte Suprema de Justicia (en un corto pero muy fértil período de creatividad judicial que se conoce con el nombre de "la Corte de oro") es neutralizada de manera más o menos definitiva. En especial, la Corte de oro pierde una batalla esencial cuando se propone una reforma integral del Código

Civil en el año de 1939 con el propósito de quitar algo de protagonismo al cambio jurídico que se venía dando por vía de "jurisprudencia libre".

La nueva orientación iusteórica, una vez más, no exigió la creación de una teoría local original. Siguiendo el patrón que hemos estudiado, los juristas locales parafrasearon muy de cerca los nuevos desarrollos teóricos en Europa, tanto en derecho privado como público. Una nueva generación de juristas locales empieza a importar teorías antiformalistas a Latinoamérica, donde fueron debidamente adaptadas y aclimatadas a través de dos mecanismos: de un lado, nuevas interpretaciones (especialmente judiciales) de las normas ya existentes en la legislación (como el Código Civil); y de otro, a través de la expedición de nueva legislación en la que se exhibía un remozado concepto de las funciones del derecho. Estas nuevas teorías transplantadas se inspiraron decididamente en la *libre recherche scientifique* del jurista francés François Gény y en los libros teóricos y prácticos de los tratadistas franceses de última generación (nombres tan conocidos como L. Josseland, G. Ripert y J. Bonnetant) quienes intentaban justificar la aparición (o reaparición, dependiendo cómo se le mire) de principios jurídicos de derecho privado más amplios y de naturaleza más "social", claramente divergentes frente a aquellos planteados por el conceptualismo clásico. En estos nuevos principios se buscaba acomodar las nuevas necesidades políticas y jurídicas del momento en un mundo en rápido cambio. En lo que corresponde al derecho público, los latinoamericanos ansiosamente absorbieron la nueva línea de argumentación propuesta por León Duguit, el único de nuestros héroes iusfilosóficos que alguna vez visitó a Colombia¹.

Los seguidores locales de Gény trataron de construir un antiformalismo libre, social y científico en derecho privado. Los seguidores de Duguit, por su parte, se propusieron edificar una nueva orientación en el derecho público que terminó afectando sus conceptos fundamentales, la función y estructura del Estado y, finalmente, su misma orientación ideológica. La estricta división profesional entre derecho público y privado dificultó que unos y otros tuvieron una clara conciencia sobre el paralelismo de sus esfuerzos, sin embargo, este paralelismo existió. El siguiente cuadro muestra las conexiones entre la transformación del derecho público y del derecho privado en la primera mitad del siglo XX, así:

1 León Duguit visitó la Universidad Nacional en 1921 donde dictó una conferencia. Darío Echandía reporta el evento, sin embargo, no da mayores detalles del mismo. No he encontrado la conferencia en los periódicos o revistas que existían en aquel entonces y me temo que quizá se haya perdido. Otros de nuestros autores han visitado la región: Hans Kelsen, por ejemplo, visitó Argentina; una enfermedad le impidió visitar México, pero de aquella ocasión frustrada se conserva uno de sus libros, *El tratado y el contrato*. Editora Nacional, México (1944).

Libre recherche scientifique en derecho privado.	Antiformalismo social. (1915-1939)
Positivismos y solidarismo en derecho público.	

Finalmente, éste es, en apretadísimo resumen, el relato iusteórico que intentaré desarrollar en el capítulo. La primera sección está dedicada a una presentación general. En la segunda, trataré de mostrar cómo los juristas locales procuraron hacer un temprano tránsito (incluyendo un esfuerzo de conciliación) entre las posiciones clásicas y la sensibilidad crítica del novedoso antiformalismo importado. Aquí demostraré cómo se empieza a usar localmente la nueva sensibilidad iusteórica y cómo esta nueva iusteoría está íntimamente conectada con la así llamada *cuestión social*. En aquella temprana recepción del antiformalismo social, me ocuparé de la contribución transicional de Antonio José Restrepo. En su obra se nota, con toda claridad, cómo y por qué el conceptualismo alemán empieza a ser moderado por la posición (claramente anticonceptualista) de Gény. Después de este período de recepción teórica temprana y transicional, pasaré a describir, en las secciones 3 y 4, un período de recepción mucho más maduro, en el cual la orientación teórica de Gény fue mejor entendida y más prolijamente utilizada (pero aún lejos de las lecturas estándares propias de los contextos de producción); como resultado, los juristas locales lanzaron una crítica generalizada de la cultura jurídica clásica practicada en Colombia hasta entonces y dominada confusamente tanto por creencias exegéticas como conceptualistas. En la sección 5, estudiaré la forma en la que la teoría de Gény tuvo impacto concreto en la política judicial: dado el clima político dominante en los treinta y gracias a las implicaciones prácticas de la obra de Gény², la nueva iusteoría tuvo influencia notoria en la Corte

2 Véase François Gény, *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Hijos de Reus, Editores (de aquí en adelante, Gény, *Método*). Gény insiste en *Método* que la *Cour de Cassation* es el lugar natural para aplicar los métodos de la libre investigación científica que está proponiendo. El libro de Gény, cuya importancia es excepcional como veremos, tuvo dos ediciones en francés: la primera, de 1899, contiene 187 secciones; la segunda, de 1919, fue completada con un nuevo epílogo (secciones 188-224). En Latinoamérica pronto se tuvo a la mano una traducción de la primera edición francesa en 1904, reimpresa en 1913; la segunda edición española, Editorial Reus, Madrid (1925) fue bien distribuida en la región. Esta segunda edición española es la fuente directa de las citas de muchos de los juristas antiformalistas locales. Hay también una traducción parcial al inglés de la segunda edición francesa por Jaro Mayda: *Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law: Critical Essay*, 2ª edición, Louisiana State Law Institute, St. Paul, (1963).

Suprema de Justicia. Los magistrados partidarios de la nueva teoría trataron, con relativo éxito, de establecerla en el centro de la cultura legal por medio de novedosas decisiones judiciales y formas de análisis jurídico que permitieron la reconstrucción de varias doctrinas sustantivas, especialmente, en derecho civil. Hacia el final del capítulo, en la sección 6, después de indicar como los antiformalistas locales trataron de edificar puentes entre el antiformalismo de derecho privado y el de derecho público, concluiré analizando la manera cómo el antiformalismo, aunque no fue definitivamente derrotado, sí terminó, en todo caso, siendo reabsorbido y neutralizado por la conciencia jurídica clásica. En último lugar, en la sección 7, de manera breve señalaré el camino seguido tanto por el clasicismo como por el antiformalismo después de 1940. Mi diagnóstico apunta a afirmar que luego de este año se estableció en Colombia un verdadero neoclasicismo en la cultura jurídica colombiana.

Este capítulo busca presentar y explicar dos mapas de transformación y sus interconexiones recíprocas, tal y como lo esboqué en el capítulo 2. Los mapas de transformación de este período son los siguientes:

Teoría amalgamada local	Teoría transnacional	Especificidad local	Productor transnacional	Canales intermedios	Receptores locales	
Antiformalismo en Derecho Privado	<i>Libre recherche scientifique</i>	Crítica al formalismo de reglas y principios	François Gény	L. Josserand G. Ripert J. Bonecasse	Recepción temprana	Antonio Uribe
					Recepción madura	<i>Nueva jurisprudencia de la C.S.J. (1936-1939)</i> Edo. Zuleta-Ángel

Teoría amalgamada local	Teoría transnacional	Especificidad local	Productor transnacional	Receptores locales	
Renovación social de la constitución política	Positivismo solidarista.	Reforma social por vía constitucional.	León Duguit	Reforma constitucional de 1936	<i>Nueva jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. (1936-1939)</i> Darío Echandía Tullo E. Tascón

2. LA RECEPCIÓN TEMPRANA DE LA NUEVA TEORÍA: LA "CUESTIÓN SOCIAL" ENTRE EL DERECHO Y LAS CIENCIAS POSITIVAS

Como vimos, los procesos de trasplante teórico de sitios de producción a sitios de recepción no son simples: el producto final del trasplante es mucho más que una simple copia de la teoría original. En efecto, las teorías resultan transformadas en el trasplante, incluso si la interpretación que de ellas se hace es relativamente normal y estándar. La recepción del antiformalismo social en Colombia es un ejemplo de ambos fenómenos: (i) se constata, primero, que a veces la lectura local transforma de manera importante la teoría original. La teoría transformada termina siendo aceptada localmente pero presenta grandes divergencias frente al significado y orientación originales que conserva en sus sitios de producción. (ii) En segundo lugar, igualmente se constata cómo lecturas estandarizadas y normalizadas, sin transformaciones o incomprensiones muy aparentes frente al original, terminan en todo caso teniendo un significado muy diferente en sitios de recepción. El nuevo contexto transforma el significado político y social de las ideas originales. En el trasplante del antiformalismo social ocurrieron, como veremos a continuación, ambos fenómenos.

La primera categoría de transformación teórica es ya bien conocida por nosotros: como otros trasplantes teóricos que hemos revisado, la recepción en Latinoamérica de la nueva generación de juristas franceses se llevó a cabo por medio de una lectura parcial, incompleta y, a veces, totalmente equivocada de libros cuyo significado y propósito fue, en principio, tan sólo vagamente intuido por los juristas locales. Este fenómeno, propio de los sitios de recepción, se explica debido al desconocimiento por parte de los juristas locales del contexto cultural, social y político en los cuales la literatura europea se desarrolló. Con estos vacíos de información, los juristas locales parecían destinados a transmutar las obras importadas. A pesar de ello, estas transformaciones son sumamente importantes ya que para la mayoría de los operadores jurídicos locales todavía hacen parte de la teoría jurídica aceptada. Mediante estos procesos de transformación, muchos de los conceptos importantes de la nueva literatura fueron ignorados o transformados localmente, mientras que en Europa tales ideas constituían su núcleo central. Las omisiones y transformaciones de las nuevas teorías transnacionales, sin embargo, ayudaron enormemente a que se adaptaran a las exigencias del discurso, la doctrina y la política jurídicas locales.

En la segunda categoría de transformación teórica, los autores locales parecen tener un dominio más estandarizado de la discusión transnacional. En comparación con lecturas tempranas inciertas o incluso erróneas, hubo autores locales que dan muestras de entender muy competentemente el significado político y ju-

rídico de la teoría que transplantan. No obstante, el receptor local asume que las premisas fácticas de las cuales depende el argumento también aplican en el sitio de recepción. De aquí que la descripción de Géný del método tradicional de fuentes e interpretación en Francia se haya aceptado casi que automáticamente para describir cómo los abogados, jueces y profesores latinoamericanos conciben el derecho.

Como producto de estas dos vías de transformación teórica en sitios de recepción se causaron, en primer lugar, transformaciones sustantivas de los conceptos fundamentales de las nuevas teorías cuyo propósito fundamentalmente crítico fue, a veces, neutralizado por autores locales que buscaban mantener la continuidad con la teoría clásica del derecho sin permitir críticas excesivamente corrosivas de lo ya existente; en segundo lugar, a través de la aceptación de la descripción contenida en los libros transnacionales, los autores locales aceptaron sin cuestionar la caracterización hecha por Géný del método tradicional de análisis jurídico dominante en Francia. Esta asimilación produjo la creencia, no necesariamente correcta, según la cual la lucha en contra del formalismo jurídico francés constituía en sí misma la lucha contra el formalismo local latinoamericano.

Para el propósito de explorar estas transformaciones teóricas, es importante ahora explicar algunas de las diferencias fácticas entre las culturas jurídicas de Francia e Latinoamérica a la altura de la época que estamos examinando: el primer punto, como hemos mencionado, consiste en que la jurisprudencia clásica en Latinoamérica se formó en el mismo momento en que las teorías clásicas del siglo XIX en Europa ya habían agotado su agenda y se encontraban, en consecuencia, en una situación bastante inestable. El comienzo de una jurisprudencia local al estilo clásico ocurrió en el momento en que en los países de los cuales se hacía el trasplante estaban dudando muy fuertemente sobre la viabilidad y deseabilidad de lo transplantado: *l'exégèse* y la *Begriffsjurisprudenz* como métodos de exposición, interpretación y sistematización del texto desnudo del Código Civil. La inserción teórica local en las grandes corrientes europeas ocurre cuando éstas presentan una situación de crisis masiva e inocultable. Esta crisis incluía una primera confrontación, ya reseñada, entre la *exégèse* clásica y la renovadora influencia de la *Begriffsjurisprudenz*; a un segundo nivel, la crisis involucraba una crítica generalizada contra los dos métodos anteriores desde la perspectiva indudablemente moderna de la *école scientifique* de Géný. El trabajo de Géný, sin embargo, no era solitario en la renovación iusteórica del derecho europeo. El era miembro de una sensibilidad, aún más extendida, en la que los acontecimientos culturales y materiales de la segunda mitad del siglo XIX hicieron imposible la conservación de los artículos de fe del clasicismo jurídico. Este cambio de sensibilidad era enorme, pero incluye, entre muchas otras influencias, los trabajos intelectuales y filosófi-

cos de los utilitaristas ingleses (Bentham y Mill), Nietzsche, Darwin, Spencer, Marx, Bergson y Comte; las nuevas formas de política planteadas por los movimientos socialistas y comunistas; la creación paulatina, incluso por gobiernos conservadores, de estados de providencia o bienestar, como respuesta a la creciente "cuestión social" que amenazaba con desestabilizar la Europa occidental; y, en respuesta a todo ello, las nuevas metodologías jurídicas planteadas por Rudolf von Ihering desde la década de 1860, hasta el trabajo autónomo, pero paralelo, de Salleilles y Géný³ en Francia (*école scientifique*), de Ehrlich, Fuchs y

3 Un aspecto importante en la teoría local del derecho es el de determinar el grado exacto de identificación teórica entre Géný y algunos otros juristas franceses del momento tales como Salleilles, Lambert y Charmont. Haremos la referencia examinando las relaciones entre Géný y Salleilles: Salleilles era, para el momento de redacción de *Méthode* un jurista bien establecido. Géný, por tanto, se muestra muy deferente hacia él: en primer lugar, Géný escoge a Salleilles para que escriba el prólogo de su obra; luego, en texto, Géný no esconde la deuda que tiene con su maestro: "las grandes líneas de esta reforma, y, más aún, algunos rasgos muy precisos de su aplicación, han sido ya muchas veces puestos en claro, principalmente por M. Salleilles" (Géný, *Método*, § 5, p. 12). La afinidad entre ellos parece darse por sentada en algunos recuentos. Así, por ejemplo, Belleau, Marie-Claire Belleau, *The "Juristes Inquiets": Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth-Century France*, Utah L., Rev. 380 (1997). La profesora Belleau le atribuye aún más peso a Salleilles en su análisis del anti-formalismo francés. Personalmente no estoy tan seguro de esa posición. Baso mis dudas en varios hechos: en el prólogo que Salleilles escribe para *Méthode*, aunque respetuoso y relativamente entusiasta, este termina por reservarse su opinión personal sobre la nueva metodología que está siendo propuesta por Géný. Para Salleilles, la dirección del método jurídico oscila entre tres posibilidades: la *exégèse* tradicional, el conceptualismo alemán y una vagamente teorizada dirección científica. Salleilles al final evita tomar partido, especialmente entre el conceptualismo y la teoría del derecho de Géný: "No tengo para qué afiliarme a ninguno de los dos últimos métodos expuestos: y no analizo ni discuto, procuro sólo dar una preparación para la íntima y completa inteligencia del magistral libro de M. Géný. Y si en mi ánimo estuviera entrar en discusiones, yo acaso preguntara si en nuestro estado actual de civilización, un elemento de formación consuetudinaria o doctrinal puede basta para que un derecho, de subjetivo que fue en sus comienzos, aparezca en la forma objetiva que debe revestir para ocupar un puesto en el cuadro de nuestra construcción jurídica. Y colocándome en el terreno de las leyes sociológicas, acaso se descubriera como elementos necesarios de la característica del derecho, esa parte de dependencia a un sistema de codificación, que aun cuando procediese del intérprete de la doctrina o de la jurisprudencia, le ponga el sello que el público necesita para su seguridad. Aparte también del complemento que pudiera suministrar en esta cuestión la observación de las leyes sociológicas, en lo que a mí se refiere, es posible que difícilmente pudiera desprenderme de las impresiones primeras procedentes de la escuela en que mi espíritu se formó" (Salleilles, *Prólogo al Método* pp. xiii-xiv, énfasis añadido). En la historia de Bonnacase sobre *l'école de l'exégèse*, Salleilles aparece como precursor, pero no como miembro propiamente dicho, de la nueva dirección ya que todavía parece estar muy inmerso en la antigua sensibilidad. De hecho Bonnacase argumenta que algunas de las listas de "nuevos jurisprudistas"

Kantorowicz en Alemania (*Freirechtsschule* o "escuela del derecho libre"), de Rümelin, Heck, Bekker, Stoll, Oertmann y Binder también en Alemania (*Interessenjurisprudenz* o "jurisprudencia de intereses") y, finalmente, de Roscoe Pound en los Estados Unidos (*sociological jurisprudence*)⁴. La inserción local en la teoría transnacional y el comienzo de una producción local relevante se inició precisamente en aquel tiempo confuso y multifacético, donde el entendimiento básico del derecho estaba siendo desafiado y remodelado por múltiples fuerzas.

Como consecuencia de lo anterior, el estilo clásico de análisis jurídico contenido en los primeros tratados que comentaron el Código Bello fue contemporáneo a las nuevas teorías que estaban siendo producidas en Europa. De la misma manera, estos tratados tempranos contenían un claro sentido de contradicción entre la exégesis y la ciencia conceptualista alemana. No pasaría mucho tiempo, mucho menos del que había transcurrido en Europa en todo caso, para que estos tratados clásicos empezaran a ser criticados conforme a los postulados de la nueva escuela. Así, los juristas locales, una vez más a la deriva en las corrientes de la teoría transnacional, empezaron a criticar la primera generación de libros de derecho privado que hemos examinado y que fueron escritos, si el lector lo recuerda, entre 1898 y 1919.

(cont. nota 3) (Labbé, Bufnoir, Salleilles y Beudant) son falsas porque, comparado con ellos, Gény representa un verdadero salto cualitativo en materia de teoría del derecho. Ver, Bonnecase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, Editorial Cajicá, Puebla, 1944 pp. 55-66. La propia lista de Uribe mencionada en su conferencia de 1915, (Salleilles, Gény, Lambert y Charmont) es principalmente un homenaje retórico, pues es claro que entre ellos Gény fue el único que ejerció influencia determinante sobre la conciencia jurídica local.

4 Se han hecho esfuerzos importantes para establecer las interconexiones entre estas diferentes corrientes de pensamiento antiformalista. Una presentación general de *reform jurisprudence* puede encontrarse en el libro, *Jurisprudence* de Christie y Martin, West Publishing, St. Paul, (1995) págs. 727-46. Conexiones más específicas puede hallarse en James E. Herget & Stephen Wallace, *The German Free Movement as the Source of American Legal Realism* 73 Va. L. Rev. 399, (1987); sobre la influencia de las ideas de Ihering en el realismo jurídico, N. E. H. Hull, *Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn-Puond Exchange Over Legal Realism* 1989 Duke, L. J., 1302; una evaluación general sobre la influencia del realismo y el pragmatismo jurídicos en América latina se encuentra Joh Linarelli, *Anglo-American Jurisprudence and Latin America* 20 Fordham Int'l L.J. 50, 1996 [de aquí en adelante Linarelli, *Anglo-American Jurisprudence*]; Jaro Mayda en su libro *François Gény and Modern Jurisprudence*, Louisiana State University Press, 1986 [de aquí en adelante Mayda, *François Gény*] explora diferentes conexiones específicas en el pensamiento de Gény, por ejemplo con Savigny (p. 117), von Ihering (pp. 117-8) y Ehrlich (pp. 148-9).

El más prístino y enérgico defensor local de la superioridad del conceptualismo jurídico y de la ciencia del derecho, Antonio José Uribe⁵, es igualmente uno de los primeros y más influyentes autores colombianos en dejar un registro escrito de la recepción temprana de la obra de Gény⁶. Esta circunstancia demuestra, sin lugar a duda, que Antonio José Uribe siguió con una asiduidad inexistente en otros doctrinarios nacionales los movimientos del derecho europeo y buscó maneras de importarlos para consumo interno. Su liderazgo intelectual es así innegable. Sin embargo, Uribe usualmente transmuta⁷ (en el sentido en que hemos estipulado), las nuevas teorías, y la de Gény no parece ser la excepción. A continuación examinaremos con detalle la conferencia de 1916 dictada en la Universidad Nacional de Colombia⁸ donde se anuncia de manera temprana los nuevos temas de la teoría del derecho. En aquella conferencia Uribe insiste en la necesidad de hacer "ciencia jurídica". La expresión resulta común, por lo menos nominalmente, tanto a la *Begriffsjurisprudenz* alemana como a la orientación científica que por aquel entonces Gény estaba empezando a promover en Francia. De esta manera Uribe confunde el uso de una misma expresión para suponer, erróneamente, que el programa de las dos escuelas concuerda. Para reforzar esta identidad teórica, Uribe

5 Antonio José Uribe defendió, como sabemos, el ideal savigniano de ciencia jurídica. Sin embargo, Uribe aprendió la metodología en el uso que de la misma hicieron Aubry y Rau en su *Cours de Droit Civil*. En 1915, Restrepo da algunas muestras de conocer la genealogía, originalmente alemana, de su metodología, aunque el punto parece no preocuparlo excesivamente. En su tratado original de 1899 parece no percatarse de estos orígenes en lo absoluto. Véase Edmond Champeau y Antonio José Uribe, *Tratado de derecho civil colombiano*, Librairie de la Société du Recueil Général des lois et des arrêts, Paris (1899).

6 Uribe no es el primer latinoamericano en importar las ideas de Gény, así como tampoco es el más riguroso entre los receptores locales. Su comprensión de Gény, sin embargo, fue particularmente influyente, al menos en los momentos tempranos de la recepción. El primer jurista hispanoamericano que parece ocuparse sistemáticamente de las ideas de Gény es el chileno A. Álvarez, quien escribió en francés un texto titulado *Une nouvelle conception des études juridiques et la codification du droit civil*, Paris (1904). Otros iusfilósofos serán influenciados por Gény más tarde, como se explicará en el texto.

7 Las referencias que Uribe hace de Gény revelan con claridad que no hubo lectura directa de *Método*. En el escrito no hay ninguna cita directa a la obra aludida. En la interpretación de Uribe, Gény es sólo un nombre que condensa una nueva sensibilidad teórica en derecho privado. Como para Uribe, recuérdese, el conceptualismo alemán es también una nueva sensibilidad que desborda la exégesis, Uribe hace ingentes esfuerzos para demostrar que los "nuevos autores", como los llama, pertenecen al mismo partido vanguardista.

8 La conferencia, titulada "La evolución del derecho civil", fue pronunciada en la "sesión solemne de la Sociedad Jurídica de la Universidad Nacional el 11 de agosto de 1916 por el doctor Antonio José Uribe". (De aquí en adelante Uribe, *Evolución*).

confunde el ideal de científicidad contenido en la tradición conceptualista del tratado alemán, por una parte, y en la nueva escuela científica de Gény, por el otro:

“La obra de Aubry Rau [*sic*] es la obra maestra de la ciencia francesa en el último siglo; en ella se encuentran maravillosamente expuestas, en síntesis, todas las soluciones contenidas en germen en principios formulados con vigor, tan íntimamente ligados unos con otros, que forman un verdadero edificio de incomparable solidez.

Ya al fin de la última centuria, dos eminentes profesores de la Facultad de París, Beudant y Bufnoir, a quienes en parte han seguido Baudry-Lacantinerie y sus colaboradores, sin perjuicio de proclamar su profundo respeto por los textos, y considerando como impropio introducir en la legislación elementos nuevos tomados fuera de las fórmulas legales, proclamaron la supremacía de los principios vivificadores y fecundos, encerrados en los textos mismos, capaces de dar a las soluciones legales toda su aplicación posible, y Salleiles, Gény, Lambert y Charmont, se han constituido en campeones del nuevo método de interpretación y de la exposición doctrinal del Código”.

El párrafo citado está impregnado de incomprensiones de la escena teórica francesa del momento. En primer lugar, la identidad de los autores franceses es reimaginada⁹: Aubry y Rau, los profesores de derecho civil en Estrasburgo y principales importadores a Francia de los métodos alemanes de construcción, son reducidos a un nombre conjunto, Aubry-Rau. Aún de mayor importancia es la afirmación según la cual la nueva generación de juristas franceses (Salleiles, Gény, Lambert y Charmont) se habían constituido en los “campeones” del método conceptualista de exposición doctrinal del código. En este orden de ideas, y según Uribe, Gény se constituye en el teórico más reciente del conceptualismo jurídico, una interpretación que, por supuesto, no resulta respaldada por la lectura de las obras del profesor de Nancy.

Para Uribe y la teoría del derecho que propone, parece fundamental construir una masa crítica de apoyo si quiere ser persuasivo ante su audiencia. Los distintos partidos y facciones que se han formado en la teoría europea son fácilmente ignorados; los autores cambian de partido teórico para mostrar a la audiencia local que

9 Muy seguramente el error no es de Uribe sino de quien haya transcrito la conferencia. Sea del uno o del otro, sin embargo, se muestra bien la distancia frente a Francia, y por tanto los espacios de creatividad que abre la lectura local.

el *Zeitgeist* del derecho europeo realmente respalda las tendencias teóricas que Uribe prefiere. De esta forma, la incomprensión de los textos teóricos europeos hace posible relocalizar a los autores haciéndolos pasar por miembros de la misma sensibilidad. Para Uribe, entonces, la crisis teórica en la ciencia del derecho francesa de comienzos del siglo XX se interpreta como un consenso alrededor de la necesidad de construir un método jurídico *à la mode allemand* que permita descubrir los principios jurídicos que subyacen en las reglas del código, de manera tal que dichos principios ofrezcan las soluciones científicas para los casos difíciles. Gény misteriosamente se convierte en el *campeón* de aquella orientación, siguiendo así muy de cerca los pasos de un inventado *Aubry-Rau*. Gény resulta así ofreciendo apoyo doctrinal a las estrategias de exposición del derecho civil que Uribe venía defendiendo en el país desde 1899.

A pesar de su temprana y superficial recepción de la obra de Gény, la incomprensión de Uribe permaneció en la cultura legal por mucho tiempo. Veinte años más tarde, la Corte Suprema de Justicia aún mezcla libremente la retórica del conceptualismo (por ejemplo, cuando habla de “crecimiento orgánico del derecho” o de “método histórico”), con la retórica de “la libre investigación” de Gény, sin reparar en sus diferencias evidentes. Pero más allá, la incomprensión temprana de Uribe permaneció en escena por una razón más poderosa: fue el primero de los autores locales en conectar los problemas teóricos de metodología y análisis jurídico (comunes a las obras de Savigny y Gény) con el creciente interés político y constitucional que despertaba la denominada “cuestión social”¹⁰. Por supuesto,

10 La *cuestión social* (*die soziale Frage*) es el rótulo en el que se resume la adquisición de conciencia política, por parte de reformadores políticos católicos, liberales y socialistas, de las injustas penurias que trabajadores, mujeres, niños y otros desposeídos sufrieron hacia el final del siglo XIX causados, en expresión típica de la época, por los “excesos del capitalismo”. Esta forma de conceptuar el problema indujo a que los reformadores moderados (por oposición a los más radicales) llegaran a pensar que mecanismos puramente privados de cooperación social, sin necesidad de compulsión legal estatal, pudieran remediar la condición de aquellos sectores de la población. Esta manera de analizar el creciente proletariado urbano y los desafíos políticos que presentaba era diametralmente opuesta tanto al terco individualismo capitalista como al radicalismo comunista. De esta forma se constituye “la tercera vía”, la llamada “reforma social cristiana”, dirigida en contra de los excesos del individualismo capitalista y del colectivismo comunista. Véase J. Messner, *La cuestión social*, Rialp, Madrid (1960). Uribe entrevistó débilmente la relación entre las luchas metodológicas en derecho y la *cuestión social*. Para ello sigue el modelo de redistribución privada de riqueza de cristianos como Edmundo Bruwaert quien inició en Francia esfuerzos compensatorios al crear la “Academia de educación y ayuda mutua sociales”. Esta forma de análisis, típica de las instituciones católicas, busco inculcar en el proletariado prácticas de autoayuda fundamentales en el valor del trabajo riguroso y altas tasas de ahorro, la reforma de los “há-

los ideales liberales y socialistas eran bien conocidos en el discurso político de aquel tiempo en Colombia, pero la posible relación entre la teoría del derecho con la energía política de los reformadores sociales¹¹ no se hizo explícita de ninguna manera, salvo en el análisis de Uribe¹². He ahí su mérito especial. A los ojos de Uribe, la estabilidad del Estado dependía de la exitosa resolución de la *cuestión social*. La amenaza inmediata era la "lucha terrible" entre las clases sociales atizada "de un lado, [por] el poder del oro, del otro, [por] el poder de la desesperación"¹³. Las soluciones propuestas por Uribe combinan diferentes métodos, pero parecen dar una mayor importancia (aunque no absoluta) a la reforma legal. En su opinión, las "clases populares" han de ser en primera instancia "educadas", siguiendo el modelo francés. La educación, la solidaridad (también llamada en la época "mutualidad") y la autoayuda son los principales lineamientos de solución al problema. El programa social de Bruwaert, que Uribe suscribe, se concentra en temas tales como el mantenimiento general de la moralidad de las clases bajas (los principios de solidaridad y cooperación), la higiene social (evitando especialmente la mortalidad infantil, la sífilis y la tuberculosis), la educación (los fundamentos de las doctrinas morales y religiosas), el trabajo y la economía (principios de economía doméstica, restricción del gasto e incremento del ahorro familiar), así como los principios esenciales del derecho público y privado vigente (un estudio elemental de los deberes y derechos de los ciudadanos, como escudo defensivo que las clases menos favorecidas pudieran utilizar llegado el momento)¹⁴.

(cont. nota 10) bitos morales malos", tales como tener un número excesivo de niños o descuidar la higiene doméstica o personal. Para Uribe estas son las reformas de los "cristianos sociales" por oposición a las propuestas por los liberales o, aun, por los comunistas. Véase, Antonio José Uribe, *La legislación y la economía sociales*, en *La reforma administrativa en Colombia*, pp. 696 y ss.

11 Cosa distinta ocurría en Europa donde las corrientes iussocialistas relacionaban con gran naturalidad el problema de la reforma social con el del análisis jurídico. Véase al respecto, Carlos Miguel Herrera, *Derecho y socialismo en el pensamiento jurídico*, Universidad Externado de Colombia, Serie de teoría jurídica N° 24, Bogotá (2002). En esta tradición decimonónica, la obra de Antón Menger resulta fundamental. Véase Antón Menger, *The Right to the Whole Produce of Labour*, Augustus Kelley, Nueva York, 1962 (originalmente publicado en 1899); Anton Menger, *El derecho civil y los pobres*, Editorial Comares, Granada (1998).

12 Véase en general, Gerardo Molina, *Las ideas liberales en Colombia*. Tercer Mundo Editores, Bogotá (1989).

13 Antonio José Uribe. *La cuestión social*, Revista Jurídica, N° 179, pp. 165-6 (1925) (de aquí en adelante, Uribe, *La cuestión social*).

14 El programa de Uribe se fundamenta en un folleto educativo francés, *Manual de vida práctica: familia, ahorro y trabajo*, cuyas divisiones y contenidos adopta literalmente en su programa social.

Desperdigado entre este vasto menú de reforma social, el componente jurídico del programa de Uribe especificaba la necesidad de ampliar la protección jurídica para los desposeídos por medio del establecimiento del patrimonio de familia, el reconocimiento jurídico de los sindicatos, un régimen de protección para el trabajo¹⁵ incluyendo en él normas sobre salario mínimo, asociaciones, entrenamiento laboral y métodos de solución de disputas entre patronos y trabajadores. Sin embargo, el tratamiento jurídico que Uribe le da a la cuestión social tenía una característica técnica: las iniciativas de reforma jurídica son ubicadas por fuera del Código Civil y del derecho vigente y exigen, en consecuencia, la promulgación de nuevas leyes que incorporarán estos principios excepcionales al derecho civil común. Este punto es esencial ya que revela cómo para Uribe la reforma social no es una cuestión de *lex lata* sino de *lex ferenda*. En consecuencia, la reforma debe ser realizada por el legislador, y no por los jueces, e implica derogaciones especiales a los principios generales asentados en la ciencia del derecho civil.

La importancia de este último punto puede ser apreciada mejor en otro elemento del programa reformista de Uribe¹⁶. Según Uribe, existía la necesidad de lograr el cambio social por medio de la constante ayuda que pudiera suministrar el creciente

15 Uribe todavía no usa la expresión "derecho laboral".

16 La aparición de una ciencia social moderna y empírica creíble trastornó el indiscutible liderazgo que los abogados y el "derecho" tenían sobre la producción de una tecnología social para "resolver problemas". La resolución de muchos de estos problemas sociales podía ahora ser encomendada a estos saberes y métodos "científicos" que empezaron a disputarle al derecho su lugar de preeminencia. Los límites del análisis jurídico estricto, entonces, abrían las posibilidades para la generación de "políticas" (concienzudos programas de acción sectorial) como ahora se pasarían a denominar los productos normativos de las ciencias sociales. Este giro hacia las "políticas" creadas científicamente (o por lo menos sus corresponsabilidad en la solución de los problemas sociales) sería una de las transformaciones iusteóricas fundamentales de la época: en Europa, como veremos más tarde, se acepta entusiastamente la llegada de las ciencias sociales empíricas al derecho, como lo demuestra la obra de Gény. Insistiré luego, sin embargo, en que la dirección científicista y empirista de la obra de Gény fue sistemáticamente suprimida en las lecturas locales. Los receptores locales se conectaban más fácilmente con una interpretación "doctrinal" que explicaré más tarde. En los Estados Unidos, por otra parte, el giro hacia el análisis jurídico basado en políticas públicas empieza a reemplazar el análisis jurídico formalista con la aparición, a finales de los veinte, del realismo jurídico. En Latinoamérica, sin embargo, el realismo jurídico no tuvo mayor influencia. En el diálogo Norte-Norte, entre Europa y los Estados Unidos, el realismo jurídico americano y los *juristes inquiets* franceses (Saleilles y Josseland) se comprendían mutuamente como miembros de una dirección "científica" común. En el trasplante jurisprudencial Norte-Sur, el componente "científico" que implicaba un cambio metodológico muy agudo, fue mal interpretado y los libros, así recomendaban estudios sociales empíricos para la resolución de los problemas, seguían siendo interpretados como meros estudios tradicionales de doctrina jurídica.

conocimiento generado por (modernas) ciencias sociales, distinta a la ciencia del derecho, tales como la economía y la sociología: "Há tiempo que hemos insinuado la idea de que en las universidades de Colombia se funden cátedras de economía social [y de sociología] para el estudio y solución de los graves y múltiples problemas de esta índole"¹⁷.

Una manera de entender el programa teórico de Uribe es decir que la falta de conexión entre el derecho civil clásico y la necesidad de reforma social y legal tiene que ver con el naciente interés, para ese entonces, en la argumentación libre, social y "científica" (opuesta al cambio interno, textualista, orgánico y doctrinario propio del derecho civil) como con la manera adecuada de lidiar con la cuestión social. La reforma social y legal, si es que llegaba a ocurrir, era presentada como el establecimiento de nuevas políticas sociales y no como la modernización orgánica de las estructuras clásicas del derecho civil. Para lograr el fin de la reforma, Uribe proponía contratar profesores europeos de "economía social" y no más profesores de derecho civil¹⁸. Sin embargo, inmediatamente después de presentar sus programas para enfrentar la cuestión social, Uribe lanza una muy elocuente y sorprendente nota de moderación: "No son, por fortuna, ni muchos ni muy agudos entre nosotros los problemas de esta índole, y, por lo mismo, nuestra legislación sobre el particular puede y debe formarse lentamente, por graduales etapas, sobre todo con disposiciones de previsión y de higiene sociales"¹⁹.

(cont. nota 16) En el trasplante Norte-Sur no se estableció una nueva comunidad académica que planteara la importancia de ampliar el derecho con el análisis de "políticas públicas" que sirvieran para complementar, mejorar o, incluso reemplazar el derecho civil: tanto para los autores franceses como para los latinoamericanos la nueva teoría del derecho era una "nueva doctrina" y no una "nueva ciencia". Su lectura más radical era entenderla al contrario: como "nueva ciencia", y no simplemente como "nueva doctrina". Así, René Demogue le escribirá a E. Zuleta Ángel en 1937: "Je viens de lire avec très grand plaisir et profit votre programme sur les nouvelles orientations de la doctrine moderne. Il est excellent, je vous le dis très sincèrement et résume d'une façon lumineuse l'évolution du droit civil français depuis une cinquantaine d'années. Vous vous en êtes admirablement assimilé l'esprit. Je vous félicite très vivement". (Énfasis añadido).

17 Uribe, *La cuestión social*, pp. 165-6.

18 Uribe cita con admiración la obra de Federico Ozaman, profesor de derecho en Francia y fundador de las "conferencias de San Vicente de Paul", una conocida organización de caridad, que patrocina, aun hoy día, hospitales y otras instituciones para los pobres. La figura de Ozaman ejerce considerable atractivo ya que combina, en una sola personalidad pública, las condiciones de jurista y de filántropo católico consciente de la *cuestión social*. Al final de su artículo sobre el asunto social, Uribe respalda una propuesta para beatificar a Ozaman para que él sirva de ejemplo para ser imitado por las nuevas generaciones. Uribe, *La cuestión social*, pp. 165-6.

19 *Ibidem*, p. 165.

Para resumir, los escritos de Antonio José Uribe nos brindan un muy ventajoso punto de vista desde el cual otear el panorama de cómo diferentes ideas iusteóricas tomadas de la teoría transnacional son reestructuradas y reinterpretadas en sitios de recepción. En primer lugar, Uribe parece combinar muy eclécticamente las teorías del derecho propuestas por la *Begriffsjurisprudenz* alemana y la escuela científica de Gény. En segundo lugar, Uribe, entre todos los juristas locales, comienza a subrayar la necesidad de una reforma social y jurídica para solucionar la cuestión social, aunque, en su opinión, la lucha de clases en Colombia no es tan aguda como en otros lugares. Esta reforma, sin embargo, se ha de alcanzar mediante cambios legislativos, no mediante nuevas conceptualizaciones doctrinales o jurisprudenciales. Su lectura incompleta de los materiales de la TTD (especialmente de la nueva dirección francesa liderada por Gény) no le permitirá ver cómo podría hacerse la reforma social sin necesidad de nueva legislación: podría perfectamente enfocarse la cuestión social por medio de un programa de reforma doctrinal emprendido al interior del derecho privado clásico mediante la reinterpretación del derecho civil y su adecuación a las nuevas situaciones sociales. Sin embargo, era mucho más fácil ver la reforma en términos de promulgación de nueva legislación. Habría que dar todavía un paso más en teoría y metodología jurídica, por medio de una más completa recepción del programa de Gény, para que fuera posible ver cómo la cuestión social podía ser resuelta al interior del derecho civil y que la idea de la expedición de nueva legislación era, en el mejor de los casos, insuficiente. Se podría decir, con Uribe, que la cuestión social tenía que ser resuelta con la introducción de nuevas leyes (obreras, sociales, etc., el nombre es indiferente). Pero la teoría del derecho de Gény y de los nuevos antiformalistas sociales otorgaba gran parte de la responsabilidad de efectuar el cambio social al *ius commune*: el derecho legislado (las nuevas leyes excepcionales) no era la solución, puesto que nuestra cultura jurídica (compartida en Francia e Latinoamérica) estaba integralmente intoxicada de *legocentrismo*, esto es, intoxicada con una fijación fetichista en el derecho legislado como alfa y omega del sistema jurídico. En el nuevo método de Gény, la cuestión social tenía que ser resuelta dentro del derecho positivo ya vigente, y, en esencia, las reformas legislativas no eran necesarias para este fin. De hecho, las reformas legislativas podían incluso ser contraproducentes para lograr la reforma social. Según Gény, los casos difíciles dentro del Código por lo general eran generados por una creciente brecha entre las nuevas circunstancias sociales y políticas de los pobres (la cuestión social) y la forma original de vida y las preocupaciones sociales e ideológicas que animaban al Código cien años antes en el momento de su redacción. La vida social a comienzos del siglo XX está llena de casos completamente nuevos para los cuales los jueces y juristas tienen la obligación de crear soluciones justas e innovadoras, sin necesidad de esperar a que la nueva legislación determine el sentido en que deben resolverse dichas situaciones. Estas soluciones dadas por los intérpretes deben

permanecer en todo caso dentro del ámbito de la objetividad jurídica y social, incluso si el Código, *ex hypothesi*, no los resuelve y si aún no se promulga una nueva ley. El arte del derecho, si es que quiere seguir siendo productivo, tiene que responder a las nuevas situaciones sociales por medio de nuevas técnicas de análisis e interpretación jurídicas.

Es interesante notar que las incompreensiones teóricas de Uribe no fueron al azar, puesto que tanto la *Begriffsjurisprudenz* como la *libre recherche scientifique* sí decían estar en posesión de una cierta habilidad para dar soluciones puramente doctrinales a casos nuevos sin traicionar el ideal de objetividad en derecho. Como resultado, pero por razones muy diferentes, las dos teorías europeas rechazaban en general la necesidad de estar continuamente promulgando reformas legales en el derecho común. Para el conceptualismo la promulgación de nuevas leyes en derogación del derecho civil era un movimiento innecesario que terminaba "afeando"²⁰ la estructura doctrinal del derecho. Por tal razón, el crecimiento doctrinal orgánico era preferible a la interferencia legislativa. Para Géný, en cambio, la solución de los casos nuevos mediante referencia a la ley era en sí mismo una expresión del fetichismo legocéntrico dominante en la cultura jurídica francesa por el que sentía tanto desprecio. Más allá del código civil, las decisiones en casos nuevos tenía que basarse en argumentaciones objetivas extraídas de los materiales existentes (incluyendo los datos de la ciencia) y tenían que evitar, en la medida de lo posible, ser el resultado de la subjetividad o el capricho del juez. La ley, sorprendentemente, no era ahora el dique de contención de dicha subjetividad.

3. LA TEORÍA DEL DERECHO DE FRANÇOIS GÉNY

François Géný es una figura muy importante en la narrativa y estructura de la teoría particular del derecho en Latinoamérica. Su obra pertenece, como hemos visto, a una red de académicos y teóricos del derecho que hicieron su aparición hacia finales del siglo XIX y cuya influencia todavía era notoria hacia la mitad del siglo XX. Aunque nunca fueron vistos como un movimiento teórico unificado, muchos de ellos eran conscientes de pertenecer a una nueva sensibilidad iusteórica

20 Ihering usa la palabra "*verunstalten*", "dañar la apariencia", "afear", cuando critica a Savigny, en *Im Juristischen Begriffshimmel* (El cielo de los conceptos jurídicos), por creer que la legislación necesariamente "daña" o "afea" el derecho civil científico e histórico. La versión española del *Begriffshimmel* se encuentra en *Jurisprudencia en broma y en serio*, Roman Riaza (traducción), Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1933).

compartida por otros. El parecido de familia entre los anti-formalistas se basaba en la aceptación de una genealogía común que se remontaba hasta la obra de Rudolf von Ihering como precursor de la crítica a la teoría y metodología del derecho civil alemán del siglo XIX. Académicos posteriores, alemanes, franceses y estadounidenses, hicieron uso frecuente de las ideas de Ihering en el esfuerzo de generar nuevas teorías del derecho en las que se criticaran las maneras más tradicionales de análisis jurídico; igualmente, es innegable que existe cierta dirección común en la reconstrucción del método jurídico que proponen como alternativa frente a la metodología tradicional del siglo XIX. La sensibilidad común, sin embargo, nunca se convirtió en una escuela identificable. Quizá esto último era imposible. Sin embargo, muchos compartían la nueva sensibilidad iusteórica alrededor, en Francia, de la *libre recherche scientifique*; en Alemania, de movimientos como la *Interessenjurisprudenz* y la *Freirechtsjurisprudenz*; y, por último, de las nacientes escuelas sociológica y realista en los Estados Unidos.

Entre todos los antiformalistas, es claro que François Géný es la fuente europea más relevante para la construcción de una crítica local de la conciencia jurídica clásica. Su primer y más influyente libro, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, fue publicado en 1899, exactamente en la misma época en que Claro Solar, Champeau/Uribe y Vélez estaban dando a luz sus primeros libros doctrinales sobre el Código Bello, aunque en ellos se plasmara, como vimos, la sensibilidad jurídica clásica del siglo XIX. La importancia de Géný en la teoría local del derecho es central: suministró a los juristas latinoamericanos una versión del antiformalismo, entre varias otras disponibles en ese momento, sobre la que se reconstruyó el derecho local. En *Méthode*, Géný hace un esfuerzo formidable para incorporar y articular todo los elementos creativos, aunque frecuentemente dispersos, que se encontraban en la jurisprudencia antiformalista de la época: "[...] y debe fortalecerse en la creencia de que queda por hacer algo muy importante en este sentido, el que de poco tiempo acá se ha despertado con carácter general más o menos conocido, y entre los jurisconsultos de diversas naciones, un sentimiento de enérgica reacción contra los excesos del procedimiento tradicional de interpretación jurídica [...]"²¹. El punto central de la "Introducción" que Géný escribe para su libro es sumamente revelador: la enseñanza y el aprendizaje del derecho son aburridoras, y la literatura jurídica, más aún, se halla en un estado de decadencia²². Hay, sin embargo, un renacimiento intelectual muy palpable en los últimos tiempos mediante el abandono del estudio aislado (casi autista) del

21 Géný, *Método*, § 4, p. 7.

22 Contrástese el diagnóstico de Géný con el entusiasmo que por la literatura de la época mostraban los doctrinarios locales.

derecho y la bienvenida entusiasta a las "ciencias sociales" con las cuales se fundará una nueva manera interdisciplinaria de analizar los fenómenos sociales. Junto con el derecho en el sentido tradicional, Gény nos invita a reconocer la importancia, de lo que empieza a denominarse, los "estudios legislativos"²³. Frente al estancamiento, la decadencia y la aburrición, los juristas deben adoptar una actitud de riguroso autoexamen. Los abogados en todas partes están avanzando y remodelando sus teorías de interpretación jurídica, deshaciéndose de la excesiva confianza en la ley y revaluando el papel del intérprete y de las nuevas ciencias sociales positivas en el proceso de la creación del derecho. Esta tendencia intelectual, de acuerdo a Gény, no ha sido presentada aún por nadie en sus aspectos más generales y iusteóricos. El libro de Gény busca precisamente llenar ese vacío.

Para Gény, entonces, hay una reacción en la teoría transnacional del derecho contra los excesos del método tradicional²⁴; estas ideas, sin embargo, no han tenido suficiente penetración en la práctica forense y en la conciencia del abogado común. El libro de Gény quiere igualmente resolver de manera expresa ese problema y popularizar la nueva jurisprudencia: "Mi temor sólo es que este movimiento no haya acaso penetrado bastante entre los jurisconsultos, y que, a pesar de todo, no vaya a quedar como patrimonio de una escasa minoría"²⁵. La falta de popularidad en la práctica forense se le atribuye al estado aún incipiente de la teoría antiformalista:

"Y me pregunto si esta insuficiencia de expansión no será debido a que la apetecida evolución no ha sido lo bastante expuesta y analizada en su aspecto especulativo o, por mejor decir, si la pretendida reforma en lo que se llama nuestro método tradicional de interpretación jurídica, no ha sido descrita por completo por muchos de sus convencidos partidarios, y con la idea de proporcionarle una justificación tan eficaz como posible"²⁶.

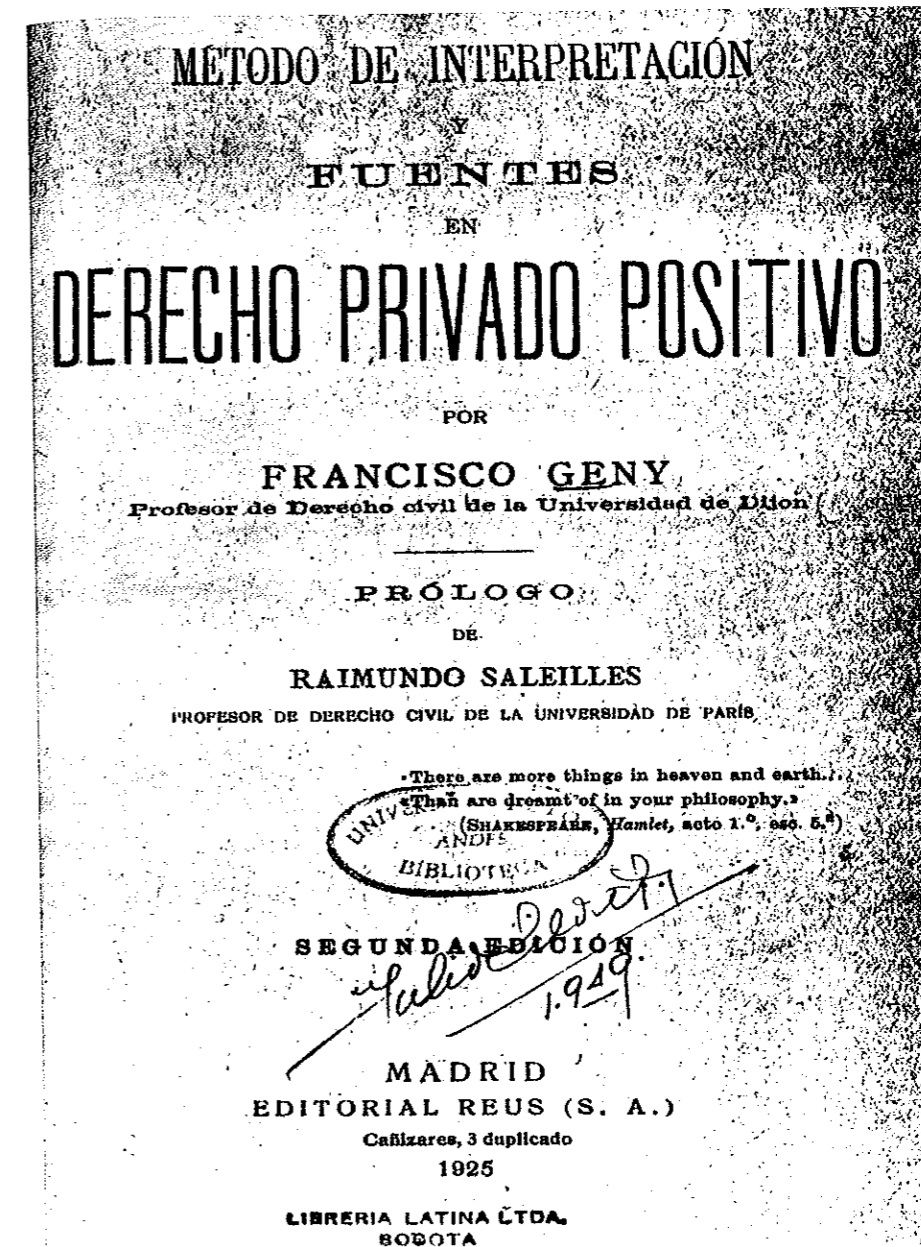
Al mismo tiempo, y mientras que trata de exponer el "aspecto especulativo" del antiformalismo jurídico, Gény se pone en el plano de la "teoría práctica del derecho" (de una jurisprudencia práctica) y, por consiguiente, dentro de los lími-

23 Gény, *Método*, § 2, p. 4.

24 Gény hace una presentación sumaria de las principales contribuciones que a la nueva teoría antiformalista del derecho se han hecho en Alemania, Francia e Italia en las páginas iniciales de *Método*, § 4, pp. 7-12.

25 *Ibidem* § 5, p. 12.

26 *Ibidem*.



Gény, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Traducción al español de la segunda edición francesa, y publicada en Madrid por la Editorial Reus en el año de 1925.



Traducción al español de la segunda edición de la obra de Bonnacase, *Introducción al estudio del derecho*. Las primeras dos ediciones francesas datan de 1926 y 1930. Esta edición en español fue publicada en Bogotá en el año de 1945.

tes que le impone a una teoría particular del derecho la situación específica de la cultura jurídica francesa:

“Me parece [...] claro [...] que me he colocado [...] en el terreno de la interpretación del *puro derecho* positivo: esfera propia del práctico, del magistrado, del jurista, de todos aquellos que tienen necesidad de deducir soluciones jurídicas aplicables, no ideológica o racionalmente, sino *concretamente* y a la *práctica* de las cuestiones que originan los conflictos de intereses humanos. Se trata, por consiguiente, de profundizar en el método de investigación que se propone a éstos, es decir, de distinguir los procedimientos de investigación y de estudio más aptos a esta misión propia de la *aplicación del derecho positivo*. Y para colocarme en un punto de vista verdaderamente práctico, yo no debo examinar esta cuestión de método sino manteniéndome rigurosamente dentro de la situación creada a nuestra jurisprudencia por el estado actual de la legislación francesa. Me apresuro, sin embargo a declarar que, en un régimen distinto del de la codificación, tal cual existe entre nosotros, los procedimientos de investigación *podrían ser* muy distintos”²⁷.

El libro de Gény quiere darle estructura al fenómeno internacional del nuevo antiformalismo jurídico y, en ese sentido, pertenece con todo derecho a los géneros la TTD. Al mismo tiempo, sin embargo, Gény es claro al señalar que el análisis jurisprudencial por necesidad está atado a los materiales jurídicos y a la cultura que ya existen *hic et nunc*. En ese sentido, su propuesta será una teoría *particular* o *local* del derecho concebida como respuesta a la problemática específica del sistema codificado francés. El *Méthode* de Gény no sólo se mueve entre la TTD y la teoría particular del derecho, sino que se trata fundamentalmente de un libro de teoría comparada. Al estudiarlo más de cerca, la obra tiene dos niveles: por un lado, el texto escrito por Gény, y por el otro, un paratexto (un texto paralelo). En el texto, Gény examina el asunto de los métodos, fuentes e interpretación jurídicos en Francia; en el paratexto, que se encuentra particularmente en un complejo aparato de extensas notas al pie de página, Gény lleva al lector a lo largo de un muy detallado panorama de la literatura civilística e iusteórica alemana hasta la época de redacción de la obra. Como resultado de esta estrategia, *Méthode* termina siendo un análisis comparativo de formas de razonamiento jurídico utilizadas en dos de las más importantes jurisdicciones del Derecho Civil; de la misma manera, el libro realiza un nuevo trasplante iusteórico hacia Francia de muchas de las ideas ya desarrolladas en la discusión alemana sobre la conveniencia o inconveniencia del *heutigen Römischen Rechts* y sus metodologías de aplicación e in-

27 *Ibid* § 5, p.14. El punto es reiterado más adelante § 31, p. 57.

interpretación. En ese sentido, Gény continúa el diálogo iniciado por Aubry y Rau con la ciencia jurídica del otro lado del Rin.

La reconstrucción del antiformalismo europeo por parte de Gény sentó a su vez las bases para su importación y recepción en Latinoamérica algunos años después. Los reformistas jurídicos locales se educaron en el panorama amplio del antiformalismo europeo por medio de las notas de pie de página y referencias de Gény. Comparada con todas esas otras teorías antiformalistas que circulaban en Europa (cuyos textos y preocupaciones permanecían fuera del alcance del abogado latinoamericano promedio), la argumentación de Gény tenía la incomparable ventaja de ubicar la nueva teoría del derecho justo en el núcleo de los problemas más tradicionales de interpretación del derecho civil. Más aún, su trabajo se enfocaba directamente al análisis de casos y doctrinas situados en el corazón mismo de lo que los abogados tradicionales pensaban que era el derecho propiamente: el Código Civil. Gény quería ofrecer una nueva interpretación del Código Civil francés, una interpretación que ciertamente lo desmitificara; pero una interpretación que al mismo tiempo lo actualizara a las necesidades de los *temps modernes*. No en vano el lema de *Méthode*, parafraseando a Ihering: "por el Código Civil, pero más allá del Código Civil". La concentración en el código francés por parte de Gény permitió a los juristas latinoamericanos transplantar la nueva teoría ya que cualquier evolución doctrinal o teórica en el Código Napoleón parecía también serlo en el Código Bello.

Ya es hora de ver en detalle cómo Gény ejerció tanta influencia en la teoría local del derecho y qué tipo de transmutaciones produjeron los jurisconsultos locales en su interacción con esta corriente de antiformalismo europeo. En una lectura más o menos estándar y aceptable²⁸, la teoría jurídica "original" que Gény explicó en *Méthode* tenía tres grandes elementos constructivos: (i) en primer lugar, una crítica negativa tanto de *l'exégèse* como del conceptualismo alemán; (ii) en segundo lugar, la exposición de la *libre recherche scientifique* (libre investigación científica) como un nuevo tipo de razonamiento jurídico legítimo basado en la creación, por vía de "ciencias sociales positivas", de políticas públicas aplicables en la interpretación y la integración jurídica; (iii) finalmente, la exposición de la libre investigación científica como una búsqueda moderada de los principios modernos y progresistas del derecho civil. Dichos principios seguían siendo "internos" al derecho, aunque ciertamente operaban a veces como contra-principios si se les compara a los reconocidos en el derecho civil clásico. En efecto, la nueva

28 Esta es una lectura "estándar" de manera obvia: reproduce la descripción más general hecha por Gény del contenido de la obra de Gény, *Método*, nota 2 *supra*.

principalística era muy diferente metodológica y sustantivamente a los "conceptos" de derecho civil del siglo XIX. La nueva principalística permitía, entre otras cosas la modernización del derecho civil mediante su "moralización" y "socialización". Estas características serán explicadas en detalle con posterioridad.

Mi tesis es la siguiente: sostengo que en la lectura local básicamente se eliminó el componente (ii) del argumento de Gény: en algún lugar del trasplante hacia Latinoamérica se ignoró o se perdió el elemento "cientificista" de la teoría de Gény; la crítica negativa a los métodos tradicionales (i) se aplicó ya que los autores locales pronto identificaron sus propios ejemplos regionales de exégesis y conceptualismo. Ambos fenómenos, como hemos visto antes, realmente se presentaron en la región. Sin embargo, y esto es muy dicente, a los nuevos críticos locales les pareció, equivocadamente, que la cultura jurídica era preponderantemente exegética y tendían, en consecuencia, a ignorar el aporte y el significado del conceptualismo. Sin el elemento científicista o empírico, y reduciendo el método tradicional a la exégesis, ciertamente la obra de Gény recibió una lectura local bien idiosincrásica. A pesar de esta transmutación, la teoría del derecho de Gény siguió siendo un pilar básico en la teoría del derecho local. Como tal, se ubicó en contraposición parcial al clasicismo y dio herramientas para el establecimiento de una teoría del derecho específicamente "moderna".

3.1. El método tradicional y su crítica

En el primero de los elementos de su teoría del derecho, Gény describe y critica el "método tradicional" de fuentes del derecho e interpretación legal. La tesis principal de esta "parte negativa" afirma que la Ley (en el sentido francés del siglo XIX) no puede regular de manera completa la vida social; tal defecto se vuelve más pronunciado en épocas de rápido cambio social, como las que caracterizaban el comienzo del siglo; por consiguiente, la aplicación de reglas del código (exégesis) o de conceptos generales de derecho civil (conceptualismo) produce, continua y necesariamente²⁹, "vacíos" para los que no hay regla o principio pre-existente: los jueces, en consecuencia, poseen una importante discrecionalidad en tales casos que debe ser disciplinada por algún criterio objetivo. Sin embargo, el problema se presenta con toda claridad: si los tipos de ciencia jurídica del XIX no lo suministran, ¿dónde encontrar dicha objetividad que limite los espacios de discrecionalidad del juez? La objetividad que se requiere para interpretar el dere-

29 No ocasional ni contingentemente, como es la tesis de los optimistas normativos.

cho en casos de vacío será “extrajurídica” ya que, por definición, el vacío existe cuando un caso no puede ser decidido conforme a reglas o principios preexistentes de derecho. Así, entonces, existe la necesidad de especificar un nuevo método jurídico “amplio y flexible” cuya esencia no puede ser determinada *a priori* por los métodos jurídicos tradicionales. Esta ruptura con la teoría tradicional del derecho le permitirá a muchos ver en el método de Gény el nacimiento de una “escuela científica”, de signo “moderno”, que busca identificar metodologías³⁰ de análisis jurídico donde se consigan resultados objetivos y no arbitrarios. Pero la eliminación de la arbitrariedad y la discrecionalidad se logrará por caminos completamente distintos a los planteados por las metodologías legocéntricas y conceptualistas del siglo XIX. La crítica a los métodos tradicionales prepara el escenario para la parte propositiva del *Méthode* de Gény: las situaciones jurídicas no reguladas deben y pueden ser resueltas por jueces que, obligados por el artículo 4° del Código Civil francés, no pueden rehusarse a fallar un caso puesto a su conocimiento. Pero, ¿cómo llenan los jueces un vacío de manera objetiva cuando no hay derecho preexistente que sea aplicable? La doble respuesta a esta pregunta contiene los elementos estructurales del método de Gény. El libro, de hecho, seguirá el orden sugerido por esta doble respuesta. Son estos elementos los que justifican, además, que el nuevo método se autodenomine “científico”.

Antes de adentrarnos en la “reconstrucción del método”, sería adecuado dedicar algún tiempo a los detalles de la crítica de Gény. El primer punto importante es notar que la descripción de Gény del “método tradicional” se ha convertido, para todos los efectos prácticos, en la presentación canónica aceptada de sus carencias y defectos. En Colombia los abogados en general tienen una opinión desfavorable de la exégesis, así la practiquen a diario³⁰. La fuente de esa insatisfacción es, casi siempre, los argumentos que Gény organizó por primera vez de una manera convincente. Así, mientras los apologetas hablaban entusiastamente de exégesis y del principio político y moral de legalidad (respaldado por la autoridad de Rousseau y de la revolución francesa), Gény empieza a criticar el *mito* (por oposición a la realidad) de la sabiduría del legislador; empieza a hablar, no de respeto a la ley, sino de “fetichismo de la ley”; reemplaza la metáfora del juez como boca de la ley para poner en su lugar una nueva época de confianza en la judicatura, especialmente a través de la figura histórica del “buen juez Magnaud”, al que Gény canonizará como símbolo de su movimiento. En general, frente a los

30 La disonancia entre práctica y discurso es enorme. Preguntados por sus convicciones iusteóricas, los abogados proponen visiones del derecho más o menos altruistas de las cuales descreen (generalmente por impracticables) en el contexto más controlado y profesional del litigio.

méritos de la exégesis, Gény empieza a describir una “jurisprudencia mecánica” llena de sedicentes deducciones “lógicas” y que pretende, sin lograrlo, ubicar al derecho en el campo de las ciencias deductivas tales como la matemática o la geometría; frente a la idea según la cual el código regulaba adecuadamente la vida civil y comercial de las personas, Gény empieza a mostrar la distancia, cada vez más grande, entre la legalidad y las necesidades de la vida y del comercio. Todos estos puntos críticos se han vuelto, gracias a Gény, básicos para la comprensión y crítica de la conciencia jurídica clásica en el mundo eurolatinoamericano. En realidad, el análisis de Gény ha sido (y sigue siendo) completamente esencial para la descripción (y no solamente para la crítica) del clasicismo jurídico; esto es cierto hasta tal punto que mi descripción del clasicismo en el capítulo 3 depende, no solamente de los materiales primarios que he consultado, sino también, por implicación negativa, del trabajo de Gény. Si se fuese a revisar la visión del clasicismo que ofrezco en este libro, habría que reconocer que muchos elementos han tomado forma siguiendo la descripción crítica que Gény presentó originalmente en *Méthode* y que después popularizaron Bonnacase y otros autores. El libro de Gény es, en ese sentido, no sólo la fuente del antiformalismo jurídico sino también la una de las fuentes principales de nuestra imagen del clasicismo jurídico francoamericano.

La crítica de Gény al método tradicional abarca unos 90 párrafos (casi 250 páginas) de su libro. Tamaña extensión, por sí sola, es un obstáculo significativo para ofrecer al lector una presentación de sus argumentos que sea al mismo tiempo completa y concisa. Sin embargo, la estructura de la argumentación es lo suficientemente clara como para intentar esbozar una panorámica a grandes trazos:

El método jurídico tradicional tiene dos “ideas capitales”. Las decisiones tomadas en derecho tienen que ser el producto objetivo de la aplicación de un cuerpo preexistente de normas. Estas vienen en dos formatos (he aquí las dos “ideas capitales”) para la teoría jurídica del siglo XIX: toda decisión judicial tiene que provenir de la aplicación directa de un texto legal (legocentrismo o *exégèse*); o, alternativamente, las decisiones judiciales deben lograrse mediante deducciones lógicas a partir de conceptos abstractos construidos por la ciencia del derecho (conceptualismo)³¹. El método tradicional en Francia, según Gény, es inadecuado porque ambas comprensiones del derecho no resultan aceptables. Gény procederá a desvelar las limitaciones de estos enfoques tradicionales. Su crítica comenzará con un examen de lo que Gény llama el “fetichismo de la ley” en la que tratará de exponer las limitaciones de *l'exégèse* francesa.

31 Gény, *Método*, § 34, p. 64.

(i) La primera forma de crítica a la exégesis depende íntimamente de la historia política y jurídica francesa. Se trata, por tanto, de un argumento propio de una teoría particular del derecho, y Géný lo desarrolla comentando la ley y la doctrina nacionales, así:

“Me parece poder afirmar el fin de esta digresión histórica, un poco árida, que ni en las reglas vigentes de nuestro derecho actual ni en los conceptos positivos que hasta nosotros han llegado cubiertos con una tradición autorizada, nada hay que legitime el punto de vista de que la codificación de nuestras leyes haya tenido por resultado el consagrar en el orden del derecho privado la *exclusiva soberanía* de estas leyes y de excluir como inútil y parásito todo desenvolvimiento independiente de interpretación que se dirija a suplir las deficiencias inevitables a la lentitud y falta de flexibilidad y plasticidad de la acción puramente legislativa”³².

La argumentación de Géný está construida sobre una premisa histórica: las limitaciones tradicionalmente impuestas al juez en la imagería de la exégesis francesa (sean dichas restricciones de origen legal, histórico o doctrinario) han perdido definitivamente su rigidez gracias a la práctica jurídica: por ejemplo, tanto el *referé legislatif*³³ como el concepto original de *cassation*³⁴ (las dos instituciones judiciales que le dieron significado concreto a la idea iusteórica de soberanía de la ley) han mostrado sus limitaciones, y los abogados y los jueces las han abandonado definitivamente en la práctica para la época en que Géný escribe.

(ii) La segunda línea de argumentación de Géný contra *l'exégèse* busca mostrar que no solamente existen críticas históricas o jurídicas específicas del contexto francés, sino también que tal teoría del derecho es “racionalmente” insostenible desde un punto de vista más general. Esta crítica tiene un carácter más filosófico ya que pretende mostrar cómo la argumentación jurídica depende de la naturaleza misma de las cosas: por más que los exegetas quieran hacer del derecho una actividad mecánica, ello simplemente no es posible. La ley o el código tienen límites racionales o lógicos en su funcionamiento: estos límites no pueden ser sobrepasados por simple *fiat* legislativo, o por una teoría jurídica de moda. Por

32 *Ídem*. § 50, p. 103.

33 En el *referé legislatif*, si la Corte consideraba que había un vacío o una ambigüedad que no podía ser resuelta por medio de la aplicación de los textos, la Corte remitía el asunto a la legislatura.

34 En la *cassation* una decisión de un juez inferior es revisada y casada si viola de manera manifiesta la ley.

tanto, “el legislador creía manifiestamente reservar para sí el monopolio de toda innovación jurídica”³⁵. Pero esta creencia no es suficiente para “la revelación del derecho” “en nuestro estado social y constitucional”³⁶. La creencia en el monopolio legislativo del derecho, “el culto extremado y ciego de las fórmulas legales”³⁷ no es, de acuerdo con Géný, un “instrumento progresista”. Los límites racionales del derecho legislado anunciados en *Méthode* son dos: el derecho legislado y codificado no puede ser completo (esto es, la presencia de vacíos es una característica necesaria de la *lex scripta*) porque el intérprete, primero, no puede atribuirle a la ley más de lo que ella en realidad contiene porque, tal como sucede con cualquier otro tipo de manifestación de voluntad humana, en un vacío, por definición, no existe norma jurídica preexistente; y segundo, el intérprete, cuando interpreta, impone una nueva voluntad humana que no puede ser ficticiamente reducida (para preservar el mito de estricta legalidad) a la voluntad original del legislador. La voluntad del intérprete no puede pretender ser simplemente una expresión de la voluntad del legislador; la primera, por necesidad hermenéutica, tiene autonomía propia.

Pero el legocentrismo y *l'exégèse* no son los únicos componentes del método jurídico tradicional en Francia. Para mostrar esto, Géný presenta un argumento muy sorprendente³⁸: en su opinión, el método tradicional de análisis jurídico en Francia no se agota en *l'exégèse*, a pesar de que *l'exégèse* hubiese sido, como lo fue, la teoría jurídica oficialmente reconocida en Francia para el análisis del Código civil. De hecho, según Géný, muchos de los doctrinantes franceses en derecho civil son ejemplos claros de análisis jurídico formalista, pero no necesariamente textualista: son los epígonos franceses del conceptualismo alemán. La gran contribución de Géný consistió en trascender los clichés nacionalistas y ver cómo las ideas conceptualistas habían cruzado sigilosamente la frontera francesa en donde ya constituían un elemento fundamental del clasicismo jurídico. Su relativa “invisibilidad” era producida por el hecho de que las teorías alemanas habían sido “absorbidas” dentro de la cultura francesa inmediatamente después de su trasplante. Así,

35 Géný, *Método*, § 54, p. 111.

36 *Ibidem*.

37 *Ibid.* § 59 en 121.

38 El estudio del clasicismo jurídico local emprendido en el capítulo anterior también ha mostrado que el argumento de Géný no es, en realidad, tan sorprendente. Muchos iusprivatistas locales prefirieron, por razones ya explicadas, la espesa lógica del conceptualismo alemán por sobre el tratamiento superficial de la exégesis. Así, en el conceptualismo encontraron una teoría del derecho que les permitía explicar y legitimar los mecanismos de cambio orgánico del derecho al mismo tiempo que postulaban la científicidad y objetividad del análisis jurídico.

el conceptualismo pronto entró a formar parte del "primordial y predominante vicio" de la teoría francesa del derecho: el fetichismo legal. Así, las bases teóricas del conceptualismo alemán no se iban a manifestar plenamente en los autores franceses, aunque muchos de ellos trataron efectivamente de sistematizar el código francés *à la mode allemand* en un intento por reconstruir las reglas del Código que con frecuencia lucían desperdigadas y fragmentadas. El trasplante teórico parecía entonces obvio puesto que los autores alemanes precisamente usaron el conceptualismo para sistematizar los materiales, aún más dispersos, del derecho romano histórico. Si la metodología era útil para el tratamiento del Digesto, cuánto más no lo sería para la organización y sistematización del código. Por consiguiente, el conceptualismo constituía el legado metodológico del derecho romano actual tal como se lo practicaba en Alemania. Allí los autores tenían la necesidad de crear consistencia en una masa de reglas fragmentadas en múltiples fuentes y capas históricas³⁹. Los autores franceses también necesitaban introducir orden en el Código, y el conceptualismo en Francia ciertamente permitió formar un movimiento paralelo al intento alemán por lograr la sistematización científica de las fuentes y las reglas del derecho privado.

Gény discute en distintas secciones de *Méthode* ejemplos específicos de conceptualismo francés⁴⁰. Todos ellos, sin embargo, se parecen mucho a la extracción de principios y derivación de decisiones jurídicas mediante el proceso inductivo/ deductivo ya descrito en nuestro análisis del conceptualismo latinoamericano. Los usos que hicieron del conceptualismo tanto los franceses como los latinoamericanos contienen diversas transformaciones de las teorías alemanas originales, como expresamente lo reconoce Gény. La más insigne de tales transformaciones, por ejemplo, tiene que ver con el hecho fundamental que el conceptualismo alemán fue diseñado para evitar la codificación del derecho romano, mientras que el conceptualismo francés y latinoamericano fueron usados, precisamente, para sistematizar el Código Civil que la *Begriffsjurisprudenz* postulaba como innecesario y contraproducente. Recuérdese que en la argumentación savigniana, la codificación produciría, de hecho, la muerte (por positivización) de los principios y conceptos jurídicos romanos que debían mantenerse vivos en el derecho científico y popular, pero no en la legislación⁴¹.

39 Ver Gény, *Método*, § 75, p. 171.

40 *Ibid.* § 24, pp. 65-67, 73.

41 Gény reconoce que los franceses han entendido y aplicado "de una manera desdichada" los métodos alemanes (Gény, *Método*, § 60, p. 125). Más adelante también se muestra la transformación francesa tanto del historicismo como del conceptualismo alemanes (§ 20-22, pp. 38-41, y § 25, pp. 48-49).

Gény, al final de su examen de los usos del conceptualismo en Francia, se sentirá muy ambivalente acerca del valor de estas construcciones jurídicas⁴²: dirá, de un lado, que los conceptos y principios son necesarios para desplegar plenamente el derecho inmanente en la *lex scripta*; sin embargo, el error será creer que los conceptos jurídicos son constructos definitivos de carácter científico que no pueden ser cambiados con el paso del tiempo y que determinan de manera muy rígida la deducción de las soluciones jurídicas particulares. En vez de ello, Gény propone una prueba innovadora para demostrar la validez de los conceptos: no se les debe conceder ningún tipo de valor *a priori* porque no se trata de principios eternos del derecho privado. Son, en cambio, simplemente principios "provisionales" o "hipotéticos", al igual que cuando en biología o, en general en las ciencias naturales, se preserva la validez de una hipótesis hasta que datos adicionales la falsean⁴³. Los principios no son "objetivos" ni tampoco eternos: deben ser sometidos a prueba y luego aceptados o refutados como sistemas provisionales en los que las necesidades sociales son reguladas adecuadamente. Cuando se pierde este atributo, los principios se deben desechar.

En la evaluación crítica de Gény, el conceptualismo servía muy adecuadamente como herramienta de sistematización del derecho (siempre y cuando se recordara que los conceptos eran meras hipótesis); sin embargo, los conceptualistas terminaron sobrevalorando la capacidad de la *Begriffsjurisprudenz* para determinar el contenido sustancial del derecho privado. El conceptualismo, de manera general, sirvió para realizar el proceso de transición y acomodación entre el derecho romano histórico y un derecho civil contemporáneo propio del modo de producción capitalista. No resulta evidente que el derecho antiquísimo de un imperio de base agrícola fuera utilizable para responder a las necesidades de la Europa del

42 En su exposición del conceptualismo, Gény muestra que la teoría jurídica operativa de los litigantes prácticos ya contiene muchos elementos extralegales a pesar de su militancia aparente dentro de la exégesis. De hecho, la argumentación a partir de principios y conceptos jurídicos trasciende por mucho las reglas del Código (Gény, *Método*, § 20, pp. 39). Por esta razón Gény termina mostrando, primero, cierto grado de simpatía hacia el conceptualismo como una manera de oponerse al legocentrismo exegeta tan dominante en la retórica de la cultura jurídica francesa. Debido a esta posición de su maestro, Bonnacase más tarde lo acusará de abandonar el estricto método científico y de atribuirle demasiada importancia a la técnica jurídica tradicional (Bonnacase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, pp. 30-1). Los juristas latinoamericanos aprovecharán esta ambivalencia y verán a veces en Gény la continuación del conceptualismo. Esta interpretación, sin embargo, no parece ser correcta en una lectura balanceada y completa de *Méthode*.

43 Sobre la cualidad provisional de los conceptos y principios jurídicos, ver, Gény, *Método*, § 64, p. 131; § 68, p. 145 (citando a Comte y la opinión de científicos); y § 70, p. 155.

siglo XIX. Este proceso de transición y adecuación del derecho romano lo hizo precisamente el conceptualismo: se hizo anunciando la existencia, en primer lugar, de principios y conceptos que resultaron altamente funcionales para las necesidades económicas y políticas del mundo de la primera mitad del siglo XIX. Estos principios y conceptos básicos se ajustaron con gran precisión a las necesidades de producción e intercambio capitalistas a la vez que gozaban de la legitimidad histórica de toda la tradición iusromanística. Se logró así un derecho funcional a las nuevas necesidades; pero ese derecho también pretendía, al menos, guardar fidelidad y continuidad con el derecho histórico. Por ejemplo, en obligaciones y los contratos, el conceptualismo del siglo XIX consolidó la derivación del principio de autonomía de la voluntad privada que, en puridad, no parecía existir en el derecho romano histórico. El principio, pues, era claramente moderno, pero se le presentaba como resultado de una lectura científica de los textos antiguos a partir de los cuales se inducía al nivel de concepto general y arquitectónico de la materia⁴⁴.

Para Gény las necesidades sociales y económicas de comienzos del siglo XX ya apuntaban en una nueva dirección. En este nuevo mundo, cuyas presiones se hicieron sentir primero en Europa y luego en Latinoamérica, la agenda científica del derecho civil consistía precisamente en ajustar (a veces dramáticamente) los principios fundamentales del derecho romano (tal como los leían los juristas liberales y conceptualistas del siglo XIX) para crear unos principios estructurales que pudiesen producir justicia material, por ejemplo, entre las partes desiguales de un contrato. En el mundo del siglo XIX el principio de autonomía de la voluntad privada parecía suficiente para estructurar todo el derecho civil. A la altura de 1900 el principio, por el contrario, se mostraba insuficiente. Claro, todavía se necesitaban principios de derecho (aunque su contenido fuera nuevo) y, por tanto, se requería de un método de análisis jurídico que los suministrara de manera objetiva. Sin embargo, y ésta es probablemente una de las más grandes contribuciones de Gény a la iusteoría, el contenido sustantivo e ideológico de los principios no fue establecido siguiendo la tradición. El nuevo mundo exigía un nuevo conjunto de contra-principios generales de derecho que mitigara o incluso derogara el conjunto de principios a los que había llegado el conceptualismo alemán del siglo XIX. Estos principios, inducidos por la *Begriffsjurisprudenz*, fueron en general funcionales al liberalismo económico y político; los nuevos principios requeridos no tenían necesariamente que compartir tal dirección. Incluso, su fun-

44 Véase al respecto la excelente explicación de Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Londres (1996), en especial las páginas 557 a 582.

ción política exigía que *moderaran* el compromiso liberal del derecho civil clásico del siglo XIX.

Gény, por medio de su crítica al conceptualismo, está señalando los límites de los principios de derecho privado construidos por el conceptualismo con fundamento en las categorías romanas históricas. La posición de Gény es muy interesante precisamente en este punto: en realidad, al ofrecer un contra-principio a la idea de la "autonomía de la voluntad privada", Gény no está postulando, por ejemplo, un principio general que autorice la "intervención estatal" en la contratación. Su posición más bien adopta dos estrategias alternativas y mucho más sutiles: de un lado, insiste que el legislador o el juez pueden intervenir con nuevas reglas o principios de derecho privado pues no existen conceptos o principios de derecho científico o popular que se deban preservar *per secula seculorum*; en segundo lugar, incluso parece estar *ampliando* la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada al mostrar, por ejemplo, cómo de hecho los conceptualistas no se toman suficientemente en serio la noción liberal de libertad o autonomía en el terreno del derecho privado: bajo esta forma de análisis, de hecho, el derecho privado clásico y conceptualista es más gravoso para la voluntad privada que otras maneras alternas posibles de estructurar el campo. En realidad, la pesada estructura conceptual del derecho romano tradicional no parece favorecer el principio de libertad. Es así que el derecho romano exhibe una cierta inclinación natural hacia la taxonomía en listados *numerus clausus* de las realidades sociales y económicas. En ese sentido, el esfuerzo de los juristas apuntaba a forzar dichas realidades en las categorías jurídicas ofrecidas en la teoría del derecho privado: por ejemplo, en el estudio de los llamados contratos nominados o típicos, en una bien definida lista de obligaciones "esencial" y "naturalmente" asociadas con ellos, una teoría general de formas típicas de creación y extinción de las obligaciones, etc. Un derecho así estructurado, después de todo, parece terminar imponiendo límites sobre la libre voluntad privada que son más serios y profundos que muchas formas de intervención estatal. En esta última estrategia argumentativa, Gény quería mostrar que el ideal liberal de la libertad contenido en el principio de la autonomía de la voluntad no había sido efectivamente implementado por los conceptos de derecho romano desarrollados por el clasicismo. El ideal liberal coherentemente interpretado hacía énfasis en la posibilidad creativa de los individuos de establecer y llevar a cabo contratos y obligaciones (negocios, al fin y al cabo) destinados a cumplir con las necesidades y designios reales de las partes y no con las sutilezas sistémicas, científicas y conceptuales del derecho privado clásico⁴⁵.

45 Gény, *Método*, § 80, pp. 183-186.

La crítica de Gény, entonces, se encaminaba a mostrar las insuficiencias tanto de *l'exégèse* como del conceptualismo. El resultado del análisis crítico resultó devastador en su momento para el método tradicional en el derecho privado clásico: la mayor parte de éste se basaba en metodologías de análisis jurídicos muy débiles en la que los abogados negaban la existencia de vacíos jurídicos generados por el cambio social. Los más vanguardistas llegaban a aceptar marginalmente la posibilidad de dichos vacíos: en tal caso, éstos eran integrados por medio de un tipo de análisis circular u orgánico sin ningún *input* desde "afuera" del derecho. En ese sentido, el derecho civil clásico, bien sea como exégesis o conceptualismo (o mezclados en distintas proporciones), no ofrecía ninguna conexión empírica entre las normas jurídicas y la realidad social. Su pesada estructura conceptual producía por tanto cierta forma de conocimiento metafísico y autoreferencial basado en un derecho histórico y plagado de presupuestos no examinados. Esta forma de concebir el derecho, por supuesto, se mostraba muy insuficiente en el clima intelectual antimetafísico y positivista que empezaba a dominar por completo *les temps modernes*.

El resultado de la parte negativa o crítica de la tesis de Gény demandaba una reconstrucción completa del derecho civil. La reconstrucción era presentada en dos pasos, ambos contenidos en lo que llamó *libre recherche scientifique*. En el primero de estos pasos, Gény, muy consistente con el impulso de la nueva ciencia social, insistía en la importancia de abrir el derecho a la influencia externa de toda la realidad social y natural; el otro, más tradicional, hacía énfasis en la importancia de reconcebir los principios del derecho privado para una época donde los principios clásicos resultaban insuficientes. En la recepción posterior que se habría de hacer de la *libre recherche scientifique* en Latinoamérica, los autores locales se inclinaron a minimizar el nuevo método de Gény al segundo de los componentes mencionados, mucho más a tono con las tradiciones y expectativas de la cultura jurídica local. La parte "cientificista" del programa era demasiado exótica para la profesión ya que demandaba una transformación profunda del entrenamiento básico del abogado. Se trataba de un llamado a un nuevo analista jurídico interdisciplinar, capaz de leer la realidad (y no solamente leyes o doctrina jurídica) para derivar de ella normas responsivas a las exigencias sociales contemporáneas. La exégesis y el conceptualismo estaban muy alejados de estas convicciones y evitaron, casi definitivamente, que el proyecto científico de Gény tuviera alguna influencia significativa en la región. Este rechazo temprano inmunizó a la región de cualquier contagio significativo con las corrientes científicas o realistas que por entonces se esparcieron muy significativamente por todo el mundo dejando, en la culturas jurídicas que las tuvieron, huellas muy marcadas que se sienten hasta al día de hoy. En lo que sigue, por tanto, trataré de elaborar con mayor detalle la reconstrucción teórica y metodológica del derecho propuesta por Gény

y típica del primer cuarto del siglo XX. Empezaré, sin embargo, por su elemento "científico" o "realista", que como se dijo, fue ampliamente ignorado en la teoría local del derecho.

3.2. La suerte del "realismo jurídico" en Latinoamérica

En una lectura estándar del *Méthode* de Gény, la *libre recherche scientifique* puede entenderse como la aceptación, al interior del análisis jurídico, de argumentos de conveniencia (*policy*) que se extraen con métodos empíricos de la llamada "naturaleza de las cosas" con la cooperación de las "ciencias" positivas y que se aplican en todos aquellos casos (y esto ocurre a menudo) en que los materiales jurídicos son insuficientes para resolver razonablemente un caso conforme a derecho preexistente⁴⁶. A Gény y sus epígonos les gustaba denominar a esta idea la "dirección científica" en teoría jurídica. El científicismo de Gény, sin embargo, esta plagado de ambigüedades intencionales que contribuyen a la riqueza en significados que su libro posee. Esta riqueza se basa precisamente en que trata de incentivar diversas transformaciones teóricas en diversos contextos de recepción. Así, bajo una determinada interpretación del *Méthode* de Gény, preferida en el diálogo jurisprudencial Norte-Norte, es fácil verse llevado a realizar una cercana analogía entre la "dirección científica" europea y el realismo norteamericano⁴⁷. Una analogía funcional⁴⁸ entre los dos movimientos teóricos parece plausible bajo una cierta interpretación de *Méthode*. Sin embargo, es preciso admitir que el compromiso de Gény con un programa de investigación basado en la investigación sociojurídica y la posterior formulación de políticas no derivadas deductivamente del derecho positivo no es, de ninguna manera, tan claro como en la agenda teórica del realismo norteamericano.

La indeterminación de la "dirección científica" en Gény tenía varias facetas. En primer lugar, su "realismo" en contraposición al realismo jurídico norteamericano, era todavía muy vago entorno al papel de las ciencias en la integración del derecho en casos de vacíos ocasionados por cambio social: en *Méthode*, de hecho,

46 El *Método* de Gény es interpretado por muchos precisamente de esta forma. Véase, por ejemplo, Marie-Claire Belleau, *op. cit.* y Jaro Mayda, *op. cit.*

47 En ese sentido véase, por ejemplo, John Linarelli, *Anglo-American Jurisprudence and Latin America*.

48 Por "analogía funcional" quiero decir que la teoría del derecho de Gény sirvió en Francia de la misma manera que el realismo jurídico lo hizo en los Estados Unidos como la personificación de lo que algunos han llamado "la revuelta antiformalista" en derecho a comienzos del siglo XX.

Gény escasamente da ejemplos concretos de cómo se supone que las ciencias deban suministrar nuevos elementos al derecho. Cuando da ejemplos de tal forma de heterointegración del derecho, éstos resultan ser en extremo generales: así, menciona cómo la economía o la sociología pueden ofrecer materiales extraídos de la *rerum natura* (naturaleza de las cosas) para la toma de decisiones judiciales⁴⁹. Igualmente, Gény no posee en su vocabulario una palabra que le permita designar con precisión los "argumentos de conveniencia" (*policy arguments*) que su metodología recomienda; la referencia más directa aparece cuando habla de la importancia de los "estudios legislativos". La falta de lenguaje apropiado, sin embargo, no lo hará extraviarse de su objetivo final: al explicar el punto crucial de la *libre recherche scientifique*, insiste en que los jueces deben decidir como si ellos mismos fueran legisladores, esto es, de acuerdo con una decisión en sede judicial que promueva el bienestar social tanto para los litigantes como para toda la sociedad, en vez de rendirle un homenaje limitado y formalista a algún concepto jurídico o regla positiva de derecho indebidamente forzado a lidiar con nuevos casos no previstos en la ley. Para explicar el nuevo rol del análisis jurídico, Gény negará que exista una diferencia significativa entre las formas de argumentación judicial y las de argumentación legislativa. El juez, lo mismo que el legislador, están obligados a pensar en términos de conveniencia pública (*policy*), sin las restric-

49 La mezcla retórica es ya muy dicente: la palabra "estadística" hace pensar, para la época de Gény, en algo moderno, actual y cuantificable; sin embargo, esta "estadística" es utilizada para descubrir en el nombre arcaico que Gény le da a la realidad social, la "naturaleza de las cosas". Esta "naturaleza" debe producir la regla que está implícita en los datos reales de un caso jurídico difícil. El punto crucial parece ser este: cuando un jurista analiza una realidad social con la ayuda de las ciencias (y no del derecho) puede tener la impresión que este enfoque le "propone" ideas de solución distintas y quizá mejores que las que obtendría con un puro análisis normativo; Gény cree, sin embargo, que las ideas de regulación sacadas del estudio científico son el producto del descubrimiento, al interior de los hechos, de reglas normativas allí mismo contenidas. Como puede verse, la argumentación trata de explicar la sensación del jurista mediante una hipótesis bastante discutible donde el cientificismo termina estando muy cercano a una explicación clásica del iusnaturalismo. Contrario a este cientificismo ambiguo de Gény, el realismo jurídico en los EE.UU. tenía una posición radicalmente "antimetáfrica", o, en la expresión de Morris Cohen, "funcionalista". La crítica más usual al realismo es que la investigación "científica" en derecho terminó siendo una gran desilusión: las grandes ganancias prometidas nunca terminaron por hacerse realidad. Las propuestas de Gény, de otro lado, no terminaron generando investigación científica en las facultades de derecho y las relaciones entre las ciencias y el análisis jurídico fueron menos explícitas que lo que ocurrió en el realismo jurídico norteamericano. Dentro de este último movimiento, véase, Underhill Moore y Charles Callahan, *Law and Learning Theory: A Study in Legal Control*, 53 Yale Law Journal 1 (1943).

ciones argumentativas ficticias y con frecuencia contraproducentes impuestas por la teoría clásica del derecho. La cortedad del lenguaje sociojurídico disponible en su momento, sin embargo, no impide la extracción de una muy nítida imagen del Gény realista en *Méthode*.

Lo anterior lleva a afirmar, en cierto sentido, que Gény está en capacidad de *anunciar* la agenda de la moderna ciencia del derecho, pero no se encuentra en capacidad de *practicarla*. Como resultado de este desfase entre programa y realización, su discurso exhibe algunas ambigüedades adicionales. Por tanto, el Gény "científico" se debate entre dos formas distintas de ver la relación entre el derecho y las renovadas y muy ambiciosas ciencias sociales de comienzos del siglo XX: de un lado, el cientificismo de Gény sostendrá que la "objetividad" en el derecho no se alcanza dentro del derecho (i.e., por el uso interno de fuentes y argumentos estrictamente jurídicos), sino por el estudio científico de las realidades sociales. En esta visión, el derecho usa las ciencias sociales como respaldo de sus pretensiones de objetividad. Pero, de otro lado, el cientificismo sugerirá una relación mucho más problemática con el derecho que también se encuentra parcialmente en Gény: desde este punto de vista, las ciencias sociales no servirán para apalancar al derecho, sino que por el contrario, serán utilizadas para demostrar que la argumentación jurídica es intrínsecamente subjetiva, discrecional y hasta arbitraria, pues las decisiones jurídicas tienen un componente "personal" de tipo irracional e intuitivo que es irreductible en la experiencia jurídica. Desde este punto de vista, las ciencias no son convocadas a que ayuden a desempeñar las tareas inconclusas del método tradicional empleado por el jurista o el juez; más bien, sirven para lanzar una radical crítica al derecho producto de la observación externa de que del mismo hacen las ciencias sociales.

Méthode, a pesar de esta tensión entre las dos formas de incorporar al derecho el discurso cientificista de comienzos del siglo XX, muestra que Gény subraya con toda claridad el valor objetivo de la argumentación científica extrajurídica. Esta forma de obtener certeza será muy apreciable en la labor de reconstruir una ciencia moderna del derecho, frente a los paradigmas históricos y legalistas del siglo XIX. La argumentación jurídica en situaciones de vacío es "libre" frente a los materiales jurídicos existentes; pero la "libertad" no significa "discrecionalidad", ya que la objetividad es asegurada, no por el método jurídico, sino por los aportes que hacen las ciencias en la lectura de la realidad (y no de los textos positivos); esto es, la objetividad es recuperada, no en las reglas jurídicas necesariamente incompletas e inadecuadas, sino en la observación cuidadosa de la realidad misma. Como se deja ver a esta altura, la idea de que la "realidad" sugiere por ella misma normas jurídicas en casos de vacío es, nuevamente, una muy ambigua

declaración que se puede entender (y ambas interpretaciones efectivamente se dieron) o como un tipo de teoría iusnaturalista del derecho o como una teoría positivista del derecho (en un sentido aproximado al valor que Comte le daría a la expresión.) La obra de Gény, apoyada en la ambigüedad de estos dos modelos, será por tanto atrayente tanto para los iusnaturalistas como para los positivistas modernos⁵⁰; a ambas audiencias le suministrará una versión de doble faz de una misma teoría. El diálogo jurisprudencial Norte-Norte (por ejemplo, con los Estados Unidos) subrayará la familiaridad del realismo y del científicismo positivista basado en una lectura que subraya los elementos empiristas y antimetafísicos de su teoría; mientras tanto, el diálogo Norte-Sur (entre Europa y Latinoamérica) se sentirá más intuitivamente atraído por la interpretación iusnaturalista de la "realidad", haciendo así cada vez menos visible la corriente "realista" y "positivista" también presente en su tesis. Diversos pasajes de *Méthode* pueden ser citados a favor de cualquiera de estas dos interpretaciones sin que se presente abuso o impropiedad hermenéuticas. La ambigüedad del texto mismo se presta para esta interpretación fragmentada y los abogados e iusteóricos locales se perderán con mayor facilidad en esa pluralidad de significados provocada por Gény. Si uno fuese a establecer una jerarquía entre los diversos elementos "científicos" presentes en su teoría, probablemente habría que empezar diciendo que para él la argumentación científica externa (no jurídica) es objetiva, y que su objetividad no depende de ninguna cadena deductiva a partir del derecho positivo: el mismo nombre del programa de Gény, la *libre recherche scientifique*, quiere precisamente expresar esa conjunción de elementos. Así, en *Méthode* se aprende que

"[m]ientras que el legislador no tropieza con obstáculo alguno en la apreciación de una situación general que regula de manera enteramente abstracta, el juez que estatuye en vista de casos particulares y respecto de problemas absolutamente concretos, debe, siguiendo el espíritu de nuestra organización moderna, y para librarse de los riesgos de la arbitrariedad desprenderse de

50 Gény, *Método*, § 159, pp. 538-9:

"Así observado, el campo de la investigación se precisa y completa: De una parte interrogar a la razón y a la conciencia para descubrir en nuestra naturaleza íntima las bases mismas de la justicia; de otra parte, dirigirse a los fenómenos sociales para descubrir las leyes de su armonía y los principios de orden que ellos requieren. Tal es la noble misión que debe llenar; la segunda, teniendo su firme base en los que podríamos llamar la *naturaleza de las cosas positivas*, representada por el conjunto de las condiciones que forman como la atmósfera de la vida jurídica exterior, y descansando la primera sobre un fondo más íntimo que escapa a la observación y a la experiencia sensible, pero que no impone menos sus exigencias a la realización práctica del derecho. *En vano se ha tratado de absorber uno en otro estos dos elementos distintos*" (énfasis añadido).

cuando sea posible de toda influencia personal, o proveniente de la situación particular que se le ofrece, y fundar su decisión jurídica sobre elementos de naturaleza objetiva. Por eso el trabajo que incumbe al juez me ha parecido poder calificarle: libre investigación científica. Investigación libre, toda vez que aquí se sustrae a la acción propia de una autoridad positiva; investigación científica, al propio tiempo, porque no puede encontrar bases sólidas más que en los elementos objetivos que sólo la ciencia puede revelar⁵¹.

La *libre recherche scientifique*, por tanto, se dividirá en dos elementos diferentes: uno de ellos es moral o interno, logrado por medio de la conciencia y el razonamiento moral, mientras que el otro, más realista y positivista en carácter, es denominado por Gény la "naturaleza positiva de las cosas". La naturaleza positiva de las cosas es concebida como un análisis positivista, empírico e inductivo de las realidades sociales que, por sí mismo, suministra orientación para la toma de decisiones del intérprete jurídico. La doctrina de la *rerum natura* positiva es una manera de extraer reglas jurídicas mediante el estudio empírico y observacional de la realidad, de la misma manera que en las ciencias naturales. En esta concepción positivista del mundo, las abstracciones, leyes o principios no empíricos son completamente inútiles, productos de una metafísica hueca⁵². La naturaleza positiva de las cosas es "accesible sólo a los procedimientos científicos"⁵³ pero, debido al naciente estado de esas ciencias (como la sociología), tan sólo constituyen "la tierra prometida [...] entrevista hasta ahora"⁵⁴ para la ciencia del derecho. Debido a esta influencia de la naturaleza positiva de las cosas sobre los estudios jurídicos, el derecho debe cambiar su cometido y carácter:

"Considerado desde semejante altura, se puede presentar la grande amplitud que está llamado a adquirir el derecho privado positivo, y cómo se encontrará en el caso de reclamar el concurso de todas las ciencias morales, políticas y económicas. Si la ley y la jurisprudencia son mudas o insuficientes, la actividad de la jurisprudencia deberá de cambiar carácter. Y de interpretación pura de una voluntad humana que fue en su origen, se transformará en interpretación de esta vasta naturaleza de las cosas que condiciona todas las relaciones

51 Gény, *Método*, § 156, pp. 523-4.

52 Gény compara el derecho con la biología en § 63, pp. 130-1:

"Y las concepciones *a priori*, fecundadas por la deducción a todo trance, no llegan a ser más legítimas como procedimiento objetivo de investigación en una esfera del derecho que lo serían en las ciencias biológicas, por ejemplo".

53 *Ídem* § 164, p. 562.

54 *Ibidem*.

humanas. Entretanto no es suficiente para el jurisconsulto saber deducir de una fórmula oscura o equivoca la voluntad imperativa que se contiene en ella. Si esta voluntad se rehúsa, es preciso que aquél sepa dirigirse más alto, para inspirarse directamente en este gran fondo social, donde la ley misma encuentra su más segura fuente. Ahora bien: este gran fondo social común no puede revelársele objetivamente más que con el auxilio de las ciencias morales y políticas, cada una de las cuales viene a ser, a su manera, ciencia auxiliar de la interpretación jurídica⁵⁵.

Las ciencias⁵⁶ que permitirán revelar la naturaleza positiva de las cosas son, entre otras, la historia⁵⁷, la sociología⁵⁸, la psicología⁵⁹, la ética⁶⁰, el derecho público racional⁶¹, la economía política⁶², la estadística⁶³ y el derecho comparado⁶⁴.

55 Gény, *Método*, nota 2 *supra*, § 168 en 594.

56 En la época en que escribe Gény las ciencias sociales están todavía en estadios relativamente tempranos de consolidación. Por tanto, en el momento en que Gény escribe las *nuevas disciplinas* están en pleno proceso de definición de sus métodos, propósitos e, incluso, de sus denominaciones. Más aún, y esto es en especial cierto de las llamadas ciencias sociales, el nivel de desarrollo era todavía muy bajo, pero las promesas que ellas implicaban, después de su progreso, eran enormes. Algunas de las disciplinas que Gény menciona, como la sociología y la psicología, suenan completamente naturales a nuestros oídos. Otras, como la ética y el derecho público racional, han desaparecido del discurso académico aceptado, por lo menos en su ropaje de "ciencia" en sentido moderno.

57 Gény, *Método*, § 167, p. 586.

58 *Ibid.* § 168, p. 587.

59 *Ibid.* § 168, p. 588.

60 *Ibid.*

61 *Ibid.* Por "derecho público racional" Gény entiende que se trata del único discurso "capaz de determinar los sacrificios que el interés de todos, sintetizado en los derechos del Estado, puede pedir a los derechos de cada uno, y establecer las bases generales de la armonía de las libertades". El lenguaje aquí utilizado es en algo reminisciente de un análisis utilitarista en derecho público.

62 *Ibid.* § 168, p. 589. Exploro con más detalle la relación entre el derecho y la economía en Diego López Medina, *La economía y el derecho frente a los fallos de la Corte Constitucional*, Cuadernos Constitucionales, N° 3, agosto, 2000, p. 47.

63 Gény, *Método*, nota 2 *supra*, § 168, p. 590; § 172, p. 619.

64 *Ibid.* § 168, p. 591. Explicar el por qué el "derecho comparado" es parte de las ciencias sociales es un punto complejo e interesante de la teoría francesa del derecho a finales del siglo XIX. La explicación general procede así: cuando se estudia "derecho comparado" es necesario abandonar el presupuesto según el cual los conceptos y reglas jurídicas tienen vida autónoma abstraída del medio social; la conexión entre el derecho y su contexto social y cultural se vuelve más evidente para el comparativista, quien no puede proyectar en otras culturas los presupuestos dogmáticos e ideológicos que considera naturales en la suya. Este

La aceptación de los argumentos de conveniencia (*policy*) sugeridos por la ciencia positiva moderna llevará a Gény a aceptar sin ambages el papel hermenéutico fundamental de las consecuencias sociales producidas por el razonamiento jurídico. En este aspecto él es un seguidor de la jurisprudencia finalista que Rudolf von Ihering había comenzado a popularizar en Alemania como crítica al conceptualismo de Savigny. El derecho tenía que suministrar soluciones que impulsaran fines, resultados y consecuencias razonables para la sociedad humana. Una solución que ocasionara un fin, resultado o consecuencia indeseables debía ser descartado, incluso si tal fin, resultado o consecuencia era exigido por el derecho positivo o por los conceptos jurídicos. En la versión de Ihering, el derecho privado tenía que analizar los fines, resultados y consecuencias en la vida, y no meramente los conceptos; de esa forma, igualmente, los juristas y jueces tenían que terminar haciendo evaluaciones y ponderaciones muy precisas de los intereses en juego para poder medir, con algún grado de confiabilidad, los fines, resultados y consecuencias de sus decisiones. Los propósitos e intereses humanos entran continuamente en conflicto y las soluciones jurídicas correctas para dichos conflictos no se obtienen por medio de la aplicación absoluta y rígida de conceptos o reglas sino a través de compromisos teleológicos entre intereses opuestos. En ese sentido Gény reconoció que su doctrina de la "naturaleza positiva de las cosas" era también un llamado para aceptar, en el derecho moderno, las argumentaciones prospectivas y utilitaristas encaminadas a aumentar el bienestar común y, por otro lado, un reconocimiento de la naturaleza política del derecho como amalgama de intereses sociales en conflicto y contraste. La jurisprudencia finalista constituye así una línea más o menos continua con la jurisprudencia de intereses de Ihering en el proyecto positivista de Gény:

"[...] el intérprete de derecho positivo debe establecer como base de su apreciación la noción de normalidad, como dominando todo juicio de conjunto. Es decir, que debe proponer como tipo la hipótesis más general, dando cabida a la cuestión que se le somete, *debiendo examinar así las condiciones como los efectos de la regla que ha de establecer*, excepción hecha de toda

(cont. nota 64) quiebre en el derecho comparado se dio en el Congreso Mundial celebrado en París en 1900. A partir de esta fecha, la mayor parte de los comparativistas se vuelven partidarios de la concepción moderna de la ciencia del derecho y resultan criticando severamente la exégesis la cual, por definición, arruina el método comparativista. Para un completo análisis de la inclinación antiformalista y antiexegética que tiene el derecho comparado, véase René David, *Droit Civil Comparé*, Capítulo Preliminar. Un excelente estudio sobre la teoría del derecho de David y su conexiones con Latinoamérica puede encontrarse en Jorge Esquirol *The Fictions of Latin American Law* Utah Law Review, 425 (1997).

circunstancia extraordinaria, y según las previsiones probables, salvo tener en cuenta las particularidades de los casos para ajustarlas a la regla misma"⁶⁵.

La nueva jurisprudencia de Gény quiere apartar a la cultura jurídica francesa del método jurídico tradicional para lanzarla a una comprensión específicamente moderna de las tareas del jurista: su teoría quiere trazar una línea que va desde la "naturaleza de las cosas", a través de la ciencia y la evaluación de los intereses y de las consecuencias de decisiones jurídicas, hacia una investigación libre, no atada por reglas y doctrinas, pero en todo caso objetiva. La objetividad en derecho, sin embargo, no es ahora fruto de procesos de deducción a partir de normas. Es una objetividad lograda, como en el resto de las ciencias sociales modernas, a partir de la investigación de las realidades sociales mediante métodos más o menos empíricos. Y esto, además, no como recomendación para el sociólogo del derecho, sino para el juez y el litigante. Este es, por mucho, el tono específicamente racionalista y moderno (con algún énfasis positivista y utilitarista) que domina el "realismo jurídico" de Gény. Sin embargo, su obra no carece de retórica en la que se expresa una crítica mucho más irracionalista y radical de la estabilidad y objetividad del análisis jurídico. Por ejemplo, Gény no es tímido para aceptar que las decisiones judiciales en casos de vacío son el producto no sólo de "saber" sino también de "voluntad" humana: "Tratándose de completar la expresión de una voluntad humana (la voluntad legislativa), para proceder con seguridad o contraerse a la arbitrariedad de las apreciaciones personales, no hay otro remedio que explicarlo según las reglas corrientes que determinan las operaciones de nuestro yo, inteligencia y voluntad juntamente"⁶⁶. Igualmente, Gény aceptará que mucho de lo que el juez recolecta de la realidad social es interpretado por medio de la "intuición", una percepción moral instantánea de lo que es justo y equitativo en la situación concreta. La noción de "intuición" parece estar relacionada con concepciones cognitivas fuertes que aceptan la posibilidad de percibir inmediatamente el contenido moral de una acción o persona, sin que tal aprehensión inmediata sea arbitraria o irracional. Estos conceptos "intuicionífticos" en derecho son comúnmente aceptados, por ejemplo, cuando se ensalza el valor del "criterio jurídico" como experiencia de naturaleza casi "sensible" e inmediata en el que se detecta la argumentación jurídica correcta. La teoría intuicioníftica de Gény confía en la posibilidad de detectar realidades morales; en el realismo jurídico norteamericano, la teoría de la intuición no tenía tantos compromisos epistemológicos, por lo

65 Gény, *Método*, § 169, p. 597.

66 *Ibid.* § 25, p. 49.

que cuando Hutchenson hablaba del *judicial hunch* (la corazonada judicial) buscaba describir el componente subjetivo e idiosincrásico (por lo tanto, no controlable a partir de deducciones jurídicas) de la decisión judicial⁶⁷. Sin embargo, la aceptación por parte de Gény de una cierta forma de intuición jurídica muestra que la objetividad de la decisión judicial no depende exclusivamente de una cuidadosa y controlada deducción a partir de reglas o principios, y ni siquiera de verdades positivas corroboradas por la ciencia empírica: el juez requiere ayuda adicional de lo que Llewellyn denominará *situation-sense*⁶⁸, una intuición o corazonada moral que la mayoría de las iusteorías antiformalistas de la época aceptarán, bajo diferentes apariencias, como herramienta legítima y/o necesaria en la toma de decisiones judiciales. Gény, al hacer uso de la "intuición" como forma reconocida de conocimiento en la filosofía occidental⁶⁹, creará que la aprehensión intuitiva de la regla aplicable a un caso es parte de la objetividad del derecho, mientras que, por el otro lado, el realismo jurídico norteamericano pensará que dicha experiencia intuicioníftica constituye la presencia más clara de subjetividad en la sociología y la psicología judiciales⁷⁰. Mientras que Gény es optimista sobre el estatuto epistemológico de la intuición, los realistas americanos la explican como el elemento subjetivo (en el sentido de irracional y no controlable) que el juez necesariamente aporta al razonamiento jurídico. La decisión judicial, según los realistas, tiene elementos provenientes de los prejuicios vitales y experienciales del juez, incluyendo, por ejemplo, aquellos provenientes de su estructura mental inconsciente. Sobra anotar que estos argumentos sólo son posibles en una época en la que precisamente la investigación psicológica empieza a reconocer y popu-

67 El concepto de Gény de intuición tiene relación directa con el de Henri Bergson, *Las dos fuentes de la moral y la religión*, Tecnos, Madrid. Sobre la influencia de Bergson, ver Mayda, *François Gény*.

68 Ver Karl Llewellyn, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals (La tradición del derecho común: Cómo tomar decisiones en las apelaciones)*, Little Brown & Co., Boston, 1960, pp. 121-157.

69 Platón es aquí el ejemplo obvio.

70 Las explicaciones contradictorias del concepto "intuición" pueden ser entendidas si se utiliza la distinción, presentada en texto, entre "el derecho usando las ciencias sociales" y "el derecho siendo examinado por las ciencias sociales". La versión realista norteamericana de "intuición", por ejemplo, en la teoría de la corazonada judicial de Hutchenson o en la descripción del escepticismo frente a los hechos de Frank trata de aplicar al derecho porciones de teoría psicológica externa al derecho. Se trata, por tanto, de un perfecto ejemplo del "derecho siendo examinado por las ciencias sociales". Para Gény, en cambio, el concepto de "intuición" proviene de la ética que se desarrollaba en el momento de escribir *Méthode* y su propósito no es el de "explicar" el derecho sino el de "producirlo". Ejemplos de la discusión intuicionista en ética a comienzos de siglo se pueden encontrar en Bergson, Moore y Scheler, por sólo mencionar unos pocos nombres.

larizar la noción de inconsciente en las funciones mentales y que dicha investigación empieza a permear la discusión iusteórica⁷¹.

Queda ahora una última, pero importante, idea que repasar. En la recepción de esta nueva iusteoría en Latinoamérica se ha perdido de una manera tan profunda el componente "realista" de Gény que no es difícil preguntarse cómo es que los receptores locales pudieron ignorar una parte tan importante de la nueva propuesta, mientras que aceptaban mucho más confiadamente otros de los elementos allí mismo contenidos. El "componente científico" del nuevo antiformalismo francés era tan ajeno a la tradición jurídica local que no podía siquiera ser extraído de los textos que lo anunciaban con gran claridad y que lo recomendaban como el sendero epistemológico adecuado para la reforma integral en la práctica de las funciones del derecho⁷². La invisibilidad del elemento científico es tan profunda que en una fecha tan tardía como 1996 un comentarista afirmó que "[...] basados en las características estructurales y culturales de los sistemas jurídicos latinoamericanos [...], los jueces, legisladores y litigantes latinoamericanos no están en una buena posición para apreciar y aceptar ciertas escuelas norteamericanas de teoría del derecho"⁷³. Las razones que explican esta omisión en sitios de recepción son variadas: en primer lugar, se pueden ver las transformaciones locales producidas

71 Véase Jerome Frank, *Short of Sickness and Death: A Study of Moral Responsibility in Legal Criticism*, 26 *New York Law Review* 545 (1951).

72 Esto no quiere decir, de ninguna manera, que la cultura *general* local, en oposición a la cultura *jurídica*, fuera anticientífica. Latinoamérica, mientras que los juriscónsultos locales se pierden el componente científico, hace grandes esfuerzos para industrializar su economía, y ese cambio se refleja enormemente desde el amanecer del siglo XX en las universidades y sus programas. Ver Francisco Leal y Germán Rey, *Discurso y razón: Una historia de las ciencias sociales en Colombia*, Colciencias, Bogotá (1993).

73 Véase John Linarelli, *op. cit.* En su análisis, Linarelli parece sugerir que hay un retraso teórico que debe ser cerrado. Según él, el realismo jurídico nunca ha llegado a Latinoamérica y ello explica la muy tardía inserción en la modernidad jurídica. Mi tesis, por el contrario, prefiere mostrar las técnicas del antiformalismo transnacional que fueron aceptadas localmente sin sentir indebida nostalgia por la posibilidad de una práctica jurídica más científicista que, sin embargo, no se ha dado en la región. No creo, de otro lado, que una cultura jurídica tenga necesariamente que pasar por una etapa *realista* o *cientificista* para poseer una iusteoría local interesante. Las particularidades en la recepción teórica local no nos hacen tratar de imitar cada movimiento del espíritu que haya ocurrido en las jurisdicciones prestigiosas. Pero el recuento que acabamos de hacer de la suerte del "realismo" temprano en la teoría particular del derecho genera preguntas relevantes para los años venideros: ¿Cómo ha de realizarse y cuál ha de ser el impacto de teorías del derecho posrealistas (tales como *critical legal studies* o *law and economics*) en una cultura especialmente lejana del legado realista? Estas escuelas son *post-realistas* en el sentido de que incorporan como presupuestos de su iusteósar

por los lectores locales son realmente el resultado de la complejidad, falta de claridad o confusión por parte del productor del texto. Ciertamente es común que, a pesar de su gran importancia, el lector quede algo confundido con los argumentos que se entrecruzan de manera muy sinuosa en el *Méthode* de Gény. En segundo lugar, los juristas locales parecen haber leído *Méthode* mediante el despliegue de una interpretación selectiva que identificaba todos aquellos elementos que se conectaban con la cultura y el método jurídicos ya existentes, mientras que ignoraban aquellas partes y detalles (como su elemento científico) que resultaban excesivamente extraños o exóticos. Esta interpretación reduccionista de la obra de Gény ocurría a pesar del cambio de dirección radical que el libro se proponía; sin embargo, y he aquí lo fundamental, la dirección científica o realista no agotaba el significado revolucionario de la obra de Gény. Incluso a pesar de esa omisión, su libro introdujo cambios iusteóricos muy notorios entre las prácticas y concepciones jurídicas de los siglos XIX y XX. En la sección que sigue examinaremos el significado heterodoxo de la obra de Gény a pesar, insisto, de la incapacidad estructural de los receptores locales para comprender el viraje científico en la teoría del derecho.

3.3. Los contra-principios del derecho privado para el siglo XX

¿Queda algo de antiformalismo jurídico en la teoría de Gény si se ignora o minimiza el programa modernizante del derecho científico? Como hemos dicho antes, hay en Gény un componente adicional en su teoría que también sirvió para criticar el clasicismo y que los receptores locales usaron de manera mucho más clara, quizá porque resultaba más natural a su tradición y expectativas iusteóricas. Así, la *libre recherche scientifique* también puede ser vista, desde otra lectura de *Méthode*, como una metodología de búsqueda y redefinición de principios internos al derecho, tales como justicia, eficiencia e igualdad. Estos principios, sin embargo, fueron redefinidos para contraponerse, al menos parcialmente, al formalismo del método tradicional que, como hemos visto, no tenía preocupación especial por este conjunto de valores jurídicos. Para realizar esta redefinición y separarse muy nítidamente del conceptualismo, Gény, en un primer paso, distingue tajantemente entre "principios" y "conceptos" jurídicos. Hasta ahora Gény ha

(cont. nota 73) muchas de las convicciones anunciadas originalmente por la dirección científica de comienzos de siglo. No me inquieta tanto las futuras imitaciones o transformaciones que hagamos localmente de *CLS* o *Law and Economics*, sino la plataforma intelectual que le permita a una teoría local del derecho dialogar con la teoría transnacional bajo la óptica de su propia historia teórica, de sus posibilidades, restricciones y necesidades discursivas.

denunciado la excesiva rigidez de los conceptos jurídicos, y podría parecer, a primera vista, que la postulación de "principios" fuera, después de todo, la reiteración de una metodología fallida de análisis jurídico:

"Tal es, según yo entiendo, *el principio jurídico*, que no confundo, con *la concepción más o menos artificial*, por cuyo medio se puede, en abstracción pura, hacer del texto la base de una construcción jurídica. El principio, tal como yo lo entiendo, se separa claramente de la concepción, en cuanto él es directamente sacado de las realidades objetivas, quiero decir, de las consideraciones morales, políticas, sociales, económicas, que son la sustancia fecunda de la vida del Derecho"⁷⁴.

En la tesis de Gény, entonces, el asunto iba mucho más allá de generar una lista de principios modernos de derecho privado que suministraran la coherencia política y moral exigida en un mundo nuevo. La crítica, de hecho, requería una maniobra teórica mucho más ambiciosa. Era necesario ampliar la lista de "entes" normativos aceptados: en el mundo de la exégesis, por ejemplo, sólo había "reglas" de derecho incorporadas al Código. Esas reglas, había que aceptarlo, son los entes normativos más evidentes ya que sólo se precisa verificar su presencia en textos escritos vigentes. Para la *Begriffsjurisprudenz* la ontología jurídica tenía que ser más compleja que la propuesta por la exégesis: por encima de las reglas, la escuela alemana (tal como fue recibida en Francia e Hispanoamérica) construyó "conceptos jurídicos". En páginas anteriores hemos estudiado en detalle las metodologías de construcción de dichos conceptos y su importe político. Gény, luego de criticar el método conceptualista y constructivista alemán, postula que el derecho civil debe contener, además de reglas, "principios" (y no "conceptos") que funcionen como unidades de integración moral y sistémica del conjunto de normas. Dichos principios son también inferidos inductivamente, de la misma manera que los "conceptos jurídicos". Pero entre principios y conceptos hay divergencia en dos puntos esenciales: en primer lugar, los principios son inducidos, no tanto a partir de las reglas del código o del Digesto, sino de las "consideraciones morales, políticas, sociales y económicas" de la época. En segundo lugar, los principios tenían en consecuencia un tono más abiertamente político y moral (y no tanto lógico o sistemático como era en el caso de los conceptos). Esta naturaleza política abierta de los principios empujó el derecho hacia una posición más equilibrada en el conflicto político entre las clases sociales que se presentaba como fruto de la llamada "cuestión social". Esta nueva comprensión de los prin-

74 Gény, *Método*, § 165, p. 570.

cipios buscó alejar el conjunto del derecho civil del fundamentalismo liberal del siglo XIX y permearlo con una comprensión más social y moral⁷⁵.

Como consecuencia de todo lo anterior, los principios de derecho en la obra de Gény y en la generación posterior a él operan como respuestas morales y políticas correctas a necesidades sociales cambiantes. Los conceptos, en cambio, eran presentados como entes normativos interiores al derecho que sistematizaban (en un sentido preferentemente liberal) el derecho romano o el Código Civil. A partir de esta descripción general, sin embargo, la expresión "principio" en Gény parece incluir dos formas de análisis jurídico muy cercanas entre sí pero en todo caso diferenciables. Estas dos definiciones paralelas del principio expresan en Gény dos métodos de análisis jurídico antiformalista que van a ser muy populares en la generación de reformistas iusteóricos europeos que estamos analizando. Para Gény, pues, los principios jurídicos expresan, primero, "argumentos de conveniencia" o incluso "políticas públicas" (*policies*) basados en el estudio empírico de la realidad que sugiere, por sí misma, las normas que la deben regir; pero, en segundo lugar, los principios son también "fines, finalidades o propósitos". En este segundo sentido, "el principio [por oposición al concepto], sin embargo, está sobre estas mismas realidades [morales, políticas, sociales y económicas], porque constituye su síntesis y representa, por generalización, la balanza y el resultado de su equilibrio"⁷⁶.

Sin embargo, entre los "principios-políticas públicas" y los "principios-fines" las diferencias metodológicas eran muy significativas: bajo un "principio-política pública", Gény parecía tomar partido por la interpretación más "cientificista" o "realista" de su obra, esto es, la aceptación, en derecho, de las recomendaciones normativas sugeridas por la investigación más o menos rigurosa y controlada emprendida por las ciencias sociales en general. Por tanto, la investigación positiva en historia, economía, sociología, estadística, sugerían de manera autónoma consecuencias normativas; de otro lado, bajo un "principio-fin", Gény parecía tomar partido por la tesis de la *Interessenjurisprudenz* (jurisprudencia de intereses) en la que la realidad "social" seguía siendo importante pero era ahora "medida" de maneras

75 ¿Era Gény en su política personal un reformador social? Su libro no es completamente claro como para dar una respuesta al respecto: de un lado Gény está a favor de típicas reformas de matiz social: está a favor de la protección de los derechos de los sindicatos, de la legislación obrera y social, de la reforma y extensión de la seguridad social, etc. De otra parte, Gény argumenta a favor de los pilares estructurales tradicionales del derecho privado: propiedad privada, autonomía de la voluntad privada, etc. En conjunto, pues, podría decirse que era un reformista social, pero que su método invitaba a la moderación de las tendencias excesivamente liberales del derecho privado y no a la abolición del mismo.

76 Gény, *Método*, § 165, p. 570.

más informales. En este modelo el jurista o el juez también aceptan el *input* proveniente de la realidad pero no requieren de estudios científicos para diseccionar o entender esta realidad; en su lugar, basta con una apreciación informal de la realidad en la que se detecten los intereses en conflicto y a los cuales se les dé una solución que realice la equidad entre dichos intereses contrapuestos. Bajo la interpretación que estoy ofreciendo, los "principios-políticas públicas" solían ser menos generales y ligados a investigaciones o estudios de caso del tipo que se estilaban en las ciencias sociales de corte positivista. Para usar esta información en el análisis jurídico, era muy importante tener en cuenta que los datos así obtenidos se transforman constantemente por las mismas dinámicas e incertidumbres propias de la investigación en ciencias sociales. Por otro lado, los "principios-fines", aunque seguían dependiendo de una ponderación de intereses sociales extraídos de la "realidad", se prestaban más fácilmente a su solidificación en máximas generales de derecho que postulaban una evaluación moral y jurídica de conjunto de los intereses sociales en juego. Los "principios-fines" en Gény, por tanto, son entidades normativas superiores a las reglas, de naturaleza hipotética y no definitiva o dogmática (por oposición a los conceptos), basados en observación informal de los intereses sociales y en los que se busca un equilibrio moral y político satisfactorio para el cuerpo social. El método de descubrimiento de estos principios-fines, aunque todavía empírico, no descansa en los protocolos de investigación propios de las ciencias sociales. Por estas características, los "principios-fines" tenían carácter más abstracto y estable que los "principios-políticas"; los "principios-fines" ofrecían una metodología para encontrar y postular contra-principios de derecho civil que resolvieran más adecuadamente las presiones adjudicativas de los nuevos tiempos sin las dificultades o exigencias metodológicas propias de la ciencia social. Los principios, así entendidos, tenían suficiente solidez como unidades de organización y legitimación de reglas del derecho privado como para competir con los antiguos conceptos que, recuérdese, cumplían precisamente esa función.

Paradójicamente, los "principios-fines" tenían algunas similitudes con los antiguos conceptos jurídicos (a pesar de las diferencias que Gény constantemente señalaba). Dicha similitud, por consiguiente, permitió transplantarlos con mayor facilidad sin que causaran excesivas rupturas en las tradiciones iusteóricas locales. El hecho de que los principios fueran similares a los antiguos conceptos del clasicismo llevo a Antonio José Uribe a confundirlos; tal confusión condujo a un más fácil trasplante y aceptación, por lo menos durante un tiempo, de la agenda del antiformalismo en juristas formados en la conciencia jurídica clásica⁷⁷.

77 Esto ocurrirá, como veremos luego, en Eduardo Zuleta Ángel y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Pero la ambigüedad de Gény respecto al estatuto de los principios era más profunda y, una vez más, preñada de múltiples posibles interpretaciones. Junto con la tensión emanada de la sutil distinción entre "principios-políticas públicas" y "principios-fines", Gény reconoce abiertamente que los principios se distinguen debido a su nivel de generalidad y la fuente cognitiva de la que proceden. El punto a indagar, nuevamente, es tratar de explicar por qué Gény es el más influyente de los antiformalistas transnacionales si, como lo hemos visto hasta ahora, insiste una y otra vez en la importancia de los principios jurídicos exactamente como lo había hecho el clasicismo. La respuesta parcial hasta ahora ha sido aclarar que la expresión "principios de derecho" denota contenidos muy distintos en una y otra escuela. Uno tendría que explicar por qué, si los principios eran tan importantes para el clasicismo, la crítica antiformalista en Latinoamérica también estaba basada en los principios de derecho privado. El trato diferencial que Gény le da a la pregunta puede resumirse así: el sistema jurídico tiene, en casos difíciles, algunos métodos de interpretación e integración del derecho que son más "audaces" que los aceptados por la exégesis. Esta audacia es absolutamente indispensable si el derecho no quiere perder su relevancia en la regulación de las nuevas y cambiantes circunstancias sociales. Estos métodos más audaces son propios del jurista y juez modernos que no está encerrado dentro del rígido doctrinarismo del derecho civil. En comparación con *l'exégèse*, estos métodos constructivos son más "libres" pero igualmente "objetivos". Estos métodos brotan básicamente de dos fuentes: en primer lugar, algunos son "elementos de la libre investigación científica que provienen de la razón y la conciencia" del jurista" y que, por tanto, forman "una especie de naturaleza superior de las cosas, constituida por principios racionales y por entidades morales inmutables"⁷⁸; en segundo lugar, algunos de estos elementos pertenecen a la "libre investigación científica positiva"⁷⁹. Como parte de esta última fuente de conocimiento jurídico, Gény menciona, con una audacia metodológica *in crescendo*, recursos metodológicos tales como la analogía legis, la analogía iuris, "los elementos de nuestra civilización actual" y "las directrices entresacadas de las ciencias sociales".

En la teoría de Gény, los principios del derecho tienen una clara jerarquía dependiendo de su nivel de generalidad, de la fuente de la cual proceden y de la objetividad que dicha fuente les transmite. La organización jerárquica de los principios es como sigue:

78 Gény, *Método*, § 161, p. 549.

79 Nótese el paralelismo entre esta distinción y la distinción, mencionada atrás, entre la naturaleza de las cosas y la naturaleza *positiva* de las cosas.

En un primer plano, Gény identifica los "principios generales de justicia objetiva". Ellos se intuyen, no se inducen o deducen, y, por consiguiente, pertenecen a aquellos principios que se supone están dados en la "la razón y conciencia" de toda persona. No son numerosos pero, tal como lo sugiere su fuente cognitiva, constituyen un acervo normativo universal que conforma la base de la doctrina iusnaturalista de Gény: "Los principios de justicia tal como los hemos expuesto, ¿son inmutables y universales? [...] Pero si se admite, según la razón, la experiencia y el sentimiento íntimo, la uniformidad de la naturaleza humana, la identidad constante de su destino y la existencia de un orden natural permanente de relaciones entre los elementos del mundo, concluiremos necesariamente que los principios de pura justicia que no son más que una de las fases de este orden, conservan, en medio de las variedades y de las contingencias de su actividad, un carácter universal e inmutable"⁸⁰.

La excesiva generalidad de estos principios implica que, de corriente, sólo funcionarían como fuentes mediatas o indirectas de la argumentación jurídica. Estos principios nunca dan al intérprete "más que una *dirección* [...] El intérprete debe, pues, guardarse de la ilusión de poder encontrar en las revelaciones de su razón y conciencia, una solución rápida para los problemas que la vida le presenta"⁸¹.

En este primer nivel, entonces, los principios no son conceptos sino "principios-fines" que organizan el sistema de derecho privado y un importante elemento en la libre investigación científica de Gény. Son principios morales absolutos, encontrados por medio de la intuición, de la razón y la conciencia morales que todos poseen. Son muy pocos y su utilidad en la argumentación jurídica no es ni directa ni inmediata. Su fuente intuicionista, sin embargo, los torna altamente objetivos. Gény menciona una lista de estos principios de justicia objetiva y parece estar sugiriendo que entre ellos hay una jerarquía donde los valores más altos son aquellos más generales, intuitivos e indirectos. Conforme hay disminución de estas cualidades los principios se tornan menos objetivos. La lista de principios de primer nivel tomados de la razón y de la conciencia que Gény presenta luce así:

80 Gény, *Método*, § 162, p. 554.

81 *Ibíd.* § 162, p. 551.

PRINCIPIOS TOMADOS DE LA RAZÓN O LA CONCIENCIA

Principios de alta generalidad y objetividad	Justicia y equidad
Principios de mediana generalidad y objetividad	<ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho absoluto de desplegar y realizar las facultades propias de acuerdo a su naturaleza, y a la luz de su fin, con la condición de respetar derecho idéntico de los demás. 2. Principio de conservación social. 3. Prevalencia del interés social o común sobre el interés particular. 4. Principio de igualdad entre las personas.
Principios de baja generalidad y objetividad	<ol style="list-style-type: none"> 1. El pago de la deuda como consecuencia de una promesa u oferta libremente hecha o aceptada. 2. La regla de estar obligado a reparar los perjuicios ocasionados por la propia culpa.

De otra parte, los principios del derecho también provienen de la "libre investigación científica positiva". La libre investigación científica *positiva* denota en Gény, de nuevo, amplia libertad del juez frente a los textos, pero exclusión de arbitrariedad: la decisión sigue siendo objetiva porque está basada en elementos "positivos" o reales extraídos del sistema social (incluyendo aquí materiales jurídicos positivos aún si hay ausencia de reglas concretas), y que han sido extraídos por medio de métodos "científicos". Esta "libre investigación científica positiva" suministrará tres mecanismos útiles para el descubrimiento de principios jurídicos:

PRINCIPIOS TOMADOS DE LA LIBRE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA POSITIVA

Método jurídico		Ejemplos doctrinales
Analogía	Analogía <i>legis</i>	Derecho de retención.
	Analogía <i>iuris</i>	Enriquecimiento sin causa.
Elementos de nuestra civilización actual		Autonomía de la voluntad privada, propiedad privada, libre transmisión de la propiedad <i>mortis causa</i> .
Direcciones extraídas de las ciencias sociales		Abuso del Derecho, principio de buena fe, régimen de riesgo en la responsabilidad civil extracontractual.

El primer mecanismo con el que cuenta la libre investigación científica positiva es la analogía. Gény desea conservar cierto papel modesto para la analogía dentro del método jurídico, trátese de la analogía *legis* o de la analogía *iuris*⁸²:

“De un lado, independientemente de las soluciones que nos dan espontáneamente las Fuentes formales, principalmente las leyes escritas, [...] notamos que se puede encontrar en las soluciones mismas de estas Fuentes, o en el sistema de que ellas indican algunas líneas más precisas, un *complexus* de principios que exceden el alcance propio de los textos, participando, sin embargo, bien que con menor fuerza, de su valor positivo, a condición solamente de ser deducidos por la libre indagación científica, según el procedimiento riguroso y seguro de la *analogía*”.

Por supuesto, los juristas deben tener el mayor cuidado en no convertir los principios extraídos por la analogía en conceptos jurídicos inmutables. En la *Begriffsjurisprudenz*, la base a partir de la cual se iniciaba la construcción analógica eran las reglas del derecho civil romano, y el resultado de este proceso, los *principios generales de la legislación*, dependía totalmente de los textos legales y tenían como propósito dar coherencia y sistematicidad a los materiales jurídicos dispersos. Por lo tanto, en la *Begriffsjurisprudenz*, la analogía jurídica era un método de construcción conceptual completamente fundamentada en los textos⁸³.

Para Gény y su nuevo método, en cambio, la analogía también se encuentra fundamentada en los materiales jurídicos existentes, pero, de nuevo, el método de creación de los principios exige que se tome en consideración, no sólo el derecho positivo, sino también la realidad, los fines y los argumentos de políticas públicas:

“Más bien se siente la tentación de buscar el término medio, necesario a la analogía, en consideraciones de política legislativa, es decir, en los motivos de orden moral, social, económico, tendiendo a satisfacer la justicia concre-

82 Gény no formula una distinción esencial entre ambos tipos de analogía. Véase *Método*, § 166, p. 571.

83 Nótese la gran diferencia que existe entre las familias de *common law* y de derecho civil entorno al lugar de la analogía en sus metodologías jurídicas: en el mundo del derecho civil el concepto de analogía no se aplica preferentemente a hechos, sino a reglas, y su propósito principal no es la aplicación de una doctrina existente a un conjunto similar de hechos sino la inducción de un orden más general de principios que brinden sistematicidad a las normas.

ta o la utilidad general, que han inspirado la regla, sirviendo de tipo y de modelo”⁸⁴.

La analogía se debe considerar una técnica de la libre investigación científica porque, contrario a sus usos en el clasicismo jurídico del siglo XIX, no se debe concebir como un simple desdoblamiento de los principios inmanentes⁸⁵ contenidos en el derecho positivo:

“Para llegar a este resultado ha habido que abandonar francamente la ficción de que el derecho positivo constituye por sí solo un sistema completo bastante para todo mediante su simple desenvolvimiento orgánico. No es que se niegue ese desenvolvimiento o se impugne su eficacia inapreciable; eso equivaldría a excluir la analogía; todo lo contrario, se le amplía conservándola. Se ve en él tan sólo una parte esencial de un todo más general, la naturaleza de las cosas, que es por sí sola bastante para contener todas las soluciones jurídicas”⁸⁶.

De esta forma, la analogía como forma de investigación e integración del derecho se sitúa medianeramente entre la indagación centrada en los textos y la indagación *por encima o por fuera* de los mismos: “De modo que se ve marcadamente el carácter mixto de la analogía” como lo afirma Gény sentenciosamente⁸⁷.

Aún más: por medio de la analogía se conserva la idea fundamental de igualdad de trato, y además “la analogía puede elevarse hasta constituir una reunión de disposiciones dispersas y fragmentarias, mejor aún, una condensación general del espíritu que las domina, que planearía sobre nuestra organización jurídica teorías capaces de llenar verdaderas lagunas jurídicas; así la teoría del derecho de retención, la de la clasificación entre privilegios mobiliarios especiales, la del cuasi-contrato de enriquecimiento sin causa”⁸⁸. Los receptores locales empiezan a poner cuidadosa atención cuando Gény habla, como lo hace en el párrafo que se acaba de citar, de doctrinas jurídicas concretas mencionadas en estas discusiones iusteóricas todavía algo abstractas: para los receptores locales resultará particularmente interesante cómo la libre investigación científica es capaz de producir y legitimar

84 Ver Gény, *Méthode*, § 164, p. 569.

85 Para Gény el proceso de investigación por analogía no debe clasificarse dentro de los arbitrios “interpretación legal”. Su lugar correcto pertenece al interior de los métodos de libre investigación porque su elaboración de los materiales jurídicos excede sobradamente el nivel textual de las leyes y de los códigos.

86 Gény, *Méthode*, § 107, p. 304.

87 *Ídem*. § 107, p. 303.

88 *Ídem*. § 166, p. 573.

El primer mecanismo con el que cuenta la libre investigación científica positiva es la analogía. Gény desea conservar cierto papel modesto para la analogía dentro del método jurídico, trátase de la analogía *legis* o de la analogía *iuris*⁸²:

“De un lado, independientemente de las soluciones que nos dan espontáneamente las Fuentes formales, principalmente las leyes escritas, [t.] notamos que se puede encontrar en las soluciones mismas de estas Fuentes, o en el sistema de que ellas indican algunas líneas más precisas, un *complexus* de principios que exceden el alcance propio de los textos, participando, sin embargo, bien que con menor fuerza, de su valor positivo, a condición solamente de ser deducidos por la libre indagación científica, según el procedimiento riguroso y seguro de la *analogía*”.

Por supuesto, los juristas deben tener el mayor cuidado en no convertir los principios extraídos por la analogía en conceptos jurídicos inmutables. En la *Begriffsjurisprudenz*, la base a partir de la cual se iniciaba la construcción analógica eran las reglas del derecho civil romano, y el resultado de este proceso, los *principios generales de la legislación*, dependía totalmente de los textos legales y tenían como propósito dar coherencia y sistematicidad a los materiales jurídicos dispersos. Por lo tanto, en la *Begriffsjurisprudenz*, la analogía jurídica era un método de construcción conceptual completamente fundamentada en los textos⁸³.

Para Gény y su nuevo método, en cambio, la analogía también se encuentra fundamentada en los materiales jurídicos existentes, pero, de nuevo, el método de creación de los principios exige que se tome en consideración, no sólo el derecho positivo, sino también la realidad, los fines y los argumentos de políticas públicas:

“Más bien se siente la tentación de buscar el término medio, necesario a la analogía, en consideraciones de política legislativa, es decir, en los motivos de orden moral, social, económico, tendiendo a satisfacer la justicia concre-

82 Gény no formula una distinción esencial entre ambos tipos de analogía. Véase *Método*, § 166, p. 571.

83 Nótese la gran diferencia que existe entre las familias de *common law* y de derecho civil entorno al lugar de la analogía en sus metodologías jurídicas: en el mundo del derecho civil el concepto de analogía no se aplica preferentemente a hechos, sino a reglas, y su propósito principal no es la aplicación de una doctrina existente a un conjunto similar de hechos sino la inducción de un orden más general de principios que brinden sistematicidad a las normas.

ta o la utilidad general, que han inspirado la regla, sirviendo de tipo y de modelo”⁸⁴.

La analogía se debe considerar una técnica de la libre investigación científica porque, contrario a sus usos en el clasicismo jurídico del siglo XIX, no se debe concebir como un simple desdoblamiento de los principios inmanentes⁸⁵ contenidos en el derecho positivo:

“Para llegar a este resultado ha habido que abandonar francamente la ficción de que el derecho positivo constituye por sí solo un sistema completo bastante para todo mediante su simple desenvolvimiento orgánico. No es que se niegue ese desenvolvimiento o se impugne su eficacia inapreciable; eso equivaldría a excluir la analogía; todo lo contrario, se le amplía conservándola. Se ve en él tan sólo una parte esencial de un todo más general, la naturaleza de las cosas, que es por sí sola bastante para contener todas las soluciones jurídicas”⁸⁶.

De esta forma, la analogía como forma de investigación e integración del derecho se sitúa medianeramente entre la indagación centrada en los textos y la indagación *por encima* o *por fuera* de los mismos: “De modo que se ve marcadamente el carácter mixto de la analogía” como lo afirma Gény sentenciosamente⁸⁷.

Aún más: por medio de la analogía se conserva la idea fundamental de igualdad de trato, y además “la analogía puede elevarse hasta constituir una reunión de disposiciones dispersas y fragmentarias, mejor aún, una condensación general del espíritu que las domina, que planearía sobre nuestra organización jurídica teorías capaces de llenar verdaderas lagunas jurídicas; así la teoría del derecho de retención, la de la clasificación entre privilegios mobiliarios especiales, la del cuasi-contrato de enriquecimiento sin causa”⁸⁸. Los receptores locales empiezan a poner cuidadosa atención cuando Gény habla, como lo hace en el párrafo que se acaba de citar, de doctrinas jurídicas concretas mencionadas en estas discusiones iusteóricas todavía algo abstractas: para los receptores locales resultará particularmente interesante cómo la libre investigación científica es capaz de producir y legitimar

84 Ver Gény, *Méthode*, § 164, p. 569.

85 Para Gény el proceso de investigación por analogía no debe clasificarse dentro de los arbitrarios “interpretación legal”. Su lugar correcto pertenece al interior de los métodos de libre investigación porque su elaboración de los materiales jurídicos excede sobradamente el nivel textual de las leyes y de los códigos.

86 Gény, *Méthode*, § 107, p. 304.

87 *Ídem*. § 107, p. 303.

88 *Ídem*. § 166, p. 573.

(mediante el nuevo carácter "ampliado" de la analogía) algunos contra-principios de derecho privado, urgentemente requeridos en aquel momento para acomodar los imperativos morales y políticos de los tiempos modernos. La iusteoría algo heterodoxa de Gény es precisamente la rueda que permitirá la elaboración del nuevo tejido dogmático del derecho local. Una vez más, está claro que los principios se hallan permeados en su totalidad por el cientificismo de Gény; no obstante, los receptores locales serán menos sensibles al componente metodológico de su producción y, en su lugar, concentrarán su atención en el contenido sustantivo de las nuevas doctrinas. Las doctrinas quedan así separadas de las discusiones metodológicas que las hicieron posibles en primer lugar. Se pierde así su carácter específicamente "moderno"; los autores, incluso, pensaron que se trata de nuevos principios extraídos a través de los métodos tradicionales del clasicismo. Esta lectura incompleta de Gény facilitará una cierta continuidad en la conciencia jurídica local entre clasicismo y antiformalismo cientificista.

El segundo mecanismo para obtener principios por medio de la libre investigación científica positiva consiste en consultar "*los elementos de nuestra civilización actual*". Este mecanismo, en puridad, no es muy diferente de la analogía debido a que, de hecho, se asemeja mucho a los procedimientos de la antigua analogía *iuris*⁸⁹: en la analogía el principio se extrae de los materiales jurídicos existentes, y los resultados son, en los ejemplos de Gény, doctrinas generales con alguna clase de contenido moral o político, v.gr. el cuasi-contrato de enriquecimiento sin causa. Sin embargo, si se da "un paso más [...] el conjunto del sistema legal no aparecerá en la interpretación más que como un elemento de nuestra civilización, imponiéndose por su existencia misma y capaz solamente de sugerir soluciones jurídicas por virtud de la manifestación de equilibrio que surge del seno del movimiento social"⁹⁰.

Este método de investigación consiste pues en comprender las doctrinas del derecho moderno por conducto del examen integral del sistema jurídico⁹¹, de "nuestra

89 Ver, *idem*. § 167, p. 580, "la transición es insensible".

90 *Id.* § 167, p. 581.

91 *Id.* § 167, pp. 581-582. "La verdadera regla de una buena interpretación de las leyes, debe sacarse de un estudio profundo de los principios de la legislación moderna, porque en el sentido de estos principios deben resolverse todas las cuestiones en las cuales se encuentra el texto oscuro o insuficiente. De todos modos, lo que importa considerar es que nuestra organización jurídica positiva constituye, en su importante masa, un elemento objetivo que merece lugar preeminente para dirigir la libre investigación del jurisconsulto en la insuficiencia de las fuentes formales y en la impotencia de la analogía propiamente dicha".

organización" moral y religiosa, incluyendo el reconocimiento de que la cristianidad yace de manera profunda en el espíritu del derecho occidental y como tal espíritu genera principios que deben impactar las decisiones concretas (en todos aquellos casos en que los textos y la analogía se hayan mostrado incapaces de llenar el vacío)⁹²; de igual forma, debe consultarse la influencia de "nuestra organización política positiva"⁹³ y finalmente, los principios extractados de la "estructura económica existente"⁹⁴. Los principios que emanan de los "elementos de nuestra civilización actual" descritos son más generales y poseen un contenido moral y político más explícito que aquellos que se investigan mediante la analogía *sensu stricto*: así, por ejemplo, Gény menciona los *principios de acuerdo* a los cuales "el interés privado debe ceder al interés público" y una aceptación incondicional de las condiciones económicas existentes a través del reconocimiento, como partes integrales de nuestra actual civilización, de "nuestros principios" de derecho patrimonial. Se mencionan entre ellos los siguientes:

"Principio de propiedad privada, en virtud del cual, salvo excepción formal de la ley, todas las cosas pueden encontrarse apropiadas por los individuos; principio de la libertad de los contratos, por el cual se permite a cada uno obligarse, por acuerdo con otro, a ciertas prestaciones, acciones u omisiones bajo la sanción, aún por coacción, de semejante promesa obligatoria; principio de sucesión por causa de muerte, de donde resulta la adjudicación, a título de herencia, de los bienes de toda persona que ha fallecido a aquellas a quienes ella misma designe o, en su defecto, la ley. Ahora bien; piénsese lo que se quiere respecto al valor intrínseco de estos principios, es necesario reconocer que fuera, y aún sobre los textos legales que los pueden consagrar, se imponen con otros muchos, como entidades efectivas de nuestra organización económica. A este título el jurisconsulto no puede eludirlos. Además, debe hacerlos fructificar en vista de soluciones jurídicas necesarias"⁹⁵.

92 Ver, *Id* § 167, p. 182. "Savigny ha hecho notar la importancia de nuestra organización moral y religiosa, desde el punto de vista del Derecho positivo: 'el fin general del derecho surge de la ley moral del hombre, bajo el punto de vista cristiano.' Porque el cristianismo no se propone solamente como regla de nuestras acciones; de hecho ha modificado a la humanidad, y se le encuentra en el fondo de todas nuestras ideas, aun de aquellas que parecen ser las más extrañas y más hostiles (...) Lo cual implica que las ideas que constituyen el fondo de nuestra moral religiosa, desde el punto de vista cristiano, por lo mismo que representan un elemento capital de nuestra civilización, no podrían permanecer indiferentes a la actividad del Derecho destinado a regir ésta".

93 Ver, *Id.* § 167, p. 583.

94 Ver, *Id.* § 167, p. 584.

95 *Ibid.*

Adicional a éstos, Géný propone un último camino para la investigación de los principios de Derecho. Esta vía debe proceder mediante un "orden de investigaciones más amplio y más libremente científico"⁹⁶: aquí Géný, en esta última vía, se acerca más decididamente a la idea según la cual la investigación científica propiamente dicha (argumentos de políticas públicas) puede generar principios de derechos utilizables en la decisión judicial. En esta vía, por tanto, clama por una investigación jurídica fundamentada por las ciencias "sociales, políticas y morales". Estos principios dependen de decisiones políticas y económicas que no se fundamentan en los textos sino que lo hacen según razones de conveniencia, bienestar general y políticas públicas. "De tal suerte, que en defecto de todo reconocimiento y toda prohibición legal, nuestra libre investigación científica debe legítimamente ejercerse en el sentido de la indagación y de la apreciación—sobre datos científicos, esclarecidos en la medida de lo posible por la estadística y por todos los demás medios de la experiencia social— de las consideraciones de orden moral, político y económico, que en nuestra civilización actual se recomiendan para los casos"⁹⁷. Recuérdese, como vimos arriba, que este método en concreto ha servido, según Géný, para justificar la creación de nuevos principios tales como el abuso del derecho, la buena fe exenta de culpa y los distintos regímenes de objetivización de la responsabilidad civil contractual y extracontractual que modifican de manera muy importante los principios del derecho civil clásico.

Es quizá el momento apropiado para hacer una valoración de conjunto del *Méthode* de Géný en la teoría comparada del derecho. El libro es, como hemos tenido ocasión de ver, un señalado punto de encuentro en el cual varias corrientes de jurisprudencia típicamente modernista convergen: De hecho, presenta un resumen y reelaboración para uso de los civilistas franceses de la crítica profunda al clasicismo jurídico que se empieza a dar en los años de transición al siglo XX. En esta presentación, utiliza con gran frecuencia el trabajo de sus predecesores y coetáneos antiformalistas alemanes (Ihering, Bekker, Menger, etc.) que se encuentran engarzados en una discusión profunda sobre los métodos constructivistas del *heutigen Römischen Rechts*. De igual manera, Géný brinda suficiente espacio para relacionar, junto con la crítica alemana, la mayoría de las nuevas iusteorías francesas que reaccionaban también contra su propia *bete noire* liberal y formalista del siglo XIX: *l'exégèse*. La nueva iusteoría ocasionó cambios significativos en el sentido político y moral del derecho privado, reemplazando gran parte de las convicciones inalterables del derecho liberal clásico. En general, Géný no desa-

96 Ver *id.* § 168, p. 586.

97 Ver *id.* § 172, p. 619.

rolla los detalles de este cambio dogmático. El aporte inconmensurable de su libro radica en que proporcionó a este movimiento antiformalista una teoría general que explicó sus bases metodológicas. De esta forma, dio una explicación de conjunto al masivo cambio dogmático en el derecho civil que, en otros autores, no fue percibido con igual coherencia o integridad.

El cambio dogmático en el derecho privado que Géný teorizó puede resumirse del siguiente modo:

De los principios clásicos	A los principios modernos
Obligaciones necesariamente bilaterales	Obligaciones unilaterales
<i>Pacta sunt servanda</i> y autonomía de la voluntad privada	Debilitamiento de <i>pacta sunt servanda</i> , por ejemplo, en la postulación de la cláusula <i>rebus sic stantibus</i> .
Obligaciones contractuales	Obligaciones precontractuales (culpa <i>in contrahendo</i>)
Requerimiento de la completa especificación del objeto contractual	Validez de los contratos con especificación parcial del objeto del contrato
Contrato inter-presentes	Aumento de la aceptación de mecanismos para el perfeccionamiento de contratos inter-ausentes
Vida comercial forzada en los marcos de los contratos tipificado por el derecho romano y la ley	Aumento de la aceptación y estudio dogmático de los contratos atípicos
Postulación de derechos absolutos	Postulación de las nociones de derechos relativos y posibilidad de abusar del derecho.
Culpa como fundamento de la responsabilidad	Crítica a la culpa y nacimiento de los regímenes de responsabilidad objetiva.

Géný unió todos estos contra-principios con una teoría del derecho en la que se manifestaba de manera muy marcada la sensibilidad de los tiempos modernos. La fundamentación iusteórica dio amplia legitimación a los nuevos contra-principios que modificaban, a veces escandalosamente, las estructuras del derecho clásico. Los contra-principios, además, no fluían tanto de un análisis formalista del derecho existente, sino que provenían de análisis libre, pero científico, donde las

ideas de principio, fin y políticas públicas reemplazaron la primacía metodológica de la que habían gozado la ley o los conceptos jurídicos. Este argumento resultó muy llamativo para los doctrinantes latinoamericanos quienes también ansiaban dar, junto con el resto de su cultura, el salto al modernismo. El libro de Gény, con sus ambigüedades, les facilitó la entrada al antiformalismo de la teoría transnacional del derecho, en un lenguaje doctrinal aceptable para una cultura jurídica local que se impacientaba bien pronto con las disquisiciones excesivamente teóricas.

En esa línea, el libro de Gény estaba originalmente diseñado, si se quiere, para ser transformado y transmutado en sitios de recepción. La interpretación local se hizo en función de la ambigüedad "original" ya contenida en el libro: *Méthode* está, como lo hemos explorado, lleno de afirmaciones y señales contradictorias: Habla en diferentes lenguajes para diversas audiencias, desde la más científicista de las lecturas hasta una interpretación cristianizante y iusnaturalista (incluso pre-moderna). Los lectores latinoamericanos escogieron aquellas interpretaciones que mejor se acomodaron a sus tradiciones jurídicas. Concretamente, el trabajo de Gény ofreció a los latinoamericanos su conexión viva con el antiformalismo modernista de comienzos del siglo XX. Esto significa que los latinoamericanos iniciaron una aventura para encontrar en el trabajo de Gény los contra-principios de derecho civil y las metodologías que justificaran esas nuevas construcciones. Como hemos visto, sin embargo, los autores locales siempre estuvieron más interesados en las doctrinas sustantivas y olvidaron la revolución metodológica que Gény advertía. Los nuevos principios, así, pudieron ser interpretados fundamentalmente como nuevo derecho civil sin mayores referencias a los nuevos y audaces métodos que se decía en Europa eran necesarios para construir tales doctrinas. Los juristas locales buscaron explicar los nuevos principios acudiendo a las plataformas metodológicas menos "audaces" suministradas por Gény. De esta manera, la explicación de los juristas locales de los contra-principios siempre ha sido conservadora: éstos se justifican principalmente como productos de *analogía legis* o *iuris*, o, incluso, como veremos en breve, argumentando que los nuevos principios ya estaban, desde siempre, escondidos en los textos del Código Bello. Incluso, se llegó a afirmar, la ciencia jurídica latinoamericana no requería de las cuidadas discusiones europeas porque el código, en su infinita capacidad de previsión, ya se había anticipado a los tiempos modernos. La nueva iusteoría resultaba así irrelevante porque el Código Bello, en verdad, no era fruto de la época clásica sino que se trataba de un ejemplo de derecho vivo para los tiempos modernos. Examinaremos a continuación tales pretensiones locales.

4. LA RECEPCIÓN MADURA DEL ANTIFORMALISMO EUROPEO

La recepción local del antiformalismo europeo tiene dos canales principales, como lo muestra el mapa de transformación con el que se abre este capítulo⁹⁸. De una parte, la recepción fue llevada a cabo por escritores y profesores de derecho privado quienes buscaron generar, vía doctrina jurídica, una reforma modernista de los principios jurídicos. A través de éstos autores, las ideas de Gény tuvieron cierto impacto sobre la enseñanza del Derecho. Pero esta no fue, para nada, la principal forma de trasplante teórico. En contraste, la recepción local se realizó mediante el trabajo jurisprudencial de la Corte de Casación la cual asumió en ese momento la posición iusteórica más vanguardista entre todos los actores jurídicos locales. Este modo práctico de recepción fue, de lejos, el más importante. Lo que impregnó la conciencia jurídica local y se tradujo en una época de antiformalismo local real fue un raro momento de sentencias al "gran estilo" promulgadas por la llamada "Corte de Oro" durante un período cuasi-mítico de alta energía jurisprudencial (1936-1939)⁹⁹.

Antes de explorar este momento de adjudicación al *gran estilo* me concentraré primero en la recepción doctrinal madura del trabajo de Gény como estadio preliminar y preparatorio a su uso judicial. Hablaré de la recepción "madura" por oposición a la recepción "temprana" que estudiamos en la conferencia de Uribe de 1916, donde la "orientación científica" fue interpretada como una forma de prolongación de la *Begriffsjurisprudenz* franco-alemana. En una recepción mucho más madura, casi 20 años después, es claro que Gény ya figura en clara oposición tanto al conceptualismo como a *l'exégèse*. No obstante, como ya tuve ocasión de indicar, la transmutación madura se producirá por la desmembración de los argumentos estructurales de Gény: para los receptores locales, Gény será ciertamente el adalid de la crítica contra el "método tradicional"; pero la crítica al método tradicional no los lanzará entusiastamente por el camino científicista del derecho modernista; como habría de esperarse, muchos de ellos leyeron la crítica como un retorno al derecho natural. Por una u otra vía, estos autores importaron a Colombia los nuevos principios del derecho privado moderno que se requerían en las nuevas circunstancias políticas y sociales. Esta trasmutación teórica, permítaseme

98 Véase *supra* este capítulo.

99 La naturaleza mítica de este período puede ser probado por el hecho, muy dicente, de que todas las corrientes teóricas e ideológicas de la comunidad jurídica (incluso la de hoy) reconocen la fuerza simbólica de la "Corte de Oro". Su fuerza mítica es comparable, por ejemplo, a la que comúnmente se otorga a la Corte Warren (1953-1969) en los Estados Unidos. Al respecto véase Morton J. Horowitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, Hill and Wang, Nueva York (1998).

insistir en ello una vez más, abandona el componente "científico" y "realista" del método de Gény tan importante en otras jurisdicciones centrales en las que también hubo revuelta antiformalista.

La figura más importante en la recepción de Gény en Colombia es Eduardo Zuleta Ángel, quien anuncia con gran fuerza el "elemento negativo" del *Méthode* en la Corte Suprema de Justicia colombiana a través de un fructífero y dinámico, aunque corto, período de jurisprudencia antiformalista que duró entre los años de 1936 y 1939. Por estas razones, Zuleta Ángel es realmente el paladín de la nueva orientación en Colombia y líder antiformalista de la Corte Suprema. Sin embargo, de forma paradójica, Zuleta Ángel también inicia la reabsorción de la jurisprudencia heterodoxa de Gény dentro de la densa estructura del clasicismo local mediante un conjunto de argumentos que desradicalizarán significativamente el antiformalismo metodológico propuesto por él.

4.1. La crítica al "fetichismo de la ley" en Colombia

"La Verdad es que afrancesados éramos todos"

Eduardo Zuleta Ángel

Eduardo Zuleta Ángel escribe en 1936 un artículo, *El fetichismo de la ley escrita*, en el primer número de la recientemente fundada "Revista de Indias"¹⁰⁰.

100 Eduardo Zuleta Ángel, *El fetichismo de la ley escrita*, Revista de Indias, Vol. 1, N° 1 (1936). (De aquí en adelante Zuleta Ángel, *El fetichismo*). La revista fue directamente patrocinada por el Ministerio de Educación Nacional y se constituyó en uno de los elementos más importantes de la política cultural del primer gobierno de Alfonso López (1934-1938). La revista se publicará hasta el año de 1950, cuando el partido conservador llega a la presidencia por medio de Ospina Pérez (1950-1954). La revista era literaria y académica al mismo tiempo. En términos intelectuales, la revista era un intento de introducir al país discursos vanguardistas que suplieran las deficiencias percibidas en los discursos académicos dominantes. La revista prefería perspectivas modernas tanto en la literatura como en las ciencias, por oposición a las formas clásicas y tradicionales de escribir o pensar. Así, por ejemplo, se publicaban con frecuencia artículos sobre modernistas nacionales o internacionales tales como José Asunción Silva ("José Asunción Silva y el modernismo" por Daniel Arango, RI, 2ª. época, Tomo 28, Abril-Junio de 1946, p. 367) León de Greiff (*León de Greiff* por Abelardo Forero, RI, 2da época, Tomo 15, Septiembre- Noviembre de 1942, p. 383) y T. E. Lawrence *T.E. Lawrence visto a través de su autorretrato* por Ernesto Volkening, RI 2da época Vol. 36, Enero-Marzo 1950, p. 27). Otros artículos dan también testimonio explícito de un gusto vanguardista: Ernesto Volkening, "C.J. Jung, su vida y obra" RI, 2da época, volumen 36, Abril y Junio de 1950, p. 115) y Eduardo Zuleta, *op.cit.*

Se trata de un gesto de la mayor importancia: el artículo servirá como manifiesto de la nueva sensibilidad iusteórica. Se trata, igualmente, del reconocimiento más claro de la conexión privilegiada que existe entre el trabajo de François Gény y el antiformalismo local. El artículo de Zuleta expone las complejidades de la recepción local de esta particular versión de antiformalismo francés. El primer mecanismo de transmutación teórica, entre muchos otros, descansa sobre lo siguiente: Zuleta acepta muy entusiastamente la crítica al método jurídico tradicional: no obstante, interpreta las nuevas corrientes diciendo que "en los momentos actuales [estamos] asistiendo a una gran batalla entre los autores católicos por lo que respecta al derecho natural". La recepción del antiformalismo francés, para Zuleta, es la respuesta a las exigencias de una reforma social y jurídica aunque desplegada en la estructura de un catolicismo "progresista". Esta lectura del antiformalismo francés como si se tratara de una refriega interna entre los católicos progresistas (y por lo tanto, como parte de las luchas por la redefinición del iusnaturalismo) producirá un mapa local de transformación en el cual, por ejemplo, François Gény y Georges Ripert¹⁰¹, enemigos iusteóricos irreconciliables en Francia, serán aquí reunidos como colaboradores estrechos en la reconstrucción del derecho natural como metodología del nuevo derecho privado.

El trasfondo político de la transformación iusteórica local se desarrolla de la siguiente manera: Zuleta Ángel subraya en la argumentación de Gény dos elementos: de un lado, su crítica negativa al método tradicional, y de otro, los elementos iusnaturalistas en su reconstrucción del método. De este modo, el antipositivismo y el antiformalismo se vinculan, no al científicismo moderno, sino más bien a las teorías de derecho natural. Este tipo de lectura, en la cual el iusnaturalismo hace las veces de teoría antiformalista fue, según creo, una estrategia necesaria para disminuir la resistencia potencial por parte del clasicismo local. En términos iusteóricos, era más fácil presentar el antiformalismo como extensión del proyecto iusnaturalista que como producto de una completamente nueva sensibilidad modernista y científicista en derecho. Para los juristas colombianos, el derecho natural era una teoría jurídica mucho más comprensible y, en últimas, más respaldable, que el elemento científico del antiformalismo. Así las cosas, mientras la reforma modernista en derecho público se llevó a cabo explícitamente bajo la influencia de las ideas de izquierda fundamentadas sobre el establecimiento de nuevas estructuras y políticas sociales¹⁰², por otra parte, la reforma al derecho privado fue

101 Ver, Jaro Mayda, *op.cit.*

102 Aquí existen dos elementos importantes en la reforma constitucional de 1936: la habilitación constitucional de la reforma agraria, de un lado, y una robusta intervención del Estado en la economía, por el otro.

emprendida de forma separada mediante argumentos intelectuales que desviaron la atención, por lo menos en la superficie, de la influencia política del socialismo o de una iusteoría basada en argumentos de conveniencia pública.

Zuleta Ángel despliega en su artículo la crítica, en las mismas líneas de la de Gény, tanto de *l'exégèse* como del conceptualismo locales. Había sido Gény quien originalmente había utilizado la expresión *fetichismo de la ley escrita y codificada*¹⁰³. La crítica de Zuleta es tanto técnica como política. Del lado técnico, el derecho es desarrollado en Colombia por medio de métodos erróneos tales como el literalismo exegético y el conceptualismo:

"Fecundada artificiosamente mediante una lógica rigurosa y cerrada que servía para extender ilimitadamente el campo de aplicación de la ley, ora sacando directamente consecuencias inflexibles de los textos, ora remontándose desde éstos, por medio de una pseudo-inducción a supuestos principios generales, que se presentaban como fundados en la intención presunta del legislador, y de los cuales se sacaban nuevas e ilimitadas consecuencias, el derecho llegó a ser considerado como una especie de ciencia exacta y a estar dominado por un criterio algebraico o geométrico que hacían de él una obra maestra de la lógica, sin duda, pero que necesitaba, a cada paso, disculpar sus atentados contra la justicia, contra la equidad, contra la utilidad social con la odiosa e injurídica máxima tan elocuentemente anatematizada por Josserand: "*Dura lex sed lex*"¹⁰⁴.

Desde el punto de vista político, el derecho es "el instrumento de aquel aberrante individualismo liberal tan severamente condenado por la iglesia"¹⁰⁵. El componente socializante en la del iusteoría de Gény es identificado con la "doctrina social de la iglesia" a los ojos de Zuleta Ángel que condenaba, como sabemos, los excesos del capitalismo pero sin caer en los peligros, igualmente nefastos, del comunismo.

A pesar de esta reinterpretación libre de la dirección política del antiformalismo, Zuleta termina apoyando la definición del derecho construida por Gény: "Aun bajo su forma positiva, el derecho se nos presenta como un conjunto de reglas,

103 Esta expresión aparece en Gény, así: "Debo primero impugnar ese fetichismo de la ley escrita y codificada, que constituye el primer rasgo distintivo y el más saliente del método tradicional". Ver Gény, *Método*, § 35, p. 66.

104 Zuleta, *El fetichismo*, p. 4. Es difícil decir quién está hablando aquí. El parafraseo que Zuleta hace de Gény es tan evidente que no es necesario la identificación explícita de la fuente. Zuleta Ángel pospondrá para luego la cita de rigor a Gény.

105 *Ibidem*.

surgidas de la naturaleza de las cosas y que deben ser deducidas, por medio de una interpretación más o menos libre, de los elementos sociales que el derecho tiene por objeto ordenar en vista del bien común"¹⁰⁶. Conforme a esta concepción, el derecho es mucho más que reglas positivas, contrario a la concepción de los positivistas y exegetas estrictos. Las fuentes formales no son más que fuentes de información severamente limitadas acerca del derecho: las fuentes formales tan sólo contienen un limitado conjunto de reglas que el poder político ha considerado conveniente reducir a una formulación escrita y oficial. Pero, en tanto que tales, las reglas positivas cubren un espacio pequeño del edificio total del derecho. Un concepto más amplio del derecho supera su limitada reducción a la ley: hay un espacio de *libre recherche scientifique*, donde el juez tiene discreción para resolver el caso de acuerdo a "procedimientos diferentes" de investigación y argumentación jurídica¹⁰⁷. Pero de nuevo, la ambigüedad en la producción teórica y la transmutación en la recepción re-entran al escenario: ¿cuáles son en concreto aquellos "procedimientos diferentes" de investigación jurídica que se pueden utilizar en el derecho local?

Este nuevo camino metodológico que Zuleta señala llevará al análisis jurídico local a estar más cerca de lo que los juristas identificarán como "moralidad", por oposición a los anti-formalistas transnacionales para quienes el análisis jurídico quedaría más cercano a la "ciencia" y a la "realidad". En Zuleta, existe un proceso creciente hacia la "moralización" de las reglas jurídicas¹⁰⁸, contraria a la "tesis de separación" entre el derecho y la moral, comúnmente apoyada por positivistas de todas las clases durante los siglos XIX y XX. En general, se trata, según Zuleta, de un proceso de "perfeccionamiento, de humanización y de socialización del derecho"¹⁰⁹. Entonces, ¿cuál es el contenido sustantivo de esta nueva moralidad que ahora se alía con el derecho? Zuleta hace un gran esfuerzo para identificar la moralidad interna del derecho con la moralidad católica o cristiana en general¹¹⁰.

106 Zuleta Ángel, *El fetichismo*, p. 4.

107 Estos procedimientos, por ejemplo, también podrían haber incluido el derecho consuetudinario. La discusión sobre la costumbre, también muy intensa en el antiformalismo transnacional de la época, fue igualmente ignorada por los juristas locales.

108 Zuleta cita, en este punto, a dos de los grandes moralizadores del derecho en la primera mitad del siglo XX: Louis Josserand y Georges Ripert.

109 Zuleta, *El fetichismo*, p. 5.

110 Aquí la expresión "moralidad católica" no se refiere a asuntos de moralidad personal, sino a las posturas, de corte más progresista, que se adoptaron en relación con la "cuestión social". Es innegable que existen posibles tensiones entre las recomendaciones católicas dirigidas a la moral personal y a la moral social y política. En aquellos años, el catolicismo se ofreció a sí mismo como una "tercera vía" solidarista entre los excesos del capitalismo y del comunismo.

Por esta vía, Zuleta probará que la "nuevas tendencias" en el derecho privado (que son observadas no sin suspicacias ideológicas por algunos) son, en realidad, fruto de una inspiración verdaderamente católica y, por tanto, confiables. Como resultado, los juristas conservadores y tradicionales no deberían temer modificar sus conceptos a la luz de las nuevas teorías trasplantadas. Para llevar a cabo este proyecto, Zuleta Ángel resumirá la polémica entre François Géný y Georges Ripert a dos puntos centrales: en primer lugar, si existe o no el derecho natural, y en segundo lugar, si una tal teoría del derecho natural, de existir, puede ser verdaderamente útil para entender la dinámica contemporánea del derecho privado.

La moralización del derecho constituye la idea teórica más importante en la que se apoya la aparición de una lista de contra-principios antiformalistas de derecho privado en contraposición a los vigentes en el derecho clásico. La idea de moralización es muy sencilla de entender y se encuentra también en la iusteoría de Géný: en contraste con la aplicación rígida o formalista del derecho escrito a los casos particulares, los jueces deben tomar en cuenta la justicia y la equidad, por medio de los diferentes medios de investigación provistos para tal fin por la *libre recherche scientifique*. A través de esta idea, se produce una nueva justificación con énfasis moral para los institutos de derecho privado: "cuando el derecho fortifica el deber de socorro en los cónyuges, cuando autoriza la investigación de la paternidad natural, cuando organiza la protección de la niñez, cuando prohíbe el contrato inmoral, cuando impide la especulación, cuando aumenta y ensancha la responsabilidad civil, cuando no tolera el enriquecimiento injusto, cuando prohíbe el abuso del derecho, cuando protege al obrero contra la explotación del patrón, cuando asegura el descanso dominical, cuando lucha contra las malas costumbres, cuando trata de asegurar la justicia en la repartición del impuesto"¹¹¹.

La redescubierta cercanía entre el derecho y la moral ha orientado, de acuerdo a Zuleta Ángel, un nuevo interés por la filosofía del derecho. Si el derecho no se agota en las normas positivas, los juristas han de enfrentar "problemas harto más nobles y transcendentales"¹¹²: en esta situación, comenzando por Géný, los autores están obligados a reconsiderar el problema del papel del derecho natural en la iusteoría contemporánea. El argumento de Géný, bajo cierta interpretación, parece señalar la existencia de un "algo" que se encuentra por encima y por fuera de las normas positivas de derecho. Este "algo", por encima de la norma, es según

111 Zuleta, *El fetichismo*, p. 7.

112 *Ibidem*.

la terminología de Géný, la *libre investigación científica*. Pero más allá de esta respuesta hay, como sabemos, múltiples equívocos. Una vez se comienza a desarrollar esta categoría general, Géný presenta varias posibilidades para describir que es aquello que está más allá del derecho positivo. En una de estas versiones, más armónica a las expectativas ideológicas de la audiencia local imaginada por Zuleta Ángel, Géný habla de la existencia de un "derecho natural irreductible"¹¹³. De hecho, dedica el segundo volumen de su libro "*Science et technique en droit privé positif*" para desarrollar esta tesis en mucho más detalle de lo que lo había hecho previamente en *Méthode*: para Géný, en el reporte que de su teoría hace Zuleta, el derecho se desprende del conjunto total de "donné", esto es, del conjunto total de "datos" presentes en la naturaleza y la sociedad. El derecho natural es el conjunto de reglas que se extraen de estos *donnés*. Como consecuencia de lo anterior, Géný y Zuleta Ángel terminan postulando un derecho natural de contenido mínimo y secular.

Como ya lo hemos visto, Géný no es el único autor que insiste en la moralización del derecho. Otro autor francés de la nueva generación coincide con él en que existe un claro proceso de moralización del derecho. Zuleta hace referencia explícita aquí al importante trabajo de Georges Ripert, especialmente a su libro de los años 20's, "La regla moral en las obligaciones civiles"¹¹⁴. Sin embargo, el proceso de moralización del derecho, de acuerdo a Ripert y contrario a lo que afirmaba Géný, no nos compromete a aceptar la existencia del derecho natural. Por el contrario, aquella influencia de la moralidad es simplemente, de acuerdo a Ripert, el reconocimiento general de la moralidad cristiana como la "fuente única y verdaderamente fecunda del derecho positivo". Aún más: "el derecho natural [para Ripert] no es aceptable sino en cuanto se confunda absolutamente con la moral cristiana: es en esta en donde deben buscar los juristas no sólo su inspiración sino también las reglas jurídicas. Independizado de la moral católica, el derecho natural no es más que una mezcla de ateísmo en formación y de cristianismo en descomposición"¹¹⁵. En consecuencia, para Ripert, "durante mucho tiempo el idealismo jurídico encontró su expresión en la doctrina del derecho natural". Todos los autores

113 *Idem.*, p. 7.

114 Louis Marie Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris (1927). La traducción al español fue primeramente realizada por Carlos Julio Latorre como tesis de grado en la Universidad Nacional de Colombia. Dicha tesis se basó en la tercera edición francesa y fue publicada en mimeógrafo en Bogotá en 1941. Carlos Valencia Estrada y Hernando Devis Echandía publicaron otra traducción en 1946, a cargo de la editorial de la Universidad la Gran Colombia.

115 Zuleta, *El fetichismo*, p. 8.

franceses clásicos recurrieron a ella en la medida en que era una "posición cómoda y segura"¹¹⁶, permitiéndoles introducir en el derecho cierto nivel de moralidad, mientras sostenían por principio la secularidad del Estado y del derecho civil. Ripert se opuso a aquella falsa estrategia, y en vez de ello defendió una clase de iusteoría que me gustaría denominar "realismo conservador": "Los que por razones diversas lanzan esos llamamientos desesperados al derecho natural, no son sino idealistas que se esfuerzan en creer todavía en un dogma que no renacerá [...] Pero ¿Quién dudará hoy de que esa pretendida razón era simplemente la concepción que un pueblo y una época hacían de la sociedad humana? [...]. Si la escuela histórica no tuvo en Francia en las ciencias jurídicas grande influencia, el espíritu que ella creó, penetró en esas ciencias como en las otras y arruinó definitivamente la creencia en un derecho natural universal e inmutable"¹¹⁷.

Para Ripert no es necesario abandonar el derecho positivo en los extraviados caminos del derecho natural para explicar la moralización del derecho: es simplemente la aceptación clara del impacto real de una moralidad positiva y comunitaria de signo católico que permea la idea moral subyacente al derecho civil. Se trata simplemente de la influencia del catolicismo en el derecho, el cual se ha sublimado al nivel de derecho natural, debido a los imperativos de neutralidad estatal (*laïcité*) posterior a la refundación revolucionaria de Francia. Pero estas ideas morales no son universales, como pretendieron los teóricos del derecho natural: constituyen la moralidad positiva en la cual nacen y se desarrollan las normas jurídicas. Para Ripert, "las pretendidas reglas del derecho natural son reglas morales o religiosas"¹¹⁸. La defensa "científica" o "racional" del derecho natural es inútil. Es solo un intento por justificar la moralidad cristiana de acuerdo a la razón como estructura que soporta a los sistemas jurídicos occidentales. Por el contrario, "cada nuevo fracaso de la defensa científica del derecho natural le va quitando más fuerza a la idea"¹¹⁹. El acto de ubicarse en un derecho natural laico, al estilo de Géný, es un intento mediocre por mantener una conciencia religiosa vaga y remota, al tiempo que se niega, de hecho, que uno quiera conservar, así sea en ese estado, una conciencia religiosa. Recuérdese que se trata tan sólo de "ateísmo en formación y cristianismo en descomposición"¹²⁰.

116 *Ídem*, p. 9. Sobre la teoría del derecho natural en el clasicismo véase, *supra*, capítulo 3.

117 *Ibidem*.

118 *Ídem*, p. 11.

119 *Ídem*, p. 9.

120 *Ibidem*.

Aunque Zuleta Ángel explica con detalle el "realismo conservador" de Ripert, en realidad no pretende persuadir al lector de la corrección de esta teoría en particular. En su escrito sobre *El fetichismo de la ley escrita*, Zuleta también presenta otro escrito de Géný, "La laicidad del derecho Natural" donde éste último trata de mostrar que es posible y necesario cimentar una teoría laica del derecho natural al interior del derecho civil, en contraposición al realismo antiusnaturalista (pero en todo caso católico) de Ripert. Este derecho natural en el derecho civil está constituido por dos ideas mínimas, pero fundamentales: "respetar los contratos libre y honestamente concluidos y reparar todo perjuicio injustamente causado"¹²¹. Este núcleo de moralidad universal no puede justificarse como producto de una religión o moralidad positiva: "desde el momento en que los hombres no pueden vivir sin derecho y que un derecho es necesario a todas las sociedades políticas—derecho que tiene evidentemente un mínimum de puntos comunes, porque de lo contrario no estaríamos en presencia de una misma naturaleza humana, sino de seres de naturaleza diferente—ese derecho tiene un fundamento igualmente, que es una moral natural y no religiosa, puesto que no hay religión universal"¹²².

En su artículo, Zuleta Ángel se ha ocupado con detenimiento de dos opiniones divergentes sobre el impacto del derecho natural para la reforma del derecho privado. En la presentación de estas dos opiniones, Zuleta nos ha presentado una contraposición aguda entre dos de los líderes intelectuales del derecho francés. Sin embargo, el ensayo de Zuleta no parece apuntar hacia una resolución de la controversia, ni el mismo parece estar perplejo por la oposición entre estos dos gigantes del derecho civil. Más allá de la apariencia de contraposición, Zuleta desea insistir en dos tesis iusteóricas en las que, notablemente, Géný y Ripert parecen estar de acuerdo: de un lado, pretende realizar una recepción directa del elemento crítico de Géný, que le exige de la cultura jurídica local reexaminar su obsesión con la ley escrita como única fuente del derecho; de otro, concuerda con Géný y Ripert en una denuncia abierta y sistemática de la tesis de la separación entre el derecho y la moral como dogma oficial del legicentrismo. Con relación a este último punto, Zuleta Ángel no parece querer comprometerse con ninguna de las dos teorías en la que, tanto Géný como Ripert, muestran que el derecho no es nada sin moralidad: para Géný, moralidad laica; para Ripert, sorprendentemente, moralidad católica. Más allá de esa diferencia, el punto fundamental para Zuleta es mostrar que el derecho y la moral se encuentran mucho más próximos entre sí de lo que están dispuestos a aceptar los exegetas clásicos. Muy por el contrario: Zuleta pretende mostrar que los más prestigiosos y novedosos iusteóricos en la

121 *Ídem*, p. 10.

122 *Ídem*, p. 11.

tradición francesa están de acuerdo con la importancia de la moralidad (cristiana o natural), en el nuevo paradigma iusteórico. La conclusión general para Zuleta, en consecuencia, se halla respaldada en la autoridad de la cultura jurídica francesa: "¿Qué conclusión podemos sacar de todo esto? Que la moral cristiana, y con ello vuelvo al punto de partida consistente en destacar como característica fundamental de las orientaciones del derecho moderno su compenetración con esa moral cristiana, sea que se la considere independientemente de toda noción del derecho natural, sea que se la presente como la más poderosa de las fuerzas espirituales llamadas a complementar, desarrollar y ennoblecer el derecho natural laico, es en concepto de la mayor parte de los grandes juristas franceses y belgas de la hora presente, el más alto factor de progreso del derecho objetivo"¹²³.

4.2. La modernización iusteórica del código y del artículo 8° de la Ley 153 de 1887

Eduardo Zuleta Ángel, seguidor atento de los desarrollos científicos franceses, tuvo una rara oportunidad de proponer sus propios puntos de vista ante los grandes maestros europeos en una conferencia celebrada el 17 de Febrero de 1938 en París ante la *Société de Législation Comparée*. En esta importante ocasión, Zuleta trató de mostrar a los profesores franceses cómo la ciencia jurídica local mantenía el paso a la par de los últimos desarrollos europeos. En el artículo de 1936 que hemos revisado a profundidad, Zuleta explica el cambio jurídico como producto de una actualización llevada a cabo mediante trasplante teórico. En consecuencia, no expone ninguna tesis especial de por qué el clasicismo está agotado y merece crítica en Colombia. Las fallas del clasicismo nacional se explican de la misma manera en que los nuevos autores franceses estaban dejando al descubierto las insuficiencias de la ortodoxia jurídica francesa. La única preocupación especial de Zuleta se concentraba en tratar de vincular el movimiento antiformalista con la sana doctrina de la Iglesia Católica. Las críticas iusteóricas válidas en Europa, sin embargo, se aplican con igual fuerza en el derecho local.

Sin embargo, la narrativa de Zuleta Ángel en su conferencia de 1938 tiene elementos nuevos y muy importantes que vale la pena subrayar: frente a una audiencia internacional, negará que los colombianos se hayan dedicado exclusivamente a transplantar las teorías francesas de nuevo cuño y, en cambio, recurrirá a una tesis dirigida a sorprender a sus contrapartes francesas: los franceses, quizá esperando escuchar un informe nacional de un latinoamericano que describiera el grado de rezago de las tradiciones jurídicas ultramarinas, habrán de encontrarse

123 *Idem*, p. 11.

con una versión sumamente diferente. Zuleta Ángel afirmará que, en realidad, la teoría antiformalista y sus nuevos contra-principios fueron perfectamente desarrollados sin necesidad de trasplante teórico dentro del estricto marco de los materiales jurídicos positivos vigentes en Colombia.

Con este nuevo argumento, tres serán los elementos fundamentales de la teoría del derecho propuesta por Eduardo Zuleta Ángel: en primer lugar, una recepción más o menos directa del componente crítico o negativo de la teoría de Géný; en segundo lugar, una interpretación del modernismo jurídico tendiente a reestablecer la unidad entre derecho y moral que lo llevará a ser ambivalente entre las tesis de Ripert y Géný; y en tercer lugar, en su clímax de creatividad, producirá una interpretación nacionalista, e incluso chauvinista, del Código Bello y tendiente a afirmar su superioridad por sobre el Código Napoleón. Tal superioridad, según Zuleta, radicaba en la ventaja, nada despreciable, según la cual el antiformalismo de la nueva época *ya se encontraba* en el Código Bello sin necesidad de las muy extenuantes y arduas labores que habían tenido que emprender los iusteóricos europeos para modificar el paradigma jurídico clásico.

Este último argumento posee una fuerza doblemente legitimatoria: de un lado, las nuevas teorías antiformalistas no traicionaban el código, sino que, por el contrario, el código ya las contenía; y, por otro lado, esta tesis resaltaba enormemente el alto valor de los productos jurídicos locales, permitiendo compararlos, sin ningún complejo, a los últimos desarrollos de la ciencia europea¹²⁴. Este último argumento chauvinista procede cuidadosamente en dos fases estratégicamente escogidas que le permitirán a Zuleta mezclar, en la medida de sus necesidades, las tesis abiertamente opuestas de Ripert y Géný¹²⁵. Ante la *Société*, Zuleta hará un homenaje a la tesis de Ripert, cuyos trabajos "dirigieron mi formación jurídica con sus obras magistrales que día a día irradian *la luz del genio francés hasta en las regio-*

124 Respecto de este último argumento, es posible tomar alguna de estas dos posturas: en términos críticos y realistas, Zuleta Ángel usa la falacia según la cual "*post hoc, ergo propter hoc*", en la cual el razonamiento jurídico trata de justificar (aunque fallidamente) el cambio jurídico con fundamento en los materiales jurídicos previamente existentes. De otro lado y en términos más ideales, se puede afirmar que esta estrategia de justificación es esencial a cualquier argumento jurídico basado en principios. De esta forma, si alguien posee argumentos de principio válidos debe mostrar cómo dichos principios también cubren los materiales ya existentes. Por tanto, en esta posición más dworkiniana, la pretensión de Zuleta no suena tan traída de los cabellos.

125 No considero que Zuleta Ángel haya tenido mala fe respecto de este punto. Géný vehementemente nutre este tipo de ambivalencia. Este autor siempre tiene una posición ambigua entre la ciencia y el derecho natural. Los lectores locales tienen derecho a adquirir y elegir, ver o no ver que es lo que se les ofrece.

nes más apartadas del mundo"¹²⁶. El Código Bello, si se lo lee adecuadamente, es un ejemplo vigente de derecho positivo en el que ya se contiene la tesis de la vinculación entre derecho y moral expuesta por Ripert. Pero un poco más tarde, en la misma conferencia, Zuleta usará el mismo argumento para avalar, esta vez, la tesis de Gény: la *libre investigación científica* fue siempre asequible al interior del Código Bello mediante una interpretación moderna del mismo. De acuerdo con Zuleta, "por extraña intuición [...] el legislador se anticipó al intérprete"¹²⁷, al menos en los países que adoptaron el código Bello. De esta manera las normas positivas prueban la veracidad del argumento moralizante de Ripert ya que el código contiene doctrinas de contenido altamente moral tales como los conceptos de objeto y causa contractual, error en la formación de la voluntad contractual¹²⁸, *laesio enormis*¹²⁹, la doctrina de las obligaciones naturales¹³⁰, y, finalmente, los principios de responsabilidad civil¹³¹.

Zuleta, entonces, reinterpreta el Código a través de los ojos de Ripert. En cambio, a Gény lo reserva, no tanto para reinterpretar el código, sino para añadir nuevos contenidos a la Ley 153 de 1887. De acuerdo con Zuleta Ángel, la iusteoría de Gény puede resumirse en el artículo 1º del Código Civil suizo de las obligaciones de 1912¹³²: "A falta de una disposición legal aplicable, el juez sentencia según el derecho consuetudinario y a falta de costumbre según las reglas que él estableciera si tuviera que actuar como legislador". Ante esta disposición, se pregunta retóricamente: "¿No es esta la misma doctrina de la Ley 153?"¹³³. Es claro, al menos en mi opinión, que la respuesta a esta pregunta es un rotundo "no". El punto realmente importante, sin embargo, es que Zuleta y los juristas modernistas locales quisieron (y, en algún sentido lo lograron) que la respuesta fuera "sí". La Ley 153 y el Código Bello podían ser la base, por ellos mismos de la reconstruc-

126 Eduardo Zuleta Ángel, *El humanismo de don Andrés Bello y el Código Civil*, p. 27 (énfasis añadido). ¿Se referirá Zuleta a Colombia como una de las "regiones más apartadas del mundo"? [De aquí en adelante, Zuleta, *El humanismo de don Andrés Bello*].

127 Eduardo Zuleta Ángel, *Las humanidades y el derecho*. Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Vol. 53 N° 446, junio de 1958, p. 58. [De aquí en adelante Zuleta, *Las humanidades*].

128 Zuleta, *El humanismo de don Andrés Bello*, pp. 29-31

129 *Ídem*, pp. 31-32.

130 *Ídem*, pp. 33-35.

131 *Ídem*, pp. 35-38.

132 Sobre la genealogía del Código Civil Suizo y la muy notoria influencia que Gény ejerció sobre él, ver Mayda, *op.cit.*, pp. 31-64.

133 Ver, Zuleta, *Las humanidades*, p. 56.

ción antiformalista y modernista del derecho civil clásico. Esta posibilidad no deja de ser paradójica: "Cuando se divulgó aquí la obra de Gény *comenzamos a comprender que en cumplimiento de preceptos terminantes de la legislación colombiana* había que reaccionar contra el fetichismo de la ley escrita"¹³⁴. Parte de la invisibilidad local de las nuevas teorías antiformalistas consiste en que, incluso sus promotores como Zuleta, tuvieron rotundo éxito en acallar la ruptura metodológica y política que entrañaban frente al clasicismo jurídico. Para transplantar el nuevo derecho civil se podía seguir dos caminos: o se trataba de nuevas doctrinas que ya estaban presentes en el código por una "extraña intuición" de Bello, o el código civil había de ser reformado para incorporar las nuevas doctrinas¹³⁵. Zuleta se decanta por la primera de estas posibilidades: afirma que los artículos de la ley positiva que contienen las nuevas doctrinas han sufrido, durante varios años, de "una vida vergonzante"¹³⁶. Fue necesario que importáramos la teoría jurídica de Ripert o de Gény para entender, no que la integración de lagunas del derecho era una actividad jurídica libre, sino, más bien, que ya había en la ley reglas que expresamente *ordenaban* la aplicación de la *libre recherche scientifique* de Gény. Por supuesto, semejante tesis no puede ser más extraña a la lógica interna de la iusteoría de Gény: según Zuleta, en la teoría del derecho nacional, se debía ser totalmente legocéntrico para mostrar que, de hecho, el legocentrismo era insuficiente: "Fue necesario que Francisco Gény reaccionara vigorosamente contra el fetichismo de la ley escrita [...] para que comenzáramos a comprender y a aplicar esos artículos de la Ley 153"¹³⁷. Luego de citar directamente a Gény, Zuleta añade que la *libre investigación científica* "coincide con la concepción del legislador colombiano de 1887"¹³⁸. La conclusión deja a cualquiera con la boca abierta: "*La Ley 153 no ha sido aplicada*"¹³⁹.

Estas consideraciones me permiten hacer un alto en el camino. Las cambiantes interpretaciones que los juristas colombianos han dado al artículo 8º de la Ley 153 de 1887 resumen excelentemente las tensiones y las transformaciones en la que se mueve la iusteoría local del derecho. El artículo 8º, como sabe el lector, es la norma de clausura o integración adoptada positivamente para todo el sistema jurídico nacional. Su importancia estructural es, en consecuencia, enorme. Se tra-

134 *Ídem*, p. 56 (énfasis añadido).

135 Véase sobre este tema *El ministro de gobierno y la reforma al código civil*, Imprenta Nacional, Bogotá (1939).

136 Zuleta, *Las humanidades*, p. 55.

137 *Ídem*, pp. 55-6. En este párrafo habla claramente como juez de la Corte Suprema.

138 *Ídem*, p. 56. Se trata, a mi modo de ver, de una afirmación muy sorprendente.

139 *Ídem*, p. 57 (énfasis añadido).

ta, quizá, de la regla positiva más importante en la definición de lo que esta cultura entiende por derecho. Muchas batallas iusteóricas se han dado tratando de capturar el significado de esta norma del derecho positivo. De hecho, cada generación parece tener una interpretación de la misma en la que plasma su particular comprensión iusteórica. Cada facción en la liza comprende que la captura del artículo 8° es esencial para adquirir hegemonía teórica. En consecuencia, la iusteoría local ha discutido enormemente sobre el significado de su texto. El hecho de que el antiformalismo se hubiese fundamentado en el artículo 8° prueba, más allá de cualquier duda, que el legocentrismo es todavía absolutamente fundamental en nuestras concepciones del derecho.

De hecho, las lecturas alternativas que el artículo 8° admite muestran tensiones a dos niveles temporales: a veces, dos escuelas coetáneas se disputaban sincrónicamente el contenido de la norma, como en la época en la que los juristas liberales y conservadores trataron de apropiársela simultáneamente para fines político-constitucionales en los años 1887-1909. Algunos otros desacuerdos sobre el artículo 8° son diacrónicos en el sentido de que las nuevas sensibilidades teóricas fueron abriéndose espacio al interior de la norma. Por tanto, repito, cada generación tuvo una interpretación predominante de la misma, con frecuencia en marcado contraste con la de generaciones anteriores. Podríamos perfectamente hacer un repaso de los hitos fundamentales de nuestra iusteoría local si reconstruyéramos, para cada etapa, el significado atribuido a la norma de integración contenida en el texto del artículo 8° de la Ley 153 de 1887. Invito al lector, pues, a que hagamos justamente tal ejercicio. El texto de la norma dice literalmente:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho”.

Hasta donde soy capaz de ver, el texto del artículo 8° ha tenido, a lo largo de la historia de la iusteoría local, cuatro diferentes valoraciones con profundas implicaciones teóricas. La primera de ellas es la interpretación oficial del clasicismo, dada, ya lo sabemos, por los tratadistas tempranos de derecho civil nacional. En segundo lugar, los juristas liberales, liderados por Rodríguez Piñeres, intentaron ofrecer una interpretación político-constitucional, pero todavía claramente imbuida de la sensibilidad clásica. Estas dos interpretaciones, recuerde el lector, son parte del capítulo anterior. Posteriormente, Zuleta reinterpretará el artículo 8° para encontrar en él la plataforma de las nuevas teorías antiformalistas y desplazando así a los viejos “ocupantes” de la norma. Esta interpretación es la que hemos explorado en este capítulo. Más contemporáneamente, en la última década, la misma norma ha sido reexaminada por la Corte constitucional para lanzar desde allí una nueva estrategia antiformalista, muy diferente en su carácter a la examinada en el

presente capítulo. Este tema será examinado en detalle en el capítulo 6¹⁴⁰. La interpretación del artículo 8°, pues, resume gran parte de nuestras consideraciones a lo largo de este libro. En los esquemas que siguen quizá el lector encuentre un resumen, gráfico y sucinto, de las tesis examinadas.

4.2.1. La interpretación de los tratadistas clásicos de Derecho Civil

Esta interpretación del artículo 8° claramente domina entre 1898 y 1935. Se trata de la interpretación oficial del clasicismo. Está fundamentada en el conceptualismo franco-alemán y expresa la sensibilidad local de autores como Champeau, Uribe y Claro Solar. Ellos buscaban la construcción de conceptos estructurales por encima de las reglas dispersas del código¹⁴¹.

Artículo 8°, Ley 153/1887

El *tratadista* utiliza este criterio de entrada, incluso si el texto lo subordina a la utilización de la *analogía legis*. Las “reglas generales de derecho” son entendidas como “principios” o “conceptos” de derecho privado que se inducen por *analogía iuris*. Ellos constituyen los “principios de legislación” que dan sentido a las reglas dispersas del Código. Este ideal constructivo, importado de la *Begriffsjurisprudenz* alemana, es el método científico de construcción *par excellence* y permite realizar los objetivos de sistematicidad, coherencia, crecimiento orgánico y cerramiento del sistema. Finalmente, ofrece un espacio de encuentro entre el derecho privado contemporáneo y sus fuentes romanas.

El código contiene pocos vacíos.

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”

¿Qué es la “doctrina constitucional”? No existe intervención activa de principios de derecho constitucional en la argumentación jurídica, y mucho menos en el derecho privado. La Corte Suprema con anterioridad a 1910 no tiene poder de revisar la legislación, por tanto, no tiene ocasión ni predisposición de aplicar la constitución a casos concretos. En suma: No existe la doctrina constitucional desde el punto de vista de los tratadistas de derecho civil.

Se refiere a la *analogía legis* como un modesto primer paso para llenar los vacíos del Código. Es “modesto” porque los tratadistas prefieren una interpretación sistemática, orgánica y científica, no la extensión casuística de normas a nuevos patrones fácticos.

140 El artículo 8° ha servido también para incorporar en él tesis hartianas y dworkinianas. Véase más adelante el capítulo 6.

141 Las fuentes remotas de esta interpretación se encuentran en el conceptualismo de Savigny, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, 1878 y von Ihering, *Espíritu*

4.2.2. La interpretación político-constitucional de la norma en contra de la hegemonía conservadora (1887-1910)

Los delegatarios de 1885 no pudieron adoptar un sistema de control constitucional. De conformidad con una interpretación ofrecida por miembros del partido liberal¹⁴², temerosos de los excesos que los conservadores podía llegar a cometer durante su hegemonía política, el artículo 8° fue usado como escudo político en contra de la arbitrariedad del poder. Bajo esta lectura, el artículo 8° fue una proto-forma de control de constitucionalidad, al menos hasta que se expidió el Acto Legislativo 3 de 1910.

Artículo 8°, Ley 153/1887

Un tratamiento científico del derecho privado, más el ideal de sistema completo implícito en la codificación, no dejan espacio para muchos vacíos.

Son los "conceptos" de la pandectística. Aquí, sin embargo, son interpretados como escudos políticos más que como principios doctrinales. La propiedad y los contratos de los liberales deben ser protegidos por el clasicismo iusprivatista de la *Begriffsjurisprudenz*.

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Cuando hay algo "anormal" con la legislación (bien sea porque hay indeterminación o vacíos) las posibilidades de arbitrariedad política aumentan. En tales casos, los jueces deben aplicar la "doctrina constitucional", esto es, las reglas de la Constitución que protegen el pluralismo político (y con él a los liberales). La regla era interpretada conjuntamente con el artículo 4° de la Ley 153: "La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes".

(cont. nota 141) *del derecho romano*, Revista de Occidente, Madrid, 1942 (en especial su celebrísima sección sobre la "teoría de la técnica jurídica"). Su fuente teórica intermedia es el tratado de derecho civil de Aubry y Ray. Los receptores locales son los libros de Luis Claro-Solar (1898), Fernando Vélez (1898) y los quintaesenciales Champeau y Uribe (1899).

142 La fuente local de esta interpretación es Rodríguez Piñeres en sus escritos de 1915 y 1919. Rodríguez era un liberal moderado en política, pero al mismo tiempo un civilista de la más alta escuela conceptualista. Como resultado, Rodríguez mezcló ambos propósitos, conservando el valor pandectístico de la expresión "reglas generales de derecho", pero al mismo tiempo dando visibilidad a la "doctrina constitucional", una noción que no tenía sentido para civilistas conservadores.

4.2.3. "La Bella Durmiente": La interpretación antiformalista (1937-2000)

Contrario a lo que ocurría en Francia, hay en Colombia, según Zuleta Ángel, una norma de derecho positivo que obliga al intérprete a aplicar la *libre recherche scientifique*¹⁴³. El problema consistía en que la cultura jurídica local había "olvidado" dicha norma y, en consecuencia, se había convertido en un artículo durmiente sin que se comprendiera su "verdadero" potencial. El artículo, en conjunto, sirvió y sirve como una acusación antiformalista contra las deficiencias del derecho codificado y legislado. Se trata de moderar, mediante el uso judicial de la norma, los excesos del fetichismo de la ley escrita que Gény y sus seguidores locales tanto criticaron.

Artículo 8°, Ley 153/1887

Nuevas situaciones creadas por cambios económicos y sociales generan muchos vacíos. Los juristas aceptan con más facilidad la necesidad de integrar normas.

Se refiere a los contra-principios de derecho civil creados en Francia en el período 1890-1935 (y no a los conceptos alemanes del XIX) que buscan la "moralización", "comercialización" y la "socialización" del Código. Ellos se encuentran, no mediante analogía, sino mediante la *libre recherche scientifique* de Gény.

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho."

La nueva interpretación mueve los principios tradicionales hacia un nuevo conjunto de contra-principios:

- De obligaciones bilaterales consensuales hacia una más amplia aceptación de obligaciones unilaterales o legales
- De responsabilidad contractual hacia la aceptación de responsabilidad pre-contractual.
- De la completa determinabilidad del objeto, hacia la protección de contratos con objeto parcialmente indeterminado.
- De contratos *inter-presentes* a la aceptación de contratos *inter-ausentes*
- De contratos típicos a la aceptación de contratos atípicos.
- De derechos absolutos a la aceptación de la doctrina de abuso del derecho.
- De responsabilidad por culpa hacia la aceptación de responsabilidad objetiva.
- De partes formalmente iguales, hacia la protección de la parte contractual débil

143 La fuente teórica fundamental es, por supuesto, Gény. Jossierand, Bonnetcase, y Ripert son fuentes intermedias de esta interpretación. La lectura chauvinística de los receptores nacionales se encuentra en Zuleta Ángel (1936) y la Corte Suprema (36-39). Esta lectura es hoy moneda corriente entre civilistas, aunque su penetración efectiva en el litigio es cada vez más tenue.

4.2.4. La interpretación judicial contemporánea de la Corte Constitucional (ca. 1995).

Relativamente olvidada la interpretación de Zuleta Ángel, la teoría local estaba una vez más sin un antiformalismo verdaderamente operante. El positivismo civilista re-adquirió hegemonía después de 1940. La reacción provino de nuevo de una alta Corte que lanzó un nuevo antiformalismo basado en el artículo 8°. La interpretación de la Corte Constitucional buscaba encontrar en el artículo 8° piezas del antiformalismo contemporáneo que tanto necesitaba para ejercer su misión en una cultura jurídica fundamentalmente formalista¹⁴⁴. Especialmente el artículo 8° sirvió para aumentar el valor de su propia jurisprudencia dentro del sistema de fuentes.

Artículo 8°, Ley 153 de 1887

La Corte utiliza la idea de textura abierta para mostrar que en derecho hay muchos más vacíos que lo que piensa el positivista tradicional.

Las reglas deben obedecer la doctrina constitucional. Se inicia un proceso de "constitucionalización" del derecho privado.

"Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho."

El sistema legal, y en especial la Constitución, ofrecen ejemplos de penumbra. En tales casos, el artículo ordena que las situaciones penumbrales sean definidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la así llamada *doctrina constitucional*. Mediante ese argumento, la Corte crea una versión local de *stare decisis*.

5. RECEPCIÓN JUDICIAL: LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

La interpretación del artículo 8° de la Ley 153 propuesta por Eduardo Zuleta Ángel (mediante la cual se encontraba un texto positivo en el que se encarnaba la

144 La fuente teórica remota de esta interpretación es el Kelsen heterodoxo del capítulo sexto de la primera edición de la *Reine Rechtslehre*, el antiformalismo parcial de Hart en el capítulo 8 de *The Concept of Law*. La fuente teórica intermedia es la modificación que Carlos Cossio opera sobre la teoría tradicional de los vacíos. La recepción local se hace en la sentencia C-083/95.

nueva sensibilidad iusteórica) permitió, a partir de 1936, la inauguración de un intenso período de adjudicación en la Corte Suprema de Justicia. La recepción de la TTD en Latinoamérica, como hemos visto antes, se halla muy ligada al problema de las fuentes del derecho. Es por eso que Zuleta Ángel tratará de mostrar que la importación de la libre investigación científica también implica una nueva apreciación del papel del juez en la creación del derecho. Cada una de las iusteorías que hemos examinado postula una cierta ordenación de las fuentes del derecho; cada una de estas teorías se propone justificar ante la comunidad jurídica la aparición de cambios (grandes o pequeños) en la jerarquía de fuentes. Instituciones que antes podían tener un papel puramente marginal, pueden ahora ser fundamentales en la jerarquía de fuentes. Al aumentar la fuerza normativa de una fuente se logra, además, aumentar el espacio concedido en la cultura jurídica a grupos con visiones políticas y sociales alternativas. Generalizando a partir de nuestra investigación hasta ahora, parece sensato decir que el cambio de jerarquía en las fuentes no se logra mediante una reorganización total de las mismas (como si fuera posible invertir totalmente la "pirámide"), sino que ésta se consigue mediante cambios más sutiles con los que se modera el efecto de la antigua configuración. Cuando estos cambios ocurren, el establecimiento jurídico debe tener en cuenta la importancia creciente de una fuente que puede ahora crear nuevo derecho sustantivo en derogación, contrapeso o moderación al dominante, bajo el antiguo arreglo de fuentes.

La agenda de la teoría del derecho antiformalista que se recepcionó en Latinoamérica produjo precisamente un reordenamiento parcial del sistema de fuentes. La crítica al fetichismo de la ley y a la cultura jurídica legocéntrica por parte de la nueva sensibilidad los llevó a buscar una fuente de derecho "viva" con la que fuera posible actualizar el contenido del Código Civil y realizar la libre investigación científica. Los antiformalistas de la primera mitad del siglo XX, en cualquiera de las escuelas en que se agruparon, criticaron la rigidez de la ley como fuente hegemónica del derecho de cara a las nuevas condiciones materiales y a las nuevas ideas morales y políticas. Por lo común, la crítica de los antiformalistas se dirigió a mostrar que el método tradicional reducía el derecho a una fuente formal hegemónica: en el caso de la esfera cultural franco-americana, esa fuente era la ley. Frente a esta situación, los antiformalistas exigían una comprensión mucho más amplia del derecho. Como se indicó más arriba, el clasicismo jurídico dio fuerza dominante a la ley, primero, y a la dogmática conceptualista de los tratadistas. Para los críticos de esta posición, con ello se reducía indebidamente el derecho. Por tanto, los antiformalistas buscarán un sitio para reaccionar en contra de los excesos de la cultura legocéntrica y conceptualista. Tal sitio será, según Gény y Zuleta Ángel, el "poder pretoriano" de los jueces. Esta referencia a la noción romana de poder pretoriano pretende demostrar que el fetichismo de la ley, no

sólo violaba la necesidad constante de actualización del derecho a las nuevas circunstancias, sino que, adicionalmente desconocía las tradiciones jurídicas legítimas incluso al interior de la tradición romanística de derecho civil. El legocentrismo, a pesar de su proclamado sustento en la tradición, se muestra en contradicción tanto con el pasado como con el presente del derecho.

La historia política del poder pretoriano del juez en Colombia¹⁴⁵ comienza por afirmar que, a través del siglo XX, hubo dos momentos especiales de cambio de la iusteoría local que produjeron impacto sobre el lugar que los jueces ocupan en el esquema general de producción del derecho. Estos cambios, entre otros factores, se hallan ligados a la recepción local de nuevas ideas provenientes de la TTD. En estos momentos de cambio, el sistema ha generado nuevas reglas sustantivas de derecho en oposición parcial a las ya existentes; al mismo tiempo, aquellos cambios generaron notables modificaciones en la jerarquía de fuentes tendientes a fortalecer el poder judicial, especialmente en sus tribunales o cortes de cierre. En ambos casos, aunque esta no es una característica necesaria o constante del "judicialismo", los cambios en derecho sustantivo y fuentes han estado asociados con movimientos políticos que han buscado la instauración de esquemas sociales más amplios y redistributivos¹⁴⁵. Durante estos dos momentos de *activismo judicial* el propósito político ha sido el de evitar una refundación revolucionaria del Estado y sus subsistemas; en su lugar, el objetivo ha sido incorporar a la Constitución y al derecho sustantivo nuevas reglas que permitan generar en balance legítimo entre los imperativos de la producción capitalista y la redistribución social. El supuesto de esta estrategia parece ser que un régimen jurídico y político que atienda adecuadamente tanto las presiones liberales como las sociales de los nuevos tiempos puede producir rendimientos legitimatorios suficientes (reales y no puramente estratégicos) como para generar una sociedad genuinamente emancipatoria. El corrimiento hacia la izquierda política en el sistema jurídico, por tanto, casi siempre ha estado asociado con reformas constitucionales y legales en las que se intenta lograr este nuevo balance social¹⁴⁶.

Frente a la hegemonía legocéntrica, los juristas buscaron ventanas de análisis jurídico antiformalista que permitieran airear un mundo que les parecía enrareci-

145 Véase Morton Horwitz, *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, Hill y Wang; New York (1998). En contra de esta posición, Richard Parker, *Here, the People Rule: A Constitutional Populist Manifesto*. Harvard University Press, Cambridge (1994); Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, Princeton (1999); y Boaventura De Sousa Santos, *Estado, derecho y luchas sociales*, ILSA, Bogotá (1991).

146 Bruce Ackerman, *We the People*, Belknap, Cambridge (1991).

do y estrecho. Un lugar privilegiado para tal labor se encontró en las decisiones de los jueces. Sería incorrecto afirmar que la jurisprudencia colombiana haya servido sistemáticamente como fuente antiformalista del derecho durante el siglo XX. Por el contrario, si se tratase de hacer una valoración panorámica del estilo judicial dominante durante el siglo pasado, se podría concluir que la gran mayoría de jueces, y por consiguiente, sus formas de argumentar y decidir responden al legocentrismo clásico de la teoría jurídica local. No obstante, es menester reconocer que en unos cuantos momentos de gran energía constitucional y política, algunos jueces, especialmente de altas cortes, han incorporado en la cultura jurídica nacional los métodos de análisis y la dirección sustantiva del antiformalismo. En estos episodios, el poder judicial ha reclamado para sí una intervención más proactiva en la capacidad de modelar las reglas del sistema jurídico; en dichos episodios, igualmente, la tradicional idea continental de la jurisprudencia como fuente auxiliar se ha desplazado notablemente hacia concepciones mucho más vinculantes de la sentencia de altas cortes; además, las *rationes decidendi* de aquella jurisprudencia han procurado generar cambio social a través de subreglas judiciales en campos específicos del derecho sustantivo. En esta orden de ideas, es claro que la jurisprudencia ha actuado como fuente flexibilizadora, actualizadora y socializadora del derecho con altos niveles de diálogo con la realidad política y social en los períodos de 1936-1939 y a partir de 1991 en adelante. Esta apertura judicial, nótese, coincide con momentos constitucionales de gran intensidad: el primer momento coincide con la reforma constitucional de 1936; el segundo, con la expedición de la Constitución de 1991. En ambas situaciones, la jurisprudencia ha ganado visibilidad en el sistema jurídico mediante la afirmación, por parte de los jueces, de su poder pretoriano. De la misma manera, la jurisprudencia de estas épocas permitió la expresión del disenso político dentro de las élites nacionales y abrió los espacios para la creación de reglas judiciales de tendencia progresista (si se les compara con la posición política implícita adoptada por el derecho liberal legislado). El primero de estos momentos de cambio social y jurídico, ya lo sabemos suficientemente, coincide con la recepción local del trabajo iusteórico de Gény y su muy amplia e influyente generación de juristas.

La crítica central al clasicismo se resume en su ataque al fetichismo de la ley. De acuerdo con el antiformalismo local, la ley y, especialmente, la codificación, se había fosilizado en una forma social ya parcialmente caduca; de igual manera, se le acusaba de tener rigideces y prejuicios ideológicos (proliberales) que reñían con las crecientes necesidades de legitimación del naciente Estado de bienestar nacional. Al contrario de la ley y el código, la jurisprudencia prometía, al mismo tiempo, tanto flexibilidad social como pluralismo y neutralidad ideológica entre las clases sociales y sus intereses: el nuevo derecho no podía esquivar la *cuestión social* y, por tanto, debía evitar una indebida captura del derecho sustantivo por

parte de los sectores políticos y económicos dominantes en el arreglo liberal. Por consiguiente, el antiformalismo nacional critica el derecho legislado como la fuente hegemónica donde se han realizado procesos muy intensos de formalización e ideologización del derecho. La formalización del sistema jurídico tiene, quién lo duda, importantes ventajas. Pero esta generación de juristas nacionales de los treinta estaba dispuesta a hacer una contabilidad de los costos de dicha formalización. En los sistemas de derecho civil romanístico, la crítica antiformalista se dirigió tanto al código como a la ley, puesto que éstos exhibían claramente los defectos de la excesiva formalización de reglas. En contraste, la fuente antiformalista era la jurisprudencia. Sin embargo, es importante aclarar que esta asociación entre, por una parte, el clasicismo y la ley, y, por otra, entre el antiformalismo y la jurisprudencia, no es una característica necesaria de una u otra fuente. Es decir: ni la ley ni la jurisprudencia son, *per se*, fuentes formalizadoras o antiformalizadoras del derecho. La posición relativa de una y otra depende de manera esencial de los debates locales. En particular, la teoría de las fuentes del derecho en una jurisdicción depende de situaciones e instituciones de la cultura política y jurídica cimentadas sobre el entendimiento histórico concreto, y no sobre abstracciones provenientes de una teoría transnacional. Por consiguiente, no sorprenderá descubrir cómo en otros lugares la crítica antiformalista fue precisamente dirigida a los excesos formalizadores de la jurisprudencia de los jueces. En estos sitios, como en los Estados Unidos, la jurisprudencia había petrificado el derecho liberal aislándolo de su entorno social, generando así una crisis muy parecida a las denunciadas por los antiformalistas europeos. En Estados Unidos, por tanto, fue el derecho legislado el que abrió la ventana al antiformalismo de comienzos de siglo. Esta es, en parte, la historia de la crítica contra el alto formalismo del *caselaw* de los jueces estadounidenses. Este clasicismo anglosajón, con su particular apuesta a la objetividad y certeza del análisis jurídico y jurisprudencial, había sido anunciado por C.C Langdell en 1879¹⁴⁷. Por tanto, el proceso mediante el cual nuevas

147 C.C Langdell, *Selection of Cases in the Law of Contracts*, Cambridge (1871). La revolución formalista langdelliana en los Estados Unidos consistió en editar la primera colección de casos de *common law* en un campo determinado del derecho ("contratos" en este caso). Por otra parte, el propósito de Langdell era ser capaz de sistematizar los casos que parecían, al ojo inexperto, demasiado numerosos y dispersos. En el prefacio a la primera edición de su *casebook* Langdell afirma que "el elemento más importante [...] era el gran y siempre creciente número de casos reportados en cada área del derecho. En vista de este hecho, ¿había un principio satisfactorio sobre el cual se pudiera hacer la selección de los casos? En mi opinión, sí lo había. El derecho, considerado como una ciencia, consiste en ciertas doctrinas y principios. Tener tal dominio sobre las doctrinas y los principios como para ser capaz de aplicarlos constantemente con facilidad y certeza en la siempre enredada maraña de los asuntos humanos, es lo que constituye al verdadero abogado; de aquí que adquirir la destreza de estos principios debe ser la tarea de todo

visiones socio-políticas sustantivas hallan expresión en el derecho, se refuerza mediante la modificación de la configuración de las fuentes. Se trata de un doble proceso en el cual, primero, nuevas reglas sustantivas de derecho buscan vencer, derogar o modificar reglas antiguas; pero, en segundo lugar, la cultura jurídica reconoce como legítimas nuevas formas de creación del nuevo derecho sustantivo. Este proceso doble, en realidad, termina confundiendo los dos sentidos de la expresión de Gény, "el poder pretoriano de los jueces": el ideal de justicia material (que implica cierta neutralidad entre clases e intereses) se realiza formalmente por medio de jurisprudencia de los jueces. Este derecho de los jueces, a su vez, requerirá de técnicas renovadas de análisis de casos. Este proceso ocurrió precisamente en la recepción del antiformalismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia durante el período comprendido entre 1936 y 1939.

La recepción judicial del antiformalismo se halla expuesta muy claramente en un documento sobresaliente, la Prelección¹⁴⁸ de julio 15 de 1936, en la que la Gaceta Judicial de la Corte Suprema de Justicia¹⁴⁹ anuncia el comienzo de una "nueva época". Esta nueva época se encuentra institucionalmente caracterizada por la elección de nuevos magistrados, y, con ellos, de un nuevo relator¹⁵⁰. La

(cont. nota 147) estudiante serio de derecho. Cada una de estas doctrinas ha llegado a su estado actual a pasos cortos; en otras palabras, en un crecimiento que se extiende a través de muchos casos a lo largo de los siglos. Este desarrollo puede verificarse por medio de una serie de casos; y la forma mejor y más breve, por mucho, si no la única, de dominar la doctrina efectivamente es estudiando los casos en los cuales ésta se halla incorporada. No obstante, los casos que son útiles y necesarios a este propósito, en el momento actual, constituyen una porción excesivamente pequeña de todos los que han sido reportados. La gran mayoría de estos son inútiles para cualquier propósito de estudio sistemático. Además, el número de doctrinas jurídicas fundamentales es mucho menor de lo que se supone; los muy diferentes disfraces en los que una misma doctrina aparece, y la gran medida en que los tratados se repiten los unos a los otros, es la causa de muchas equivocaciones". Nótese, en las palabras de Langdell, una orientación hacia la sistematización de los fallos judiciales completamente análoga a la sistematización de las normas jurídicas del Código Civil que se describía *supra* en el clasicismo nacional.

148 Es muy dicente la elección de la palabra: una prelección (del latín *pre-lectio*) es una presentación introductoria (antes de entrar propiamente en materia), en la cual la Corte explica los nuevos objetivos y la nueva metodología de su magisterio, muy fundamentada en la nueva sensibilidad iusteórica.

149 Como veremos luego, durante el período de 1936 a 1939 la *Gaceta Judicial* contiene más que sentencias judiciales. Adicionalmente, se imprimen artículos de nuevos autores que la Corte trata de poner a disposición de jueces y litigantes para que capten de esta forma la nueva sensibilidad que la Corte comienza a adoptar.

150 La historia política del establecimiento de la nueva Corte es aproximadamente la siguiente: a partir de la reforma constitucional de 1910, la Corte es elegida por el presidente para períodos de 5 años. Alfonso López Pumarejo es elegido como

Llamada nueva época es un espacio poblado por nuevos autores, cuya influencia y recepción en la *jurisprudencia* de la Corte contribuyó a marcar un período de crítica antiformalista en la teoría del derecho colombiana. La nueva sensibilidad teórica se anuncia con la máxima que los magistrados eligieron para reemplazar el proemio general que la Gaceta había llevado hasta entonces: en vez de la antigua cita de las Institutas de Justiniano ("*Summa itaque ope et alacri studio has leges accipite*"¹⁵¹), los magistrados eligieron un aforismo de un autor francés contemporáneo, Louis Josserand, que expresa la convicción de que el derecho debe ir más allá de las reglas formales y conservarse en contacto con las fuentes de la vida. La Corte cita a Josserand en francés: «*C'est le droit vivant que l'on veut connaître, non un droit mort, ou conventionnel, o imaginative, varian au gré de aucun*»¹⁵².

Este cambio en el proemio no es un detalle de menor monta. La cita de Justiniano como expresión de la sensibilidad jurídica clásica, se remonta a uno de los exegetas más importantes, Bugnet, quien de acuerdo a la tradición transmitida habría afirmado: "No conozco el derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón"¹⁵³. Uno de los estudiantes de Bugnet, Labruyère, señala que su profesor había también identificado la cita de las Institutas de Justiniano para expresar su sometimiento exegético al Código. Según esta versión, pues, la expresión "*summa itaque ope et alacri studio has leges accipite*" que encabezaba la Gaceta Judicial colombiana era tam-

(cont. nota 150) presidente para el período 1934-1938. En 1935 el presidente López tiene la posibilidad de recomponer la Corte. Con el tiempo, a la Corte designada por López Pumarejo se le denominará, la "Corte de Oro". Sus miembros eran Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Ángel, Ricardo Hinestroza Daza, Arturo Tapias Pilonieta, Miguel Moreno Jaramillo, J. Francisco Mujica y Liborio Escallón. Zuleta e Hinestroza eran los líderes de la revuelta antiformalista, y en general, tuvieron éxito al congregar apoyo entorno a la nueva sensibilidad. Sin embargo, para llevarlo a cabo, tuvieron que articular ciertas ideas teóricas acerca de la conexión existente entre la nueva y la vieja sensibilidad. La Corte, después de tomar posesión, eligió como relator a Julián Motta.

151 El Proemium a las Institutas está fechado en el año en 533 A.D. El mismo texto sirvió también como proemio a la Gaceta Judicial. La edición española del *Corpus Iuris* de García del Corral lo traduce como: "Aprended pues, con diligencia y afanoso empeño estas leyes". Acerca de la historia posterior y la importancia de esta máxima en el derecho privado ver el texto que lo acompaña.

152 Louis Josserand, *Cours de Droit Civil Positif Français*, Recueil Sirey, Paris (1930). En el texto de la prelección, el relator Julián Motta, traducirá así al español el texto de Josserand: "Es un derecho vivo el que se quiere hacer conocer, no un derecho muerto, convencional o imaginativo, que varía al antojo de cada hijo de vecino".

153 Acerca de la historia y exactitud de este aforismo, véase *supra* capítulo 3 y Bonnecase, *La escuela de la exégesis en derecho civil*, pp. 46-50.

BIBLIOTECA JURIDICO - SOCIOLOGICA
Dedicada a la Asociación de Abogados de Puebla
VOLUMEN XVII

EL ESPIRITU DE LOS DERECHOS Y SU RELATIVIDAD

TELEOLOGIA JURIDICA

POR

L. JOSSERAND

Decano de la Facultad de Derecho de Lyon

Traducción por los Lics.

ELIGIO SANCHEZ LARIOS

de la Facultad de Puebla y

JOSE M. CAJICA JR.

Miembro de la Asociación y Profesor de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Puebla

EDITORIAL
JOSE M. CAJICA, JR.
4 NORTE 407
PUEBLA, PUE., MÉX.

DISTRIBUIDORES
PORRUA HNOS. Y CIA.
REP. ARGENTINA Y J. SIERRA
MÉXICO, D. F.

(Edición Española legalmente autorizada)

LIBRERIA EDITORIAL YEMIS LTDA.
CALLE 13 No. 6-45
BOGOTÁ COLOMBIA

Josserand, Louis. *El espíritu de los derechos y su relatividad*. Puebla, 1946.

GACETA JUDICIAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO XLII

Bogotá, julio 15 de 1936

No. 1897

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS, RELATOR DE LA CORTE

«Saber las leyes non es tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento»
(Siete Partidas - Ley XIII)

«C'est le droit vivant que l'on veut connaître, non un droit mort, ou conventionnel, imagiatif, variant au gré de chacun.»
(Louis Josserrand - Cours de Droit Civil Positif Français).

PRELECCION

Esta publicación, que por razón de un enorme recargo de trabajo en la Imprenta Nacional ha venido con un atraso de dos años en la publicación de los fallos de la Corte, toma ahora nuevos rumbos, ya con la presentación de un editorial sobre un tema de Derecho, tratado por un Magistrado de la Corte o por un abogado de nombre en el foro, ya con el objeto de hacer de la Gaceta Judicial una amplia casa espiritual en que se recojan las mejores producciones jurídicas, así nacionales como extranjeras, o con el comentario o crítica a las sentencias de los Magistrados que han de hacer señalados legisperitos. Invitados, especialmente a eso fin. Quiera así el Relator jefe de la Gaceta, no un libro frío e inexpressivo, sino un comentario vivo de nuestra jurisprudencia nacional, que haga la crítica, el análisis de los fallos en ella publicados, para formar de ese modo una verdadera conciencia jurídica, un palenque abierto a las más altas y nobles disciplinas del Derecho patrio.

Si los pensamientos, sugeridos por la mente equilibrada del experto Magistrado doctor Eduardo Zuleta Angel, llegaren a realizarse, bien pagadas quedarán nuestras intenciones, y más aún si logramos presentar con el tiempo las doctrinas de la Corte, en forma tal que haga innecesario acudir siempre a la Gaceta, lo que se hará poniendo la síntesis del hecho o pleito o caso de la decisión, para que se conozca claramente, y las palabras textuales de la sentencia que contengan la doctrina correspondiente. A todo se oculta la necesidad de tener a la mano una obra de consulta semejante de las decisiones que emanan del Supremo Colegio o de la Corte reguladora, la cual, así como la Academia de la Lengua fija limpia y da esplendor al lenguaje, fija ella también y limpia, y da esplendor a la doctrina jurídica. Con ardua y agobiadora estamos emprendiendo con el extracto que hemos empezado a llevar, en la forma indicada, de los fallos que componen un acer-

vo ingente desde 1930. Sea coronación de nuestra labor el propósito que abrigamos de poner en su punto el derecho jurisprudencial, aquel que se aplica a cada paso en el vivir cotidiano, el que se forma a nuestro lado, el que copia el estado de nuestra sociedad y costumbres, y refleja el carácter de nuestra democracia. Ese derecho es el que, en sentir del eminente Profesor Josserrand, "se realza; es un derecho vivo el que se quiere hacer conocer, no un derecho muerto, o convencional o imaginativo, que valia al servicio de cada hijo de vecino" (1).

Ese habrá de ser el lema de esta obra. Demasiado lo traducen las sentencias que se publican, así las de los nuevos como las de los antiguos o salientes Magistrados de la Corte. Huelga decir que la Gaceta Judicial será de hoy en adelante una antena que recoja las ondas del pensamiento jurídico del mundo civilizado, para lo cual habrá de cambiarse con órdenes similares de todas las naciones cultas. Sale ahora a estilo del Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence, de Paris, o de la Revista de Diritto e Giurisprudenza de la Corte de Casación de Nápoles, es decir, con una noticia de los puntos cardinales de cada fallo, y con una ligera relación del punto principal en él contemplado, lo que en modo alguno constituye el extracto de una doctrina.

Al encargarnos del puesto con que nos honró la Corte, para suceder al anterior Relator, doctor Fernando Garavito A., cuya modestia es solamente comparable a su ciencia jurídica, presentamos a todos los Magistrados y Jueces de la República y a los abogados nuestro más atento saludo, con los votos que hacemos por el triunfo de la Justicia y del derecho, y por el mejorarse de nuestra Patria, a quien Dios otorgue prósperos y felices destinos.

(1) Louis Josserrand, Cours de Droit Civil Positif Français.

Prelección redactada por el Relator de la Corte Suprema de Justicia, Julián Motta.
Texto publicado en la Gaceta judicial, volumen XLII, julio 15, 1936.

bién uno de los estandartes verbales de la exégesis. Su inclusión en la portada de la Gaceta Judicial indica de forma evidente dónde se hallaban las simpatías iusteóricas del poder judicial¹⁵⁴.

En contraste con esto, la preelección trata de defender la importancia de acceder a la fuentes vivas del derecho, aquellas que se mantienen en contacto con las necesidades y cambios de la vida. Entre dichas fuentes, la Corte acentúa el papel de la jurisprudencia:

“Sea coronación de nuestra labor el propósito que abrigamos de poner en su punto el derecho jurisprudencial, aquel que se aplica a cada paso en el vivir cotidiano, el que se forma a nuestro lado, el que copia el estado de nuestra sociedad y costumbres, y refleja el carácter de nuestra democracia”¹⁵⁵.

La unión entre el derecho y la vida es el caballo de batalla constante de la crítica antiformalista: las necesidades de la vida moderna han de primar sobre los conceptos jurídicos. Los conceptos jurídicos deben ajustarse a las necesidades de la vida y no viceversa. Para lograr este objetivo, el estudio del derecho debe incluir como fuente primaria de argumentación y decisión los resultados de una jurisprudencia revitalizante y revitalizada. La Gaceta buscaba, en este “nuevo rumbo”, remediar diversos tipos de problemas que iban desde la insuficiente cantidad de ejemplares en circulación de la Gaceta, por un lado, hasta las formas en la que los abogados y jueces de menor jerarquía leían y analizaban los fallos de la Corte Suprema por el otro.

154 La relación entre Labruyère y Bugnet así como el significado del pasaje de Justiniano se encuentran reseñados en el libro de Bonnacase, *La escuela de la exégesis en el derecho civil*, pp. 48-50. El texto justiniano *sub examine* ha llegado a ser lugar común por conducto de la exégesis. Sin embargo, Bugnet no lo cita en su totalidad y suprime una palabra que restringiría su significado, quizá de manera excesiva, al mundo del derecho romano histórico. La omisión, pues, tiene el efecto de hacer el texto más general e intemporal. El texto completo de las Institutas § 7 dice: “*Summa itaque ope et alacri has leges nostras accipite, et vosmetipsos sic eruditos ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfecto, posse eitam nostram rempublicam in partibus eius vobis credendis gubernare*”. En español leería: “Aprended, pues con diligencia y afanoso empeño *nuestras* leyes, y sean eruditos en ellas, de modo que se conforten con la bella esperanza de que una vez hayas finalizado vuestros estudios de derecho, podáis dirigir nuestra república en lo que os sea encomendado”. Bugnet suprimió la palabra *nostras* (lo que reconoce abiertamente pues la reemplaza con puntos de elipsis), y luego ignora el resto del texto romano. Por otra parte, la Gaceta Judicial elimina los puntos de la elipsis y simplemente sigue el uso de Bugnet del texto sin verificar de nuevo el original.

155 G.J XLII, No. 1897, p. 1 (1936)

Según la Prelección, el objetivo era

“Hacer de la Gaceta, no un librejo frío e inexpressivo, sino un comentario vivo de la jurisprudencia nacional que haga la crítica y el análisis de los fallos en ella publicados, para formar de ese modo una verdadera conciencia jurídica, un palenque abierto a las más altas y nobles disciplinas del derecho nacional”¹⁵⁶.

Esta nueva valoración de la *jurisprudencia* como fuente viviente del derecho exige, de otra parte, un nuevo tipo de análisis de las decisiones judiciales. Si la jurisprudencia tenía como propósito actualizar el sentido del código y, por lo tanto, si su valor normativo era mucho más que la antigua idea de fuente “auxiliar”, los abogados tendrían que acostumbrarse a formas más estrictas de lectura e interpretación de los fallos judiciales. Para hacer esto, la prelección anuncia dos cambios importantes en la forma cómo la Corte habría de publicar sus decisiones: en primer lugar, la Gaceta estaría por primera vez abierta a la publicación de ensayos académicos en los que se comentara o criticara la jurisprudencia; en segundo lugar, el relator elaboraría en cada número de la Gaceta un corto resumen de la doctrina de los casos publicados, de suerte que los litigantes rápidamente pudieran comprender su punto central y la utilizaran en litigio subsiguiente.

La publicación de ensayos, comentarios o críticas a la Jurisprudencia fue, sin duda, el escenario que la Corte creó al interior de la Gaceta para popularizar la recepción de los nuevos vientos iusteóricos:

“Esta publicación [...] toma ahora nuevos rumbos, ya con la presentación de un editorial sobre un tema de Derecho, tratado por un Magistrado de la Corte o por un abogado de nombre en el foro, ya con el objeto de hacer de la Gaceta Judicial una amplia casa espiritual en que se acojan las mejores producciones jurídicas, así nacionales como extranjeras, o con el comentario o crítica a las sentencias de los Magistrados que han de hacer señalados legisperitos, invitados especialmente a ese fin”¹⁵⁷.

El propósito explícito de los “nuevos rumbos” era modernizar el derecho, y por lo tanto, afinarlo a las nuevas circunstancias sociales. De la retórica futurista que la Corte utiliza es fácil entrever que los magistrados desean abandonar la interpretación exegética tradicional del Código Civil como un artefacto del pasa-

156 *Ibidem*.

157 *Ibidem*.

do; por oposición a la concepción exegética, la jurisprudencia debe causar un efecto modernizador sobre las doctrinas del derecho privado en armonía con los desarrollos elaborados en jurisdicciones iusteóricamente prestigiosas:

“[I]a Gaceta Judicial será de hoy en adelante una antena que recoja las ondas del pensamiento jurídico del mundo civilizado, para lo cual habrá de cambiarse con órganos similares de todas las naciones cultas”¹⁵⁸.

Un rápido repaso por los títulos y autores publicados por la Gaceta Judicial en su nueva etapa deja ver, sin ninguna duda, el esfuerzo por trasplantar y popularizar la nueva sensibilidad jurídica. La mayoría de los tópicos escogidos se encuentran directamente ligados al nuevo poder pretoriano de la Corte, bien sea (i) explicando doctrinas de derecho privado de reciente acuñación cuya creación y desarrollo no estaba controlada por el texto positivo sino por actividades propias de la libre investigación científica, o bien, (ii) por artículos que argumentan a favor del fortalecimiento del papel institucional del poder judicial dentro de la división tradicional de poderes. En ambos casos, es evidente que las posturas de la Corte se hallan impregnadas de la nueva sensibilidad jurídica que comparten con los modernos autores europeos y latinoamericanos. La nueva dirección de la Gaceta, unida a otros esfuerzos intelectuales tales como la *Revista Jurídica* y la *Revista de Indias*, apuntaron a proporcionar a la profesión información suficiente sobre los nuevos métodos y doctrinas de suerte que el nuevo trasplante teórico pudiera efectivamente impactar los protocolos del derecho usual y no meramente las discusiones del derecho académico o elegante.

Empecemos por el primer grupo de artículos que se acaban de mencionar: en ellos se presentan los desarrollos de la nueva doctrina de derecho privado producidos a través de los métodos que, junto a Gény, hemos denominado de libre investigación científica. Dentro de esta categoría, la Gaceta Judicial abre sus números con artículos dedicados a la teoría de la imprevisión¹⁵⁹, al efecto de la infla-

158 *Ibidem*. La metáfora de la “antena” que recoge las “ondas” era muy poderosa en 1936, tal como se podrá imaginar el lector. Por aquel entonces la radio comercial era todavía toda una novedad. La primera estación de radio comenzó a emitir desde la *Universidad Nacional* en Bogotá, realizando pruebas en 1928. Solo hasta 1930 comenzó la radio comercial y con ella la compra de receptores domésticos. La Gaceta Judicial, entonces, era comparada con un aparato moderno que traía a las casas información fresca del mundo. Sobre este punto véase Delimiro Moreno, *Un siglo de comunicaciones y transportes en Colombia*. En *Nueva historia de Colombia*, Volumen 9, p. 170. Planeta, Bogotá (1998).

159 Se dedican ocho números consecutivos de la Gaceta Judicial, de mayo de 1938 a febrero de 1939, a publicar en partes el extenso artículo de Lorenzo de la Maza titulado *La teoría de la imprevisión*.

ción sobre las obligaciones en dinero¹⁶⁰, al tratamiento contemporáneo de las deudas contraídas en oro¹⁶¹, al desarrollo de la teoría de la simulación¹⁶², y finalmente, a una apasionada defensa de la necesidad de mantener la conexión entre el derecho y las necesidades de la vida en un artículo titulado "De la juventud eterna del derecho"¹⁶³. Este último texto es un egregio ejemplo de lo que hemos denominado "transmutación teórica": aquí la Corte toma el artículo de Schiegelberger como ejemplo de la nueva iusteoria; no obstante, bajo una lectura cuidadosa, el artículo se revela a sí mismo como expositor, muy tardío por demás, de muchos de los temas propios del conceptualismo y el historicismo alemán del siglo XIX. El paralelismo entre la nueva sensibilidad y cierta lectura del historicismo no es, después de todo, tan absolutamente descabellada: esto permitió que los reformistas locales mezclaran eclécticamente ideas modernas con otras, que en sitios de producción, ya parecían propias de un romanticismo jurídico en proceso de disolución. Así las cosas, por ejemplo, el conceptualismo alemán expuesto en el artículo de Schiegelberger apoya de manera aparente varios de los puntos fundamentales de la teoría antiformalista que comenzaron a importarse a Colombia en los años treinta. La *Begriffsjurisprudenz*, por ejemplo, tenía una posición sumamente crítica del derecho legislado y, en especial, desdeñaba el paroxismo racionalista de los codificadores franceses. Gény, por otra parte, expuso con su visión de fuentes moderna los peligros que representados para derecho la esclerosis del derecho legislado y codificado. Por tanto, al menos bajo cierta lectura, el modernismo jurídico francés y el romanticismo jurídico alemán compartían serias reservas sobre la posibilidad de reducir el derecho a su forma legislada:

160 La Gaceta Judicial N° XVI traduce al español un artículo de René Savatier, "La influencia de la variación de valor de las monedas sobre las relaciones jurídicas de carácter internacional".

161 En la época se discute en el ámbito internacional el cambio en el sistema monetario. En consecuencia, la Corte abordará tendrá que definir las consecuencias contractuales producidas por la fluctuación de monedas y los cambios profundos, realizados en la época, en las reglas básicas del patrón monetario. Así, por ejemplo, la Corte tendrá que decidir si el acreedor tiene un "derecho adquirido" a recibir el pago en especie no monetarias pactadas en el momento de la celebración del contrato, o si, por el contrario, las normas de derecho público pueden derrotar los pactos contractuales. La Corte Suprema contribuyó decisivamente en la adopción en el país de una teoría nominalista sobre el valor de la moneda abandonándose así la idea del valor intrínseco del oro y sus consecuencias en derecho patrimonial. La Corte publica así un artículo titulado *La cláusula oro en los contratos*, G.J. XLV (julio, 1937).

162 Antonio Rocha, *La simulación y su prueba*, G.J. XLIII (octubre, 1936).

163 Francisco Schiegelberger, *De la juventud eterna del derecho*, G.J. XLVI (abril, 1938).

"Se habla muy a menudo de un envejecimiento de la ley. ¿Cómo concuerda esto con el dicho de la eterna juventud del derecho? A lo que hay que responder que la ley puede envejecer, pero el derecho no, ni el normalizado por la ley tampoco, supuesto que se le deje bastante libertad de desarrollo. Si fuese exacto que el derecho fijado por la norma envejeciese, o sea, perdiese la fuerza de regular la vida racionalmente, no se podría entender que un pueblo vigoroso y fuerte viviera bajo leyes que nacieron a veces hace un siglo o más. El que observare la vida y el derecho conocerá cómo una buena ley, y no hablo aquí sino de tales, bajo los solícitos cuidados de sus auxiliares, la ciencia y la jurisprudencia, se acomoda elásticamente a las necesidades de la vida; cómo facilita nuevas formas vitales bajo el amparo del derecho, y cómo sustrae ese amparo, poco a poco, y casi imperceptiblemente, a las condiciones de la vida que van desapareciendo y, según las ideas morales modernas, indignas ya de ser conocidas"¹⁶⁴.

En la otra línea de interés académico ya mencionada, la Gaceta también publicó algunos artículos relacionados con el papel institucional del poder judicial dentro del balance de poderes. En estos artículos es también fácil percibir un cambio importante en el énfasis teórico a favor de la producción judicial del derecho. Dentro de esta idea central, se pueden mencionar varios títulos: Francisco de

164 *Ídem*, p. 191. El texto de Schiegelberger discute el asunto de la obligatoriedad de la jurisprudencia y, como Gény, no llega a darle fuerza de precedente: para ellos, la idea es típicamente anglosajona y, por tanto, existe alguna incompatibilidad cultural para su adopción formal. Esta posición sobre el valor formal de la jurisprudencia no impide, sin embargo, acentuar la importancia que la *jurisprudencia* tiene en la libre investigación científica por la cual abogan los nuevos juristas. El derecho no puede petrificarse en la legislación, por necesidad, improvidente. El texto de Schiegelberger discute un cierto número de institutos de derecho privado en los cuales era posible "poner vino nuevo en odres viejos" (la referencia aquí es al Evangelio según San Mateo 9,17) sin tener que hacer reforma alguna al código. Los ejemplos de estos institutos son muy conocidos para nosotros: la cláusula *rebus sic stantibus* en contratos; la doctrina de la "violación positiva del contrato"; la pérdida de valor de la prestación debido a condiciones inflacionarias; la aceptación judicial de la prenda sin tenencia; y el principio de abuso del derecho. De acuerdo con Schiegelberger, y he aquí la novedad, todas estas doctrinas son producto de la Corte Suprema alemana y constituyen, por tanto, ejemplos de renovación no legislativa del derecho frente a nuevas necesidades de producción e intercambio. Recuérdese que Alemania fue muy golpeada por la guerra y la estagnación económica obligó a cambios muy profundos en el derecho de los contratos. Al respecto véase John Dawson, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany*, 63 Boston University Law Review 1039 (1983) y Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid (1956).

Paula Pérez publica sobre la "Supremacía de la constitución" explorando un tema muy novedoso en la cultura jurídica colombiana¹⁶⁵; a Julien Bonnacase se le publica un artículo sobre "Jerarquía de las leyes"¹⁶⁶ y, finalmente, se traduce al español un artículo de Benjamín (sic) Harris titulado "La Corte Suprema de los Estados Unidos"¹⁶⁷. Este último artículo es particularmente importante porque el traductor, Miguel Moreno Jaramillo, añadió varias notas propias de pie de página. En ellas se sugiere una mezcla de la teoría del derecho de los *juristes inquietes* franceses con una nueva imagen del papel institucional de las cortes tomadas del ejemplo estadounidense. Los comentarios de Moreno, él mismo ilustre miembro de la Corte, tratan de formular un paralelo entre las Cortes Supremas de Colombia y de los Estados Unidos para concluir que ambas tienen que llenar roles institucionales similares. Moreno critica a su propia institución judicial a la cual califica de "tímida" por no estar desempeñando su función constitucional:

"Nos atrevemos a pensar que la corte colombiana, como asustada con la misión que se le confió en el año 10, ha sido víctima en su cumplimiento y ha encogido o achicado en la práctica su inmenso poderío"¹⁶⁸.

El texto de Harris hace amplio eco a la observación de Webster según la cual "la Constitución sin la Corte no sería Constitución"¹⁶⁹. Moreno Jaramillo, contra lo que pudiera pensarse, saluda entusiasta tal afirmación. El desarrollo de esta máxima resume el factor institucional del antiformalismo en los años treinta, y quizá con mayor fuerza, en los años noventa¹⁷⁰.

El segundo cambio editorial fundamental en la nueva época de la Gaceta toca más directamente, como ya lo mencioné, con la presentación, análisis y sistematización que de su jurisprudencia hace la Corte. En el nuevo mundo antiformalista, aunque no se llega a anunciar que la jurisprudencia sea vinculante, resulta en todo caso obvio que el Código no basta por sí mismo: la jurisprudencia, por tanto, tiene que ser activamente estudiada tanto por jueces como por litigantes. El propósito central era

165 G.J. XLIII (junio 1936).

166 G.J. XLIV (diciembre 1936).

167 G.J. XLIII (febrero/marzo 1937).

168 *Ídem*, p. 398.

169 *Ídem*, p. 399.

170 Véase abajo capítulo 6 (explicando la aparición de una nueva versión de activismo judicial en la última década del siglo XX).

"Presentar con el tiempo las doctrinas de la Corte, de manera tal que haga innecesario acudir siempre a la Gaceta, lo que se hará poniendo la síntesis del hecho o pleito o caso de la decisión, para que se conozca claramente, y las palabras textuales de la sentencia que contengan la doctrina correspondiente"¹⁷¹.

Como se anunció en la Prelección, la Gaceta empieza, a partir de 1936, a insertar algunas páginas al final de cada tomo en las cuales el relator sintetiza la doctrina de las jurisprudencias. Esta labor se hace por temas y contiene la transcripción de los párrafos centrales que, en opinión del relator, contienen la doctrina relevante de la Corte. Cada caso recibe un descriptor que suele coincidir con el tema central en él tratado. Estos descriptores tienden a desplegar conceptos tradicionales de derecho civil, tales como "propiedad" o "posesión". Luego del descriptor, el relator incluía un pequeño resumen de los hechos del caso, y posteriormente, entre comillas y en negrilla, su doctrina. De esta forma, la Corte importaba las técnicas ya utilizadas en Francia durante muchos años, de los *arrêtistes*. Es importante anotar que detrás de esta forma de presentar los casos descansa un método de análisis jurisprudencial que se basa en la analogía de hechos y que cree en la posibilidad de identificar la *ratio decidendi* de cada caso. Este esfuerzo por sistematizar la nueva jurisprudencia será esencial en tanto que la Corte empieza a decidir casos "nuevos" sin apoyo textual explícito. La creación de derecho a través de la libre investigación exige una nueva sistematización jurisprudencial. El resumen de la doctrina del caso, entonces, era fundamental para registrar las reglas judicialmente creadas debido al hecho de que varias de ellas, por definición, no se deducían directamente del Código. En el nuevo mundo jurídico, por tanto, una jurisprudencia clara, bien difundida y conocida y, finalmente, técnicamente manejada, era esencial para la agenda del antiformalismo.

La nueva sensibilidad antiformalista no sólo se limita al trasplante de nuevos métodos de análisis de jurisprudencia o al trasplante de la retórica modernista extraída de la teoría del derecho de los *juristes inquietes*. Más allá de estas grandes expresiones teóricas, hubo ciertamente fallos judiciales concretos que construyeron el estilo adjudicativo del antiformalismo local. Las sentencias de la Corte de Oro, en su conjunto, muestran características profundamente antiformalistas. Sus formas de argumentación e interpretación, las fuentes doctrinales usadas y la dirección política de su empeño adjudicativo así lo revelan.

Algunas de las características generales encontradas en los fallos de la época pueden resumirse así:

171 G.J. XLVII, N° 1897, p. 1 (1936).

1) En la jurisprudencia de la época se hallan con gran frecuencia los tropos retóricos de antiformalismo, especialmente aquellos que insisten en la necesidad de armonizar el derecho a las nuevas circunstancias económicas, sociales e ideológicas. Los magistrados mencionan frecuentemente la idea que se ha producido una ruptura con el "pasado". Como consecuencia de esta ruptura, hay un sentimiento por parte de los magistrados en el sentido de que se está entrando a una etapa histórica moderna, caracterizada por los fenómenos de la mecanización de la vida y de la producción y, en general, por un nuevo sentido de velocidad, vértigo, y peligro en los cuales la vida moderna se halla inmersa. Por supuesto, estas circunstancias presionan al derecho a que sufra una "renovación". Una sensibilidad hacia lo "nuevo", "moderno" y "reciente" comienza a aparecer muy frecuentemente en la nueva retórica judicial¹⁷². Precisamente en este sentido afirma la Corte:

"La misión del derecho no puede ser concebida sino a base de una libertad y de una actividad continuamente variables, porque actúa plasmado por la vida a la cual informa la cultura económica e histórica en permanente evolución. "De la misma manera que la historia de la lengua es siempre arbitraria y abstracta, si se la considera por sí, fuera de las obras en las cuales la lengua se encarna, ya que la verdadera historia de la lengua es la de su poesía y literatura, de la misma manera, la verdadera historia del derecho de un pueblo (del derecho realmente seguido y no del meramente formulado en las leyes y en los códigos, y que, a menudo, quedó más o menos letra muerta), no puede menos que confundirse con la historia social y política de aquel pueblo: historia de las necesidades y de trabajo"¹⁷³.

2) El credo antiformalista también se expresa en la crítica a la tesis fuerte de la separación entre derecho y moral sostenida por el clasicismo jurídico. La

172 Así, por ejemplo en un fallo de diciembre 12 de 1936 (G.J. XLIV), p. 674. Zuleta Ángel afirma en su ponencia: "Ni nuestro código y el código francés pudieron prever los contratos proforma por cuanto son el resultado de las transformaciones sociales y políticas que tuvieron lugar después de su promulgación".

173 Fallo del 25 de febrero de 1936 (G.J. XLIV), p. 616, M.P. Juan F. Mojica. Los antiformalistas colombianos tienden a mezclar la retórica jurídica de autores tan dispares como Géný, Savigny y Ihering. Los *topos* de vida, viviente, etc., son usados tanto por Savigny como por Ihering; Géný hablará de nuevo de la "vida" del derecho, pero en sentidos claramente diferenciables a los propios del historicismo alemán. En el extracto de Schieglberger ya comentado, también se exhibe una clara tendencia a utilizar la retórica historicista alemana, especialmente cuando se menciona la "juventud eterna del derecho" y cuando se insiste en la necesidad de que el derecho esté conectado con el "pueblo".

tesis de la separación entre derecho y moral es una posición típica del clasicismo y los antiformalistas la atacan por una sencilla razón: si los materiales positivos vigentes del derecho no pueden regular todos los incidentes y detalles de la vida, de allí se sigue que bajo una estricta lectura liberal de estos materiales el derecho debe simplemente "retirarse" del vacío y clasificar la conducta como permisible bajo una regla general de clausura del sistema de acuerdo con la cual "todo lo que no este prohibido (o regulado por el derecho) esta permitido (no sancionado)." Pero esta tesis liberal de integración del derecho, claramente *pro libertatis*, no será adecuada para la nueva época. Para los antiformalistas locales, siguiendo a Géný, es claro que incluso en casos en que los materiales positivos del derecho se agotan, era posible ofrecer soluciones jurídicas libres (no constreñidas por el derecho positivo) pero objetivas (es decir, científicas) para los conflictos no anticipados en la ley.

Pero, ¿cómo se construye la objetividad de un fallo judicial libre? La teoría del derecho contemporánea ha sido ambivalente acerca del asunto, y esta ambivalencia se expresa también tanto en las ideas originales de Géný como en las de sus receptores colombianos. De una parte, es posible afirmar que los fallos judiciales objetivos en casos de libre investigación son posibles a través de un cuidadoso estudio de la situación fáctica del conflicto. Mediante el acopio y el análisis de los datos del caso, balanceando los intereses contrapuestos y anticipando las consecuencias concretas de la adopción de cierta regla, se tiene un método heurístico que es mucho más que "racional" que la aceptación ciega del resultado que contingentemente termine dando al asunto la regla liberal de cerramiento del sistema.

La segunda posibilidad dentro de la ambivalencia antiformalista es la siguiente: quizá la laguna jurídica pueda ser integrada, no tanto por conducto de la observación de hechos y ponderación de intereses, sino mediante la utilización de "principios" jurídicos. En este contexto antiformalista, la palabra "principio" no se refiere inmediatamente a conceptos jurídicos propios de la *Begriffsjurisprudenz* y del clasicismo local. En su lugar, los antiformalistas, como Géný, se refieren a objetivos éticos y políticos más o menos indefinidos tales como las nociones de "justicia" y "eficiencia". Conforme a los antiformalistas locales, el principio de justicia sería así un concepto más o menos paralelo a lo que los juristas anglosajones denominan como "*equity of the case*" que podría llegar a compensar la rigidez del derecho codificado, así como la *equity* compensaría la rigidez del *common law*. Se pensaba, así, que la justicia o equidad conducían a decisiones "objetivas" ya que en ellas se tendía a reconocer, como reglas de derecho privado, las nuevas exigencias sociales que se le hacían al estado de neutralidad entre diversas clases sociales y posiciones jurídicas estereotípicas (neutralidad estatal entre propietario y arrendatario, entre asegurador y asegurado, entre arrendador y arrendatario, entre

empleador y trabajador). La intuición política compartida *por muchos* era que, en promedio, la interpretación tradicional de los materiales jurídicos tendía a favorecer sistemáticamente a una de las partes de estas relaciones jurídicas estereotípicas. La objetividad de las decisiones judiciales en los casos nuevos parece descansar en la idea de que la "justicia" permite el reconocimiento, al interior del derecho privado, de una nueva moralidad social que considera insatisfactorio el arreglo jurídico liberal propio del siglo XIX. La unión entre moral y derecho, por tanto, no era un capricho subjetivo del juez: cuando éste se atrevía a corregir el derecho vigente mediante la utilización de la "justicia" no estaba imponiendo sobre el cuerpo social una moralidad personal o arbitraria, sino el convencimiento moral de una nueva época que se resistía a desenvolverse en los marcos individualistas y liberales del derecho civil clásico. La resolución libre de un caso requería así el ejercicio de análisis jurídico que fuera receptivo de las necesidades y comprensiones sociales de la justicia y la eficiencia. La equidad del caso se hallaba literalmente dentro de él mismo, como si los hechos trajeran consigo su propia regla no formal de resolución del conflicto. Alguien tenía que ser capaz de leer esa regla equitativa (no formal): la nueva interpretación, por tanto, confiaba mucho más en la capacidad de intuir la equidad del caso y luego justificar el resultado concreto con fundamento en un principio general de derecho aplicable a otros casos.

Así las cosas, los jueces llegaron a poseer un mecanismo que les permitía criticar la rigidez de la ley escrita por violar la conciencia práctica del jurista y de la comunidad. De hecho, de acuerdo a los antiformalistas locales, la aplicación estricta de la ley podía derivar fácilmente en resultados que violaban la conciencia moral, a pesar de su aparente fidelidad al derecho formal. Esta posible violación de la conciencia práctica se atribuye a la desconexión positivista entre el derecho y la moral. El concepto de "derecho", en el más grandilocuente de sus significados, debe reservarse a la conjunción entre la legalidad formal y la ponderación moral de la equidad del caso particular y la imparcialidad del sistema en general.

A este respecto la Corte de Oro señala:

"No toda posibilidad de dominar es lícita, ni todo fin es permitido aun cuando se use el instrumento adecuado para alcanzarlo. De ahí otro factor en la vida del derecho: la moral que se manifiesta como una perenne exigencia de aquél"¹⁷⁴.

La "moralización del derecho" es una tesis claramente contrapuesta a la tesis de separación estricta entre derecho y moral propuesta por el clasicismo. La "mora-

174 *Ibidem*.

lización" es un *leitmotiv* permanente de los nuevos juristas franceses; los juristas colombianos de la nueva sensibilidad les hacen eco con entusiasmo. Josserand, por ejemplo, cimienta las bases de su, por entonces, nueva teoría del abuso del derecho en una crítica de la rígida aplicación del Código Civil que resulta siendo un llamado a su moralización:

"Y M. Georges Cornil [...] ¿no comprueba [él] acaso que 'la moral y el derecho no pueden contradecirse, porque los imperativos jurídicos cabalgan en realidad sobre los imperativos morales'? En verdad, el derecho no es otra cosa que la moral social en cuanto esta reviste un carácter obligatorio; es el imperativo moral obligatorio, es el gran soplo que vivifica, como un viento venido de altamar, todas las creaciones del legislador, del juez, del jurista"¹⁷⁵.

3) El movimiento hacia la moralización del derecho posee tres corolarios importantes: (i) en primer lugar implica una importante *relativización* de los derechos subjetivos (especialmente los de contenido patrimonial) conferidos a los particulares por el derecho liberal clásico; (ii) en su conjunto, el sistema jurídico se mueve hacia la izquierda del espectro político ya que la idea de la "moralización" está ligada con una reconstitución de los lazos altruistas que unen a los individuos (propia, por ejemplo, del "solidarismo" o del "socialismo") y en contra de posiciones individualistas clásicas; (iii) la moralización vuelve a mostrar, de nuevo, la profunda imbricación que hay entre la tendencia antiformalista hacia el análisis jurídico a partir de principios y razonamiento moral, de un lado, y los argumentos de políticas públicas y ciencias sociales, por el otro. Expliquemos estos tres puntos y su interrelación.

Bajo las nuevas iusteorías, los derechos reconocidos en el Código Civil no eran absolutos ya que su ejercicio legítimo dependía de los "móviles y fines" exhibidos por el sujeto activo del derecho. De esta forma, los antiformalistas critican la inclinación excesivamente individualista de los derechos: éstos, ahora, son "relativos", esto es, el ejercicio de las facultades conferidas por los mismos debe tener en cuenta (o "internalizar") los derechos *sensu lato* de terceros. En

175 Louis Josserand, *Relatividad y abuso del derecho*. En *Abuso del derecho y otros ensayos*, Temis, Bogotá (1982), p. 28 [en adelante Josserand, *Relatividad*]. El texto de Josserand se publicó originalmente en francés en el volumen "*Evolution et actualités: Conférences de Droit Civil*", Paris (1936). La Corte Suprema hace citas del original francés en el fallo de febrero 21 de 1938. En aquel fallo la Corte rechaza la teoría intencionalista del abuso del derecho (basado exclusivamente en el *animus nocendi*) y adopta la teoría de Josserand, el llamado criterio funcional, que le da una mayor latitud al juez para la aplicación de esta doctrina antiformalista.

terminología económica, usada con mucho mayor frecuencia por la Corte en su nueva etapa, la agenda antiformalista da incentivos a los sujetos activos de un derecho para que internalicen las externalidades negativas generadas por el "uso y abuso" individualista de sus derechos, especialmente del derecho real de dominio o propiedad. Esta forma de argumentación utiliza una lógica basada en las consecuencias, propósitos y finalidades de las acciones humanas sobrepasando con ello el encerramiento en los conceptos jurídicos: los operadores jurídicos, además, deben hacer más complejo su análisis costo/beneficio de suerte que los intereses de terceros (en un círculo de altruismo cada vez más amplio) sean tenidos en cuenta de manera debida. Para los jueces esto significa que un fallo puede ser justificado por referencia a la conveniencia social o a la utilidad general y no simplemente, como lo sostenían los clásicos, por la mención de textos o conceptos interpretados rígidamente como expresiones intangibles de liberalismo o individualismo.

La nueva Corte afirma en su particular estilo:

La justificación de tales nociones jurídicas [refiriéndose a las nuevas doctrinas de abuso de derecho, enriquecimiento sin causa, teoría de la imprevisión, etc.] radica en que el derecho no es lógico, sino económicamente ético. Sus proposiciones jurídicas no se encadenan la ley de la casualidad sino en el sentido de fundamento a consecuencia; motivo por el cual los principios de su sistema, que son dialécticos, no imponen con el rigor universal y eterno de las ciencias matemáticas¹⁷⁶.

La moralización y relativización de los derechos son maneras de expresar un cambio ideológico profundo: motivado por la amenaza comunista, las democracias occidentales se apresuraron a reformar su derecho de manera que fuera más sensible a los efectos que el ejercicio individualista de los derechos tiene sobre la legitimidad (moral y política) de su sistema de producción. Sin derrumbar el sistema liberal de derechos y a través de profundas reformas en la estructura constitucional vigente, los iusprivatistas también sintieron la presión a favor de la socialización y moralización del derecho. Para ello tuvieron que refrescar sus teorías jurídicas, lanzar nuevas metodologías de interpretación y, en el frente sustantivo, relativizar los derechos liberales clásicos consignados en el código. Josserrand define este movimiento de manera muy deciente: debe haber una "obra de humanización y socialización del derecho"¹⁷⁷. La contribución sustantiva de Josserrand ayudó a

176 Fallo de febrero 25 de 1936, G.J. XLIV, p. 616.

177 Ver Josserrand, *Relatividad*, p. 5.

perfilar las ideas metodológicas de Gény por medio de la introducción de doctrinas jurídicas operativas tales como el *abuso del derecho* y los *móviles y fines del sujeto activo de derecho*. François Gény, por tanto, contribuyó con una iusteoría general; los receptores locales la transplantaron y la adecuaron, de la manera en que les pareció más persuasiva, para que contribuyera al proceso de modernización del derecho, paralelo al proceso, más general, de modernización del país; finalmente, autores de interés más dogmático como Louis Josserrand se encargaron de desarrollar las doctrinas sustantivas concretas que se requerían para la efectiva realización del programa metodológico abstracto. Los efectos políticos de las ideas metodológicas de Gény unidos a las reconstrucciones dogmáticas de autores como Josserrand fueron, por lo menos durante corto tiempo, plataformas desde las cuales el Estado reasumió una posición neutral entre clases sociales, pretendió responder a la cuestión social y, por tanto, revitalizó los intereses jurídicos (sus derechos subjetivos) de quienes no tendían a ganar en la lógica del derecho liberal clásico: de esta forma los deudores comenzaron a reivindicar derechos de defensa frente a los acreedores, de la misma manera que lo empezaron a hacer los contratantes débiles (usualmente individuos aislados) frente a cocontratantes fuertes que imponían cláusulas leoninas intangibles bajo una lectura no modernizada del principio *pacta sunt servanda*. La reacción antiformalista, en consecuencia, mostró que el derecho civil era, al menos potencialmente, un cuerpo de normas ideológicamente neutralizable. El esfuerzo judicial y legislativo, en parte, se encaminó a ofrecer una protección jurídica ampliada a favor de roles jurídicos tradicionalmente débiles como los de "deudor", "arrendatario", etc.¹⁷⁸.

4) Como resultado doctrinal de estos cambios teóricos, la Corte adoptó un número importante de doctrinas no contenidas de forma explícita en el código a las que denominó "principios" y los cuales elaboró, al menos parcialmente, a través de metodologías de investigación "libre" en las que buscó moralizar y socializar el derecho liberal clásico. La Corte, al mismo tiempo, se sintió plenamente justificada para hacer investigación libre porque encontró en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 suficiente base positiva para hacer integración del derecho conforme a la nueva teoría. Esta regla habilitó al intérprete nacional para resultados análogos a los celebrados en *Méthode* y atribuidos a la aplicación, en el derecho privado francés, de la libre investigación científica. Estas nuevas doctrinas afirmaron, tanto en Francia como en Colombia, una comprensión flexible, antiformalista y equitativa del derecho (por oposición a la comprensión formalista del derecho clásico liberal). De esta forma la Corte introduce jurisprudencialmente principios

178 Véase Marc Galanter, *Why the 'Haves' Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*. 9 *Law and Society Review* 95 (1974).

que favorecen a la parte más débil en los contratos por adhesión¹⁷⁹ y, acoge enérgicamente, por lo menos durante un corto período, doctrinas como la cláusula *rebus sic stantibus*¹⁸⁰ y el abuso del derecho que sirven como contra-principios frente al tradicional *pacta sunt servanda* o a la idea de plenitud de poderes del propietario¹⁸¹.

6. LA BREVE VIDA DEL ANTIFORMALISMO

El alto nivel de energía intelectual de la Corte Suprema en este período, alimentado por el nuevo paradigma teórico de los antiformalistas transnacionales, no habría de durar mucho. Las implicaciones de la transformación metodológica y sustantiva del derecho civil sorprendieron a los litigantes, jueces y profesores de derecho. Para los juristas tradicionales, quienes seguían masivamente dentro de la comprensión clásica del derecho, el espíritu de los nuevos tiempos iba demasiado lejos y demasiado rápido. En la concepción de un típico representante del clasicismo de aquel entonces¹⁸², el panorama completo de la transformación teórica del derecho tenía un aspecto muy diferente: el primer gobierno *liberal-socialista* en Colombia ha ganado las elecciones presidenciales¹⁸³. Sus esfuerzos reformistas se han concentrado en el campo jurídico en dos componentes centrales: por una parte, una reforma constitucional que importó al país la noción doctrinaria y política francesa, asociada al nombre de León Duguit, de "*función social*"¹⁸⁴. La propie-

179 Fallo de noviembre 12 de 1936.

180 Fallo de octubre 29 de 1936. G.J. XLIV, p. 455, M.P. Liborio Escallón; fallo de febrero 25 de 1937 G.J. XLIV.

181 Fallo de marzo 24 de 1939, G.J. XLVII, p. 742 Ricardo Hinestroza; fallo de agosto de 5 de 1937, p. 418. Juan Francisco Mujica. Fallo de febrero 21 de 1938, p. 36.

182 Tomo el argumento que sigue de la conferencia dictada en 1939 por J.J. Gómez en la Universidad Nacional de Colombia y publicada en el volumen, *El Ministro de Gobierno y la reforma del Código Civil*, Bogotá, Imprenta Nacional (1939), pp. 43-88.

183 Se trata, evidentemente, de Alfonso López Pumarejo elegido para el período de 1934-1938.

184 La recepción local de las ideas León Duguit fue amplia y muy influyente. Esta nota busca ofrecer de manera muy resumida la historia local de recepción y transformación de las contribuciones de Duguit. Para un vistazo general a su contribución en la ciencia jurídica, véase Charles Eisenmann, *León Duguit*. En *The International Encyclopedia of Social Sciences*; y Martin Rogoff, *The Individual, the Community, the State and Law: The Contemporary Relevante of the Philosophy of Leon Duguit*. 7 *Columbia Journal of European Law* 477 (2001). Los libros de Duguit empezaron a traducirse al español inmediatamente después de su publicación en Francia.

LEÓN DUGUIT

Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burdeos.

LA TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO

TRADUCCIÓN, SEGUIDA DE UN ESTUDIO

SOBRE

LA NUEVA ORIENTACIÓN
DEL DERECHO POLÍTICO

POR

ADOLFO POSADA

Profesor en la Universidad de Madrid.

SEGUNDA EDICIÓN ESPAÑOLA, CORREGIDA Y
AUMENTADA, CON UN PREFACIO DEL AUTOR



Duguit, León. *La transformación del Estado*. Traducción al español de la tercera edición francesa de 1921. La traducción y el estudio preliminar del libro, titulado "*La nueva orientación del derecho público*", fueron realizados por Adolfo Posada.

7-197d
95-1

DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO

COMENTARIOS A LA CONSTITUCION NACIONAL

Por

TULIO ENRIQUE TASCÓN

Profesor de Derecho Constitucional en el Externado y en la Universidad Libre.
Miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
Ex-Presidente del Consejo de Estado.
Abogado Consultor que fué de la Presidencia de la República.
Ex-Presidente del Tribunal Superior de Buga.
Ex-Ministro de Estado, etc., etc.

TERCERA EDICION

corregida y aumentada con el comentario a las reformas de 1936 y años posteriores.



Tascón, Tulio Enrique. *Derecho constitucional colombiano*. Primera edición, Bogotá, 1933; segunda edición, Bogotá, 1944. Es uno de los primeros libros de derecho público que incorpora la influencia teórica de León Duguit, después de la reforma constitucional de 1936.

dad, en la reforma constitucional, no era un *derecho*, sino una función social. Este cambio definicional amenazó el *status quo* en el siguiente sentido: el énfasis radica en que los propietarios tienen fundamentalmente deberes, y no tanto derechos frente al colectivo como ocurría en el derecho liberal clásico. En consecuencia la propiedad productivamente subexplotada que se concentra en los latifundios¹⁸⁵ puede ser redistribuida a los campesinos desposeídos¹⁸⁶. Este cambio constitucional, como se puede observar, dio pie a la primera reforma agraria del siglo, tal como se consagró en la Ley 200 de 1936¹⁸⁷. Por otra parte, el ejecutivo reformista también introdujo cambios en el derecho privado: utilizando su potestad de elegir una nueva Corte, López Pumarejo llevó a la magistratura a juristas familiarizados con las nuevas corrientes iusteóricas. La nueva Corte, liderada por Zuleta Ángel, se propuso realizar un cambio en el derecho privado que tuviera la misma profundidad que aquel realizado en derecho público mediante la Reforma Constitucional

(cont. nota 184) Estas traducciones permitieron que sus ideas se hicieran muy influyentes (y controversiales) en la región. Vale la pena citar los siguientes, *La transformación del Estado*, Madrid, Librería de Francisco Beltrán; *Las transformaciones del derecho privado desde el código de Napoleón*, Madrid, Librería de Francisco Beltrán; y finalmente, su *Manual de derecho constitucional*, Madrid, Librería de Francisco Beltrán. El trabajo teórico de Duguit se halla ligado al surgimiento de un "nuevo derecho público" en la expresión que hizo popular Adolfo Posada, en su texto *La nueva orientación del derecho político*, que sirve como epílogo a *La transformación del Estado*. En la teoría del derecho colombiano el concepto de "función social de los derechos" se elevó a rango constitucional en el Acto Legislativo N° 1 de 1936, más precisamente en su artículo 10 reformativo del 28 de la constitución de 1886. Acerca de la recepción de las ideas de Duguit en el derecho público nacional, véase Álvaro Tirado Mejía, *La reforma Constitucional de 1936*, Friedrich Naumann Stiftung, Bogotá (1982); Tulio Enrique Tascón, *Derecho constitucional colombiano*, Bogotá (1945), Sobre la relación entre el antiformalismo del derecho privado y el derecho público de Duguit véase el muy interesante texto de Darío Echandía, *La ley moral y la reforma de la jurisprudencia civil*. Prólogo al libro de Eduardo Zuleta, *Escritos jurídicos*, Temis, Bogotá (1974.)

185 Una descripción general de los procesos de la acumulación de tierras por parte de latifundistas se encuentra en Barbara y Stanley Stein, *The Colonial Heritage of Latin America*, especialmente en el capítulo V, *The economic basis of Neo-colonialism*, New York, Oxford University Press (1970). Para el caso colombiano en particular, véase Pierre Gilhodes, *Las luchas agrarias en Colombia*, La Carreta, Bogotá (1972); y Pierre Gilhodes, *La cuestión agraria en Colombia (1900-1946)*, pp. 307-337, en *Nueva Historia de Colombia*, volumen III.

186 Deseo recordarle al lector que estoy describiendo la posición de un abogado clásico o tradicionalista típico en momentos en que enfrentaba serias críticas a su posición jurídica y política.

187 Para la evaluación de los resultados de la reforma agraria, véase Darío Fajardo, *Haciendas, campesinos y políticas agrarias, 1920-1980*, Oveja Negra, Bogotá (1984); y Catherine Legrand, *Colonización y protesta campesina en Colombia*, Bogotá, Universidad Nacional (1988).

de 1936. La reforma en derecho privado, como hemos visto, permitió importar nuevos principios jurídicos que ocasionaron un re-posicionamiento relativo de las partes contractuales, propietarios e inquilinos, propietarios y colonos, etc., etc. Para lograr este resultado, la Corte moderó jurisprudencialmente la fuerza del principio *pacta sunt servanda* con la importante consecuencia de crear cláusulas y deberes implícitos a los sujetos activos de derechos patrimoniales (reales o personales) que limitaban las posibilidades de extracción de plusvalía. De la misma forma, la Corte se encontraba relativamente preocupada por reducir algunas de las potestades tradicionales del propietario por medio de la doctrina de abuso del derecho. Muchas de estas doctrinas eran muy amenazantes para los juristas más tradicionales cuya teoría clásica del derecho parecía coincidir ampliamente con las exigencias de los capitalistas locales quienes también constituían su clientela profesional.

El Presidente López Pumarejo dejó el cargo en 1938, y su sucesor, Eduardo Santos propuso como uno de los temas centrales de su gobierno la reforma del Código Bello¹⁸⁸. La propuesta era muy atractiva, sorprendentemente, tanto para tradicionalistas como para modernistas. La propuesta fue presentada por el Ministro de Gobierno de aquella época, Carlos Lozano y Lozano, en una carta abierta fechada el 11 de septiembre de 1938 y dirigida a las facultades de derecho y a los tribunales del país. En la carta, el Ministro invita a la comunidad jurídica nacional a contestar una serie de preguntas acerca del código Bello. En realidad, sin embargo, las "preguntas" del ministro no dejan mucho margen de libertad a los interrogados. El cuestionario, de hecho, sirvió para anunciar formalmente las intenciones del gobierno en relación al contenido de la reforma del Código. El primer

188 Santos reemplazó a López Pumarejo para el período 1938-1942. En comparación con López, Santos era un liberal moderado que rechazó el componente más "radical" que caracterizaba a la anterior administración. La propuesta de reforma al Código Civil en el período de Santos puede entenderse como un esfuerzo dirigido a otorgar liderazgo en un tema tan importante a un presidente más moderado. Una reforma liderada por López generaba mucha ansiedad entre los miembros tradicionalistas de la profesión y de la judicatura. J.J. Gómez, quizá uno de los líderes más fuertes del clasicismo, afirma que el Congreso había parado el proyecto de ley para reformar el Código Civil presentado por López Pumarejo en 1937 "para evitar que su gobierno controlara el proceso de reforma". Véase, *El Ministro de Gobierno*, p. 45. La reforma propuesta también puede verse como un intento por acabar con el cambio jurídico que se estaba gestando en derecho público: como se expone en el texto, los antiformalistas cometieron un error táctico cuando aceptaron mover la discusión de la arena judicial a la legislativa. Lo que ocurrirá es que muchas de las nuevas doctrinas antiformalistas creadas por la Corte Suprema se verán muy disminuidas cuando el proyecto de positivización de las mismas, en un nuevo código, fracase.

problema era determinar el alcance de la reforma: ésta podía concentrarse en una modernización parcial del Código Bello, o podía, en una idea mucho más radical, reemplazar íntegramente el Código Bello por un nuevo Código Civil inspirado por la nueva generación de códigos europeos, con el BGB alemán a la cabeza. Aunque la extensión de las reformas sustantivas propuestas por el ministro era muy amplia, el Gobierno Nacional no manifestó explícitamente sus preferencias entre la reforma parcial o la integral¹⁸⁹. De acuerdo con el ministro, el Código Civil colombiano, nuevo o reformado, tenía que incluir varios elementos nuevos: un título general introductorio en donde se consignaran los nuevos principios aplicables a todas las instituciones civiles, incluyendo las doctrinas de abuso del derecho y fraude a la ley¹⁹⁰; una nueva estructura para el libro IV, sobre obligaciones y contratos, "para introducir un plan racional análogo al empleado por los códigos modernos, dentro del cual se reconstruye la teoría de las obligaciones y contratos"¹⁹¹; nuevos

189 El ministro no expresa si el gobierno buscaba un nuevo código o pretendía conservar el existente con algunas reformas. Distintos analistas interpretaron la propuesta de forma diferente: para algunos el gobierno nacional buscaba un nuevo código, mientras, para otros, la reforma era únicamente parcial. Entre este último grupo también había desacuerdo acerca del porcentaje del código de Bello que sufriría modificaciones. La ambigüedad motiva al ministro a escribir una misiva en enero de 1939 en la cual confirma que el gobierno no pretende redactar un nuevo Código Civil. Esta aclaración busca desradicalizar la propuesta y quizá obtener así un apoyo más amplio de la comunidad jurídica. Esta aclaración fue bienvenida por tribunales y académicos. Para la Corte Suprema, "esta corriente general y sostenida hacia la modernización del derecho [...] tropezó en un principio, cuando se creyó que se trataba de algo total e inmediato, con el escollo del temor. Agregábasele un elemento no por sentimental menos poderoso, cual es el cariño, por decirlo así, mezclado de respeto hasta de veneración, con que [...] nuestro foro han mirado siempre nuestro código civil". La opinión de la Corte Suprema de Justicia está publicada en Gómez, *El Ministro de Gobierno*, p. 237.

190 La teoría de *fraus legi* (*frode a la legge, fraude à la loi*) busca impedir el uso de argumentos o medios aparentemente legales en contravención de propósito de la ley o del sistema jurídico en general. Esta doctrina busca ofrecer una base doctrinal para evitar las interpretaciones o maniobras "judaicas" con las que los litigantes derrotan los propósitos de la ley. Como doctrina antiformalista, el fraude a la ley se opone a lo que los reformadores consideraron como los excesos del textualismo nacional que permitía abusivamente derrotar al derecho al tiempo que aparentemente se respetaba el derecho. La Corte Suprema de Justicia hace eco de esta teoría del fraude a la ley en *dicta*. Véase Gaceta Judicial Vol. XLVII, p. 745.

191 Carlos Lozano y Lozano, *Carta a las instituciones jurídicas del país*; septiembre 11 de 1938 [en adelante Lozano y Lozano, *Carta*], segunda pregunta, p. ix. Nótese una vez la dirección teóricamente bivalente que los reformadores estaban persiguiendo: por un lado, están buscando introducir al código las doctrinas generadas por la "escuela científica" de los reformistas franceses que desplazó de alguna manera el centro de gravedad del derecho civil hacia la izquierda política; por el otro lado, los mismos reformadores saben que el transplante al país del derecho civil conceptualista de la pandectística alemana aún no ha concluido de ninguna

principios y reglas "a favor de aquellos que contratan en condiciones de inferioridad económica"¹⁹², tales como la generalización de la doctrina de *laesio enormis*¹⁹³, la imposición de restricciones en el principio de libertad de contratación¹⁹⁴, la armonización del código con las nuevas normas constitucionales, pero especialmente la doctrina de "función social" de la propiedad¹⁹⁵; la inclusión en el código de los "nuevos contratos en la vida moderna" incluyendo los contratos laborales colectivos entre sindicatos e industrias¹⁹⁶; la inclusión explícita de responsabilidad objetiva en accidentes originados por actividades peligrosas, de forma tal que las víctimas pudieran ser compensadas sin tener que probar la culpa de la contraparte¹⁹⁷; la eliminación de la noción de cuasi-contrato y su reemplazo por una teoría general de enriquecimiento injusto¹⁹⁸; la modernización de las reglas de interpretación del Código siguiendo las doctrinas de Gény y evitando lo que el ministro identifica como el textualismo dominante¹⁹⁹; la eliminación de la distinción entre *res mobiles* y *res immobiles* y la injustificada protección jurídica preferencial de ésta última, especialmente en un mundo donde la riqueza está especialmente representada por capital *móvil* y no por la propiedad de la tierra²⁰⁰; y, finalmente, la eliminación del sistema de registro de la posesión, de acuerdo con el cual la posesión debía estar inscrita para gozar de protección estatal²⁰¹.

(cont. nota 191) manera. Para realizar esto último, es preciso que la noción romana de *obligatio* se transforme en el concepto, mucho más sistemático y orgánico de *Rechtsgeschäft* (negocio jurídico). En esta concepción orgánica (es decir, biologicista) del negocio jurídico, además, es posible hacer la exposición del concepto de la obligación o del contrato en términos de su "nacimiento" (creación), su "vida" (efectos) y su "muerte" (extinción).

192 *Ibid.*

193 *Idem*, p. x. El Código de Bello contiene muchas restricciones para la operación de la doctrina de la *laesio enormis*. De acuerdo con esta teoría, una persona que vende una cosa por un precio inferior a la mitad de su "justo precio" debe recibir alguna protección con fundamento en la equidad negocial. Véanse los artículos 1947 y ss. del Código Civil Colombiano. Los reformadores, siguiendo a Capitant y Demogue, deseaban extender la institución a todos contratos onerosos.

194 *Idem*, p. x.

195 *Ibid.*

196 *Ibid.*

197 *Ibid.*

198 *Ibid.*

199 *Ibid.*

200 *Ibid.*

201 *Ibid.* El asunto resultaba fundamental para la reforma agraria de los años treinta. Si el poseedor debe registrar su posesión, la mayoría de los campesinos perderán sus demandas puesto que su vocación a la prescripción adquisitiva está basada en una posesión de hecho y no en una posesión inscrita. La Corte, pues,

El hecho de que la única fuente positiva de las nuevas doctrinas fuera la jurisprudencia de la Corte las hizo precarias, incluso sospechosas, en una tradición donde el legocentrismo, a pesar de la crítica contemporánea, seguía siendo dominante por mucho. De la misma manera, la idea según la cual la Constitución (por oposición a la ley) no podía aplicarse de manera directa en casos concretos, generó la impresión de que la reforma constitucional de 1936 era más retórica-política, que cambio jurídico aplicable al litigio corriente. El legocentrismo, así, tendía a reducir de manera muy notable el valor del cambio jurídico producido por vía de constitución o jurisprudencia. Ambos, constitución y jurisprudencia, eran ciertamente considerados como elementos del sistema jurídico, pero sus disposiciones no se consideraban controlantes de los casos litigables. Sólo el código o la ley ofrecían reglas controlantes directas en sentido estricto.

De manera muy extraña, la iniciativa del ministro fue bienvenida por la mayor parte de la comunidad jurídica nacional, tanto por quienes militaban en el tradicionalismo como por aquellos que abrazaban el modernismo jurídico. Por supuesto, unos y otros tenían razones completamente diferentes para apoyar la propuesta de reforma. Trataré de explicar este punto: el legocentrismo circulaba de manera tan fuerte en la cultura jurídica local que incluso los juristas de la nueva sensibilidad sentían la necesidad de positivizar en el Código Civil las nuevas doctrinas que habían aparecido por primera vez en la Constitución o en la jurisprudencia civil. El cambio jurídico, si realmente había de ocurrir, tenía que manifestarse en derecho legislado. Los reformadores llegaron a conceder este punto: que sólo la positivización en el Código de las nuevas doctrinas las protegería del contra-ataque, muy previsible, de interpretaciones liberales clásicas. No obstante, esta aceptación por parte de los modernistas contenía a su interior una trampa que, en últimas, habría de volverse realidad. De hecho, la propuesta de recodificación aceptada por todos terminó concediendo al legocentrismo un punto fundamental que los antiformalistas no podían compartir: el cambio, si llegase a ocurrir realmente, tenía que ocurrir a través de reformas explícitas al derecho positivo vigente. No existe ningún otro método en el sistema neorománico de derecho (al menos según el legocentrismo): el poder pretoriano de los jueces para hacer derecho (tan celebrado en la metodología de los *juristes inquietes*) es en realidad un poder secundario, tan sólo válido *inter partes* y, en últimas, tremendamente insuficiente

(cont. nota 201) se vio obligada a decir que la posesión era un hecho y que, por tanto, la idea de "posesión inscrita" era una contradicción en sus propios términos. En consecuencia, la Corte procedió a ignorar los artículos del código civil que hablaban de posesión inscrita. Los reformadores buscaban positivizar en la reforma al código esta doctrina judicial. Véase Gaceta Judicial, Vol. LXV, p. 329, julio 24 de 1937.

para anunciar los nuevos principios del derecho civil de los tiempos modernos; adicionalmente, creer que el derecho privado quedaba modificado *ipso facto* por una reforma constitucional violaba una regla implícita (pero sumamente fuerte) de intangibilidad y prioridad del *ius commune*. Aún más: la re-interpretación judicial agresiva del derecho civil carecía, en realidad, de un fundamento positivo y legítimo. El artículo 8° de la Ley 153, donde Zuleta había encontrado un tal fundamento, parecía insuficiente a muchos de los miembros del partido tradicionalista del derecho. Esta falta de fuente positiva significaba, por supuesto, una indebida invasión de la Corte en asuntos del resorte exclusivo del legislador rousseauiano, cuya muerte, según parece, no acababa de consumarse. Consciente de la precaria naturaleza de las nuevas doctrinas en un ambiente legocéntrico y reconociendo que jueces y abogados no se sentían suficientemente seguros para utilizar las nuevas doctrinas en su presentación jurisprudencial, Zuleta Ángel y otros de los antiformalistas locales, parcialmente apoyados por el nuevo ejecutivo nacional, buscaron solidificar las nuevas doctrinas en una reforma del Código Bello que lo convirtiera en un código genuinamente moderno. En su diagnóstico, el nuevo derecho civil generado por la Corte había de ser positivizado mediante una reforma legal puesto que a los jueces y abogados la nueva metodología les generaba "un vago sentimiento de inseguridad"²⁰². El objetivo general de la reforma era codificar con mayor precisión y claridad los nuevos principios técnicos, políticos e interpretativos que la teoría antiformalista había propuesto²⁰³. Los antiformalistas, sin embargo, perdieron la partida frente al legocentrismo cuando se abandonaron su propio terreno y metodología. Aceptar que el cambio jurídico requería de reforma legal condujo a reconocer que los cambios jurisprudenciales y metodológicos ganados hasta entonces, en sede judicial, no significaban mucho por sí solos. Luego, cuando esta reforma tan ambiciosa al código termina por no realizarse, los antiformalistas

202 Lozano, Carta, p. viii.

203 El ministro en su carta mencionó explícitamente la influencia teórica de Génny y Savigny, reproduciendo aquí la transmutación que Antonio José Uribe realizó en 1916. Savigny y Génny, a pesar de sus diferencias, operan aquí como los representantes del derecho civil abierto al cambio, aunque sus métodos, política y forma de cambio varía extraordinariamente. "Es bien sabido que las celebradas teorías comienzan con la escuela de Savigny, y expresan que el texto del derecho, una vez promulgado, se aparta de la intención del legislador de vivir su propia vida, para la única fuente que se extiende en la conciencia popular, de tal manera que la legislación no tiene valor como quiera que fielmente traduce la misma conciencia [...]. Es también sabido que otra teoría bien conocida es la de Génny, que comienza por reconocer que la profunda diferencia entre la elaboración del derecho y la interpretación de la ley, reconociendo que el legislador no puede estar presente en el universo de la vida, y, por tanto, en caso de brechas en la legislación, la ley, buscando su fuente real, debe llenar las lagunas, imperfecciones o anacronismo por medio de la doctrina de los juristas o de la jurisprudencia". Ver *íd.*, p. VII.

parecían conceder que el cambio jurídico no se había dado en lo absoluto. Este error táctico por parte de los antiformalistas implicó que la derrota del proyecto de modificación del código significaba, al mismo tiempo, una derrota general de la iusteoría antiformalista, tanto en sus aspectos metodológicos como sustantivos.

Este es, en líneas generales, el relato de cómo la nueva sensibilidad iusteórica perdió gran parte de su energía para convertirse en un mito de la historia jurídica nacional. Los mitos son venerables; otra cosa, muy distinta, es que sean verdaderamente influyentes. Hacia finales de los años cuarentas el país renunciaba parcialmente a explorar el derecho por las vías antiformalistas que, no sin oscuridades, habían expuesto los antiformalistas franceses de comienzos de siglo. La experiencia nacional con el antiformalismo fue, desafortunadamente, muy corta y no equipó a los juristas nacionales, como debió, con las herramientas necesarias para leer en paralelo el derecho y la realidad. Este fracaso temprano anuncia una etapa de normalización del derecho civil que podríamos denominar "neo-clasicismo". El positivismo se hará casi inatacable a través de la recepción del muy poderoso refuerzo kelseniano. Sobre los hombros portentosos de Kelsen, los legocentristas nacionales harán pasar al olvido el *impasse* originado por los antiformalistas sociales. La propuesta fallida de reforma del código Bello le brindó una gran oportunidad a los juristas locales para re-alinearse teóricamente. Muy en particular, la propuesta le permitió a los juristas tradicionales reafirmar su credo después de algunos años de crítica antiformalista. La propuesta de reforma del código le permitió a las dos escuelas debatir abiertamente sobre las vías en las que puede ocurrir el cambio jurídico. El cambio ocasionado por la jurisprudencia de la Corte de Oro tenía que ser explicado en términos políticos, morales y iusteóricos. Los juristas locales de ambos lados proporcionaron argumentos para hacerlo. Pasemos a ello.

Una forma de explicar el cambio jurídico era ofrecer una teoría antiformalista y de inclinación sociológica que respondiera a la sensibilidad teórica que hemos analizado a lo largo de este capítulo: el derecho debía fundamentarse y responder a la realidad que pretende mantener la conexión suficiente entre las normas y la vida. Eduardo Zuleta Ángel insistió en este tipo de aproximación sociológica a la reforma jurídica. El código tenía que cambiar como resultado inmediato de las presiones sociales. De la misma forma, las reglas del código tenían que ser interpretadas en contacto constante con las reglas generadas por la práctica y el uso, por el comercio y la industria, por los conflictos interclases. De acuerdo a Zuleta esta era la única forma científica de abordar el derecho privado. Pero obsérvese, entonces, la siguiente paradoja: ¿Cómo puede entonces ser Zuleta un simple receptor/importador de la teoría de Génny si, por definición, la teoría dice que todos los fenómenos jurídicos de relevancia son sociológicos, locales y particulares? La

respuesta que ofrecen a esta aparente contradicción es relativamente sencilla. Para Eduardo Zuleta Ángel y Luis E. Nieto Arteta²⁰⁴, la reforma del libro de obligaciones y contratos del código civil puede seguir perfectamente los modernos desarrollos europeos por cuanto todos, tanto europeos como latinoamericanos, vivimos en un mundo al que denominan "ecuménico." Los juristas inquietos locales habían llegado a la conclusión según la cual:

"Hay una pugna entre las normas legales del Código y las realidades sociales de la economía nacional [...]. Como actualmente atravesamos una época que puede llamarse ecuménica, ya que las modalidades sociales y técnicas de la actividad humana son idénticas en China, Francia, Alemania y Colombia, podemos inspirarnos para la reforma civil en las normas jurídicas descubiertas por profesores de otras naciones. No es que se persiga el afrancesamiento del derecho civil nacional [...] Así planteada la reforma civil, se incurriría en craso error. No se persigue [...] trasladar [...] o aventar sobre Colombia las teorías jurídicas europeas, sino descubrir en Colombia, en nuestra economía, en nuestras realidades sociales, normas jurídicas que armonicen con ellas. Como esas realidades son iguales [...] a las realidades sociales de todos los Estados modernos, podemos descubrir en profesores y autores y legisladores de otras naciones, una dirección, una vía que nos indiquen el procedimiento de la reforma civil y el contenido teórico de esa reforma. Pero, repito, no se quiere afrancesar o extranjerizar nuestro derecho civil"²⁰⁵.

Bebiendo de estas ideas, Zuleta Ángel distinguió teóricamente entre las reformas necesarias en obligaciones y contratos, y las reformas requeridas en bienes, propiedad y posesión. En relación con obligaciones y contratos, las condiciones sociales locales eran iguales a las de Europa, y por lo tanto, el trasplante sustantivo se justificaba desde el punto de vista sociológico. Pero en cuanto a bienes, propiedad y posesión, las condiciones eran tan diferentes a las europeas que el país estaba obligado a encontrar un derecho realmente autóctono. No era posible, en este campo, importar las doctrinas europeas. La metodología socioló-

204 Luis Eduardo Nieto Arteta era por entonces un joven profesor de derecho de la Universidad Nacional. Zuleta Ángel lo admiraba profundamente y encontró en sus escritos tempranos respaldo muy importante para sus tesis antiformalistas. Ambos colaboraron en el avance de la agenda antiformalista. Posteriormente Nieto Arteta se convirtió en un importante iusteórico reconocido por méritos propios. Sin embargo, su trabajo se desplazó de las posiciones antiformalistas tempranas a un estudio local muy sofisticado de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

205 Conferencia dictada por Luis E. Nieto Arteta en 1939 en la Universidad Nacional de Colombia. En *El Ministro de Gobierno*, pp. 106-107.

gica lo proscibía: contrario a la situación europea donde, según Zuleta Ángel, cada pulgada de tierra se encontraba delimitada y estaba en el patrimonio bien definido de alguien, la tierra en estos países era mucho más extensa y los derechos de propiedad estaban mal definidos por desocupación o por conflicto social. Comparado con Europa, todavía era posible encontrar aquí *res nullius* o derechos de propiedad mal definidos lo cual generaba continuas luchas por la posesión de la tierra entre los colonos y supuestos propietarios. La conclusión era clara: "[...] a tiempo que yo reclamo para una materia tan importante y trascendental como la de obligaciones y contratos, el aprovechar todo ese formidable caudal científico de la doctrina europea, en materia de bienes hago todo lo contrario: que corriamos el error del código, que fue demasiado europeo en ese sentido"²⁰⁶. Y continúa Zuleta Ángel: "Es absolutamente absurdo pensar que pueda hacerse, en materia de bienes, como institución legislativa suficiente, una mala adaptación del Libro correspondiente del Código Napoleón cuando allá no se sabe qué son baldíos, no se concibe el caso del colono que nosotros vemos todos los días en todas las haciendas del Valle del Cauca"²⁰⁷. El error de ser "demasiado europeos" debe producir "la formación de un verdadero derecho propio, de un verdadero derecho autóctono que nunca hemos tenido. Porque, entre paréntesis, lo que entre nosotros siempre se ha llamado derecho autóctono y derecho propio, como lo he explicado muchas veces en la clase de derecho civil, es el *Précis* de Baudry-Lacantinerie, publicado en el año de 1880 [...] Yo desafío a cualquiera que me muestre alguna concepción jurídica colombiana de las que se consideran como autóctonas o propias, que no sea, ni más ni menos, que una reproducción o un trasunto del *Précis* de Baudry-Lacantinerie"²⁰⁸.

Una realidad cambiante genera nuevos litigios, nuevas evaluaciones normativas sobre las exigencias de justicia y equidad en esos nuevos casos y, finalmente, nuevas instituciones y principios de derecho privado. Los juristas usualmente lidian con las incertidumbres generadas por la realidad cambiante bajo la categoría de "laguna" o "vacío" jurídico: éstos, para serlo, no pueden decidirse a partir de los materiales jurídicos preexistentes. Por lo tanto, pueden y deben ser judicialmente integrados por conducto de una interpretación judicial libre y sin necesidad de reforma formal de los materiales jurídicos. Los antiformalistas locales, sin embargo, necesitaban bajarle el tono a esta teoría de derecho libre de tal forma que se redujera la violencia del choque que estas proposiciones generaban frente

206 Conferencia dictada por Zuleta Ángel. *Idem*, p. 251.

207 *Ibidem*.

208 *Idem*, p. 252. Sobre la importancia del *Précis* en la teoría colombiana y comparada, véase *supra*, capítulo 3.

a la iusteoría clásica. Para hacer precisamente esto, los reformistas sostuvieron, primero, que las nuevas doctrinas ya se encontraban al interior de las reglas del sistema²⁰⁹. Esta posición fue, en sí misma, una primera concesión al legocentrismo. Posteriormente, y probablemente sin calcular el nivel de entusiasmo y penetración que la nueva teoría podía lograr, aceptaron que el cambio jurídico sólo se conseguía mediante reforma del código. Con estas dos concesiones perdieron su propio centro de gravedad y terminaron en la mitad de las convicciones legocéntricas. La partida quedaba así perdida.

Los tradicionalistas siguieron su línea de argumentación legocéntrica: el derecho es autónomo, es decir, su contenido y reforma no está determinado por fenómenos extrajurídicos (tales como los provenientes de la realidad social). El derecho privado, especialmente, es un cuerpo de reglas más o menos homogéneo con aplicación universal en jurisdicciones de tradición neo-romanística y codificada. La modificación del derecho vigente es posible, por supuesto. Sin embargo, cuando dicha modificación introduce cambios en las reglas tradicionales del *ius commune*, el cambio jurídico debe ser desestimado y excepcional. De manera más específica, se requiere reforma legislativa formal del código si se quieren establecer las nuevas doctrinas del derecho civil moderno. Sólo así se convertirán en herramientas de trabajo para el litigante y el juez. Sin este esfuerzo de recodificación, la jurisprudencia es insuficiente para provocar el cambio jurídico deseado. Los vacíos del derecho no generan producción del derecho por parte de los jueces, sino que invitan a la reforma legislativa. Debido a que la Corte Suprema de Justicia adaptó las nuevas doctrinas jurídicas francesas mediante una metodología libre, los académicos tradicionalistas consideraron que la codificación de dichos principios, así fuera *ex post*, eran absolutamente necesaria para reducir la arbitrariedad ínsita en cualquier ejercicio de activismo judicial. Los jueces sólo aplican reglas preexistentes y positivas de derecho. El débil apoyo que la Corte encontró en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 era, de acuerdo con los tradicionalistas, una sobreinterpretación evidente que dicho texto no soportaba. Así, para J.J. Gómez, era perfectamente posible cambiar el código por medio de la jurisprudencia en Francia, pero no en Colombia. La razón para tal aseveración era que:

"[...] entre los dos países hay disparidades tan hondas, en lo tocante a la cultura general, organización judicial y ambiente, que el paralelo resulta absolutamente imposible.

Los pueblos de larga vida, y sobre todo, de larga historia, y que, como en el caso de la Nación Francesa, han influido, no en la marcha de unos países,

209 Aquí me refiero, por supuesto, al artículo 8° de la Ley 153 de 1887 que Zuleta Ángel transformó en la "regla de cambio" del sistema jurídico.

sino en la orientación del mundo, están mejor capacitados para reclamar y recibir de sus jueces la innovación lenta y firme de sus instituciones. Es una cuestión de cultura, de inteligencia, de preparación, de disciplina [...]. Para la conciencia jurídica hecha sobre las formas literales de la ley positiva, el Derecho es una tabla de fórmulas matemáticas; para la conciencia culta, es un método racional de interpretación de los actos humanos, y se comprende que conforme a la primera —la de los pueblos nuevos— la tarea de los jueces se limite a aplicar la fórmula que en la tabla corresponde al caso de la litis, y con arreglo a la segunda —la de los pueblos de vieja cultura— la labor del juzgador ensanche, vivifique, actualice la norma legal, siguiendo los cambios de la vida [...]. Pero, entre nosotros, la ausencia de esos factores crea precisamente un estado contrario. Nosotros fuimos herederos universales de la escuela exegetica francesa, y aún los somos"²¹⁰.

En resumen, la respuesta del tradicionalismo (que en este momento histórico actúa como fuerza políticamente conservadora) a la apremiante cuestión del cambio jurídico se expresó mediante varias afirmaciones interconectadas: el cambio jurídico *puede* llegar a ocurrir en el futuro por medio de una reforma legislativa al código; en consecuencia, el cambio jurídico *no ha ocurrido* en Colombia por cuanto los únicos entes jurídicos sólidamente reconocibles son las reglas positivas del código. No es posible confiar en principios de derecho, cualquiera que sea su vía de creación (que, como hemos visto, son varias). La nueva jurisprudencia puede indicar, si acaso, una dirección, pero está lejos de constituirse en derecho positivo vigente. Sólo las naciones teóricamente poderosas y con tradiciones jurídicas importantes pueden asumir el riesgo de reformar judicialmente el derecho positivo. Las jurisdicciones no prestigiosas, como las latinoamericanas, deben continuar siendo formalistas y legocéntricas como medio para garantizar la seguridad jurídica. La reforma civil, como la llaman, puede incluso ser conveniente en términos políticos (algunos tradicionalistas lo aceptarían) ya que con ella se previene el surgimiento de tendencias más radicales que podrían, con el tiempo, subvertir las bases del estado liberal. La voluntad política existente por parte del tradicionalismo para discutir el cambio del Código Civil por vía legislativa tiene que entenderse, (i) como estrategia para contener la presencia amenazante del comunismo alrededor del mundo; y (ii) como forma de renegociar las doctrinas que una Corte Suprema antiformalista había creado por sí misma sin el tamiz moderador (en términos políticos y sociales) del sector más tradicional de la profesión²¹¹.

210 Conferencia de J.J. Gómez en *El Ministro de Gobierno*, pp. 46-47.

211 *Ídem, passim*.

El proyecto de reforma civil de Eduardo Santos y Carlos Lozano terminó aceptando la teoría del cambio jurídico propuesta por los tradicionalistas. La diferencia fundamental consistió en que ellos, aunque aceptaron el presupuesto legocentrista, parecen haber creído genuinamente que podrían triunfar en el propósito de hacer un profundo cambio en el código Bello. Tanto para los reformadores como para los tradicionalistas hubo un retorno a la conciencia jurídica clásica aunque es muy probable que sus proyectos políticos fueran altamente divergentes. Los reformadores más radicales se alinearon con Zuleta Ángel y consideraban que la reforma civil ya se había producido. El código, si algo se necesitaba todavía, debía ser armonizado con una jurisprudencia vinculante ya existente, obteniéndose así quizá un beneficio marginal en términos de seguridad jurídica y precisión legislativa, pero nada más. Para ellos era muy claro que la nueva jurisprudencia, metodológicamente anclada en la *libre recherche scientifique* y en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, eran ya derecho positivo irrenunciable. Por este motivo, Zuleta Ángel no aceptó la premisa de que la reforma era necesaria para mantener la validez y eficacia del nuevo derecho civil. El código ya había sido reformado por medio de lo que Miguel Arteaga denominó "disposiciones-fermentos". La tesis de Arteaga²¹², compartida de manera entusiasta por Zuleta Ángel²¹³, iba así: el artículo 8° de la Ley 153, junto con otros materiales dispersos (tales como artículo 5° de la Ley 28 de 1932, el artículo 13 de la Ley 45 de 1936, el artículo 10 de la reforma constitucional de 1936 y el artículo 1° de la Ley 200 de 1936) promulgados durante los últimos años de gobiernos liberales han hecho que el legislador colombiano se haya

"[...] visto inducido a aceptar la tendencia nueva de función social, y haya dado leyes de carácter privado que están influidas en ese principio. Y esas leyes contienen disposiciones de un alcance tan grande y de una idea tan nueva y tan trascendental en el código, que al venir las a formular el legislador, han influido en toda la materia del código, transformándolo; han sido a manera de fermentos. Recuerdan ustedes que los fermentos son sustancias que en pequeña dosis, pueden efectuar un cambio en una gran cantidad de materia en la cual se depositan. De la misma manera, eso que podríamos llamar *disposiciones fermentos*, son tales que al ponerlas dentro del los dos mil setecientos artículos del código, vienen a producir un cambio en gran parte de la materia del Código Civil [...]. De ahí concluiré lo siguiente: [...] el código en sus dos mil setecientos artículos, o en una gran cantidad de ellos,

212 Conferencia impartida por Miguel Arteaga en la Universidad Nacional de Colombia, 1939. En *El Ministro de Gobierno*, pp. 23-29.

213 Zuleta Ángel. En *El Ministro de Gobierno*, pp. 243-264.

se encuentra modificado, reformado, revocado adicionado en virtud de esas disposiciones nuevas dispersas"²¹⁴.

De acuerdo con Arteaga, cada una de estas "disposiciones-fermentos" han modificado, reformado, agregado o corregido cientos de artículos en el código, de forma tal que el código se reformó, según su estimación, en más de una tercera parte²¹⁵. Como respuesta al problema del cambio jurídico, los reformadores locales pensaban que la tarea era sistematizar las reglas de acuerdo a los nuevos principios del derecho civil originados a través de la jurisprudencia y las denominadas "disposiciones-fermento". Para J.J. Gómez, de nuevo expresando las objeciones del tradicionalismo, la teoría de las "disposiciones-fermentos" era absolutamente inaceptable. Por el contrario, consideraba que varias de estas reglas no eran fermentos que reformaran al código. Su visión era exactamente la contraria: el peso total del código (y con el de la teoría clásica liberal del derecho civil) han hecho que estas nuevas reglas deban ser consideradas excepcionales o erróneas, hasta tal punto que es posible afirmar que la validez positiva de tales reglas, incluso las introducidas por la reforma constitucional de 1936, ha finalizado²¹⁶.

7. EL CLASICISMO DESPUÉS DE 1940

Como consecuencia de la derrota de la propuesta de reformar al Código Civil, la conciencia jurídica clásica retomó otra vez el control casi absoluto de la teoría del derecho local. La nueva jurisprudencia antiformalista de la Corte de Oro perdió gran parte de su vitalidad, y aunque abogados y jueces celebraban retóricamente su apertura al derecho moderno (tanto en sustancia como en metodología), tanto unos como otros volvieron a sus viejas formas de decidir y argumentar. Este retorno, después de los años cuarentas, va a establecer una época que podíamos llamar neoclásica. Todos los clichés del antiformalismo (ciencia, realidad, principios, etc.) van a ser superados poco a poco en los años cuarentas y cincuentas cuando un nuevo trasplante teórico absorbe la imaginación y el entusiasmo de los juristas locales: la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, con sus múltiples complejidades, cimentará el positivismo jurídico en la región. En el próximo capítulo exploraré precisamente la recepción y transformación de Kelsen en Latinoamérica. Allí veremos que se trata de una recepción idiosincrásica, pro-

214 Arteaga, *El Ministro de Gobierno*, p. 24.

215 *Ídem*, p. 28.

216 *Ídem*, pp. 41-42.

funda y de muy amplias consecuencias. Así pues invito al lector a que me acompañe en el estudio del "Kelsen" local con el concurso de los métodos utilizados hasta ahora.

CAPÍTULO 5

Kelsen en Bogotá: Lecturas y usos locales de la Teoría Pura del Derecho

"Cuando una delegación de estudiantes latinoamericanos de derecho visita una facultad de derecho en los Estados Unidos, sus colegas norteamericanos tienden a salir del encuentro un poco sorprendidos. Se trata de estudiantes muy jóvenes, algunos de tan sólo 17 ó 18 años, y el tema jurídico del que siempre quieren hablar es la Teoría Pura del Derecho de Kelsen. ¿Son éstos estudiantes de derecho?"

Kenneth Karst y Keith Rosen, *Law and Development in Latin America: A Casebook*, 1975¹

TRASCENDENCIA DE LA TEORÍA PURA DEL DERECHO [SIC]
(‘REINER [ECHTSLEHER]’)

DE HANS KELSEN EN EL URUGUAY

Título de un libro sobre la influencia de Kelsen en Uruguay²

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO

Durante años, como lo demuestra el perplejo comentario de Karst y Rosen, la iusteoría latinoamericana ha sostenido un largo y complejo romance con la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. Esta fijación de la teoría local del derecho con

1 University of California Press, Berkeley, p. 66.

2 Ediciones Jurídicas Fernández, Montevideo. Esta es la traducción de un interesante artículo originalmente escrito en alemán por J. Prat, E. Esteva, H. Rodríguez y J. Saravia. El artículo fue incluido en un proyecto liderado por el *Hans Kelsen Institut* de Viena que trataba de reunir artículos de diversas partes del mundo sobre el impacto de la *Teoría pura del derecho de Kelsen*. El editor de la versión en español, en un error sin mayor importancia, transcribió incorrectamente las palabras del alemán: se lee "REINER ECHTSLEHER" en vez de REINE RECHTSLEHRE, como debiera estar. Como tal, la anécdota sirve como una *metáfora* inicial que marca la añoranza por establecer una conexión con la teoría transnacional del derecho y las lecturas transmutadas que esta preocupación produce en la teoría local. Este capítulo explora, precisamente, la recepción y transmutación de la teoría kelseniana del derecho. Véase *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II*, p. 12, Robert Walter (editor), Manz Verlag.

Kelsen ha llegado a influenciar no sólo a los juristas teóricos sino también a aquellos que tienen una orientación predominantemente práctica. Aunque la ironía en el comentario de Karst y Rosen está en cierta forma justificada, pienso que la transmutación receptiva de la teoría de Kelsen ha sido uno de los episodios más fascinantes del fenómeno de trasplante y recepción teórica con el que uno pueda encontrarse. La fascinación nace de varios hechos: en primer lugar, el interés por dominar los textos de Kelsen en Latinoamérica ha sido muy grande ya que su teoría terminó dándole forma (por razones que serán explicadas más tarde) a una teoría local del derecho de signo positivista altamente funcional e influyente; en segundo lugar, la influencia de Kelsen se construyó sobre lecturas de su obra profundamente idiosincrásicas que difieren de manera clara de las interpretaciones estándares proporcionadas por la teoría transnacional del derecho; por último, aunque trataré de demostrar que existe una interpretación muy difundida de su obra, las tesis de Kelsen han proporcionado en los últimos años argumentos para diferentes proyectos iusteóricos y políticos en la región. Este último punto ilustra, de nuevo, el tipo de pluralismo interpretativo que se genera cuando las teorías viajan de sus sitios de producción a sitios de recepción. Este episodio en la teoría comparada del derecho mostrará la diferencia entre una lectura estándar, internacional y hermenéuticamente completa de la *Teoría pura del derecho* y una *lectura transmutada*, subestándar, local y hermenéuticamente incompleta de la misma obra que la jurisprudencia latinoamericana creó para preservar, al menos en parte, su conciencia jurídica clásica. Igualmente, trataré de mostrar cómo el mismo *corpus* teórico kelseniano fue con posterioridad reinterpretado en la región para combatir (y ya no sólo para justificar) la hegemonía del clasicismo jurídico.

Las principales líneas argumentativas que unen este capítulo con los temas explorados en los anteriores son las siguientes: después de la derrota del antiformalismo social hacia comienzos de la década de los cuarenta, la por entonces recién trasplantada teoría kelseniana³ sirvió para darle un nuevo impulso a la hegemonía

3 Una breve historia de las traducciones al español que han servido para construir la imagen dominante de Kelsen en la región es la siguiente:

1. El primer libro de Kelsen fue traducido al español por Luis Recasens Siches y Justino de Azcárate: se trató del *Compendio de teoría general del Estado*, primera edición, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, Barcelona, 1928. La segunda edición incorporaba un muy interesante estudio preliminar por Recasens (Editorial Bosch, Barcelona, 1934) [en adelante Recasens *Estudio Preliminar*]. Una edición más reciente, que reproduce la segunda pero agregándole un nuevo prólogo por Alberto Casalmiglia, (Editorial Blume, Barcelona) fue publicada en 1979. Los dos prólogos, el de Recasens y el de Casalmiglia, con 50 años de diferencia, son útiles para reconstruir los diferentes usos de Kelsen en la teoría local del derecho. Estas ediciones son la traducción de

del positivismo jurídico en la teoría local del derecho. Desde el punto de vista intelectual, la derrota del antiformalismo social fue posible en la medida en que el kelsenismo

(cont. nota 3)

1. *Grundriss einer allgemeinen Theorie des Staates*, un resumen de la *Allgemeine Staatslehre* de Kelsen. El *Grundriss*, de acuerdo con los traductores, "se publicó como manuscrito en reducidísimo número de ejemplares, destinado a los estudiosos extranjeros, con vista a la traducción, al objeto de que el público de otras lenguas pudiera enterarse, a través de pocas páginas, de los momentos capitales de la teoría kelseniana", *Compendio*, p. 27. La misma historia es confirmada luego por Metall en su biografía de Kelsen, *Vida y obra de Kelsen*, Universidad Autónoma Nacional de México, 1976 [en adelante Metall, *Vida y obra*] p. 111.
2. El segundo libro de Kelsen en español, también traducido por Legaz y Lacambra, fue *La Teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933. El título en español es de alguna manera engañoso puesto que no es una traducción de la *Reine Rechtslehre*, la cual ni siquiera estaba disponible en Alemania por entonces, sino de *Methode und Grundbegriff der Reinen Rechtslehre*, un artículo publicado en Alemania el mismo año (1933). Es, como el *Grundriss*, otra "versión corta" de las tesis de Kelsen para circulación internacional. Sobre este punto véase Carlos Cossio, *Introducción*, en *La teoría pura del derecho*, Tejerino (traductor), 1941, p. 14.
3. Luis Legaz y Lacambra tradujo en 1934 la *Allgemeine Staatslehre* (Teoría general del Estado), publicada originalmente en 1925. La traducción al español, *Teoría general del Estado*, fue publicada en la Enciclopedia de Ciencias Jurídicas y Sociales, Editorial Labor, Barcelona (1934).
4. Legaz y Lacambra y Rafael Luengo Tapia tradujeron dos artículos: *Esencia y valor de la democracia* y *Forma de Estado y filosofía*, Editorial Labor, Barcelona, 1934. Los títulos originales eran, respectivamente, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920) y *Staatsform und Weltanschauung* (1933). El libro contiene una breve *Biografía de Kelsen* por Rafael Luengo y Wilhelm Neumann de poco interés genealógico.
5. Jorge G. Tejerino publica la primera traducción al español de la primera edición alemana de la *Reine Rechtslehre* [de aquí en adelante R.R.I]: *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Losada, Buenos Aires (1941), traducción de *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik* (1934), y que llegó a ser conocida como la "edición completa" para diferenciarla del resumen de 1933. El libro incluye un prólogo de Carlos Cossio.
6. Florencio Acosta traduce por primera vez al español un artículo de la fase norteamericana de la obra de Kelsen, *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, Fondo de Cultura Económica, México, 1943, traducción de la Conferencias Oliver Wendell Holmes dictadas en Harvard, y tituladas originalmente *Law and Peace in International Relations*, 1942. Contiene un prólogo de Luis Recasens Siches.
7. Eduardo García Maynez traduce *El Contrato y el Tratado*, Editorial Imprenta Universitaria, México, 1943, una serie de conferencias sobre derecho privado que Kelsen debía dictar en Ciudad de México en 1942, pero que no realizó debido a una enfermedad.
8. Eduardo García Maynez traduce la *Teoría General del Derecho y del Estado*, Universidad Nacional Autónoma de México, México (1949), versión en español de la *General Theory of Law and State* (1945).
9. Por último, Roberto Vernengo traduce al español la segunda edición alemana de *Reine Rechtslehre*, 1960, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires (1979), que después se vuelve a publicar varias veces y se distribuye ampliamente a lo largo de la región en su versión mejicana de Editorial Porrúa.

suministró una nueva formulación muy creíble de la teoría positivista del derecho que, primero, respondía parcialmente a las críticas de los antiformalistas y que, además, llenó el vacío creado por el rápido ocaso político de la alternativa de Gény. El kelsenismo era entonces considerado como una teoría contemporánea del derecho, creada en los altos círculos de la teoría transnacional del derecho que vino a confirmar en el ámbito local la veracidad y corrección de la mayoría de los antiguos dogmas formalistas y positivistas que hacían parte del credo clásico; y, más importante aún, le dio a dichos elementos un tratamiento más riguroso y más sistemático. Ahora, como resultado de la justificación suministrada por Kelsen, tanto litigantes como teóricos tenían razones suficientes para creer en los elementos positivistas de la conciencia jurídica clásica como explicación casi necesaria de la naturaleza del derecho. En ese orden de ideas, la teoría de Kelsen proporcionó una teoría muy acabada y sólida que volvía a legitimar los elementos formalistas de la cultura pre-Kelseniana tal como estaban condensados en la conciencia jurídica clásica.

Kelsen suministró así una sofisticación muy necesaria a la conciencia jurídica clásica y, como resultado de ello, las sendas de los teóricos y de los prácticos locales parecían unirse, al menos por un tiempo, en la fe positivista. Así, tanto los nuevos textos de derecho privado como los de teoría e introducción al derecho se orientaban en la misma dirección: todos debían entrar a conversar con la teoría jurídica de Kelsen y tomar partido frente a ella⁴. Sin embargo, teóricos y prácticos diferían claramente en cuanto a la forma concreta en la que se debería entender la argumentación de Kelsen.

A pesar de lo anterior, el vínculo de Kelsen con el clasicismo local tiene que ser cuidadosamente explicado ya que a él se le considera, en muchos aspectos y con toda razón, como un fuerte antitradicionalista jurídico⁵. Si los *juristes inquiets* franceses eran juristas modernos y antitradicionalistas, es posible que Kelsen

4 "Ninguna obra sería sobre cualquier tema de la teoría jurídica deja nunca, en nuestra época, de considerar el punto de vista del famoso maestro, y [...] muchas de esas obras son un diálogo con Kelsen o una polémica contra él". Eduardo García Maynez, *Importancia de la teoría jurídica pura*. Fontamara, México (1960), p. 7.

5 "El asunto de la relación de Kelsen con el positivismo jurídico tradicional es aún más difícil" como lo indica Stanley Paulsen en su Introducción a la versión en inglés de la *R.R.I. Introduction to the Problems of Legal Theory*, p. xviii, Clarendon Press, Oxford, 1992 [en adelante Paulson, *R.R.I.*]. En este capítulo utilizo la traducción al español de la *R.R.I.* de Tejerino. Sobre las relaciones entre clasicismo y kelsenismo, véase en especial Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1911; y Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlich Rechtsgeschäft*, 1913. Sobre este mismo problema puede consultarse el artículo de Ian Stewart, *Kelsen and the Exegetical Tradition* en Tur y Twining (editores), *Essays on Kelsen*, Clarendon Press, Oxford (1986), pp. 123-147.

lo fuera más que ellos. Una posible versión del impacto modernista de Kelsen en el derecho local sería la siguiente: la historia y la teoría jurídica latinoamericanas, en los años cuarenta, todavía estaban bajo la égida de teorías católicas y escolásticas de derecho natural derivadas del legado español. El positivismo de Kelsen, por tanto, debió haber ejercido una influencia modernizante en sociedades y derechos aún premodernos. Esta lectura, aunque posible, no parece ser correcta: en nuestro estudio, hasta ahora, está relativamente claro que la teoría del derecho en uso en Latinoamérica se ubicó, al menos desde la adopción nacional del Código Civil, dentro de las fronteras del pensamiento formalista y positivista europeo. Este esfuerzo para consolidar la teoría local del derecho tras las líneas del formalismo se logró de manera lenta pero segura a lo largo de la segunda mitad del siglo diecinueve. Los sistemas jurídicos locales eran un producto predominante de la influencia cruzada de *l'exégèse* y de la *Begriffsjurisprudenz* como lo examinamos antes. A pesar de las diferencias entre las dos escuelas, ambas coincidían en una muy clara tendencia en contra del pensamiento iusnaturalista de corte religioso. Las teorías del derecho natural todavía alcanzaban alguna mención, pero su participación efectiva en la conciencia jurídica era bien marginal⁶. Cuando examinábamos atrás el clasicismo jurídico, llegamos a la conclusión firme según la cual los comentaristas y tratadistas tradicionales (tanto en Francia como en Latinoamérica) no pasaban de hacer mención retórica del iusnaturalismo sin que éste, en realidad, fuera un elemento esencial de su propuesta iusteórica⁷.

6 En el capítulo I he insistido que si uno desea hacer una teoría del derecho nacional y comparada del derecho, es necesario romper las conexiones/relaciones a largo plazo que los eruditos a menudo crean para unir ideales jurídicos contemporáneos con las muy antiguas e innatas imágenes culturales de un país o de una nación. Insistir, como lo hacen muchos, en el catolicismo latinoamericano como la principal característica de su teoría del derecho es caer directamente en las manos de los teóricos de la TTD (tanto locales como transnacionales) que no pueden ir más allá de esta superficial caracterización de los sistemas jurídicos latinoamericanos. Tal como la concibo, la teoría local del derecho tiene que ir del débil análisis basado en las implicaciones teológicas de la conciencia jurídica hacia los textos y prácticas que efectivamente moldean esa conciencia. Una vez se alcanza esto, es sorprendente ver el poco peso que las teorías de derecho natural y del catolicismo en general tienen en la formación de la conciencia jurídica actual. El argumento teológico ha sido utilizado de manera constante como una forma de explicar sociológicamente muchas de las características del derecho y la economía colombianos. Ver, Alfonso López, *La estirpe calvinista de nuestras instituciones políticas*, Tercer Mundo, Bogotá (1966); Salomón Kalmanovitz, *La ley y la economía en Colombia*, en L.G. Arango (editor) *La crisis socio-política colombiana*, Centro de Estudios Sociales/Fundación Social, Bogotá (1997); Karst and Rosen *Law and Development in Latin America: A Casebook* (Derecho y desarrollo en Latinoamérica: Un Estudio) University of California Press, Berkeley (1975), pp. 64 y ss.

7 Ver *supra*, capítulo 3, Sección 3.2.5.

Las dificultades para explicar la alianza entre el positivismo kelseniano y el clasicismo local se tornan más agudas si se tienen en cuenta los muchos puntos en los que Kelsen abiertamente refuta (en una lectura estandarizada de su obra) las creencias iusteóricas del típico abogado práctico latinoamericano. Muchas de las doctrinas que Kelsen presenta en su *Teoría pura del derecho* son contraintuitivas frente al sentido común imperante en la cultura jurídica local: así, por ejemplo, piénsese en sus teorías de interpretación o integración del derecho que resultan siendo muy diferentes de lo que piensa sobre estos temas un típico abogado en Latinoamérica⁸. En este capítulo voy a argumentar que muchos de los puntos de contacto dispares o hasta contradictorios entre el clasicismo y el positivismo kelseniano fueron suavizados e incluso eliminados en las lecturas locales de la obra de Kelsen. La formación de un paradigma jurídico local en el que se mezclan presupuestos tomados del clasicismo con el positivismo kelseniano se logró gracias a la lectura transformadora de la *Teoría pura del derecho*. Por lo tanto, la recepción local de Kelsen ofrece una excelente oportunidad para poner a prueba los métodos de la teoría comparada del derecho así como las estrategias de transformación de los lectores periféricos que he desarrollado a lo largo de esta obra. En este orden de ideas mostraré que existe un cisma creativo entre las lecturas estandarizadas del Kelsen centro europeo y las lecturas locales, transmutadas, curiosas incluso, pero sin embargo tremendamente poderosas del Kelsen en Latinoamérica.

Mi análisis del Kelsen local mostrará, además, que los productos de la teoría transnacional del derecho, de la cual la obra de Kelsen es un ejemplo, son generalmente interpretados de dos maneras alternativas: por un lado, los juristas locales de vocación académica buscan preservar el acostumbrado rigor de la filosofía del derecho y luchan por dar una imagen de Kelsen más cercana a aquella que comparten con académicos de otras partes del mundo. Por otro, sin embargo, existe también un grupo de popularizadores jurídicos que reafirman la conciencia jurídica clásica al hacer énfasis sobre los muchos puntos en que el kelsenismo se parece al clasicismo. Este paralelismo, sin embargo, sólo se puede lograr si, selectivamente, se subrayan los parecidos y se ignoran las tensiones entre ambas teorías. Este capítulo, entonces, expondrá algunas de las dinámicas que se sugieren en el siguiente mapa de transformación:

⁸ Véase Ian Stewart, *The Critical Legal Science of Hans Kelsen*, 17 *Journal of Law and Society* 273, (1990); B.S. Jackson, *Kelsen between Formalism and Realism*, 7 *Liverpool Law Review* 79, (1985).

Teoría local	Teoría Transnacional	Productor teórico Transnacional	Receptores locales	
Positivismo	<i>Reine Rechtslehre</i>	Hans Kelsen	Recepción académica "Kelsen-im-Wien"	1 ^{er} Modo (traducción) (1928-1940) - L. Legaz y Lacambra - L. Recasens Siches
				2 ^{do} Modo (formalización) (1940-1971) - L. Legaz y Lacambra - L. Recasens Siches - E. García Maynez - C. Cossio - L.E. Nieto Arteta
				3 ^{er} Modo (desformalización) (1971-2000) - L.E. Nieto Arteta - O. Correas - C. Gaviria D.
			Recepción Pop Kelsen en Bogotá (1945-2000)	Arturo Valencia-Zea <i>Derecho Civil</i> Múltiples libros de <i>Introducción al Derecho</i>

Para desarrollar este mapa de transformación, haré una breve reconstrucción y análisis de la recepción teórica de Kelsen en Latinoamérica. Tal como lo acabo de sugerir, el análisis tendrá que avanzar en dos niveles diferentes. Primero, de forma resumida trataré de mostrar el destino final del programa de Kelsen en el

quehacer académico, esto es, en los libros y comentarios de académicos que se dedicaron a escribir en el género de la filosofía del derecho y la teoría jurídica⁹. En el segundo, y en contraste con casi 70 años de trabajo académico y filosófico local sobre la obra de Kelsen, los juristas locales generaron, al mismo tiempo, una comprensión más popular, práctica y fácil de manejar de la teoría pura, usualmente contenida en tratados dogmáticos o textos de introducción al derecho y, en consecuencia, profusamente circulada en los espacios de educación jurídica. Esta recepción se llevó a cabo en libros de consumo masivo por oposición a comentarios o traducciones más "filosóficas" relativamente especializadas. A este segundo tipo de recepción de teoría transnacional la he denominado "recepción pop". Este capítulo, aunque explorará algo la recepción académica, básicamente se concentrará en la recepción pop con el propósito de hacer una descripción de los elementos del kelsenianismo que continúan vivos y altamente influyentes en la cultura jurídica local. La sección siguiente se ocupará de la recepción académica. El resto del capítulo tratará de retratar al Kelsen que se popularizó para consumo masivo y como legitimación definitiva del positivismo local contenido en la conciencia clásica.

2. LA RECEPCIÓN ACADÉMICA DE KELSEN

El trabajo académico local sobre la obra de Kelsen constituye un esfuerzo de amplio rango por parte de juristas y profesores latinoamericanos para involucrarse (con relativo éxito) en el mismo plano de otros iusteóricos transnacionales¹⁰, esto

9 Luis Villar Borda escribió un interesante y valioso resumen de la historia de la recepción académica de Kelsen en Colombia. Véase su libro *Kelsen en Colombia*, Temis, Bogotá (1991) [en adelante Villar, *Kelsen en Colombia*].

10 Muchos latinoamericanos merecen mención como miembros distinguidos de los circuitos contemporáneos de estudio y comentario kelseniano: cuatro de los primeros y más reconocidos autores iusteóricos en la región (Recasens, Legaz, García Maynez y Cossio) ganaron su posición de liderazgo intelectual como "seguidores críticos de Kelsen" (Kunz, J. Introducción a *Latin American Legal Philosophy*, p. xxvi. Harvard University Press, Cambridge (1948). Más contemporáneamente, varios autores son también reconocidos como neo-kelsenianos locales con proyectos intelectuales propios de alta sofisticación y reconocimiento transnacional: Roberto Vernengo, *Kelsen's Rechssätze as Detached Statements*, en *Essays on Kelsen* (Ensayos sobre Kelsen) 99-108, Clarendon Press, Oxford (1986); Carlos Alchurrón y Eugenio Buliygin, *The Expressive Conception of Norms*, en *New Studies in Deontic Logic* pp. 95-124, Reidel, Dordrecht, 1981; Carlos S. Nino, *Some Confusions About Kelsen's Concept of Validity*, 64 *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* pp. 357-77, 1978; e Inés Weyland, *Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts*, en *Essays on Kelsen*, pp. 249-69.

es, en interpretaciones y contribuciones sofisticadas a la *Teoría pura del derecho* a partir de un análisis sistemático de la obra completa y polifacética de Hans Kelsen. Este tipo de reconstrucción nos ayudará a entender el significado político, social y cultural que cierta reconstrucción local de un *Kelsen-im-Wien* pretendió tener en Latinoamérica. Este tipo de recepción académica expresa el destino de los textos kelsenianos en manos de filósofos jurídicos locales que luchan por estar conectados a los círculos de la teoría transnacional del derecho¹¹. Estas lecturas normalizadas y académicas de la obra de Kelsen fueron en sí mismas fundamentales para la generación de tres estilos diferenciados de kelsenianismo en la región: en primer lugar, hablaré de un período de "traducción"; después de un período de "formalización"; y, finalmente, de un período de "desformalización" del pensamiento kelseniano.

La recepción académica de Kelsen, pues, se llevó a cabo en tres estilos diferentes, con sus correspondientes tipos de género literario y en tres períodos de tiempo más o menos distinguibles: (i) Comenzando en 1928 y hasta 1940, hubo un período de temprana traducción de Kelsen liderado por jurisconsultos como Luis Legaz y Lacambra y Luis Recasens Siches en el cual la tarea consistía precisamente en "traducir" a Kelsen, esto es, en hacer conocer sus textos en español, pero más importante aún, en comprender de la forma más fiel posible sus temas y argumentos básicos¹².

(ii) En un segundo momento de recepción académica, una vez que los principios del kelsenismo habían sido suficientemente entendidos, muchos iusteóricos locales comenzaron a intentar elaborar sus propios análisis de teoría del derecho. La mayor parte de ellos compartía la creencia, primero, que la exposición kelseniana

11 Recasens, Luis. *Vida humana, sociedad y derecho: Fundamentos de la filosofía del derecho*. Casa de España, México (1939) [de aquí en adelante Recasens, *Vida humana*]. El siguiente párrafo indica bien la gran confianza que Recasens sentía en la recepción académica por oposición a la recepción pop: "Claro que todas las gentes tienen alguna idea respecto del derecho, como, en suma, la tienen también sobre todas las cosas que se encuentran en la vida. En el mundo hallamos magistrados y policías, ventas, alquileres, depósitos, salarios, leyes, abogados, notarios, diputados, cárceles, tutores, herencias, etc. Y, para todos, es obvio que esas cosas —y un sin fin de otras análogas pertenecen al reino de lo jurídico. Ello resulta tan obvio como que las rosas y los guisantes pertenecen al sector de lo botánico. Pero se trata de conocimientos meramente aproximados, superficiales, inseguros, al buen tun-tun; en suma, de lo que se llama conocimiento vulgar, es decir, a medias, ignorante de sus razones, sin firme asidero, fluctuante y azaroso" (énfasis añadido).

12 Véase *supra* a pie de página la lista de las traducciones tempranas de algunas de las obras más importantes de Kelsen.

del derecho era definitivamente correcta en varios puntos de la teoría jurídica; pero también pensaban que la explicación kelseniana admitía mejoramiento en algunos puntos en que no era completamente consistente. Por lo tanto, y con el propósito de realizar tal mejoramiento, comúnmente se decidieron por algún tipo de eclecticismo teórico¹³. Esto fue interpretado por la mayoría como un esfuerzo para continuar y perfeccionar la teoría pura del derecho, aunque en ocasiones con la necesidad de "desviarse" de ella. Los latinoamericanos comenzaron a construir teorías predominantemente positivistas del derecho en las que la propia originalidad de sus autores es parte del avance y desarrollo de una escuela transnacional de pensamiento jurídico. En mi apreciación, y los documentos disponibles parecen confirmarlo, esta generación de escritores expresa en una amplia variedad de formas una ansiedad de influencia kelseniana con la cual lucha permanentemente¹⁴. Los

13 Mi reconstrucción de este tipo de recepción académica se basa fundamentalmente en los siguientes textos: Luis Legaz y Lacambra, *Kelsen, Estudio crítico de la Teoría pura del derecho y del Estado de la Escuela de Viena*, Barcelona (1933), (con un prólogo de L. Recasens); Luis Legaz y Lacambra, *Las tendencias dominantes en España en la filosofía jurídica, política y social*, en Wilhelm Sauer, *Filosofía jurídica y social*, Editorial Labor, Barcelona (1933); Luis Recasens, *Estudio preliminar*, ver supra, 1934; Luis Recasens, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, Porrúa, México (1956, 1980) [de aquí en adelante Recasens, *Nueva filosofía*].

14 Recasens, por ejemplo, tiene dos clases de escritos: en su etapa temprana, como discípulo de Kelsen, muestra una gran capacidad para entender y exponer con claridad las doctrinas básicas del maestro. Así, en su *Estudio introductorio al Grundriss* de Kelsen de 1933 adopta un estilo meramente descriptivo. Sólo es con gran precaución y cuidado que Recasens arriesga alguna crítica a la *Teoría pura del derecho* (pp. 86-110). Con el tiempo, sin embargo, Recasens desarrollará su identidad como iusfilósofo independiente y ya no sólo como un mero seguidor de escuela. Ejemplo de ello está en su libro *Vida humana, sociedad y derecho* de 1939: allí busca construir una filosofía del derecho más o menos propia. No obstante, en esta nueva fase la presencia implícita de Kelsen es todavía sobrecogedora, aunque cada vez más se acepte menos explícitamente. Así, en *Vida humana*, Recasens afirma que "el lector que se sienta interesado por conocer las peripecias intelectuales a cuyo través mi pensamiento se ha ido decantando en diálogo con otros autores, puede acudir en muchos casos a mis publicaciones precedentes", pág. x. En este libro hay escasas referencias a Kelsen (no más de diez notas pie de página en 380 páginas), la mayoría de ellas indicando los puntos de separación del maestro o reclamando para sí la originalidad respecto de alguna variación o modificación de una posición kelseniana. Adicionalmente, su retórica teórica va mostrando nuevas influencias: adopta así un tono crecientemente existencialista extraído, según su propia confesión, de la obra de Brentano, Meinong, Husserl, Scheler, Hartmann, Ortega y Gasset, y Heidegger. Sin embargo, se tiene la inequívoca impresión después de leer el libro de que el núcleo de su posición iusteórica (a pesar de la retórica existencialista) sigue siendo básicamente kelseniano. En Colombia, Valencia Zea ciertamente lo interpretó así, como una exposición de kelsenianismo, como veremos más adelante.

principales representantes de este segundo momento de alta recepción son, nuevamente, L. Legaz y Luis Recasens; junto con ellos, las figuras más jóvenes del mexicano García Maynez, del argentino C. Cossio y del colombiano L.E. Nieto Arteta. Esta segunda fase de kelsenianismo local va desde 1940 hasta finales de los años 60, y constituye, como explicaré luego, una interpretación que subraya los elementos formalizantes de la teoría de Kelsen.

He dicho antes que mi mayor interés en este capítulo es el de analizar la recepción pop y la penetración de Hans Kelsen en los círculos prácticos del derecho local. La recepción pop, como veremos más adelante, se llevará a cabo en tratados de derecho civil y en libros de introducción al derecho. En este punto, sin embargo, es importante ver las principales diferencias entre la recepción pop y la recepción académica de Kelsen en la teoría local del derecho: los receptores académicos (tales como Recasens y Legaz) se presentan a sí mismos como iusfilósofos académicos¹⁵. Desde este punto de vista, tienen una clara conciencia del hecho de que el nuevo tipo de positivismo de Kelsen genera una crisis muy significativa frente al clasicismo local; clasicismo y kelsenismo no constituyen un continuo en la teoría del derecho. Los receptores académicos prestan mucha atención a los nuevos argumentos que Kelsen trae para darle un verdadero soporte científico al positivismo jurídico. Muchos de estos argumentos, sin embargo, descalifican implícitamente creencias del clasicismo. Los receptores pop, en cambio, yuxtaponen el positivismo kelseniano sobre el clasicismo local, inventando así una continuidad entre estrategias harto divergentes para justificar el formalismo en teoría del derecho. Desde un punto de vista modernista, se podría leer a Kelsen como el autor que trata de reconstruir una teoría positivista del derecho dentro de una orientación verdaderamente científica y racional. Uno de los propósitos explícitos de su obra consistía en superar los viejos mitos de la exégesis liberal del XIX que había definido de una manera muy precaria al positivismo jurídico (debilidad suficientemente probada por los múltiples ataques, en su mayoría no satisfactoriamente resueltos, lanzados desde el antiformalismo): "No se han extraído las últimas consecuencias del principio positivista oficialmente reconocido; a decir verdad, la ciencia jurídica no está orientada en sentido positivista de modo integral, aunque sí preponderantemente"¹⁶. Como lo revela esta cita, Kelsen tenía una clara conciencia de su conexión teórica con el positivismo liberal del siglo XIX. Incluso afirma, para abundar en el mismo tema que:

15 Recasens, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, pp. 18-22 (en los cuales se indican las diferencias entre una filosofía jurídica "académica" y una "no académica").

16 Ver, R.R.I. § 10.

“La posibilidad y necesidad de semejante teoría ya ha sido demostrada por el hecho milenar de la ciencia jurídica, que, en tanto existe un Derecho, está al servicio, como jurisprudencia dogmática, de las necesidades intelectuales de los que se ocupan con el Derecho. No hay razón para dejar insatisfechas estas necesidades absolutamente legítimas, y para renunciar a tal ciencia jurídica”¹⁷.

Aunque el positivismo aparece así como un dato muy estable de la iusteoría, Kelsen era consciente de que tal justificación de la dogmática jurídica necesitaba una revisión y mejoramiento profundos. Igualmente era claro que su nueva presentación del positivismo constituía una fuerte crítica a la mayor parte de la anquilosada estructura teórica del positivismo del siglo XIX. La estrategia de los receptores pop latinoamericanos consistió en presentar a Kelsen de manera tal que se ignoraban las diferencias cualitativas que existían entre el nuevo positivismo kelseniano y el viejo textualismo exegético. De esta manera, formaron una ficticia comunidad teórica entre los imaginarios de la dogmática jurídica clásica y el neopositivismo, sumamente sofisticado de Kelsen. Así para los receptores académicos, la obra de Kelsen representaba una *ruptura* con la conciencia jurídica clásica; en la recepción pop, en cambio, esta misma obra establecía *continuidad* y brindaba relegitimación al positivismo del siglo XIX.

De esta forma los receptores académicos tratan de compartir con otros una lectura transnacional de la obra de Kelsen de acuerdo con los protocolos estandarizados de la teoría transnacional del derecho. Para hacer esto, los autores locales se ubican muy cerca del sitio de producción de la *Teoría pura del derecho*. Bajo este horizonte de interpretación, el trasplante kelseniano debería generar crisis, y no normalización en el positivismo local. Así, en su Introducción al *Grundriss* de Kelsen, Recasens insiste una y otra vez en el tema general de que la *Teoría pura del derecho* es “la más controversial” entre las recientes escuelas iusteóricas. La teoría del derecho y del Estado había sufrido una crisis y “para provocar esa crisis quizá el revulsivo de mayor fuerza ha sido la doctrina de Kelsen”¹⁸. Tal como A. Calsamiglia de manera dicente lo expresará años después respecto al mismo texto kelseniano, “la novedad kelseniana se pone de manifiesto en la creación de un nuevo método para resolver problemas viejos. La utilización de ese método le condujo a poner la dogmática alemana sobre sus pies”¹⁹.

17 *Ídem*, § 16.

18 Recasens, *Estudio preliminar*, nota 3 *supra*, 3.1, p. 22.

19 A. Calsamiglia, *Prólogo al compendio general de la teoría del Estado*, p. 9.

En segundo lugar, y fuera de la conciencia de crisis en la dogmática jurídica clásica que el kelsenismo sugiere, los receptores académicos locales harán grandes esfuerzos para desviarse de la doctrina del maestro como muestra de su propia originalidad²⁰. Así las cosas, desplegarán ciertos argumentos para alejarse de Kelsen (aunque conservando el marco general de su teoría): en una línea de crítica, la teoría de Kelsen será fuertemente castigada por no haberse conservado “al día” con los recientes desarrollos de la filosofía europea. Precisamente en este sentido, Recasens pretende subrayar el hecho de que Kelsen equivocadamente crítica, en su separación tajante entre naturaleza y norma (ser/deber ser), una versión pasada de moda de las ciencias sociales (especialmente de la sociología y la psicología); en el interregno entre los *Hauptprobleme* de 1911 de Kelsen (en donde el asunto del sincretismo metodológico en derecho es claramente explicado y criticado) y el temprano período de traducción al español de obras como el *Grundriss*, las ciencias sociales habían sufrido un cambio paradigmático desde una temprana (e ingenua) epistemología naturalista hasta las mucho más confiables reconstrucciones hermenéuticas de sus métodos²¹. En otra variante de este mismo tema, Recasens encuentra equivocado el neo-kantianismo idealista de Kelsen. De acuerdo con Recasens, esta trampa “idealista” debe evitarse y Husserl, por ejemplo, ofrece un buen contra-modelo en el que se equilibran certeramente el realismo ingenuo y el idealismo subjetivo²².

(iii) Finalmente, en el tercer y último de los períodos de recepción académica, la mayor parte del trabajo llevado a cabo por los kelsenitas locales fue dirigida a contrarrestar parcialmente la lectura formalizante de los dos primeros períodos de recepción. El propósito era (y todavía lo es) ofrecer una interpretación crítica y desformalizadora de la *Teoría pura del derecho*. Esta nueva interpreta-

20 Los kelsenianos locales son en extremo críticos con el maestro cuando buscan construir su autonomía iusteórica: Recasens es un buen ejemplo de ello. No obstante, el caso más conocido es el de la disputa de Cossio con Kelsen sobre el valor intelectual autónomo de la “teoría egológica del derecho”, nombre que el profesor argentino le dio a su particular mezcla de kelsenismo y filosofía europea de mitad de siglo. La controversia se hizo tan agria que tiempo después Kelsen acusó a Cossio de utilizar, sin su autorización, textos suyos en un libro intitolado *Problemas escogidos de la Teoría pura del derecho. Teoría egológica y Teoría pura*, Kraft, Buenos Aires (1952). Sobre la disputa Cossio-Kelsen, ver Métall, *Vida y obra de Kelsen*, p. 94 y Neil Duxbury, *Carlos Cossio and Legal Egological Theory*, 2 Ratio Iuris 275, (1989).

21 Recasens, *Estudio preliminar*, p. 100, afirma que el Estado no es conocido como un objeto exterior; por el contrario, debe ser “interpretado” y “entendido” de acuerdo con la nueva sociología.

22 *Ibid.*, p. 110.

ción estaba dirigida a aliar a Kelsen, no con el proyecto de confirmación de la hegemonía del tradicionalismo jurídico local, sino a favor de una crítica del mismo. Esta lectura antihegemónica de la obra de Kelsen la inició Luis Nieto Arteta y todavía la producen filósofos del derecho muy cualificados como Carlos Gaviria en Colombia y Óscar Correas en México. Esta lectura alternativa posicionó a Kelsen como un escritor anti-tradicionalista, por oposición al significado que le había sido atribuido a su trabajo por las recepciones académica y pop más usuales. La estrategia de argumentación de estos autores consistió en corregir las primeras lecturas transmutadas que se hicieron de la *Teoría pura*. Esta última forma de recepción académica de la obra de Kelsen fue un nuevo esfuerzo para reconstruir un "Kelsen en Viena" en directa oposición al "Kelsen en Bogotá" del clasicismo jurídico (tal como se fue caracterizado en la recepción pop de su obra). Para hacer esto, los autores locales hacen esfuerzos por contextualizar la obra de Kelsen muy rigurosamente en la época intelectual que escribió, con los contactos intelectuales que lo rodearon y, fundamentalmente, con una lectura íntegra de su producción intelectual inmensa y compleja. Los comienzos de esta interpretación se pueden encontrar en el seminal libro de Luis Nieto Arteta, "La Interpretación de las normas jurídicas", publicado en 1971 a partir de una conferencia originalmente dictada en Argentina en 1944²³. Dado que este uso crítico de la doctrina de Kelsen pertenece al antiformalismo contemporáneo que se da en la región a partir de los años setentas, postergaré su análisis hasta que discutamos este tema en el próximo capítulo dedicado a la recepción local de la teoría jurídica contemporánea.

Hay una serie de mecanismos de lectura típicos que usaron los iusfilósofos latinoamericanos para reconstruir localmente un "Kelsen en Viena": de manera muy sucinta, podría decirse que estos mecanismos siempre tienen que ver con una lectura del "texto" de Kelsen en íntimo contacto con los subtextos y cotextos de su obra. Por subtexto me refiero a aspectos tales como los amigos, enemigos y predecesores iusteóricos de Kelsen, la historia personal o académica del autor, o los conflictos políticos o sociales de relevancia intelectual en el sitio de producción que permiten la interpretación más cabal de su iusteoría²⁴; por contexto, entiendo una referencia más completa al *opus* de Kelsen, incluyendo el análisis *conjunto* de libros y artículos que a menudo se han separado en los

23 Luis Nieto Arteta. *La interpretación de las normas legales*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá (1971) (*).

24 He utilizado esta técnica en mi traducción y notas del texto de Duncan Kennedy, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Uniandes, Bogotá (1999).

diferentes géneros y disciplinas en los que Kelsen contribuyó intelectualmente²⁵. La recepción pop, por supuesto, es parcialmente el producto de lecturas locales realizadas en contextos hermenéuticos pobres, esto es, lecturas en las que no se recurre a los sub-textos o co-textos propios de la Teoría Pura del Derecho. La recepción académica, especialmente en el tercer estilo que he tratado de describir, busca la reconstrucción de la Teoría Pura del Derecho mostrando sus aspectos más críticos a través de una lectura académica más rigurosa y completa en que se incluyen los subtextos y cotextos imprescindibles para una cierta comprensión del pensamiento kelseniano.

Los receptores académicos contemporáneos típicamente proceden a la reconstrucción de un Kelsen más complejo mediante la utilización de varias estrategias: (i) en primer lugar, buscan reubicar a Kelsen en los contextos originales de producción de su obra, especialmente en los círculos intelectuales de un muy polifacético modernismo centroeuropeo (con capital en Viena) propio de los años veinte y treinta: por tanto, la lectura contemporánea local de Óscar Correas enfatiza la conexión entre Kelsen y Freud²⁶; en un enfoque similar, Carlos Gaviria subraya los lazos existentes entre el antiformalismo de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen y los aportes innovadores de Wittgenstein en la filosofía del lenguaje o del movimiento de la *Bauhaus* en arquitectura y diseño²⁷. En segundo lugar, (ii) estos receptores académicos también estructuraron su contralectura mediante una invitación a leer el *opus* kelseniano más allá de los temas básicos consignados en la *Reine Rechtslehre*. De esta manera, la recepción académica contemporánea de la obra de Kelsen buscaba enfocarse en una interpretación más matizada, rigurosa y completa de su doctrina en vez de las interpretaciones transmutadas y estratégicas ciertamente muy populares que brindaba la recepción pop. La lectura pop de la *Teoría pura* ignoraba relativamente el contexto de producción de las tesis de Kelsen y estratégicamente abreviaba los textos de su *opus* que debían estudiarse,

25 Métall, por ejemplo, divide la obra de Kelsen en cinco categorías más o menos distinguibles: teoría general del derecho, filosofía del derecho, exposición y crítica de los fenómenos jurídicos positivos, teoría política y crítica ideológica. Los límites entre estos géneros están claramente demarcados por razones epistemológicas. Véase Métall, *Hans Kelsen, vida y obra*, pp. 110-8.

26 Ver, Óscar Correas, *Presentación en El otro Kelsen*, pp. 10-1, Universidad Nacional Autónoma de México, México (1989) [de aquí en adelante Correas, *El otro Kelsen*].

27 Carlos Gaviria, *Kelsen, Wittgenstein y las fronteras del lenguaje*, pp. 11-23, Estudios de derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquia (1981). En este artículo Gaviria vincula la teoría pura al mundo intelectual vienés en el que también se mueven hiper-modernistas como Wittgenstein, Loos, Musil y Schönberg.

limitándose así a la *Reine Rechtslehre*, y dentro de ésta, a los capítulos de la misma que fueran más asequibles para la conciencia jurídica clásica. Como consecuencia de esta estrategia, y para exacerbar el conflicto interpretativo del Kelsen latinoamericano, la recepción académica de Kelsen sirvió tanto para apoyar como para criticar la conciencia jurídica clásica, mientras que su recepción pop buscaba inequívocamente enfatizar la inalterada continuidad y mutua confirmación del positivismo pre-kelseniano y de la teoría pura del derecho.

Aunque la historia de la recepción académica de un autor puede ser un tema interesante por sí mismo, he argumentado desde el comienzo de este libro que con ella se tiende a mistificar, a intelectualizar y a exotizar los puntos más importantes de la teoría del derecho local. Entre otros defectos, una historia exclusiva de la recepción académica tiende a hacer invisible la jurisprudencia "no académica", pero altamente influyente de los abogados, estudiantes y jueces locales; frecuentemente concentra sus esfuerzos en el agotador esfuerzo de comprender la teoría del derecho de conformidad con las lecturas estandarizadas propias de los sitios de producción, pero, a contracara, tiende a ignorar las transmutaciones que se realizan en las lecturas locales; en consecuencia de lo anterior, se trata de una estructuración del kelsenismo en el que los productos locales resultan incompletos o insatisfactorios frente a las reconstrucciones hermenéuticas completas realizadas en las jurisdicciones prestigiosas. Estas interpretaciones locales, por tanto, sólo merecen ser "corregidas" para que se ajusten a las expectativas del kelsenismo transnacional²⁸. Más aún, los legatarios intelectuales oficiales del kelsenismo en Latinoamérica (autores como Kunz y Métall) insisten en mostrar a Kelsen en actitudes de aprobación o reprobación del trabajo de los discípulos locales según la medida de alejamiento que éstos últimos muestren frente al maestro. La reconstrucción que hace Kunz de la filosofía jurídica latinoamericana es en sí misma una forma de adular a los kelsenitas locales y de catapultarlos a una posición más o menos monopólica en la escena intelectual local. También los receptores pop, a su manera, se rindieron ante la hegemonía kelseniana, aunque con frecuencia se expusieron al castigo de los receptores académicos debido a las lecturas transmutadas e insatisfactorias, desde el punto de la corrección hermenéutica, que hacían de la *teoría pura del derecho*. Conviene ahora que mostremos algunas de las dinámicas muy influyentes de la recepción pop de la iusteoría de Hans Kelsen.

28 Joseph Kunz, biógrafo de Kelsen, fue su estudiante primero y su sucesor después en algunas de las clases en Berkeley. Ver Métall, *Hans Kelsen, vida y obra*, p. 90. En la presentación que hace del libro *Latin American Legal Philosophy*, Kunz comete, uno a uno, todos los errores que describo en el texto.

3. EL GIRO KELSENIANO EN LA DOGMÁTICA LOCAL: EL CASO DE ARTURO VALENCIA ZEA

La conciencia jurídica clásica, tal como la analizamos en el capítulo 3, recibió un impacto de gran importancia debido al proceso de recepción en Latinoamérica de las nuevas corrientes del positivismo, pero muy en especial, de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen. La traducción de los libros del alemán al español se hizo de manera más o menos temprana. Muy pronto, esos libros fueron incorporados por los juristas locales a su labor dogmática y pedagógica. Se empieza a realizar así una recepción pop de la obra de Kelsen. El resultado fundamental de esta recepción pop fue el de ajustar el positivismo kelseniano a los contornos del positivismo local que ya venían de la teoría clásica del derecho. El antiformalismo social examinado en el capítulo anterior había generado crisis en la teoría clásica pero su contrapropuesta, en realidad, no llegó a calar lo suficiente como para minar los fundamentos esencialmente positivistas y exegéticos de la cultura jurídica local. La recepción de Kelsen fue utilizada esencialmente para confirmar tal cultura positivista pre-kelseniana, aunque, como hemos visto, ese no es el significado único ni necesario de la propuesta del jurista centroeuropeo. Con la traducción y recepción de Kelsen, la dogmática del derecho privado y sus convicciones teóricas básicas se vieron reforzadas por una interpretación específica de la *Teoría pura del derecho* que le dio credibilidad teórica al análisis jurídico clásico que, con el tiempo, se había vaciado de contenidos teóricos. Kelsen aportaba, por medio de lecturas locales de su obra, un escudo iusfilosófico que afianzaba al clasicismo. De la misma forma, proporcionaba una visión tranquilizadora de la cientificidad del derecho; los litigantes y doctrinarios locales sintieron que este tipo de argumentación reducía de manera muy importante la ansiedad que había introducido la crítica antiformalista.

El clasicismo jurídico del primer cuarto del siglo XX, propio del derecho civil codificado y doctrinalizado, sentó las bases para la recepción pop y la lectura transmutada de Kelsen. Quedan, sin embargo, preguntas fundamentales por responder: ¿De qué manera en concreto se crea en la conciencia jurídica local una alianza entre el clasicismo y el positivismo kelseniano? La respuesta a esta pregunta nos permitirá analizar ahora los tratados de derecho civil local que se empiezan a publicar en la década de los cuarentas y donde empieza a darse el fenómeno de mezcla entre los contenidos tradicionales y la nueva iusteoría kelseniana. Una ruptura fundamental en la teoría local del derecho ocurre cuando los tratados de derecho civil abandonan parcialmente la metodología y retórica del derecho que hemos analizado hasta ahora, y cambian su marco de referencia hacia los problemas y el lenguaje teórico planteados en la *Teoría pura del derecho*: exégesis, conceptualismo y antiformalismo social le abren paso al positivismo de Kelsen

como marco teórico fundamental del nuevo derecho. La teoría de Kelsen, como he dicho, terminará siendo más afín con una interpretación cerradamente positivista del derecho: su recepción, por tanto, parecerá confirmar una comprensión textualista del derecho y servirá, de otro lado, para abandonar las ganancias metodológicas y doctrinales que habían aportado la *Begriffsjurisprudenz* y la teorías anti-formalistas de los "juristas inquietos". El proceso de abandono del clasicismo y la aceptación de la teoría kelseniana puede verse, con toda claridad, en la redacción lenta y progresiva del *Derecho civil* de Arturo Valencia Zea²⁹. El libro de Valencia Zea es un testigo excepcional del proceso de cambio iusteórico y, en cuanto tal, ocupará un lugar predominante en la narración que haré en este capítulo de la utilización pop de la teoría pura del derecho.

El contenido dogmático del tratado de Valencia es más o menos similar al de los otros tratados de derecho civil. Esta continuidad dogmática, sin embargo, puede esconder al lector inatento los giros iusteóricos decisivos que allí se manifiestan. Este giro en el marco de referencia teórico también se vio reflejado de manera notable en los nuevos libros de "Introducción al derecho", en los que se presentaba, para uso de los estudiantes primerizos, los problemas más genéricos de metodología, historia, doctrina y teoría básica del derecho. Los libros de derecho civil y de introducción al derecho son, en realidad, los sitios en los que, aún hoy, se construyen las habilidades básicas del abogado alrededor de un puñado de lecturas transmutadas de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen. Este proceso de recepción kelseniana en libros con orientación dogmática y práctica me permitirá explicar cómo las habilidades básicas de leer, interpretar, integrar y, en general, comprender el sistema jurídico llegaron a estar cercanamente relacionadas tanto con el clasicismo como con un tipo específico de lectura transmutada del positivismo de Kelsen.

El empeño de Arturo Valencia en escribir un nuevo tratado de derecho civil para la segunda mitad del siglo XX dice mucho acerca de la transformación de la teoría local del derecho. La genealogía de su tratado es quizá la manera más clara de ver como los imaginarios teóricos cambiaron rápidamente en un breve período de tiempo, e ilustran muy bien qué tipo de equilibrio alcanzó la teoría del derecho local después de dos décadas muy dinámicas (1936-1957) en la

29 Esta es una de las primeras y más influyentes presentaciones de la recepción pop de la obra de Kelsen; el *Derecho civil* fue publicado en 1957. Para esta época el nombre de Kelsen ya era muy conocido entre abogados prácticos y teóricos. Sin embargo, su penetración en la cultura jurídica cotidiana se llevaba a cabo más lentamente.

ARTURO VALENCIA ZEA

DERECHO CIVIL

TOMO I

PARTE GENERAL Y PERSONAS



EDITORIAL TEMIS BOGOTÁ

1957

Carátula original de la obra de Valencia, *Derecho civil*, impresa en 1957. Su influencia en el derecho civil nacional es enorme.

PRIMERA DIVISION

NOCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO

SECCION PRIMERA

DEFINICION, CARACTERISTICAS Y CLASIFICACION DEL DERECHO.—SUS RELACIONES CON OTRAS CIENCIAS

I.—DEFINICION DEL DERECHO

1.—Dos divisiones comprende esta Introducción general al derecho. En la primera se expondrán los principios directores sobre la noción del derecho, su orientación general, su carácter específico, y principalmente las fuentes de las normas y el método de interpretación jurídica. La segunda abarca un estudio global y sintético de los derechos subjetivos.

2.—**Bibliografía.**—a) J. del Vecchio, "El concepto del Derecho", trad. de M. Castaño, 1914; b) Lévy-Ullmann, "Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques, I, La définition de Droit"; c) R. Stammler, "Tratado de Filosofía del Derecho", trad. W. ROCES, p. 63 a 123 y 209 a 289; d) Bonnetcase, "Introduction à l'étude du Droit", 1931, p. 5 a 41 y 290, N° 187; e) Fr. Consentini, "Filosofía del Derecho", 1930, p. 33 a 48; f) L. Recasens Siches, "Vida humana, sociedad y derecho", 1939, p. 1 y s.; g) N. M. Korkunov, "General Theory of Law", 1922, p. 41 a 165.

3.—**El objeto de una definición del derecho.**—Definir el derecho es señalar algunos de sus caracteres específicos capaces de indicar el espíritu de las normas jurídicas, com-

Primera página del proyecto *Curso de derecho civil colombiano* (1945) de Arturo Valencia. Estructurado originalmente bajo los postulados de Gény y su libre investigación científica, este texto daría un giro importante en su versión de 1957 donde el autor lo adapta a las exigencias de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

discusión iusteórica. Las diferencias son sumamente claras cuando se compara la obra de Valencia con los viejos tratados escritos a finales del siglo XIX por Claro Solar, Vélez, Champeau y Uribe o Rodríguez Piñeres. El nuevo tratado de Valencia se convirtió, en la segunda mitad del siglo XX, en el libro paradigmático de derecho civil tanto para estudiantes como para litigantes. Así lo corroboran sus múltiples ediciones y su influencia contemporánea que el tiempo no ha menguado³⁰. Valencia publicó una primera versión de su tratado en el año de 1945, titulada de la misma manera como el libro de Champeau y Uribe: *Curso de derecho civil colombiano*. En esta primera versión de su tratado, Valencia todavía está claramente inmerso en la disputa de los años treinta entre formalismo y antiformalismo. En su versión de 1945, el tratado de Valencia Zea expresaba toda la incertidumbre que los años treinta habían causado en la teoría local del derecho. A esta altura, Valencia toma partido inequívocamente con los *juiristes inquietes* y trata de hacer en la doctrina del derecho lo que la Corte Suprema había intentado con su jurisprudencia: presentar un derecho civil renovado para la nueva época mediante la utilización de la metodología de la "escuela científica". Pero para la época histórica la realización de este proyecto ya estaba agotada y Valencia pronto cambiará de objetivo. En una nueva y más completa redacción de su obra, titulada ahora *Derecho Civil*, Valencia deja a un lado el antiformalismo francés y adopta la *Teoría pura del derecho* que parecía ahora más a tono con las expectativas positivistas de la cultura jurídica local. Así, en la edición definitiva de su tratado de 1957, Valencia cambia de partido teórico hacia el positivismo kelseniano y genera una lectura del derecho civil fundamentada primordialmente en algunos de los principios de la *Teoría pura del derecho*, abandonando así la mayor parte de las tesis antiformalista y sociológicas que su libro había suscrito en la versión de 1945.

La edición de 1957 es la más aguda e influyente presentación de esta compleja construcción teórica en la que la dogmática civil clásica asume el ropaje de un positivismo contemporáneo. Para realizar este objetivo, porciones y pedazos de la TTD son transformados para racionalizar y afianzar una teoría positivista del derecho privado que continúa moldeando la conciencia jurídica de hoy en día. Este uso de Kelsen, sin embargo, no es único o necesario ya que, como hemos visto, autores académicos precisamente se han servido de la *Teoría pura*, en otra interpretación posible, para combatir la conciencia jurídica clásica.

30 La del año 2000 es la décimo quinta edición del *Derecho civil*. El libro original, *Curso de derecho civil colombiano*, fue publicado en Bogotá por la editorial Siglo XX. [En adelante Valencia, *Curso*].

3.1. El "Curso de derecho civil colombiano" de 1945

El tránsito entre las ediciones de 1945 y 1957 del libro de Valencia Zea muestra cómo los tratados locales de derecho civil abandonaron parcialmente tanto la retórica clásica como la antiformalista. El *Curso de derecho civil colombiano* de 1945 comienza con esta afirmación:

"Este Curso [...] pretende llenar una de las grandes lagunas de nuestra literatura jurídica. Si bien es cierto que las últimas transformaciones del derecho privado han encontrado amplia acogida en nuestro país, de lo cual da fe la nueva legislación civil que aunque fragmentaria y dispersa se orienta en un sentido completamente diferente a la del Código Civil de 1873, las nuevas doctrinas de la [...] Corte Suprema de Justicia en su continua y tenaz tarea de adaptar las viejas normas a los nuevos hechos económicos y sociales del tiempo actual, no es menos cierto que hace falta una obra que exponga el derecho civil en su integridad y un riguroso método científico de interpretación"³¹.

El "riguroso método científico" que Valencia está proponiendo en 1945 es el mismo que los *juristes inquietes* franceses (y los antiformalistas de esta época, en general) han recomendado para volver a conciliar el derecho con las ciencias sociales. Valencia es al respecto incluso más audaz que Zuleta Ángel y la Corte de Oro, por cuanto menciona de forma explícita la posibilidad de generar mediante esta metodología argumentos de conveniencia y políticas públicas (y no sólo contra-principios de derecho civil). En ese sentido, la recepción que Valencia hace de la *école scientifique* parece ser más completa. En consecuencia se reconoce que:

"Al estudiar en una sociedad las uniones ilegítimas formadas al margen del matrimonio, tanto el jurista como el sociólogo andan en su investigación una buena parte del camino de acuerdo. Ambos investigarán las causas de estas uniones, sus resultados, el tanto por ciento de hijos ilegítimos en relación con los hijos legítimos, la protección o no protección que el Estado da a dichas uniones y a los hijos nacidos en ellas"³².

Tal como lo revela la cita, Valencia escribe un tratado de derecho civil colombiano similar a las nuevas obras que se publican en Francia bajo la impronta

31 Ver el *Plan general* que encabeza el libro de Valencia, p. 5.

32 *Ibid.*, en 22.

de la *école scientifique* iniciada por Gény: entre ellos se encuentran el "Tratado Elemental de Derecho Civil" de Marcel Planiol³³, el "Curso Elemental de Derecho Civil Francés" de Colin y Capitant³⁴, el "Curso de Derecho Civil Positivo Francés" de Josserand³⁵ y, finalmente, el "Tratado Elemental de Derecho Civil Francés" de Bonnetcase³⁶. El libro de Valencia de 1945 trata de ser la expresión local de esa sensibilidad, pero una vez más termina mostrando una característica general de la literatura jurídica local: su exposición es atrapada finalmente por el rapaz espíritu de eclecticismo teórico que le impele a usar casi todos los recursos de la teoría del derecho a su alcance sin ser consciente de las tensiones potenciales y reales (a veces simplemente irresolubles) al interior de tal mixtura³⁷. Como sucede con otros libros y argumentaciones que hemos examinado anteriormente, el libro de Valencia redujo bibliotecas muy complejas para construir una coalición teórica que le diera soporte a su propio proyecto reconstructivo del derecho privado local. Para lograrlo, el *Curso* estructura la definición del derecho como el cruce de caminos entre tres elementos teóricos diversos: de un lado, la forma del derecho (es decir, el derecho como sistema de reglas que le permite recoger la contribución de Kelsen); en segundo lugar, la sustancia del derecho (en el que permite la participación de un derecho natural mínimo al servicio de las necesidades fundamentales de los hombres); y, finalmente, los objetivos del derecho (en el que Valencia reproduce en la teoría local del derecho la noción de *Zweck* -fines- expuesta por Rudolf von Ihering)³⁸.

33 Marcel Planiol, *Traité Élémentaire du Droit Civil*, París (Segunda Edición 1901). También hay versiones en español e inglés: *Tratado elemental de derecho civil*, Puebla, Cajicá (1945); y *Treatise on the Civil Law*, Louisiana State Law Institute, St. Paul, Minnesota (1959).

34 Colin y Capitant, *Course Élémentaire du Droit Civil Français*, Daloz, París, 1914. La versión en español se titula *Curso elemental de derecho civil*, Revista General de la Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1922, Demófilo de Buen (Traductor).

35 Louis Josserand, *Cours de Droit Positif Français*, Sirey, París (1932).

36 J. Bonnetcase, *Traité Élémentaire de Droit Civil*. La versión en español se titula *Tratado elemental de derecho civil*, Harla, México (1993).

37 El libro de Valencia de 1945 es uno de los últimos defensores entusiastas de la jurisprudencia de la Corte de Oro. Este elemento de su teoría del derecho sobrevivió incluso cuando se realiza el cambio paradigmático hacia la *Teoría pura del derecho* de Kelsen en 1957. Nótese, sin embargo, que Kelsen muy seguramente hubiese reprobado dicha jurisprudencia por sus fundamentos insuficientemente positivistas.

38 La división tripartita que hace Valencia es en general tomada del mismo Recasens y es parte de una argumentación ecléctica destinada a sobrepasar la unilateralidad metodológica de la *Teoría pura del derecho*. Recasens, en un orientación que retomarán más tarde otros teóricos locales como el brasileño Miguel Reale, adopta un tipo de *trialismo jurídico* (ver, en general, Recasens, *Vida Humana*). Según esta presentación, el derecho tiene un aspecto formal, un aspecto sustantivo (la perma-

Con relación al primero de estos temas, el de la forma del derecho, Valencia fundamentó su discurso en un Kelsen de segunda mano tal y como se dejaba ver a través de la presentación que del mismo hacía Recasens³⁹. Cuando explica el aspecto "formal", Valencia usa la idea de pureza del derecho, claramente derivada de la *Reine Rechtslehre*, pero la combina más adelante con la dirección sociológica de los antiformalistas franceses. De esta forma, Valencia afirma en un sorprendente párrafo que: "[...] por eso debemos cuidarnos de confundir e identificar el derecho con la ley escrita. Ésta sólo puede revelarnos una parte del fenómeno jurídico; al jurista y al juez corresponden dirigirse a la realidad social y buscar allí el derecho en *toda su integridad y pureza*"⁴⁰. Los tópicos kelsenianos centrales tales como la pureza del derecho o la distinción entre *Sollen* y *Sein* (ser y deber ser)⁴¹ son empleados por Valencia Zea con el fin de definir el ámbito específico de la ciencia jurídica por oposición al de las ciencias naturales o causales. El propósito de adentrarse en la investigación sobre el concepto de derecho es "comprender su finalidad y [sus diferencias con] otras normas como las de moral, sociolo-

(cont. nota 38) nencia de las necesidades humanas que trascienden la teoría positivista) y un aspecto teleológico (los fines del derecho como una manera de introducir dentro del derecho los valores y fines de la acción humana). Este tipo de *trialismo* será fundamental en Valencia; con el tiempo, sin embargo, se manifiesta una clara tendencia a hacer más énfasis en el componente formal-kelseniano del tríptico. Ver también Recasens, *Estudio preliminar*, p. 100.

39 En la edición de 1945 del *Curso* de Valencia no hay referencias directas a la obra de Kelsen. A pesar de ello, Valencia usa de manera muy profusa el libro *Vida humana, sociedad y derecho* de Recasens; en la sección que del *Curso* que se dedica a las "personas jurídicas", Valencia llega a afirmar que los problemas teóricos que se desprenden del concepto de "persona" en el derecho civil ya habían sido definitivamente resueltos por Kelsen: "La última concepción sobre las personas —la doctrina de Hans Kelsen— da solución definitiva a tan intrincado problema". La exposición allí sigue muy de cerca la que se presenta en *Vida humana*, pp. 145 a 184. Y Valencia expresa el mismo entusiasmo de Recasens por el hallazgo de una teoría tan coherente y poderosa como la de Kelsen. En contraste, Valencia ya cita directamente a Kelsen en el libro de 1957; aún más, este libro ya contiene toda la bibliografía primaria de Kelsen disponible en español para esa época. Ver Arturo Valencia, *Derecho civil*, Temis, Bogotá (1957).

40 Valencia, *Curso de derecho civil colombiano*, p. 18. La cita aúna la crítica antiformalista de la *loi* (en oposición al *droit*) y la mezcla con la retórica Kelseniana acerca de la pureza del derecho. En la teoría kelseniana, sin embargo, este párrafo de Valencia es incomprensible porque la pureza del derecho no se encuentra, de ninguna manera, acudiendo a la realidad social. Adicionalmente, la teoría de Kelsen busca precisamente suprimir falsas dualidades como la que se sugiere con la distinción entre *droit* y *loi*. En otra parte, Valencia se apoya en la retórica kelseniana de la pureza, como cuando explica, sin hacer cita directa, que "las reglas de derecho internacional no son parte del concepto *puro* del derecho". Ver, *ibidem*, p. 9.

41 *R.R.I.* nota 5, *supra*, p. § 11.

gía, etc."⁴². Cuando todo indica que Valencia está a punto de confinar el derecho a su propia esfera de autonomía epistemológica, coincidiendo así con Kelsen en el rechazo a la aplicación indebida del "sincretismo metodológico" en la ciencia jurídica, Valencia termina recomendando cómo una de las formas de hallar la pureza del derecho consiste, precisamente, en la aceptación de las conexiones muy cercanas, si no la identidad directa, entre el derecho y las ciencias sociales: "El derecho es una rama de las ciencias sociales"⁴³. Esto significa, en concreto, que el derecho no es simplemente, como lo afirman los positivistas, las normas vigentes según las propias reglas de producción escalonada del derecho, sino que se trata del producto de una nación y, como tal, tiene que ser reconocido y estudiado como un fenómeno sociológico e histórico externo. Citando al Ihering del *Der Geist* y adoptando muchas de las ambivalencias del jurista alemán, Valencia señala que "[...] el jardinero no crea las flores. La reflexión y la voluntad no han podido ciertamente, crear el derecho; pero cuidarlo, regarlo, podarlo, hé ahí lo que pueden hacer y han hecho siempre los hombres"⁴⁴. En consecuencia, según Valencia, se debe distinguir claramente entre derecho y ley y se debe tratar de recordar siempre que el derecho no sigue la misma suerte de la ley. Se trata, simplemente, de dos cosas diferentes⁴⁵.

La ley es sólo el resultado de un proceso formal de promulgación legislativa, mientras que el derecho refleja la historia de una nación y las "[...] aspiraciones individuales, las de los grupos sociales y las de la colectividad"⁴⁶, con una fraseología que recuerda muy de cerca a la *Interessenjurisprudenz* alemana⁴⁷. Haciendo énfasis en el concepto de derecho (el que es usado para designar conjuntamente la historia, los propósitos y las raíces sociológicas del derecho) Valencia trata de criticar lo que él considera son las tendencias racionalistas⁴⁸, artificiales⁴⁹, e individualistas⁵⁰

42 Valencia, *Curso de derecho civil colombiano*, nota 31 en § 8.

43 *Ídem*, p. 12.

44 *Ídem*, p. 13.

45 *Ídem*, p. 16.

46 *Ídem*, p. 17.

47 *Ídem*, pp. 17-19 (refiriéndose Valencia a la importancia de los *intereses sociales* en el derecho pero sin dar una fuente iustéorica específica).

48 *Ibid.*, pp. 12-13 (en las que Valencia menciona críticamente el "imperio despótico del racionalismo jurídico").

49 *Ibid.*, p. 17 (haciendo referencia a que "[...] las realidades y los hechos de nuestro siglo han puesto de relieve el artificialismo (sic) de esta concepción").

50 *Ibid.*, p. 17 (mostrando que "[...] durante el siglo XIX [...] fue un derecho esencialmente individualista").

del derecho civil clásico. Si se acepta que el derecho es un producto histórico y sociológico, se debe proceder al análisis de la estrecha relación que existe entre el estudio formal del derecho y algunas de las ciencias sociales y normativas tales como la sociología, la economía y la moral⁵¹. Pero, como el lector lo habrá reconocido por sí mismo, no parece posible reconciliar este tipo de lenguaje sociológico con la recepción, en el mismo texto, de la autonomía jurídica que Kelsen postula a través de su crítica al sincretismo metodológico.

En segundo lugar, Valencia explica el aspecto "sustantivo" del derecho para mostrar que los contenidos tradicionales del derecho privado no son contingentes sino, por el contrario, la expresión de necesidades humanas a las que el sistema jurídico debe constantemente referirse. La idea de "necesidades humanas" sirve aquí para naturalizar el "esquema institucional" clásico⁵² del derecho civil. Así, las eternas necesidades humanas coinciden con la estructura tradicional del derecho civil: tales necesidades siempre presentes incluyen, según Valencia, el reconocimiento de las personas naturales y jurídicas, la necesidad de apropiación de las cosas para la producción y el consumo (los *iura in rem* de los cuales la propiedad es el ejemplo quintaesencial), las necesidades de intercambio y circulación de bienes, servicios y capital (el llamado régimen de *iura ad rem*, que regula el derecho de las obligaciones y los contratos), los derechos legítimos (tanto personales y patrimoniales) que se derivan de la reproducción humana heterosexual⁵³ (tal como se expresan en el derecho sucesoral y otras reglas de derecho civil relacionadas con la familia), y por último, el reconocimiento de la "necesidad" de que exista un Estado que garantice el orden social y todas las reglas jurídicas anteriormente mencionadas. Los contenidos del derecho, cimentados en la noción de "ne-

51 *Ibid.*, pp. 19-27 (dedicando varias páginas a la estrecha relación entre estas "ciencias sociales").

52 El "esquema institucional" es una manera abreviada para referirse al ordenamiento clásico del derecho privado romano que se halla en los tratados pedagógicos antiguos, especialmente en las *Institutas* de Gayo y Justiniano. Ver, Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, Oxford (1962), pp. 61-63 (describiendo la importancia estructural de las *Instituciones* de Gayo en la enseñanza y exposición posterior del derecho civil).

53 No resulta fácil entender cómo, al hablar de *necesidades*, Valencia puede contener la amenazadora presencia de la *homosexualidad* en el derecho civil de personas y familia. La angustia que este tema le produce a Valencia es una característica muy notoria de las dos versiones (1945 y 1957) de su tratado. Ver Valencia, *Curso de derecho civil*, p. 10; Arturo Valencia, *Derecho civil*, Editorial Temis, Bogotá (1957), [en adelante Valencia, *Derecho civil*] (al insistir en la necesidad social de preservar la protección estatal hacia las familias heterosexuales monógamas, evitando así la "prostitución" de los grupos humanos).

cesidades" humanas permanentes son, ciertamente una descripción más o menos sociológica de las instituciones clásicas del derecho civil de estirpe románica: personas, propiedad, contratos, familia y, por último, Estado. En concordancia con esta presentación más bien tradicionalista de los contenidos del derecho, Valencia termina su análisis teórico con la mención de los fines o propósitos del derecho. Aquí, sin embargo, no parece tener mucho que decir y se contenta con una flaca referencia a la "paz social y la disciplina" que el derecho debe propiciar⁵⁴.

En medio de este amplio eclecticismo teórico, el libro de Valencia de 1945 se identifica, en lo general, con la teoría de los *juristes inquietes*, pero, por supuesto, no está en posición de realizar efectivamente un verdadero programa de investigación socio-jurídica del cual se deriven consecuencias doctrinales concretas. Como resultado, Valencia terminó reforzando la construcción de tibios "principios-fines" (en oposición a los metodológicamente más agresivos "principios-políticas públicas") tal como habían sido anunciados por la jurisprudencia de la Corte de Oro⁵⁵. Junto con la Corte Suprema, Valencia insistirá en el hecho de que los principios-fines que se identificaron por medio de la metodología de la *école scientifique* suponen una relación mucho más cercana entre el derecho y la moral que las posiciones positivistas tradicionales no estaban preparadas a aceptar⁵⁶. Por último, Valencia refuerza en su libro el mito creado por Zuleta Ángel en el sentido de que los materiales positivos del derecho legislado en Colombia ya contenían las reglas que permitían el cambio de sensibilidad teórica y doctrinal. De ahí que Valencia

54 Valencia, *Derecho civil*, 1945, p. 11.

55 *Ibid.*, p. 114. En este párrafo Valencia recita, uno a uno, los puntos centrales del credo antiformalista:

"Resumen general. En el derecho colombiano existen textos legales que resumen las nuevas tendencias doctrinales y legislativas respecto de las fuentes del derecho y del método que debe adoptarse en la interpretación de la ley: a) En la ley escrita no se encuentra todo el derecho positivo [...] b) El intérprete colombiano debe emplear estos instrumentos en la interpretación de toda la ley: la equidad, el espíritu general de la legislación, la doctrina constitucional [...] no se debe buscar una supuesta "voluntad del legislador" [...] c) Pero además de la ley escrita nuestra legislación postula la existencia de otras fuentes formales del derecho como la jurisprudencia [...] d) Cuando sea imposible encontrar una solución en las fuentes formales del derecho, el intérprete debe recurrir a las fuentes reales del derecho cuyas soluciones se manifiestan mediante el procedimiento de la libre investigación científica [...]"

56 *Ibid.*, p. 24:

"Las relaciones entre el derecho y la moral se hacen cada vez más íntimas; nuestro tiempo es testigo de cómo el derecho se infiltra día a día de las soluciones de la moral".

afirme que las bases de la *libre recherche scientifique* ya se encuentran en los conceptos legales de "equidad", "doctrina constitucional" y "principios generales del derecho" (contenidos en los artículos 5º, 8º, 13 y 48 de la Ley 153/87)⁵⁷. Incluso va un paso más allá de Zuleta Ángel e intenta modernizar las reglas de interpretación del derecho que están incluidas en los artículos 25 a 32 del Código Civil. Según Valencia, estas reglas van en contravía de la doctrina moderna y muy en especial en contra de las metodologías de interpretación recomendadas por la *école scientifique* de Géný: su tesis, sumamente audaz, consistía en afirmar que los artículos 25 a 32 del Código Civil debían considerarse derogados implícitamente ya que en ellos se plasmaban los métodos de interpretación de *l'exégèse* y del conceptualismo alemán⁵⁸. Esta tesis, sin embargo, no será reiterada en el libro de 1957.

Es interesante tratar de resumir a esta altura la dirección teórica del Curso de Valencia de 1945. Es un libro de transición en el sentido en que recoge tardíamente la dirección sociológica de la nueva escuela francesa, aunque ya anuncia, a pesar de sus inconsistencias, la llegada de un nuevo positivismo jurídico representado por el trabajo de Hans Kelsen. Valencia ve con simpatía el programa de autonomía epistemológica del derecho, pero todavía se inserta en el "sincretismo metodológico" de la "escuela científica". Saluda con entusiasmo la nueva jurisprudencia de la Corte, pero pronto retornará a una comprensión mucho más positivista y dogmática del derecho. Extiende la tesis de Zuleta en el sentido de afirmar que en el derecho positivo colombiano ya estaba la fuente legal para la realización de la revuelta antiformalista. Sin embargo, esta creatividad interpretativa muy pronto habrá de parecer excesiva y, en consecuencia, será abandonada. Este texto, pues, constituye el último ejemplo del antiformalismo social y el primero del neopositivismo kelseniano. Como lo mostrará el *Derecho civil* de 1957, lo que queda hacia delante es una profundización e interiorización del concepto de derecho tal y como lo describe Hans Kelsen.

3.2. Enrique Kelsen en Bogotá: el "Derecho Civil" de 1957

La edición de 1957 de su tratado, ahora con el más asertivo título de *Derecho civil*, adopta completamente el kelsenismo y deja a un lado casi toda la retórica

57 *Ibid.*, p. 103:

"De tal manera que la investigación del derecho por los jueces en Colombia está prevista y formulada por la constitución y las leyes; ella flota en el espíritu del orden jurídico".

58 *Ibid.*, pp. 70-7.

antiformalista. El siguiente cuadro refleja los principales cambios en la teoría básica de derecho que sustenta su tratado:

Curso de Derecho Civil Colombiano (1945)	Derecho Civil (1957)
El derecho es una ciencia social.	El derecho es puramente normativo (esto es, se trata de una ciencia de "deber ser" en la que se dan vínculos de imputación entre hechos y consecuencias jurídicas). En consecuencia, debe ser nítidamente distinguida de las ciencias de causalidad natural como la mayor parte de las ciencias sociales.
Hay una clara interconexión entre derecho y moral. El derecho deriva de la moral sus contenidos normativos.	Debe haber una estricta separación entre derecho y moral. Se asumen una posición escéptica sobre la posibilidad de tener conocimiento moral traspasable al contenido del derecho.
El derecho tiene fines o propósitos políticos legítimos que debe perseguir como, por ejemplo, aquellos consagrados en la Reforma Constitucional de 1936.	El derecho no debe perseguir fines o propósitos políticos.
Las reglas de interpretación legal han sido modificadas en el sentido de permitir la "libre investigación" recomendada por la escuela científica de Géný.	Las reglas de interpretación legal contenidas en los artículos 25 a 32 del Código Civil positivizan, en el ámbito local, el método tradicional de interpretación originalmente expuesto por Savigny.
El origen de las normas jurídicas se encuentra en la realidad como respuesta a cambios en las necesidades sociales.	El origen de las normas jurídicas, en una teoría pura del derecho, se analiza sin conexión alguna a realidades de naturaleza sociológica.
Para entender una norma jurídica, se debe descubrir su estructura sociológica.	Para entender una norma jurídica, se debe examinar su estructura lógica (<i>Rechtssatz</i>).

A pesar de este sorprendente cambio en su teoría del derecho, Valencia no hace mayores esfuerzos explícitos de justificación del mismo. La coherencia entre los tratados de 1945 y 1957 no parece presentarle un problema a su autor. En efecto, Valencia no parece estar preocupado con el drástico cambio de su posición antiformalista temprana a la adopción muy integral del positivismo kelseniano.

Valencia considera, en efecto, que puede recorrer libremente el espacio vacío de la TTD ya que su tarea consiste en actualizar la teoría subyacente a la dogmática jurídica. Así, al comentar el enunciado kelseniano según el cual "el derecho esta constituido por normas", Valencia escribe: "Sin duda, una de las conclusiones más importantes de la actual ciencia del derecho es ésta, o sea, la de fijar con precisión el objeto de un orden jurídico. Todos los juristas están hoy conformes con Kelsen al decir que 'el orden jurídico es un sistema de normas de derecho'; podrá discutirse la naturaleza de cada norma; pero existe acuerdo en que todo el derecho son normas. Este es uno de los grandes méritos de la teoría kelseniana o teoría pura del derecho"⁵⁹. Para él, la importación de la "actual ciencia del derecho" basta para justificar un cambio tan radical en la organización y contenido de su libro. La idea de "ciencia actual" allana los posibles sacrificios que el cambio en dirección podría traer al compromiso político o moral de su obra. Sin embargo, este cambio es aún más revelador: el tratado de 1945, escrito en el tono crítico y la dirección social de la *école scientifique*, era en sí mismo una manifestación de la "ciencia actual" en la que predomina la necesidad de mostrarse en sincronía con la ciencia jurídica europea del momento sin compromiso explícito con sus temas políticos y morales. La ciencia del derecho europea, así, va respondiendo a la necesidades sociales de su momento; ese contexto, sin embargo, resulta notablemente oscurecido en los procesos de importación teórica. La acumulación de autores e influencias, unos encima de otros, es una característica común del eclecticismo local que, además, ofrece importantes ventajas psicológicas al autor local: en primer lugar, el autor que se suscribe a una nueva corriente del pensamiento jurídico no abandona necesariamente las anteriores, así se trate de una crítica explícita de las mismas; en segundo lugar, se desenfatan los elementos políticos y morales necesarios en la construcción de ciencia jurídica, asumiéndose siempre un tono relativamente neutro e imparcial que desconoce o niega los proyectos políticos que hay detrás de los modelos de ciencia jurídica.

Las diferentes estrategias de transformación de textos originales que hemos discutido antes salen a la superficie en la nueva edición de 1957 del "Derecho civil" de Valencia Zea. Después de separar las diferentes partes estructurales que forman un continuo argumentativo al interior de una misma teoría del derecho, los autores locales empiezan a mezclar elementos tomados de teorías jurídicas diversas y, con frecuencia, incompatibles. Así, el libro de Valencia está precedido por una "introducción general" en la que expresa una sensibilidad constructivista y conceptualista en la que Savigny y su escuela resultan ser los maestros irrem-

59 Valencia, *Derecho civil*, 1957, p. 18.

plazables del derecho civil. En este sentido, su *Introducción general* reproduce nuevamente las preocupaciones y los compromisos teóricos del viejo tratado de 1898 de Champeau y Uribe. En consecuencia, la introducción le insiste al lector que el libro no está fundamentado en las metodologías de *l'exégèse*. Por el contrario, se trata de un tratado que explica la estructura de los principios del Derecho Civil: "Exposición de principios esenciales del derecho civil actual, antes que una árida exposición de misteriosas fórmulas o de nociones vacías de contenido: tal es la tarea que nos proponemos"⁶⁰. En este sentido el libro de 1957 se alimenta tanto del antiguo conceptualismo alemán como de la orientación neo-positivista de la *Teoría Pura de Kelsen*. Mezclas eclécticas de este tipo ya hemos visto cuando, por ejemplo, los conceptualistas tratan de hacer compatible su modelo de ciencia jurídica con los nuevos aportes del antiformalismo social francés⁶¹, o cuando, viceversa, los antiformalistas de nueva generación pretenden mostrar que su esfuerzo no rompe radicalmente con la tradición conceptualista⁶².

Pero la aceptación tardía del conceptualismo alemán en la *Introducción general* está encaminada a un cambio más profundo de influencia geojurídica en la obra de Valencia. La literatura jurídica local había cimentado más allá de toda duda un espacio de continuidad doctrinal con el Código francés y sus comentarios y tratados. Muchos de los textos nacionales, como vimos antes, fueron impresos y distribuidos desde París. La comunidad jurídica local aspiraba a ser francesa y no era un accidente que el tratado escrito con la presencia legitimadora de Champeau (un francés) llegara a ser considerado como la cúspide de la conexión entre Colombia y Francia. Se aceptaba además, casi como un artículo de fe, que el Código de Bello, si no una copia directa del de Napoleón, estaba por lo menos tan profundamente inspirado en él como para considerarlo descendiente directo de la misma familia jurídica⁶³. En vez de ello, Valencia comenzó un proceso de redefinición de la identidad del derecho privado tratando de desasociarlo, al menos parcialmente, de las influencias doctrinales y teóricas francesas: "Muchos han creído, y es ésta una creencia bastante difundida en los círculos jurídicos del país, que Bello no hizo otra cosa que copiar, a lo más, adaptar el derecho contenido en el Código de

60 *Ídem*, p. 9.

61 Véase *supra*, capítulo 4, sección 2.

62 Véase *supra*, capítulo 4, sección 5.

63 Sobre la idea de familias jurídicas véase en general, René David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 1964. Para una completa discusión de la aplicación del concepto de familias jurídicas en Latinoamérica, ver Jorge Esquirol, *The Fictions of Latin American Law (Part I)*, 1997 *Utah Law Review* 425, en especial las páginas 456 a 458.

Napoleón de 1804. Por tanto las doctrinas más idóneas para exponerlo serían las de los expositores franceses. *Esta creencia es inexacta*⁶⁴. Por esta razón, el libro de 1957 comenzó con una reapreciación de la tradición alemana en derecho civil al mostrar que el Código de Bello estaba principalmente en deuda, no particularmente con el derecho civil francés sino, en general, con el derecho civil romano. Como parte de esta tradición romanista, la forma correcta de llegar a conocer la sustancia del Código era incorporar dentro del mismo las diferentes maneras en que el derecho romano había sido elaborado y teorizado en toda Europa durante el siglo XIX. Puesto que el Código era en realidad parte del derecho romano, y no una copia del derecho francés, era necesario reconstruirlo teniendo en cuenta la influencia de todas las principales escuelas romanistas. Una de ellas, por supuesto, era la francesa, pero las otras dos, también importantes, se habían originado en Alemania y España⁶⁵. Estos diferentes tipos de civilística neorománica sugerían que el Código de Bello tenía que ser leído como la suma del derecho romano moderno o actual (*heutigen Römischen Rechts*), y no como una mera copia del Código Napoleón. Este reposicionamiento histórico permitió que la civilística local entrara en conversaciones más intensas con la ciencia europea no francesa del momento. Como resultado de ello, la ciencia del derecho civil local entra en un nuevo circuito de influencia académica. La conclusión general, de acuerdo a Valencia, fue la de rechazar las ideas que se tenían comúnmente acerca del Código Bello:

“Dos afirmaciones grotescas debemos repudiar. La primera, creer que el Código de Napoleón es el padre espiritual del Código de Bello. Y la segunda (más ridícula aún), pensar que aquellas instituciones que no coinciden con el Code Napoleón, fueron inventadas por Andrés Bello (para lo cual se le atribuyen especiales dotes de jurista y de genio). Bello no merece tanta deshonra ni tanto honor. La obra de Bello representa simplemente la expresa recepción del derecho civil vigente en Europa en el siglo XIX”⁶⁶.

Esta nueva genealogía del Código Bello le permitió a Valencia descubrir “el verdadero origen de los principios esenciales que informan el Código de Bello”⁶⁷. Este “verdadero origen” se expandía a través de un mundo jurídico más

64 Valencia, *Derecho civil*, 1957, p. 1 (énfasis añadido).

65 *Ibid.*, p. 4:

“¿De cuál de estas corrientes romanísticas se derivó el Código de Bello? De forma exclusiva, de ninguna de ellas, pues en grado acentuado Bello se inspiró de las tres”.

66 *Ibid.*, p. 8.

67 *Ibid.*, p. 9.

ancho⁶⁸ que no estaba dominado por la tiranía de la doctrina francesa sino que se hallaba abierto, en especial, a la ciencia alemana del derecho. La presencia de estos argumentos históricos le permitió a Valencia reproducir en Suramérica la antigua inquina científica y política franco-alemana que inició Savigny con su panfleto sobre *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (“Sobre la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia jurídica”) que se había publicado por primera vez en 1814. Pero esta nueva ubicación geo-jurídica tuvo complicaciones adicionales: se convirtió en la recepción, no sólo de la ciencia alemana del siglo XIX (algo que los primeros tratadistas ya habían logrado), sino también, y quizás más importante, en los nuevos desarrollos alemanes del siglo XX en teoría del derecho y derecho civil. En el derecho civil, esto significó el detallado estudio del BGB alemán de 1900 y, más interesante aún, la yuxtaposición de la doctrina generada por dicho texto legal (ejemplo de una segunda generación de códigos civiles creados para reaccionar precisamente contra las deficiencias de la primera generación, que ya tenía un siglo de antigüedad) sobre las perdurables reglas del Código Bello (miembro él de la primera generación de códigos); en la teoría del derecho, mientras tanto, la nueva filiación geo-jurídica significaba el trasplante de la Teoría Pura del Derecho.

Una vez que esta ampliación del mundo jurídicamente relevante estaba consolidada, Valencia muestra, desde las primeras páginas en que discute el “concepto del derecho”, su nueva lectura germanófila y kelseniana de la teoría del derecho de la que se servirá como trampolín para explicar el derecho privado. Así, al elaborar el concepto de derecho, Valencia comienza por mostrar, primero, que todo el derecho está conformado por normas jurídicas y, segundo, que las normas jurí-

68 *Ibid.*, p. 8:

“El mérito principal de Bello consistió en haber comprendido que es imposible crear un sistema jurídico original”.

Inmediatamente después de escribir esto, Valencia cita directamente a Bello:

“Se han puesto al alcance (de nuestra República) todas las adquisiciones intelectuales de los pueblos que le han precedido, todo el caudal de sabiduría legislativa y política de la vieja Europa”.

Y a von Ihering:

“El aislamiento es el crimen capital de las naciones, porque la ley suprema de la historia es la comunidad [...]. Sería tanto como no tomar naranjas porque no han madurado en nuestros huertos”.

En la página 9, Valencia termina su acusación de la siguiente forma:

“Los viejos juristas que creyeron que Bello fue un genio y había creado un sistema originario, cometieron grave error, fruto de su ignorancia en cuestiones históricas y de su falta de madurez mental”.

dicas tienen una estructura básica que las identifica en oposición a otros tipos de enunciados normativos que se encuentran en la ley pero que no satisfacen plenamente dicha forma lógica de base⁶⁹. Esta estructura básica de la norma jurídica, por supuesto, coincide en un todo con la teoría de la *Rechtssatz* (proposición jurídica) de Kelsen. El manual de derecho civil se fundamenta ahora, de manera integral, en la *Teoría pura del derecho* de Kelsen: Valencia utiliza a todo lo largo del libro palabras en castellano tales como "proposición" (*Rechtssatz*), "puro" y "pureza" (*rein, Reinheit*) para referirse a la estructura lógica de la norma jurídica. También habla, en una metáfora de su invención, de las dos "ramas" de la norma jurídica, insistiendo en que en ellas se unen una situación fáctica (la primera "rama") a una consecuencia jurídica (la segunda) por medio del modo lógico de imputación que debe distinguirse rotundamente del mecanismo natural de causalidad⁷⁰. En derecho, entonces, las consecuencias jurídicas *deben* seguirse después de la ocurrencia de hechos típicos descritos⁷¹; en la naturaleza, en cambio, las consecuencias siguen necesariamente a las causas. En el mismo orden de ideas, y contrario a lo que sostenían los imperativistas, Kelsen insiste (y Valencia claramente le hace eco) en que la forma lógica de imputación es un condicional normativo (si... entonces) y no un imperativo⁷². La misma teoría kelseniana de la *Rechtssatz* también implicaba la aceptación de una robusta teoría de la coercibilidad del derecho (ya presenté en los viejos tratados, como el de Vélez, pero confirmada ahora por una presentación más coherente y estructurada): una conducta humana tipificada en la ley pero que no reciba sanción o consecuencia jurídica claramente imputada a ella, no reúne los criterios mínimos de la norma jurídica reconstruida (*Rechtssatz*)⁷³.

69 Valencia, *Derecho civil*, 1957, pp. 11-2:

"El derecho se nos revela mediante normas, denominadas también reglas, preceptos o leyes. La norma es una proposición en la cual se encuentran dos troncos o partes: un hecho de la vida de las personas y una consecuencia-resultado o efecto".

70 *Ibid.*, pp. 10-18 (al explicar el "aspecto formal o lógico del derecho").

71 *Ibid.*, p. 13:

"Si bien es verdad que el hecho de la naturaleza también está gobernado por leyes, no obstante son de diferente calidad la *ley natural* y la *norma jurídica*" (énfasis añadido).

72 Kelsen, *R.R.I.*, p. 23:

"La *Teoría Pura del Derecho* [no entiende] la norma legal, como una norma moral, como un imperativo —el enfoque usual de la teoría tradicional— sino que el comprender la norma jurídica como un juicio hipotético expresa la relación específica de un material real condicionante con una consecuencia condicionada".

73 Valencia, *Derecho civil*, 1957, p. 15:

"No es norma jurídica la proposición que, haciendo referencia a una acción de las personas o sujeto(s) del derecho, no le indica una consecuencia".

Finalmente, Valencia aceptó lo que llegó a ser con el tiempo la increíblemente popular idea de un sistema jurídico jerarquizado y organizado a la manera de una pirámide (la doctrina kelseniana de la nomodinámica, originalmente postulada por Adolf Merkl)⁷⁴.

Considerado en conjunto, el mensaje kelseniano a la teoría local del derecho era el de un positivismo estricto y estructural que puede resumirse en los siguientes puntos básicos: todo el derecho es creado por humanos, y, más específicamente, creado por el Estado⁷⁵; ese Estado, además, no es ontológicamente nada distinto que un centro de imputación de todas las actividades de producción del derecho (tesis fundamental para una teoría positivista del Estado); todo el derecho está conformado por reglas o normas cuya validez debe ser corroborada mediante el cumplimiento de las formas, procesos y requisitos de producción del derecho que él mismo se autoprescribe; la ontología del derecho excluye la aceptación de principios o conceptos cuya validez no sea verificable mediante los criterios anteriormente mencionados; las normas tienen una forma lógica básica que es intrínseca al concepto de derecho; y, por último, las reglas individuales pertenecen a un sistema general de normas (una estructura de naturaleza meramente formal donde el contenido o la sustancia del derecho es completamente variable) que explica los problemas relacionados con para la promulgación, validez y jerarquía de las normas jurídicas partiendo desde los niveles normativos más abstractos hasta descender a los actos coactivos concretos.

Las páginas que Valencia le dedica en 1957 al concepto formal o lógico del derecho son ampliadas enormemente a partir del tímido tratamiento que hallamos en la versión de 1945; además contienen citas directas de la obra de Kelsen⁷⁶ (más

74 *Ibid.*, p. 18. Al conversar con juristas de toda Suramérica, parece ser claro que el único fragmento de teoría del derecho que aparentemente parece ser compartido de manera uniforme por todos en la región es la metáfora piramidal del sistema jurídico que propuso Kelsen.

75 *Ibid.*:

"Todo el derecho está constituido con normas [...] el derecho en su aspecto normal es un sistema de normas y no un simple agregado material de éstas".

76 Las notas al pie de página de Valencia muestran una gran familiaridad con la obra de Kelsen. En 1957 se citan los siguientes libros traducidos al español (he preservado el orden en que Valencia los menciona): a) *La R.R.I.* (Tejerina, traductor); b) La traducción y el comentario del *Grundriss* de Recasens; c) el *Algemeine Staatslehre* (Legaz, traductor); d) *La Teoría general del derecho y el Estado* (García Maynez, traductor). La selección misma de la obra de Kelsen indica la interpretación formalista que Valencia está desarrollando. En cuanto a la bibliografía secundaria, Valencia utiliza *Vida humana, sociedad y derecho* de Recasens, 1939, (el mismo libro que usó en 1945 para dejar algunos pincelazos de kelsenianismo transmutado).

allá de las referencias ambiguas, tergiversadas y con toda probabilidad indirectas respecto a la "pureza" del derecho que ya habíamos encontrado en el Curso); y, por último, la creciente utilización de retórica kelseniana muestra, sin duda alguna, una también creciente comprensión y aceptación del núcleo de la teoría pura.

El tríptico en el que Valencia basa su concepto del derecho (forma, contenido y fines) es preservado en el *Derecho civil* de 1957 pero con grandes cambios respecto a su versión de 1945. La mayor parte del énfasis descansa ahora en el aspecto formal o lógico del derecho, a tiempo que hay un acentuado esfuerzo por desenfatar la importancia del llamado elemento material o sustantivo: Valencia, sin embargo, deja en su tratado suficiente sustancia como para satisfacer al civilista más tradicional. Pero ese elemento material está ahora precedido por la autoridad de Kelsen y se refiere a una muy conservadora comprensión del derecho civil en el sentido de suponer que el Estado, la propiedad, los contratos y la familia heterosexual son los contenidos necesarios y eternos del sistema jurídico y como tal se encuentran expresados en proposiciones jurídicas del tipo kelseniano. La cita kelseniana que utiliza Valencia para justificar este argumento totalmente antikelseniano dice:

"Con razón advierte Kelsen 'que el derecho no es, como a veces se dice, una norma'. Es un conjunto de normas que a veces tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una sola norma aislada. Las relaciones existentes entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho"⁷⁷.

La transformación de la teoría de Kelsen es bastante obvia: la noción kelseniana plenamente *formal*⁷⁸ de *Rechtsordnung* (el orden jurídico, el sistema jurídico) se usa aquí para justificar la necesidad, al comienzo del tratado sobre derecho civil, de ofrecer al lector una visión general de las materias que conforman este campo del derecho. La referencia de Kelsen al "sistema jurídico" en sentido formal es usada aquí para relacionarla al "sistema jurídico" en sentido sustantivo que se conforma con el particular sentido del derecho privado "neo-romanista" vigente

77 Valencia, *Derecho civil*, 1957, p. 19.

78 Es decir, sin referencia a ningún contenido sustantivo de derecho civil: se trata de una noción abstracta igualmente válida para un derecho civil capitalista o comunista; para la aceptación de formas tradicionales o alternativas de familia, etc.

en Europa. La noción de "sistema jurídico", por tanto, es usada para hacer referencia al derecho civil compuesto por personas, bienes, contratos y sucesiones, y a la particular regulación de todos ellos en la Europa liberal de mediados del siglo XX. Tal estructuración de las materias es vista como respuesta a necesidades humanas siempre presentes, y por tanto conlleva a la naturalización de determinada forma de estructurar el derecho privado. Esa estructura de los temas del derecho civil también es llamada "sistema", y, por tanto, la teoría kelseniana de la *Rechtsordnung* es libremente ajustada por Valencia para hacer una presentación de la sustancia del derecho civil. De esta forma, la recepción de Kelsen suministró una base iusteórica más contemporánea para una lectura más bien tradicional del Código Bello. Esta base podía ser tomada ahora de *todas* las contribuciones europeas a la teoría del derecho y al derecho civil, y no sólo de los viejos maestros franceses. La adopción de una nueva iusteoría estaba pues acompañada de una redefinición geo-jurídica de la filiación del sistema nacional.

3.3. Positivismos tradicional y neo-positivismo kelseniano

El impacto neto de esta presentación de Kelsen en la región fue el de renovar las viejas trazas de positivismo presentes en la conciencia jurídica clásica. Los códigos civiles regionales ya habían sido los vehículos para importar hacia la región una versión del positivismo liberal del siglo XIX (*l'exégèse*)⁷⁹. Sin embargo, la exégesis local, casi desde el mismo instante de su arranque, se mezcló con el conceptualismo que se extendía, como sabemos, muchos más allá del positivismo legalista. El impacto del kelsenianismo en el tratado de Valencia ocasionó, hasta cierto punto, la moderación de las tendencias antipositivistas extrañamente compartidas tanto por el viejo conceptualismo como por la más reciente ola de la *école scientifique* de Gény. A pesar de la novedad kelseniana, estas dos capas iusteóricas fueron preservadas en el tratado de Valencia que de forma ecléctica

79 Kelsen, R.R.I., p. 21:

"El carácter ideológico de la doctrina jurídica combatida por la Teoría Pura del Derecho, pónese ya de manifiesta en la definición usual del concepto del derecho. Todavía hoy se encuentra ésta bajo la influencia de la teoría conservadora del derecho natural [...]. Este concepto corresponde plenamente al carácter metafísico fundamental que tenía la filosofía durante el señorío de la teoría del derecho natural; período éste que políticamente coincide con el desenvolvimiento del Estado policía de la monarquía absoluta. Con la victoria de la burguesía liberal en el siglo XIX, comienza una pronunciada reacción contra la metafísica y la teoría del derecho natural. Coincidiendo con el progreso de las ciencias empíricas de la naturaleza y con una disolución crítica de la ideología religiosa, se ejecuta la virada de la ciencia jurídica burguesa desde el iusnaturalismo al iuspositivismo".

incorporó al unísono ejemplos de *l'exégèse*, de conceptualismo, de libre investigación y, ahora, de *Teoría pura*. Para lograr esta amalgama, la *Teoría pura del derecho* sirvió como nuevo núcleo articulador del positivismo local. Aún más: la *Teoría pura* fue utilizada para dar nueva presentación al positivismo clásico. Este positivismo prekelseniano tenía su principal fuente, como sabemos, en el componente exegético y legalista del clasicismo. También sabemos, de otro lado, que la teoría local del derecho no estaba completamente dominado bajo convicciones legalistas o positivistas, como lo creen aún muchos⁸⁰. De hecho, es curioso constatar cómo un positivismo jurídico de reglas más próximo a la vieja *l'exégèse*, sólo llegó a ser ampliamente aceptado en los círculos académicos después de que recibió su forma kelseniana contemporánea. El positivismo prekelseniano era mucho menos académico; además, como vimos al examinar los primeros tratados de derecho civil, aunaba de manera muy compleja una comprensión legalista del derecho con teorías historicistas y conceptualistas del mismo.

Para la exégesis prekelseniana, más simple y menos académica, el positivismo jurídico estaba, digámoslo así, *incorporado* en el código. El código, por su propia naturaleza, era un producto legislativo que tenía que ser leído con los lentes teóricos del positivismo jurídico. El código, adicionalmente, estaba acompañado por la Ley 153 de 1887 que servía, como lo hemos visto, como manual de lectura del conjunto de la legislación. Se creía, por tanto, que la teoría jurídica de un sistema normativo podía ser determinada, a su vez, por medio de reglas jurídicas obligatorias. Estas, además, podían ser interpretadas como órdenes del legislador para entender el derecho a la manera del positivismo. Ya sabemos, que esta era una *cierta* manera de interpretar las reglas y no que las reglas en sí mismas produjeran indefectiblemente la entronización legal del positivismo jurídico. A lo largo de este libro hemos visto cómo las reglas de interpretación e integración del sistema han sido entendidas de manera diversa a lo largo del tiempo: aunque resulte paradójico, las reglas de interpretación requieren también de interpretación. Bajo esta *representación* de las reglas del sistema se produjo una comprensión del derecho legocéntrica (dando hegemonía al legislador en la producción del derecho); se pensaba que el derecho podía aspirar y lograr ser claro, completo y cohe-

80 Véase *supra* mi discusión sobre el destino de *l'exégèse* en la teoría local del derecho, capítulo 3, sección 3. La opinión ortodoxa es la de considerar la teoría local del derecho como una simple extensión de la exégesis francesa. Ver, José J. Gómez, *Monografía sobre la reforma del Código Civil en El Ministro de Gobierno y la reforma del Código civil* 48, Imprenta Nacional, Bogotá (al decir que la cultura jurídica era y todavía es heredera de *l'exégèse*); Luis Eduardo Nieto, *La interpretación de las normas legales*, pp. 5-9 (tratando de separar el positivismo kelseniano moderno del legado del positivismo exegético pre-kelseniano).

rente (excluyendo por tanto ambigüedades, vacíos y antinomias); se definió el derecho en función a su coercibilidad; se confió en su naturaleza científica (en el sentido de pureza ideológica); y, como consecuencia de todo lo anterior, se estableció el textualismo o literalismo hermenéuticos. De esta manera, el derecho positivo vigente parecía contener, representar y ordenar el positivismo jurídico. Esta conciencia jurídica pre-kelseniana, compartida por muchos operadores jurídicos desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, presenta las siguientes características:

a) *Legocentrismo*: el derecho se entiende *sub specie legis*; es decir, el derecho legislado formalmente promulgado aspira a ser la única e incuestionable fuente de derecho. Esto ocurre en tal grado que la ley también tiene como función el establecimiento positivo de las reglas iusteóricas de segundo nivel que se requieren para manejar las reglas jurídicas de primer nivel. Así, el legocentrismo se expresa en la existencia de un sistema completo de derecho basado exclusivamente en reglas legisladas en donde las decisiones judiciales, la costumbre y la dogmática son explícitamente relegados a un sitio secundario. Las reglas de segundo nivel, a su vez, son establecidas legislativamente.

b) *Omnicomprensividad*: se presupone que el sistema jurídico es omnicomprensivo o completo (esto es, no hay vacíos o lagunas en el derecho) porque siempre será posible identificar una regla positiva de derecho para cada caso individual que sea necesario resolver. Como corolario de lo anterior, el juez tiene la obligación de decidir todos los casos que se le presenten. Las decisiones de *non liquet* están vedadas dado que la omnicomprensividad del sistema las excluye⁸¹.

c) *Sistematicidad y coherencia*: el sistema jurídico es coherente, esto es, o no hay antinomias a su interior o las antinomias existentes pueden ser resueltas por medio de la aplicación de reglas mecánicas e imparciales que le dan prioridad a una de las reglas en conflicto. Además, y esto es muy importante, las antinomias son vistas como errores técnicos en el sistema, no como expresión de disenso político o hermenéutico. Se trata pues, de anomalías técnicas que se pueden solucionar, hacia el futuro, por medio de la promulgación de una mejor legislación, y para el presente y el pasado, por medio de la aplicación de reglas técnicas de segundo nivel que disuelven la antinomia.

d) *Coercibilidad*: las reglas jurídicas deben ser necesariamente coercibles para que sean aceptadas como parte de un sistema jurídico en sentido estricto. Las

81 Artículo 48 de la Ley 153/1887 que reproduce literalmente el artículo 4º del *Código Napoleón*.

proposiciones meramente descriptivas, los principios políticos o morales, o, en general, las reglas que no determinen una consecuencia jurídica positivamente comprobable no tienen un peso normativo específico requerido para ser consideradas como "derecho"⁸².

e) *Pureza*: el sistema jurídico es políticamente neutro, el análisis jurídico puede proceder de manera no ideológica y se exige de los sus operadores jurídicos que se comporten con neutralidad política: el derecho, ajeno a la política, es el que debe decidir la distribución contenciosa de ventajas, prerrogativas y derechos. Por lo tanto, el juez es en verdad la boca de la ley. La argumentación jurídica es concebida de manera mecánica y la única tarea del juez es comprobar los hechos. La ley se da y los hechos probados se subsumen en ella.

f) *Literalidad*: por último, la ley misma trae las normas de segundo nivel requeridas para la interpretación del derecho legislado⁸³. Entre todos los métodos de interpretación jurídica posibles, el textualismo debe ser la forma ampliamente preferida por el positivismo jurídico. Los otros métodos (histórico, sistemático, teleológico) se entienden como mecanismos auxiliares para el cumplimiento del deber judicial primario de estricta fidelidad a la ley escrita. Así, los elementos del método multi-modal de Savigny son herramientas para identificar la historia, el contexto o los fines de una *regla legal específica*, y no del derecho en un sentido más amplio. Puesto que el énfasis se pone en la interpretación de reglas individuales, los métodos hermenéuticos, originalmente diseñados para interpretar un derecho con fuentes mucho más amplias (donde incluso no existía fuente legislativa), quedan reducidos ahora al legocentrismo.

Estas tesis de teoría del derecho que se dicen extraídas del derecho positivo son presentadas, como hemos visto, en los tratados pre-kelsenianos más exegéticos tales como el "Estudio sobre el Derecho civil colombiano" de Fernando Vélez. Este tipo de positivismo ha estado ya presente desde entonces hasta nuestros días en la enseñanza diaria y el estudio de todas las áreas del derecho. Sólo los más vanguardistas de los analistas locales (como Champeau, Uribe y Rodríguez Piñeres) estaban en posición de rechazar parcialmente la exégesis e implementar la metodología no positivista de la *Begriffsjurisprudenz*. Sin embargo, los lectores de estos libros de texto (profesores y estudiantes) por lo general desdeñaban los elementos constructivistas y conceptualistas en las teorías que estos jurisconsultos

82 Fernando Vélez, *Estudios sobre el derecho civil colombiano*, 1898.

83 *Código civil colombiano*, artículos 25-32.

presentaban y simplemente asumían que los conceptos, principios y teorías así creadas eran emanaciones directas del derecho positivo vigente⁸⁴. El elemento constructivo y creativo de la *Begriffsjurisprudenz* fue comúnmente entendido como el resultado de la exégesis textualista de las reglas del código; las teorías dogmáticas de derecho privado, por tanto, fueron entendidas falsamente como si se tratara de productos deducidos directamente de la ley.

El positivismo prekelseniano que se acaba de exponer constituye la teoría más común del derecho en nuestro medio. El positivismo prekelseniano sigue siendo la teoría jurídica subyacente e inconsciente que se prefiere localmente para la práctica jurídica. Como tal, no es vista como una "construcción teórica", sino como la naturaleza misma del derecho. Sigue siendo, a pesar de la recepción posterior de la *Begriffsjurisprudenz*, de la *école scientifique*, de la *Reine Rechtslehre* y de corrientes más contemporáneas que examinaremos luego, el gran cauce subterráneo que impregna la enseñanza y la comprensión común predominante en esta cultura jurídica⁸⁵. Su invisibilidad sólo refuerza su poder: se trata todavía de la base más o menos incuestionable del derecho para los que no tienen el tiempo

84 Los lectores pensaban que la pretensión de validez desempeñada en estos tratados era de naturaleza muy sencilla: cualesquiera de estas teorías podía ser usada directamente en litigación jurídica siempre y cuando se pudiera citar al menos una autoridad doctrinal que las hubiera presentado por escrito. Más aún, estas teorías podían ser mezcladas una vez más creando nuevos digests de doctrina jurídica aceptada y de nuevas soluciones eclécticas de más alto nivel de abstracción. Pero, por supuesto, este tipo de lectura del conceptualismo es simplemente una tergiversación de sus metodologías de análisis jurídico.

85 Debo confesar que es difícil escribir acerca de esta corriente subterránea. En el Capítulo 3, cuando describí el clasicismo jurídico, intenté mostrar su verdadero calado debido a la incorporación temprana de elementos provenientes del conceptualismo. *L'exégèse* no estaba sola, y el conceptualismo le dio una gran complejidad iusteórica que no solemos reconocer en su debida dimensión. La teoría jurídica clásica que describí más atrás es real, pero con toda probabilidad es la reconstrucción más caritativa de la ortodoxia jurídica que se puede hacer con los materiales disponibles en la teoría particular del derecho en Latinoamérica. Ahora deseo mostrar cómo Kelsen llegó para reforzar el elemento exegético del clasicismo; por ello siento ahora la necesidad de describir el elemento más crudamente literalista y exegético del positivismo jurídico. Las dificultades para describir adecuadamente esto último son múltiples: la más difícil para mí ha sido que esta configuración del positivismo está en todas partes (en la cultura jurídica, en mí mismo), y sin embargo, sigue estando curiosamente por fuera y por encima de la investigación académica y de la conciencia crítica. Se trata, con toda seguridad, de la capa más profunda y la más productiva de la teoría local del derecho en Latinoamérica; al mismo tiempo, se trata también de la sensibilidad contra la que mi generación de operadores jurídicos reacciona instintivamente. Por este último motivo, la particular comprensión local del positivismo kelseniano ha sido para mí la más difícil de articular y quizá la más fácil de caricaturizar.

o la paciencia para embarcarse en el examen crítico de los supuestos recibidos. Su bajo perfil, su pretendida "objetividad", su conexión con la práctica jurídica, su impaciencia frente a lo teórico o crítico, todo ello terminan por asegurar su hegemonía. Sin embargo, y esto quizá sorprenda al lector, este positivismo prekelseniano es sumamente difícil de conciliar con las enseñanzas de la *Teoría pura del derecho* en varios aspectos. Esta conciliación exigirá transformar la *Teoría pura*: ella puede ser entendida como una crítica radical al positivismo pre-kelseniano o como una confirmación del mismo. Los autores prácticos locales, como Valencia Zea, entendieron esto último. A continuación trataré de mostrar las maneras como esto ocurrió.

3.4. La transformación local de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen

La existencia del positivismo prekelseniano, en primer lugar, y las tempranas lecturas formalistas de la obra de Kelsen, en segundo, son en conjunto responsables de la transformación de un Kelsen teórica y políticamente vanguardista en un "Kelsen en Bogotá" marcadamente conservador en ambos aspectos. Por "Kelsen en Bogotá", tal como lo construyó Valencia en su Derecho Civil de 1957, quiero señalar una lectura especialmente restrictiva y positivista de su obra que, primero, confirma las líneas externas del legalismo prekelseniano en la región, y, segundo, refuerza en lo sustantivo el compromiso general del derecho europeo con el liberalismo individualista. "Kelsen en Bogotá" fue creado por medio de una cierta lectura de sus doctrinas teóricas, especialmente por la transformación, subapreciación o eliminación de algunos aspectos de la *Teoría pura del derecho* que resultaban extraños o incompatibles con el legalismo prekelseniano. Mientras que algunos capítulos de la *Teoría pura* fueron eliminados o pasados por alto en sitios de recepción, los autores locales —entre los que Valencia es el más típico e influyente— insistieron en la importancia teórica central de otros elementos igualmente presentes en la obra de Kelsen. Algunos de los temas kelsenianos que recibieron apoyo en la teoría local del derecho son potencialmente heterodoxos pero la interpretación local no vio en ellos una ruptura muy significativa en relación con las tesis legalistas tradicionales. Así, en especial, el clasicismo jurídico, al entrar en contacto con la *Teoría pura del derecho*, subapreció el valor de tesis heterodoxas contenidas, por ejemplo, en el capítulo 4 ("El dualismo de la teoría del derecho y su superación") y en el capítulo 6 ("La interpretación") de la primera edición de la *Reine Rechtslehre* (de aquí en adelante *R.R.I.*). De otro lado, el clasicismo se conectó mejor y normalizó los potencialmente perturbadores argumentos contenidos en el capítulo 1 ("Derecho y naturaleza") y en el capítulo 3 ("El concepto del derecho y la teoría de la proposición jurídica"). Con el fin de explorar cómo se dio este trasplante transformador de la *Teoría pura del derecho*, a continuación pre-

sento una tabla en la que, capítulo por capítulo, expongo la comprensión local de los argumentos de Kelsen que buscaban "aclimatarlo" al legalismo prekelseniano dominante en la región. Este cuadro, de nuevo, ejemplifica cómo se da el trasplante y transformación de la teoría jurídica y el impacto que estas actividades tienen en la formación de una conciencia jurídica local. Como se observará en el cuadro, el propósito fundamental de los autores locales tendió a transformar los argumentos, a menudo heterodoxos y vanguardistas de Kelsen, para reforzar los principios del legalismo prekelseniano:

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 1: Derecho y Naturaleza	<p>La nítida distinción kelseniana entre "derecho" y "naturaleza" es aceptada en principio, pero se transforma en varios e importantes aspectos: resultaba aceptable a los abogados locales el saber que su ciencia tenía una lógica especial que dominaba una región específica de la experiencia. El mundo del derecho estaba encaminado a estudiar la lógica y las entidades propias del mundo del <i>Sollen</i> normativo (deber ser) y no aquellas propias del <i>Sein</i> (ser) descriptivo. Esta era una distinción aceptable que parecía reforzar la autonomía disciplinar del derecho y su estatuto científico en una época en la que resultaba fundamental justificar la cientificidad y autonomía de cada disciplina.</p> <p>1) Sincretismo metodológico: sin embargo, la recepción local olvida uno de los principales propósitos metodológicos en la obra de Kelsen: la distinción <i>Sollen / Sein</i> tenía como objetivo servir como crítica del "sincretismo metodológico" que se presentaba en teorías jurídicas como las de Savigny o Gényn, o en la recientemente fundada sociología liberal del derecho⁸⁶. Una sociología <i>liberal</i> del derecho es aquella según la cual el derecho occidental está construido alrededor de nociones que pretenden tener fuerza tanto descriptiva como normativa: por consiguiente, se asumía que nociones tales como "contrato social", "persona" y "libre albedrío" eran realidades sociológicas que servían de cimien-</p>

86 Kelsen, *R.R.I.*, p. 8:

"Hoy en día no hay ciencia especial en cuyo recinto el jurisperito se considere incompetente para penetrar. Desde luego, él cree poder realzar su prestigio científico precisamente tomando en préstamo de otras disciplinas, con la que está perdida, naturalmente, la verdadera ciencia jurídica".

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 1: Derecho y naturaleza (continuación)	<p>tos para todo el edificio del derecho. Pero de acuerdo con Kelsen, no había nada natural o sociológico en esos conceptos. Es más: contra todas las formas de sociología o investigación libre-científica, Kelsen criticó cualquier esfuerzo para tratar de derivar reglas jurídicas de la naturaleza. Las reglas y los conceptos jurídicos tales como persona, voluntad, culpabilidad, etc. (a pesar de su homonimia con entidades paralelas en las ciencias descriptivas) son nociones puramente normativas que no pueden ser extraídas de aquellas otras ciencias. Los abogados locales, sin embargo, se unieron a Kelsen en el esfuerzo (narcisista si se quiere) de cimentar la autonomía y científicidad del derecho, pero conservaron la creencia de que tales conceptos jurídicos eran dualmente partes de los mundos del <i>Sollen</i> y del <i>Sein</i>, ignorando de esta forma por completo la crítica al sincretismo metodológico presente en la distinción kelseniana.⁸⁷</p> <p>2) El positivismo como neutralidad valorativa e ideológica: en la <i>representación</i> local de la idea de "pureza" en el derecho, el principal punto radicaba en que las decisiones jurídicas eran autónomas y tenían que verse separadas de influencias políticas o morales, es decir, de discrecionalidad y subjetividad. Esto es subrayado varias veces en la biografía de Kelsen y se le toma, desde un punto de vista moral, como el más alto valor en el pensamiento jurídico al cual contribuye, precisamente, la idea de "pureza" del derecho. La vida de Kelsen, en aparente coherencia con su <i>Teoría pura</i>, era el ejemplo (ante los ojos de sus hagiógrafos locales) de un tipo de decencia y autocontrol moral propios del positivismo</p>

87 Una explicación probable de esta lectura transmutada quizá tenga que ver con la disponibilidad de la obra de Kelsen en español en la precisa época en que Valencia escribió: cuando se lee la *R.R.I.* es fácil notar que hay un número importante de contenidos y referencias que se dan por presupuestos en la explicación de Kelsen. La brevedad de la *R.R.I.* dificulta mucho más la comprensión del *subtexto* y del *contexto* de la *Teoría pura*. En relación con el tema del sincretismo metodológico, Kelsen es mucho más explícito en sus *Hauptprobleme der Staatslehre* (primera edición alemana de 1911, sólo disponible en español hasta 1987 bajo el título de *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, Editorial Porrúa, México); o en su artículo *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (versión alemana de 1911, disponible en español como *Acerca de las fronteras entre el método jurídico y sociológico*, en Correa, El otro Kelsen).

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 1: Derecho y Naturaleza (continuación)	<p>Jurídico en el que las decisiones se tomaban bajo fundamentos puramente científicos sin influencias políticas o personales. Por ejemplo, en este sentido, el mismo Kelsen en su prólogo a la <i>R.R.1</i> alardea sobre el hecho de que todas las facciones políticas en el mundo lo acusan a él y a la <i>Teoría pura</i> de favorecer, precisamente, a sus adversarios. De la misma forma, Metall nos informa que tanto los palestinos como los judíos han citado la opinión de Kelsen en cuestiones de derecho internacional. Por último, la forma como Kelsen, de una manera "imparcial" y "técnica", decide el asunto de la nulidad del matrimonio católico en el candente ambiente de una Austria profundamente religiosa. Este episodio causará la renuncia de Kelsen del Tribunal Constitucional.</p> <p>3) <i>Sollen</i> como deber ser ideal: en una transformación aún más sorprendente, la noción de <i>Sollen</i> (deber ser) como espacio propio de lo jurídico fue interpretada para insinuar que el derecho, de acuerdo con la <i>Teoría pura</i>, estaba encaminado hacia valores morales como, por ejemplo, cuando se habla de la forma en que idealmente <i>debe ser</i> el estado, la sociedad y general, los asuntos humanos. Esta idea de <i>deber</i>, por supuesto, es explícitamente rechazada por Kelsen.⁸⁸</p>
Capítulo 2: Derecho y moral	<p>La vieja distinción positivista entre el derecho y la moral era bienvenida⁸⁹, pero los autores locales la transformaron en maneras muy importantes:</p> <p>1) Liberalismo político: la distinción derecho/moral era, en Kelsen, una tesis relativamente anti-autoritaria que tenía la intención de impedir la captura del derecho y del sistema jurídico por parte de moralidades políticas que no recono-</p>

88 Contra Kelsen, *R.R.1*, § 11 (b), p. 23:

"Liberar la definición del derecho del elemento ideológico es el empeño de la Teoría pura del Derecho, que desliga por completo el concepto de norma jurídica del de norma moral, del que provino, y asegura la legalidad propia del derecho frente a la ley moral".

89 Kelsen, *R.R.1*, § 8, p. 15:

"Importa aquí, ante todo, desligar al derecho de aquel contacto en que desde antiguo fue puesto con la moral".

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 2: Derecho y moral (continuación)	<p>cían su propia relatividad⁹⁰. En consecuencia, Kelsen insistió en la necesidad de no adjudicar casos con el apoyo de teorías morales o políticas presupuestas con anterioridad. Su posición, en resumen, parece ser agnóstica respecto de formas ideales de organizar el Estado o la sociedad.</p> <p>Los autores locales suprimieron este agnosticismo político y vieron detrás de la distinción una justificación expresa de una forma de organización política. El propósito anti-autoritario del argumento de Kelsen fue suprimido localmente para insistir en la tesis específicamente liberal según la cual la separación entre derecho y moral está encaminada en últimas a reducir la habilidad del derecho y del Estado para regular o intervenir ("abusar" en terminología más partidista) de la esfera privada y de la autonomía de la voluntad. Por consiguiente, la separación teórica entre derecho y moral es leída, sustantivamente, como fundamento del principio de derecho privado según el cual "todo lo que no está prohibido, está permitido". La "moral" sirve acá como un representación de "lo privado", y por consiguiente, la distinción entre derecho y moral era un obstáculo para la intervención estatal en ese ámbito. La distinción era leída como una regla sustantiva que impedía al Estado y al derecho abusar de la esfera privada⁹¹. En una lectura más estándar del positivismo de Kelsen, por el contrario, no había fronteras "naturales" respecto qué tanta intervención o regulación podía hacer el Estado de "lo privado"⁹². Así como Kelsen era agnóstico res-</p>

90 *Ibid.*, en § 9. Kelsen afirma explícitamente que la *Teoría pura del derecho* está dirigida contra los "prejuicios ideológicos": "En este sentido [la *Teoría pura del derecho*] es una teoría radicalmente realista del derecho". Acerca de la argumentación liberal sobre la tolerancia y la paz entre ideologías en conflicto, ver en general el Prólogo de *R.R. 1*, y *Was ist Gerechtigkeit* (1953).

91 Ver Marco Monroy, *Introducción al derecho*. Temis, Bogotá (1986). [En adelante Monroy, *Introducción*].

92 Kelsen, *R.R.I.*, § 11 (c):
"A ninguna realidad social puede discutírsele la compatibilidad con esta categoría jurídica [la idea de "imputación" y "deber ser"] por causa de la estructuración de su contenido. Es categoría gnoseológico-trascendental en el sentido de la filosofía kantiana, no metafísico-trascendental. Justamente por esto conserva su tendencia radicalmente antiideológica; por lo que cunde, precisamente en este punto, la más violenta resistencia de parte de la doctrina jurídica tradicional, que difícilmente puede soportar que el orden de la República Soviética deba ser concebido, como orden jurídico, del mismo modo que el de la Italia fascista o el de la Francia democrático-capitalista".

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 2: Derecho y moral (continuación)	<p>pecto de la forma ideal de Estado, también lo era respecto del nivel ideal de intervención de "lo público" en "lo privado". La separación entre derecho y moral, entonces, se transformó curiosamente en un típico caso de argumento de derecho natural de acuerdo con el cual ciertas reglas jurídicas positivas no son válidas ya que violan cierto, arreglo ideal de la constitución económica del liberalismo: así, por ejemplo, la separación derecho/moral le impedía al Estado oponerse a las condiciones contractuales libremente acordadas por las partes de un contrato.</p> <p>2) El derecho es "justo": mientras que Kelsen rechaza las definiciones normativas del derecho, la mayoría de los positivistas locales tienen la necesidad moral de preservar algún mínimo normativo en sus propias definiciones: así, en la región, las definiciones positivistas, aunque en general siguen el sendero abierto por Kelsen, por lo común incluyen la idea de Tomás de Aquino según la cual el derecho tiene que perseguir el <i>bonus communis</i> como último recurso para asegurar que el derecho debe ser "bueno" por naturaleza. El agnosticismo radical del kelsenianismo es extraño para positivistas que, en todo caso, pretenden que el derecho todavía pertenece a la esfera de "lo bueno" o de "lo justo". El positivismo es aceptado, pero no su incapacidad, como lo sostiene Kelsen, de definir la "justicia" o "bondad" de las decisiones jurídicas. Los autores locales son positivistas, pero confían en que el derecho obtiene resultados "buenos" y "justos"⁹³.</p>
Capítulo 3: El concepto del derecho y la teoría de la proposición jurídica	<p>Se acepta la teoría kelseniana de la "proposición jurídica" (<i>Rechtssatz</i>). Esta teoría confirma el hecho oscuramente presentado en la ontología básica legalista según la cual el derecho está únicamente conformado por normas que conectan, por medio de imputación (<i>Zurechnung</i>), un hecho típico a una consecuencia jurídica. Las normas jurídicas, según está explicación, son reglas legisladas que establecen derechos, deberes u obligaciones de naturaleza concreta y coercible con la relativa exclusión de (i) entidades normativas derivadas o inferidas de la legislación, pero no explícitamente positivizadas en ella (como los "principios")⁹⁴.</p>

93 Ver, Monroy, *Introducción*.

94 Valencia no deriva esta consecuencia de su adopción del kelsenianismo.

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 3: El concepto del derecho y la teoría de la proposición jurídica (continuación)	(ii) de reglas no coercibles ⁹⁵ , (iii) o de puros derechos o prerrogativas abstractas que no tengan consecuencias jurídicas concretas ⁹⁶ . Adicionalmente, la teoría kelseniana de la <i>Rechtssatz</i> pretendía mostrar que el "punto de vista interno" era necesario en la iusteoría y que el derecho no podía ser exitosamente reducido desde un "punto de vista externo" como pretendía la jurisprudencia antiformalista, sociológica, marxista y realista en general ⁹⁷ . El concepto kelseniano del derecho trataba de defender el punto de vista interno frente al ataque de los diversos tipos de "externalistas" para quienes el derecho era una red de enunciados descriptivos sobre realidades fácticas. Sin embargo, esa discusión quedó totalmente perdida para el operador jurídico promedio en la región ya que en su tradición intelectual y teórica no existía un desafío externalista realmente fuerte al positivismo jurídico. La teoría de Gény, que podría perfectamente haber jugado ese papel, fue radicalmente transformada para omitir la inquietante epistemología "realista" y "sociológica" que se podía leer allí ⁹⁸ . En la teoría latinoamericana del derecho no había duda de que el derecho tenía significado exclusivamente normativo y, por consiguiente, no podía ser reducido a simples hechos, ni tampoco podía ser extraño de los mismos. Las nor-

95 Kelsen, R.R.I., § 12:
"La teoría jurídica del siglo XIX estuvo en lo general acorde en cuanto a que la norma jurídica sería una norma coactiva en el sentido de una norma que manda la coacción, y que justamente por eso se distingue de otras normas. En este punto la Teoría Pura del Derecho prosigue la tradición de la teoría jurídica positivista del siglo XIX".

96 Valencia, *Derecho civil*, 1957, p. 18:
"[...] todo el derecho está constituido con normas".

97 Kelsen, R.R.I., § 16:
"Si se quita a la "norma" o al "deber ser" todo sentido, no tiene entonces sentido alguno afirmar: esto está jurídicamente permitido, aquello jurídicamente prohibido, esto me pertenece, aquello a ti, X está autorizado a, Y obligado a, etc. En una palabra, han perdido su significado los miles de enunciados en que se manifiesta diariamente la vida jurídica. Pues es algo muy distinto que yo diga: A está jurídicamente obligado a pagar 1.000 a B, de que diga: existe cierta probabilidad de que A pague 1.000 a B".

98 Véase *supra*, capítulo 4.

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 3: El concepto del derecho y la teoría de la proposición jurídica (continuación)	mas existen en sus específicos significados normativos. Por la misma razón, la cultura jurídica local deposita su completa confianza en una ciencia dogmática del derecho que no puede ser vencida por ningún tipo de análisis externo. El punto de vista interno se preserva: en ese sentido, el derecho es como la teología, y ningún estudio externo de la sociedad puede vencerlo. El derecho y la teología, en ese sentido, se mantienen mutuamente separados de la sociología del derecho o de la sociología de la religión ⁹⁹ .
Capítulo 4: El dualismo de la teoría del derecho y su superación	Visitamos un capítulo que, por primera vez, suena profundamente extraño para el positivismo pre-kelseniano. En el positivismo pre-kelseniano la teoría del derecho está fundamentada en dualidades tales como derecho subjetivo/objetivo, derecho público/privado, derecho/obligación, etc. Kelsen, por razones poderosas, trata de "superar" tales dualidades. Sin embargo, las dualidades del derecho fueron preservadas en la teoría local del derecho y la posición de Kelsen al respecto fue considerada extravagante y extraña. Por supuesto, no se hizo ningún esfuerzo para ver si la aceptación de alguna otra de las tesis de Kelsen comprometía a los teóricos locales a aceptar la superación de los dualismos. Todos los dualismos se mantienen y se enseñan como conceptos básicos de cualquier tipo de educación jurídica sólida ¹⁰⁰ . Esta crítica al dualismo sólo será aceptada localmente años después como parte de una lectura alterna del "otro" Kelsen ¹⁰¹ .
Capítulo 5: El orden jurídico y su gradación	La visión kelseniana de la construcción escalonada del sistema jurídico (<i>Stufenbau</i>) es aceptada con avidez por los receptores locales. Llega incluso a ser valorada como la contribución central de la R.R.1. La "pirámide jurídica" y sus implicaciones se convierten en la teoría kelseniana de mayor difusión en la conciencia jurídica popular ¹⁰² . Con esta

99 La analogía pertenece a Kelsen en R.R. 1, § 16, p. 35.

100 Monroy, *Introducción al derecho*.

101 Carlos Gaviria. *La eliminación de los dualismos en la teoría pura del derecho*. Revista de la Universidad de Antioquia, 1958.

102 Eduardo García *Importancia de la teoría jurídica pura*. Fontamara, México, 1960, p. 41: "Algunas de las tesis formuladas [por la teoría jurídica pura] tienen el rango de verdaderas conquistas [...] las más notables son, en mi concepto, la de la pirámide jurídica [...] y la de la doctrina sobre las normas jurídicas individualizadas".

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
<p>Capítulo 5: El orden jurídico y su gradación (continuación)</p>	<p>teoría los operadores jurídicos locales poseen ahora una forma de asegurar la sistematicidad formal del derecho (aunque, como hemos visto, con frecuencia aspiran también a la sistematicidad sustantiva del mismo). La teoría de la <i>Stufenbau</i> también acaba por cimentar el dogma tradicional de la coherencia del sistema jurídico. La <i>Stufenbau</i>, sin embargo, también tiene un potencial heterodoxo y crítico que fue selectivamente ignorado por los transplantadores locales. En su lugar, al tiempo que aceptaban la <i>Stufenbau</i>, los juristas locales reafirmaban algunos artículos de fe provenientes del legalismo prekelseniano:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Fuentes formales del derecho</i>: la teoría de las fuentes de Kelsen ayudó a explicar de manera más sistémica la comprensión subyacente que el practicante local de derecho civil tenía sobre las fuentes del derecho: todo el derecho consiste en promulgación positiva del Estado. Entonces, la pirámide fue entendida como un sistema de derecho positivo estatal. Su vértice, la constitución, era concebida como un instrumento puramente formal, una constitución que establecía la "regla de reconocimiento", pero sin ningún contenido sustancial. Los procesos intensos de "constitucionalización" del derecho tendrán que esperar a la importación y transformación de teorías del derecho que empiezan a producirse a mediados de la década de los setentas y que se transplantarán a la región al tiempo que se adoptan nuevas constituciones. Igualmente, la pirámide excluía todas las fuentes secundarias o auxiliares del derecho: las decisiones judiciales, más que nada, eran actos de aplicación de reglas, no propiamente de constitución de las mismas. Esta idea, de otro lado, parece coincidir, aunque falsamente, con el textualismo interpretativo. Por otro lado, la doctrina de los juristas ni siquiera aparece como fuente formal del derecho, generándose así profunda contradicción con el papel esencial que el conceptualismo y la dogmática tienen en el derecho local. 2. <i>Coherencia del sistema</i>: para el positivismo prekelseniano no existe incoherencia al interior porque el Código, como instrumento racionalizador del conjunto de la legislación, claramente demarca en capítulos y temas, por medio de reglas concretas, las consecuencias jurídicas de los actos humanos. Esta estructuración del código hace imposible, o al menos muy difícil, eso se cree, la aparición de

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
<p>Capítulo 5: El orden jurídico y su gradación (continuación)</p>	<p>antinomias normativas. La coherencia dentro del código parece ser una proposición más plausible que la coherencia al interior de un sistema más complejo de reglas, como ciertamente ocurría en el momento en que Kelsen exponía su <i>Teoría pura</i>. Ciertamente Kelsen creía que no había antinomias en el derecho por razones muy diferentes a la que se acaba de mencionar. Sin embargo, para los teóricos locales importaba la coincidencia en la opinión ("no hay antinomias"), más que el argumento. Es incluso posible, y creo que éste es el caso, sostener que "no hay antinomias por la razón x" (la posición kelseniana) haga imposible sostener al mismo tiempo que "no hay antinomias por la razón y" (la posición prekelseniana). Lo importante es la razón, no la tesis.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. <i>Razones de la coherencia al interior del sistema</i>: mientras tanto, el conceptualismo y las formas de antiformalismo contemporáneo (como la de Gény) brindan otros fuertes motivos para creer en la eliminación de la experiencia de incoherencia o antinomia en el derecho. Para ellos, existen mecanismos de investigación lógica, histórica, social, política y moral a la base de la interpretación del Código que el operador jurídico puede utilizar. La coherencia en el derecho consiste en la necesidad de teorizar los principios de armonización de las reglas concretas, incluso cuando éstas presentan tensiones normativas entre sí. La incoherencia o antinomia en derecho es entonces la experiencia de una actividad de interpretación en el sistema donde los "valores", la "ciencia" o la "lógica" no son usados adecuadamente en la interpretación y resolución de casos. Cada uno de estos mecanismos posee una teoría del derecho más o menos compleja que explica su funcionamiento. Así las cosas, lo completo y coherente del Código pueden ser reconstruidos por medio de teorías del derecho apoyadas en valores, ciencia o lógica. 4. <i>La coherencia del sistema en Kelsen</i>: el argumento kelseniano que preserva la coherencia del derecho sigue un sendero totalmente distinto que no puede ser mezclado al azar con las explicaciones exploradas en el punto precedente. Los autores locales, sin embargo, no vieron la inconmensurabilidad de estas diferentes explicaciones y pensaron que su aparente coincidencia en el resultado reforzaba la tesis general de la coherencia del sistema. Para los juristas anteriores, por ejemplo, no había contradicciones en el derecho

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 5: El orden jurídico y su gradación (continuación)	<p>porque, por ejemplo, el Código en realidad no contenía ninguna; o porque, de aceptar su existencia, había maneras de armonizar el derecho mediante principios de manera que la antinomia se deshacía. Para Kelsen, en oposición a las explicaciones de coherencia abiertamente no positivistas, la razón central para preservar esa característica del derecho es un argumento que yo denominaría "lógico": no hay contradicción en derecho cuando una ley, por ejemplo, viola la constitución. La contradicción en este caso no surge puesto que la ley inconstitucional es válida ya que la Constitución así lo quiere. En Colombia, por ejemplo, la constitución misma ordena que las leyes inconstitucionales sean consideradas temporalmente válidas. Es decir: la constitución misma prescribe la validez temporal de leyes inconstitucionales (por lo menos hasta cuando sean anuladas por una autoridad estatal competente, si es que dicho poder se le concede a alguien). Este argumento es una forma de impedir que se impugne la validez de la ley si no existe una declaración anterior y formal en que la misma se anule o revoque conforme a algún procedimiento establecido. Tal procedimiento es, desde luego, la particular forma de control formal y abstracto de constitucionalidad cuya paternidad le es atribuida a Kelsen. Este argumento, por supuesto, depende de la estructura constitucional: sólo es aplicable al control de constitucionalidad kelseniano. El punto importante de esta reflexión consiste en observar cómo, para los receptores locales, la tesis de Kelsen puede ser utilizada junto con las formas tradicionales de explicar la coherencia en el sistema jurídico.</p> <p>5. Constitucionalismo kelseniano: igualmente, los autores locales exageraron el énfasis en la teoría constitucional de Kelsen: para él, la Constitución era la piedra fundamental formal (pero no sustantiva) del sistema jurídico¹⁰³. Esta res-</p>

103 Hans Kelsen, *The Function of a Constitution*, en *Essays on Kelsen*, p. 118, Clarendon Press, Oxford (1986):

"[...] la esencia de la 'constitución' consiste en la regulación de la creación de normas [...] vistos desde el punto de vista de la norma básica tanto un ordenamiento moral positivo como un ordenamiento jurídico positivo son un marco de referencia generativo, en cuanto que la norma básica solamente determina quién debe establecer las normas del ordenamiento moral o jurídico".

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 5: El orden jurídico y su gradación (continuación)	<p>tricción produjo como efecto el enorme debilitamiento de la posibilidad de utilizar la Constitución (y especialmente la carta de derechos) como límite sustantivo del <i>contenido</i> de las normas jurídicas de rango inferior. De otra manera: en Kelsen hay claramente control constitucional formal de la legislación pero no existe todavía la idea del poder normativo de la Constitución como se utiliza contemporáneamente. Bajo la comprensión kelseniana de la Constitución, el propósito del control judicial es el de proteger las provisiones constitucionales relacionadas con el alcance, la oportunidad y los mecanismos de creación normativa. En este sentido, era claro que los ataques a las leyes basados en la inobservancia de los procedimientos o las competencias eran mucho más aceptables bajo la Teoría Pura del Derecho que los ataques basados en violaciones sustantivas a la Carta (como por ejemplo, violación a derechos constitucionales). De manera paralela, esta interpretación de la Constitución impedía la existencia de tribunales constitucionales activistas como los que conocemos hoy en día, ya no es posible hacer interpretaciones judiciales de naturaleza tan marcadamente sustantiva bajo el constitucionalismo kelseniano¹⁰⁴. A la luz de esta interpretación, el sistema kelseniano de control constitucional podía ser perfectamente conciliado con la idea legocéntrica y positivista de la soberanía legislativa en cuanto a los contenidos de la legislación.</p>
Capítulo 6: La interpretación	<p>1. <i>El Kelsen heterodoxo</i>: la teoría de la interpretación de Kelsen es quizá la parte más difícil de conciliar de la Teoría Pura con el legalismo pre-kelseniano. Este es el punto en el que más claramente se aprecia que Kelsen no es un positivista tradicional del siglo XIX. Como resultado, los transplantadores locales, por lo general, suprimieron la mayor parte de su teoría de la interpretación; la teoría kelseniana desmontaba radicalmente las pretensiones de la vieja hermenéutica savigniana. Los nuevos positivistas kelsenianos, sin embargo, conservan dicha hermenéutica y descartan los extraños argumentos kelsenianos¹⁰⁵. La antigua hermenéu-</p>

104 Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*.

105 Ver, Valencia, *Derecho civil*, 1957, pp. 105-136; en *contra* Kelsen, *R.R.1* § 37, p. 81: "Desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no hay un criterio en razón del cual una de las posibilidades dadas en el marco de la norma a aplicarse pueda ser preferida a la otra".

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 6: La interpretación (continuación)	<p>tica, recordará el lector, está basada en un método de varios "elementos" que se proyectan a los artículos 25 a 32 del Código Bello. Este método, al menos así se cree, provee al jurista de una guía para extraer el significado objetivo de las reglas en situación de ambigüedad. La teoría de Kelsen, sin embargo, postulaba agnosticismo total sobre la capacidad de dichos "métodos" para determinar el significado de normas indeterminadas.</p> <p>2. <i>Lagunas del derecho</i>: la teoría kelseniana de los vacíos en el derecho es igualmente rechazada. Capas previas de teoría del derecho (especialmente aquella formulada por los pandectistas y los <i>juristes inquietes</i>) ya habían construido una teoría de vacíos que aún permanece en la cultura jurídica local a pesar de sus evidentes contradicciones con la posición de Kelsen. Kelsen, sin embargo, es incluido en la lista como una forma de apoyo adicional de la tesis de la ausencia de vacíos, pero sus razones en soporte de dicha afirmación son rechazadas¹⁰⁶. Para Kelsen, las teorías de vacíos del conceptualismo y de la libre investigación científica estaban completamente equivocadas. El uso de tales metodologías de integración dependía de la aceptación previa de que en realidad existía un vacío normativo (esto es, un caso realmente no previsto en el derecho). Para Kelsen, sin embargo, esta suposición inicial tenía que ser plenamente rechazada. La siguiente cita contiene afirmaciones explícitamente dirigidas contra los métodos de integración ya estudiados: "Si, no obstante, se habla en ciertos casos de "laguna", esto no significa, como lo hace creer la expresión, que una decisión se torne lógicamente imposible a falta de una norma, sino sólo que la decisión —lógicamente posible— accedente o denegatoria es apreciada como demasiado inconveniente o injusta por la instancia competente para la decisión, es decir, para la aplicación de la ley. La hipótesis puede ser o no exacta —su rectitud no será casi nunca acreditada—; pero en vista del deber constitucionalmente estatuido de aplicar la norma que el legislador ha promulgado de hecho y no aquella que presuntivamente hubiera promulgado,</p>

106 Ver, Juan Francisco Linares. *El caso administrativo no previsto*. Astrea, Buenos Aires (1976) (haciendo uso de la teoría de Kelsen sobre las lagunas del derecho para autorizar, en algunos casos, la intervención correctiva del juez en casos de injusticia que se produzcan en derecho administrativo).

Capítulos de la primera edición de la "Teoría Pura del Derecho" (R.R.I.)	"Kelsen en Bogotá": Transformación de la teoría pura del derecho
Capítulo 6: La interpretación (continuación)	<p>esa presunción carece de importancia. También ha de aplicarse la ley mala —en opinión del aplicador del derecho—; prescindiendo por completo de lo que uno considera malo, parécete bueno a otro. La llamada "laguna" no es por ende otra cosa que la diferencia entre el derecho positivo y un orden mejor, más justo y más recto [...]. Se comprende sin mayores explicaciones que semejante laguna no puede llenarse por interpretación [...]"¹⁰⁷. La posición de Kelsen, por tanto, exigía abandonar la pretensión de fundar un derecho justo. Los positivistas locales querían ciertamente ser positivistas, pero el precio de abandonar la justicia mediante la dura mirada kelseniana les parecía excesivamente alto.</p>
Capítulo 7: Los métodos de la producción del derecho	<p>Esta parte del argumento de Kelsen también es relativamente ignorada por los lectores locales. Particularmente extraña para la conciencia jurídica local resulta la crítica kelseniana, lanzada en este capítulo, a la distinción entre derecho público y derecho privado.</p>
Capítulo 8: Derecho y Estado	<p>La teoría del Estado (<i>Staatslehre</i>) de Kelsen es preservada en cuanto a que define el derecho como producto exclusivo del Estado. La tesis complementaria, por la cual el Estado es reducido al derecho resulta inmensamente más difícil de comprender porque aquí, de nuevo, se mezcla el sincretismo metodológico. Es muy difícil entender en realidad la pureza puramente normativo sin pasar de inmediato a sus elementos fácticos. Por tal razón, los detalles de la teoría kelseniana del Estado encaminados a superar y refinar la tradición normativista alemana en derecho público son imposibles de detectar en contextos de recepción en donde tal tradición no existe. Por tal razón, la estricta reducción normativa del Estado también es omitida en derecho público.</p>
Capítulo 9: El estado y el derecho internacional	<p>Es muy interesante notar cómo el estricto monismo en derecho internacional expuesto en Kelsen será más adelante muy popular en las filas de los internacionalistas latinoamericanos como proyección, en la esfera internacional, del legalismo interno¹⁰⁸.</p>

107 Kelsen, *R.R.1*, § 40, p. 85.

108 Ver en general, Yannick Galland, *Constitución, tratados y mistificaciones*, en *Derecho constitucional: perspectivas críticas*, pp. 147-170, Uniandes, Bogotá, 1997.

Estas transformaciones de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen muestran, en general, que los autores locales enfatizaron enormemente las continuidades y similitudes existentes entre el positivismo pre-kelseniano y la escuela kelseniana propiamente dicha. Para lograr este resultado, los autores locales ignoraron las importantes distancias que había entre ambos núcleos teóricos: mucho menos estuvieron dispuestos a reconocer los varios sitios en que la *Teoría pura*, aunque positivista, se alejaba notoriamente de las bases epistemológicas del legalismo del siglo XIX. Aunque Kelsen elaboró "nuevos argumentos para viejos problemas", los receptores locales quisieron presentarlo como un eslabón más de continuidad en la cadena de teoría jurídica positivista que unía las experiencias de los siglos XIX y XX. Esta interpretación, sin embargo, es parcialmente equivocada porque, como dije antes, es posible que el más modernista y antitradicional de los iusteóricos del siglo XX sea Kelsen. El espíritu de innovación y modernidad que encontramos en los *juristes inquietes* se manifiesta con igual o mayor fuerza en Kelsen. Este Kelsen heterodoxo será desplegado en el último cuarto de este siglo, como veremos en el capítulo siguiente. Como resultado de la armonización de los positivimos, viejo y nuevo, la experiencia positivista del derecho en la teoría local del derecho podría ser resumida bajo varias características, siguiendo una vez más el orden de la *Teoría pura*: en primer lugar, la idea de la pureza política e ideológica del derecho; esta idea, a su vez, conectaba con la tesis de la separación entre derecho y moral que resultaba necesaria para darle autonomía a la ciencia del derecho; y, por último, las ideas de coercibilidad, omnicomprensividad y coherencia del sistema jurídico son preservados como parte del legado común de ambas formas de positivismo. Los silencios y las omisiones fueron igualmente significativos: los juristas locales suprimieron las tesis kelsenianas que resultaban exóticas o excesivamente complicadas para el legalismo tradicional. Kelsen coincidía en las tesis del clasicismo, pero sus argumentos, a veces, eran excesivamente exóticos o complejos: así, por ejemplo, la idea de superar todas las dualismos (con lo que colapsaban distinciones jurídicas muy tradicionales que los autores locales no querían abandonar); la idea, profundamente perturbadora, de la indeterminación de las normas jurídicas y la imposibilidad de resolver objetivamente por vía de interpretación las ambigüedades o vacíos del derecho. Estas omisiones voluntarias habrían de convertirse en el trampolín desde el cual surgiría más tarde

(cont. nota 108) "La mayoría de los libros colombianos sobre derecho internacional, cuando examinan las relaciones entre el derecho municipal e internacional, centran su atención en la discusión sobre el monismo y el dualismo [...] la tendencia general en la doctrina tradicional aboga a favor de la supremacía del derecho internacional".

Ver también, Marco Monroy, *Derecho internacional público*, Temis, Bogotá (1995), pp. 90-93; J. Pallares, *Derecho internacional público*, Leyer, Bogotá (1996), pp. 82-7.

un nuevo Kelsen, esta vez crítico, y no simplemente un epígono más de la cultura jurídica clásica.

4. EL LEGADO DEL KELSENIANISMO

A esta altura creo que estamos en una mejor posición para evaluar el significado general de la influencia de Kelsen en la teoría local del derecho. Los recuentos actuales (aquellos que comúnmente se dan a los estudiantes en un curso de introducción, teoría o filosofía del derecho) son, en su mayoría, o bien historias directamente provenientes de la teoría transnacional del derecho o, si acaso, historias de la recepción académica de Kelsen en Latinoamérica. Las dos tienden desafortunadamente a oscurecer el verdadero impacto, por demás muy notorio, del pensamiento kelseniano en la conciencia jurídica local. Más aún: cualquiera de estos dos recuentos por lo general no logra mejorar la comprensión de las estructuras teóricas que sirven de soporte a la práctica local efectiva del derecho.

Una muy generalizada fantasía ha sido la de creer que la historia y el impacto del kelsenianismo fue principalmente la historia e influencia en los filósofos jurídicos locales (Legaz, Recasens, García Maynez, Cossio, Nieto Arteta, Carrillo y muchos otros). Esta historia de recepción académica se encuentra relacionada con las densas y a veces muy disciplinarias redes que el kelsenianismo lanzó por toda la región por medio de figuras institucionales intermedias tales como J. Kunz y R. Métall. Kelsen, según el recuento de muchos, se constituyó en una abrumadora influencia en las mentes de aquellos que por primera vez se dedicaron más o menos profesionalmente a la enseñanza académica de la filosofía jurídica¹⁰⁹. Estas reconstrucciones académicas han llegado a convertirse en la sustancia del kelsenianismo local, causando, por supuesto, la invisibilidad de la apropiación y transformación más "popular" que se desarrolló de forma paralela e incluso opuesta a la recepción académica. Aunque es discutible (y discutido) saber qué prácticas de "teoría del

109 Ver Villar, *Kelsen en Colombia* (en que muestra cómo la primera generación de filósofos jurídicos profesionales locales tenían que tomar una posición respecto a Kelsen; así, por ejemplo, los profesores Luis Carillo, Abel Naranjo, Cayetano Betancur, Luis Nieto Arteta, Jaime Sanín o Benigno Mantilla). Ver también Mejía, Óscar, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, Temis, Bogotá (1998), pp. 60-3 [de aquí en adelante Mejía, *Derecho, legitimidad*] (en que narra la historia de la recepción académica en el área andina, pero en donde, una vez más, se ignora el impacto del kelsenianismo en la cultura jurídica).

derecho" son las mejores o las más adecuadas, he argumentado a lo largo de este libro que una presentación de teoría del derecho que pase por alto o ignore la conciencia jurídica local tal y como se da en la realidad, tiene un muy serio punto en su contra. La mayor parte del trabajo reconstructivo de la teoría local del derecho que conozco sufre precisamente de este defecto.

Adicionalmente, este tipo de comprensión de las tareas de la teoría del derecho terminó confundiendo la teoría local del derecho con la historia intelectual del establecimiento de estudios académicos formales de filosofía en la región. Rubén Jaramillo, al hacer el recuento de la filosofía moderna en el país, ha dicho que "en la circunstancia de los años 30 y 40 [...] se inaugura en Colombia el ejercicio de la actividad filosófica, que conduce en el año de 1946 a la fundación de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad Nacional, en donde se agruparon unos cuantos investigadores y maestros que ya laboraban en las cátedras de la facultad de derecho"¹¹⁰. La fundación de la facultad de filosofía y letras permitiría la producción de más escritos sobre Kelsen, tales como el libro de L.E. Nieto Arteta, "Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho" (1947). Es imposible negar la importancia de estos acontecimientos. Pero los desarrollos verdaderamente importantes en la conciencia jurídica local todavía estaban localizados en la facultad de derecho por medio de la recepción doctrinal, práctica y popular de un Kelsen transformado y transmutado. El *Derecho civil* de Arturo Valencia Zea es un buen ejemplo de ello. Los libros de Nieto y Valencia, con proyectos intelectuales tan distintos y con filiaciones institucionales dispares, fueron publicados en el mismo período de gran energía intelectual.

De esta manera es moneda común entre nuestros iusteóricos insistir en el hecho de que el kelsenianismo fue el momento inaugural de un filosofar propiamente académico en la región y, adicionalmente, de una teoría positivista del derecho. Aunque la primera pretensión podría ser cierta en términos descriptivos, la segunda no lo es. La amalgama de las dos circunstancias generó la invención de un kelsenianismo ficticio que se contraponía a una teoría prekelseniana de contenido supuestamente iusnaturalista. Así, Mejía, entre otros, ha dicho que la temprana recepción de Kelsen fue usada contra la teoría del derecho "predominantemente neotomista" que existía en la región¹¹¹. Esta descripción errónea llevó a creer, exactamente como con toda probabilidad lo deseaba Valencia, que el kelsenianismo

110 Rubén Jaramillo, *Colombia, la modernidad postergada*, Temis, Bogotá (1994), pp. 95-6.

111 Mejía, *Derecho, legitimidad*, p. 60.

era, desde su mismo comienzo, la teoría positivista de la región. En esta narrativa en la que simplemente se contraponen en el abstracto el iusnaturalismo y el positivismo, se obtenía como resultado la invisibilización de la teoría jurídica prekelseniana que se manifestaba muy enérgicamente en la innegable influencia que *l'exégèse*, la *Begriffsjurisprudenz* y la *libre recherche scientifique* tenían en la región. Es abiertamente equivocado articular todos esos momentos bajo el nombre ambiguo y difuso de iusnaturalismo. Es fácil entender, pero no justificar, el por qué los iusfilósofos locales pasaron por alto la influencia determinante de la exégesis, del conceptualismo o de la nueva escuela científica. Así interpretada, la pesada artillería antinaturalista de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen parecía dirigida a iusnaturalismos estereotipados, como el de Santo Tomás de Aquino; más difícil es ver, y este es el verdadero trabajo, en qué sentido Kelsen criticaba el cripto-iusnaturalismo que puede también encontrarse en Ihering, Savigny o Géný. Esta segunda discusión, creo, es inmensamente más importante que la primera.

Nuestro análisis ha mostrado que la influencia del kelsenianismo local es mucho más compleja que las historias proyectadas desde la TTD, de un lado, o desde las interpretaciones de la recepción académica en la región del otro. Una interpretación del kelsenianismo como una forma de positivismo en constante batalla con el iusnaturalismo es igualmente insuficiente. Comenzamos este capítulo distinguiendo entre la recepción académica y la recepción pop de la obra de Kelsen. De allí pasamos a mostrar cómo se generaron interpretaciones y usos divergentes de la teoría pura del derecho: en la recepción académica, la obra de Kelsen fue usada para introducir dentro de la región una conciencia de ruptura respecto a la teoría del derecho entonces dominante; muchos de estos autores, sin embargo, identificaron la conciencia dominante como una proyección hispánica y católica del iusnaturalismo. Hemos visto, empero, que no existían en Latinoamérica mayores trazas relevantes de iusnaturalismo escolástico. En la cultura jurídica práctica los verdaderos enemigos "iusnaturalistas" de Kelsen, si los había, residían en los flirteos naturalistas, científicistas, historicistas y antiformalistas de autores de la exégesis, el conceptualismo y la escuela del derecho libre. Pero, como hemos visto, el posible naturalismo de todas estas teorías ya había sido ahogado en la maraña fundamentalmente legalista de la conciencia jurídica clásica latinoamericana del siglo XIX. Para las historias estereotipadas, por tanto, Kelsen se enfrentó a un mundo prekelseniano altamente iusnaturalista; sin embargo, el resultado de nuestra indagación muestra que Kelsen vino en realidad a solidificar la dirección ya mayoritariamente positivista de la cultura jurídica prekelseniana.

La dirección práctica y verdaderamente relevante del kelsenianismo local se realizó a través de la recepción pop que se hizo en libros al estilo del *Derecho civil* de Valencia Zea. Es aquí, y espero que el lector esté de acuerdo conmigo, en

donde se encuentra la moraleja de este capítulo. El tratado de Valencia ofrece un maravilloso punto de vista para observar el destronamiento lento de la influencia de Gény y la llegada al poder de la nueva dirección positivista de la *Teoría pura del derecho*. Pero la nueva recepción no significó de modo alguno que la nueva sensibilidad desechara completamente el pasado iusteórico. La acumulación de nuevas capas de teoría sobre los remanentes de los antiguos han abierto la posibilidad de sinergias, yuxtaposiciones y transmutaciones que los autores originales no podían prever. El punto crucial del discurso iusteórico de Valencia Zea radicó en que, justo en medio del nuevo enfoque kelseniano, todavía encontró suficiente espacio para preservar eclécticamente muchos de los artículos de fe de la exégesis, del conceptualismo y de la escuela científica. Aquí, y como ocurrió exactamente con muchos de los autores locales que hemos analizado antes, Valencia fracasó en desarrollar con toda plenitud y coherencia el programa iusteórico que había adoptado. La brecha entre el diseño y la ejecución iusteórica se expresa aquí una vez más. Increíblemente, el tratado de Valencia es, si se le analiza desde su ejecución doctrinal concreta, un ejemplo mucho más claro de alto conceptualismo o de exégesis: su aceptación y refinación de la *Rechtsgeschäft* (con la que rracionalizaba el complejo sistema de obligaciones del Código Bello) es claro testimonio de ello. De igual manera Valencia es capaz de preservar, tanto en la versión de 1945 como en la de 1957, la justificación de los contra-principios de derecho civil que habían sido creados por medio de la libre investigación científica (tal como se la entendía y aplicaba localmente). Las viejas capas se posicionaron como estratos tempranos de pensamiento jurídico y se acomodaron frente a la llegada de la comprensión kelseniana del mundo. Muchas veces, incluso, esos estratos más antiguos pasaban como subproductos de la ciencia del derecho al estilo kelseniano. La vieja sabiduría del derecho civil quedaba de cierta forma incorporada dentro de la nueva doctrina y esta estabilización de la conciencia jurídica clásica (una mezcla de positivismo prekelseniano y kelseniano) va a perseverar como el modelo básico de pensamiento jurídico hasta nuestros días. Esta hegemonía no sería contrarrestada sino hasta finales del siglo XX, cuando eventos políticos y constitucionales ocasionaron la nueva recepción y transformación de nuevos autores y argumentos de TTD. El kelsenianismo entrará en crisis para esta época, y un nuevo derecho requerirá de nuevas estructuras teóricas que lo sostengan. Este desarrollo prepara el escenario para realizar nuestro último viaje de producción y recepción iusfilosófica.

CAPÍTULO 6

Constitucionalización y judicialización del derecho: Recepción de teorías en el último cuarto del siglo XX

La terminología del derecho y la filosofía jurídica inglesa contiene muchas expresiones que carecen de equivalentes simples en español; porque las palabras de cada uno de esos idiomas están con frecuencia cargadas de una teoría jurídica extraña al otro y llevan en él implicaciones diferentes.

H. L. A. Hart, 1963¹

1. INTRODUCCIÓN Y ESTRUCTURA DEL CAPÍTULO

La recepción local del positivismo kelseniano produjo la estabilización del clasicismo como forma básica de conciencia jurídica local. En el "derecho civil" de Arturo Valencia Zea² se da una fusión cultural entre clasicismo y kelsenianismo; el kelsenianismo será visto como un proceso de actualización metodológica del derecho civil clásico. Los conflictos potenciales entre ambas teorías, que ciertamente eran muchos y profundos, serán suavizados, suprimidos o ignorados. De esta forma el kelsenianismo se incorpora como marco teórico general de exposiciones doctrinales más tradicionales que continuaban siendo realizadas al modo de la exégesis o del conceptualismo. A esta actualización del clasicismo mediante la incorporación de lecturas locales del kelsenianismo la denominaré, para brevedad en la exposición, "neoclasicismo". Paralelo a la creación de esta nueva mezcla teórica, el libro de Valencia Zea también implicaba el abandono efectivo de la mayor parte del antiformalismo de la Corte de Oro, aunque Valencia seguía ha-

1 Prefacio a la edición en español de *El concepto de derecho*.

2 El lector debe recordar que el libro de Valencia es representativo de las formas locales de doctrina que se producen después de la recepción de la *Teoría del Derecho* de Hans Kelsen.

ciendo notables esfuerzos personales y políticos por sintetizar el aporte de la generación de los *juristes inquiets* con los nuevos aires del positivismo kelseniano. Esta síntesis ulterior, como habría de esperarse, resultó parcialmente fallida. Como resultado de lo anterior la estructura teórica dominante en la nueva producción jurídica terminó siendo altamente ecléctica: incorporaba las tesis principales del positivismo jurídico kelseniano mientras que preservaba muchos de los argumentos del conceptualismo y de la exégesis. En relación con el conceptualismo, en especial, la cultura neoclásica continuó escribiendo sobre aquellas partes del Código Bello o de la legislación en donde los doctrinantes habían ya avanzado en la sistematización de "teorías generales"³. El hecho claro, de otra parte, es que el desarrollo del conceptualismo en Latinoamérica a lo largo del siglo XX se caracterizó por un lento proceso de estancamiento e incluso de retroceso en términos de sofisticación y autoconciencia teórica. Mientras que era muy claro para los primeros tratadistas de finales del siglo XIX que la creación del derecho civil nacional de acuerdo con el programa del conceptualismo exigía constante creatividad y constructivismo en la interpretación del Código Civil, los autores posteriores fueron abandonando el aspecto específicamente constructivista del conceptualismo: en su lugar se decantaron por la importación de teorías extranjeras y, peor aún, por considerar que dichas teorías eran sin más el fruto de lecturas exegéticas del texto del código. El conceptualismo constructivista propuesto por Savigny y ejecutado por los mejores autores europeos terminó convertido en un conceptualismo mimético y positivista que traicionaba sus propios presupuestos.

El clasicismo, unido ahora a la recepción pop de la teoría de Hans Kelsen, acepta confiadamente la idea según la cual esta mezcla puede ser considerada como una exposición correcta y quizás definitiva de lo que es el derecho, sin tener que dar cuenta de múltiples fenómenos que no necesariamente quedaban bien explicados dentro de sus estructuras. Este neoclasicismo contiene dentro de sí el conjunto de presupuestos más difundidos en la cultura local acerca de lo que es el derecho sin que sea necesario, al mismo tiempo, desarrollar una iusteoría más compleja o crítica. Los estudiantes, conforman así su concepto del derecho a partir de los presupuestos de la doctrina neoclásica; las reflexiones explícitas de filosofía del derecho resultaban demasiado marginales o esotéricas como para que, de hecho, pudieran hacer algún contrapeso al concepto hegemónico que se distribuía

3 La dogmática local puede alardear de poseer variadas y muy bien desarrolladas teorías generales. Por ejemplo, una teoría general del acto o negocio jurídico, una teoría general del acto administrativo, una teoría general del acto de comercio y una muy desarrollada teoría general del delito, para mencionar sólo algunas de las más sobresalientes.

sottovoce en la doctrina dominante. Esta forma de teorización implícita del derecho se extiende velozmente a través del enorme entusiasmo que despierta Hans Kelsen en los juristas latinoamericanos de la segunda posguerra. Muchos de estos académicos llegan incluso a manifestar una inclinación antiintelectual y antiteórica: es como si el kelsenianismo hubiese resuelto definitivamente las cuestiones más apremiantes de teoría del derecho en relativa concordancia con las ideas provenientes de la tradición clásica⁴. Kelsen fue comprendido como una exposición definitiva del concepto del derecho positivo y estatal propio del siglo XX⁵. Su importación a Latinoamérica se vio facilitada a través de lecturas transformadoras que sirvieron para que terminara explicando y justificando la comprensión clásica del derecho que hasta entonces se había formado en la región.

A medida que se hizo la transición intelectual de la primera a la segunda mitad del siglo XX, la teoría local del derecho se movió de manera progresiva hacia el positivismo kelseniano y, al mismo tiempo, perdió en gran parte la autoconciencia teórica que era tan evidente tanto en el conceptualismo local *circa* 1900 como en la *école scientifique* de los treinta. Estas generaciones anteriores estaban predominantemente interesadas en la exposición del derecho civil (como era de esperarse), pero también sabían que los problemas metodológicos y teóricos eran inevitables. El kelsenianismo fue usado como manera de resolver dichos problemas metodológicos y teóricos; a partir de la recepción kelseniana la discusión metodológica y teórica pasó a tener una importancia menor de la que había tenido en la literatura precedente. A medida que el siglo cruza su línea media, la teoría del derecho se va decantando hacia una estabilización del puesto definitivo que ocupa el neoclasicismo jurídico y por la creciente invisibilidad o irrelevancia de alternativas teóricas no clásicas o no positivistas. Esta doble caracterización

4 "Es necesario administrar a los jóvenes la menor cantidad posible del veneno de las teorías y, en cambio *familiarizarlos con las palabras mismas de la ley*, interpretadas sabiamente". Biagio Brugi, *Instituciones de derecho civil*, citado por Jorge Angarita en *Lecciones de derecho civil*, 4ª edición, Temis, Bogotá (1994) (itálicas en texto original).

5 Kelsenianos de todo tipo, incluyendo a Metall y Bobbio, distinguen entre "filosofía del derecho" y "teoría del derecho". La primera tiene que ver exclusivamente con la metafísica del derecho, mientras que la segunda habla acerca de las estructuras subyacentes que determinan la práctica contemporánea del derecho. En este sentido, claramente, Kelsen dedica su obra científica a la segunda empresa. La *Reine Rechtslehre* es una "teoría del derecho" y no una "filosofía del derecho". Véase Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, 1991. La edición en español de este libro se titula *Problemas capitales de la teoría jurídica del estado desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*, Porrúa, México (1987); véase también Kelsen, *Zur Lehre vom öffentlich Rechtsgeschäft* (1913).

dominó el período comprendido entre 1957 y 1990. El reinado del positivismo sólo llegó a ser cuestionado localmente a comienzos de la década de los noventa, casi sesenta años después de que los *juristes inquiets* locales de los años treinta habían intentado la primera revuelta antiformalista y antipositivista.

En la teoría transnacional, esta nueva crítica del positivismo se venía dando con vigor ya durante la década de los sesentas y setentas, especialmente a través de autores anglosajones. A nivel local, la expedición de la Constitución colombiana de 1991 concentra en un punto de cambio institucional los múltiples cambios intelectuales que ya en todo caso se estaban dando en la teoría jurídica transnacional. Nuevas concepciones de lo que era el derecho y cómo debería ser articulado en la vida real comenzaron en ese momento a ser propuestas en términos claros y con un volumen cada vez más audible. El positivismo encontraba una crítica poderosa e influyente luego de muchos años de dominio más o menos absoluto en la conciencia jurídica local. Esta nueva crítica habría de tener una más amplia penetración en la cultura local si se la compara con la crisis antiformalista de los años treinta: los críticos de aquella época no habían podido realizar la radical transformación de la cultura jurídica y política a la que habían aspirado. Muchas de sus innovaciones, por ejemplo, el conjunto de contra-principios socializadores y moralizadores de derecho civil que habían propuesto fueron reabsorbidos en los moldes de la conciencia jurídica clásica poco después del fallido intento de reforma del Código civil en 1939. Allí donde los antiformalistas de la década de los treinta habían fallado parcialmente, los antiformalistas contemporáneos pudieron proponer una caracterización alternativa del derecho con mayor audiencia y permanencia: comenzando con la recepción de nuevos libros de teoría transnacional del derecho a partir de la década de los ochentas, el dominio absoluto del positivismo jurídico pasó a ser cuestionado una vez más y con creciente profundidad. La nueva iusteoría provenía fundamentalmente de discusiones anglosajonas recientes representadas por autores como H.L.A. Hart y Ronald Dworkin y popularizadas en la conciencia jurídica local por autores del estilo del argentino Carlos Santiago Nino. El trasplante teórico coincidió al mismo tiempo con profundos cambios formales en el derecho local, en especial con la adopción de nuevas constituciones o con extensas reformas a aquellas otras que se conservaron.

Es difícil articular el tema de la "causalidad" entre el cambio iusteórico y el cambio formal en las fuentes del derecho: en una concepción típicamente formalista, el cambio constitucional o legal formal precede y determina el cambio en cualquier otra variable de la cultura jurídica, incluyendo la iusteoría básica compartida por una comunidad jurídica; desde una perspectiva no formalista, de otra parte, bien podría pensarse que el cambio en la teoría del derecho es una función de la cultura de la comunidad y, por consiguiente, es total o parcialmente autóno-

ma frente al cambio formal en los materiales jurídicos. Para esta segunda explicación es posible aceptar que, una vez las percepciones iusfilosóficas se han establecido en la cultura, los materiales formales puedan sentir presión por parte de la "cultura" y terminar ajustándose a las nuevas formas de comprensión e interpretación del derecho prescritas por el nuevo núcleo de ideas.

No creo, sin embargo, que el tema de la causalidad entre cultura y derecho formal sea muy importante. No tiene mucho sentido analizar las conexiones causales "reales" entre la teoría del derecho y los materiales jurídico-positivos de una jurisdicción. En primer lugar, los materiales jurídicos, tales como el Código Civil, pueden ser interpretados y manipulados con un amplio juego de diferentes herramientas y concepciones iusteóricas. Nuestro análisis no nos permite concluir que haya características iusteóricas que sean intrínsecas o necesarias en cierto tipo de material jurídico, por ejemplo el código. El código puede ser imaginado de múltiples maneras alternativas: puede ser visto como una masa de reglas coherentes o contradictorias, como un texto sin vacíos o desesperadamente incompleto, como un promotor o un obstáculo del cambio social y así sucesivamente. Diferentes autores en diferentes momentos, de hecho, han sostenido unas y otras opiniones. El código también puede imaginarse como un texto jurídico que requiere de una activa interpretación y complementación judicial o doctrinal. Otros piensan, a contrapelo, que el código *no requiere* de dichas complementaciones de sentido. Para el conceptualismo, por ejemplo, la función de integración del derecho en caso de lagunas fue encomendada a los conceptos y sistemas creados por la doctrina de los juristas; para la *libre recherche scientifique*, en cambio, el poder pretoriano del juez era esencial en la tarea de completar el código y actualizarlo a las necesidades apremiantes de la vida moderna.

En segundo lugar, la pregunta de si se requiere una reforma jurídica formal antes de que tenga lugar un cambio en el paradigma teórico-jurídico es válida únicamente si se aceptan previamente las premisas del legocentrismo. El análisis del antiformalismo social de los años treinta⁶ nos ha enseñado a ver las cosas de una manera más funcional: no se trata tanto de un proceso real de causalidad sino de un proceso retórico realizado por el positivismo destinado a justificar y defender el cambio iusteórico fundándolo en materiales jurídico-positivos. Esta necesidad de anclaje positivo del cambio iusteórico es una de las formas en que la conciencia jurídica clásica expresa una vez más la importancia que le otorga al derecho positivo: el cambio iusteórico *también debe responder* al principio de legalidad.

6 Ver capítulo 4, sección 6, *supra*.

De esta forma se genera la necesidad de establecer o identificar normas jurídicas que regirán de forma comprensiva los protocolos de interpretación e integración del derecho, así como los resultados substantivos de todas las controversias jurídicas. Si esto es así, los reformadores iusteóricos deben convencer a sus colegas abogados de que las reglas básicas de análisis jurídico aceptables en una jurisdicción han sido de alguna manera reformadas mediante mandatos de derecho positivo. Los reformadores iusteóricos deben generar una narrativa positivista para convencer a otros de que el cambio en la teoría del derecho (incluso cuando el cambio se mueve en dirección no positivista o incluso antipositivista) fue ordenado por nuevas reglas o, alternativamente, debe ofrecer nuevas interpretaciones de reglas ya existentes con el fin de satisfacer el mismo propósito. Así, por ejemplo, cuando se efectuó la primera recepción de la teoría del derecho de François Géný, la reforma constitucional de 1936 sirvió como lugar de positivización de una nueva concepción iusteórica. Igualmente, en el mito que Zuleta Ángel recreó entorno al artículo 8° de la Ley 153/1887, se presentó una nueva interpretación de una regla antigua y aparentemente inocua para persuadir a sus coetáneos (con gran éxito) de que la *libre recherche scientifique* ya estaba presente en el sistema jurídico latinoamericano años antes que el mismo Géný presentara en Europa los frutos de sus reflexiones en su libro de 1899. Todos estos argumentos resultaban necesarios para persuadir a una comunidad legocéntrica que la ley misma era la que había ordenado desplegar nuevas formas de análisis, interpretación e integración antiformalista, principalmente en la forma metodológica precisa propuesta por Géný. Esas creaciones y recreaciones legislativas justificaron durante un tiempo corto (1936-9) la revuelta antiformalista. Más tarde, en 1939, cuando el sustento político e institucional del cambio iusteórico se había debilitado⁷, los reformadores tuvieron que crear nuevos argumentos legocéntricos más concretos para dar solidez positiva a la nueva teoría del derecho. La fundamentación en la reforma constitucional de 1936⁸ y en el artículo 8° de la Ley 153/87 resultaba demasiado abs-

7 En 1939 los períodos constitucionales del presidente López Pumarejo y de la Corte de Oro ya habían expirado.

8 Recuerde el lector que en esta época no se habla todavía del "poder normativo directo de la constitución". Para Martin Borowski, por ejemplo, los derechos fundamentales tan sólo habían sido concebidos para aquel entonces "como enunciados programáticos o como encargos constitucionales no susceptibles de enjuiciamiento en el sentido de *llamamientos a las instancias políticas*. Estas últimas normas no son jurídicamente válidas; la razón de su validez solamente puede ser de naturaleza moral, tradicional o divina. En este sentido las normas no vinculantes, o en otros términos, las normas programáticas, han sido entendidas como 'normas aparentes'. Martin Borowski, "La estructura de los derechos fundamentales", Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2002), pp. 37-8. En denuncia de este mismo punto puede verse para el caso alemán Conrado Hesse, *Significado de los*

tracta para las necesidades de una cultura que exigía reglas legales concretas en las que se ordenaran las nuevas instituciones de derecho civil formuladas vía interpretación por los reformadores. Fue así como se presentó el proyecto de reforma al Código Civil que, como sabemos, terminó siendo una trampa: se trataba de positivizar en el antiguo Código Bello el derecho jurisprudencial de la Corte de Oro. El proyecto terminó por hundirse y el error estratégico cometido se reveló con toda claridad: el sustento positivo originalmente esgrimido para justificar el cambio jurisprudencial y iusteórico⁹ no parecía ahora suficiente para resistir el peso de la nueva cultura jurídica; por tal razón se exigía una reforma extensa y detallada del Código Civil. Sin esa reforma, el derecho local no abandonaría decisivamente los lastres decimonónicos que lo ataban al pasado y le impedían regular adecuadamente las circunstancias de la vida moderna¹⁰. El proyecto, como sabemos, fracasó y la nueva forma de análisis jurídico quedó seriamente comprometida. En los años noventa, la coincidencia entre un nuevo cambio constitucional y una nueva teoría del derecho acotó el escenario, una vez más, para hacer creer a los legocentristas que el cambio teórico era siempre precedido por la promulgación de reformas constitucionales o legales. Bajo esta lectura tan socorrida, la coincidencia entre el cambio constitucional y la crisis iusteórica tiende a reforzar la hegemonía misma del legocentrismo. De ahí que el cambio cultural termina dependiendo del cambio legal¹¹.

(cont. nota 8) *derechos fundamentales en Manual de derecho constitucional*, pp. 85-6: "Pero ni siquiera en aquellos estados en los que [los derechos fundamentales] llegaron a formar parte de la Constitución desempeñaron un papel considerable [...]. El pasado gravitaba intensamente, y para la corriente dominante en la doctrina y en la jurisprudencia sólo regía lo siguiente: se consideraba el contenido jurídico de los derechos fundamentales [...] como una mera modificación de situaciones vigentes hasta ese momento reguladas por leyes especiales, y conforme a ello los concebía más con un carácter jurídico-privado y jurídico-administrativo que estatal. Partiendo de tal teoría, los derechos fundamentales se consideraron en principio como expresión del derecho a la libertad frente a cualquier coerción que no se ajustara al principio de legalidad. Faltaban salvaguardias jurídicas frente a infracciones, vaciamiento de contenido, modificaciones y abolición".

9 La reforma constitucional de 1936 y el artículo 8° de la Ley 153 de 1887.

10 Ver Carlos Lozano, *El Ministro de Gobierno y la reforma del Código Civil*, 1-2 Imprenta Nacional, Bogotá (1939).

11 Estas afirmaciones son todas ciertas en sentido contrario: un movimiento conservador en teoría del derecho también intentará realizar nuevas reformas constitucionales que desmonten las instituciones y procesos en los que se han desplegado nuevas formas de cultura y argumentación jurídica. Véase, el proyecto de acto legislativo "por medio del cual se reforma la Constitución Política en materia de administración de justicia" presentado por el gobierno del presidente Uribe Vélez al Congreso de la República en el año 2002.

El positivismo nacional, entonces, tiene así una manera fácil y efectiva de explicar (por medio del legocentrismo) los nuevos desafíos iusteóricos que había tenido que enfrentar. El cambio en estilo iusteórico puede ser explicado atribuyéndoselo a cambios en el derecho positivo. Lo que es aún más llamativo: el cambio iusteórico y cultural puede ser *detenido* mediante la derogación o modificación de las normas positivas sobre las que presuntamente se sostenía tal cambio. En esta línea legocéntrica de razonamiento, es frecuente encontrarse con la explicación según la cual los cambios en cultura jurídica pueden ser fácilmente referidos a la promulgación, en 1991, de una *nueva* Constitución Política en Colombia. La creación de los nuevos textos jurídicos ofrece una explicación positivista del cambio dentro de la cultura jurídica del país. Este ha sido, hasta ahora, el recuento ortodoxo de lo que está ocurriendo con el derecho en Colombia en los últimos lustros.

Pero parece necesario intentar una línea argumentativa diferente: el cambio iusteórico, de hecho, parece ser la respuesta a fuerzas y necesidades *culturales* profundas y no sólo el resultado de cambios constitucionales formales. De acuerdo con Giovanni Tarello, los factores que le dan forma a la manera como abogados y jueces entienden el derecho y su sistema de fuentes pueden ser divididos en dos categorías generales: algunos de ellos son "datos estructurales", es decir, instancias de cambio legal formal. Otros factores, más difíciles de discernir y más extraños al análisis positivista, pueden ser denominados en general como "datos culturales" puesto que tocan, más allá de la dinámica de la reforma formal, las actitudes e ideas que comparten los juristas. Datos culturales y estructurales, entonces, co-determinan las teorías que los operadores jurídicos utilizan en su trabajo cotidiano¹². Esto quiere decir que la iusteoría, contrario a lo que piensa el positivismo, es un conjunto de ideas que incluye formas de argumentación, fines políticos, actitudes morales, percepciones generacionales, prácticas educacionales, etc., usualmente estructurados a través de una lenta construcción cultural y en cercano contacto con los desarrollos culturales más notorios que se dan en otras jurisdicciones. Una de las principales características del positivismo local es que supone acríticamente que las formas como se concibe el derecho pueden de alguna forma ser determinadas de manera exclusiva por normas jurídicas positivas. De acuerdo con esta creencia, los principios iusteóricos básicos de una tradición jurídica pueden encontrarse y estudiarse en disposiciones específicas del derecho positivo, a menudo en la Constitución o en los mismos códigos. Por tanto, el

12 Sobre la distinción en derecho entre "datos estructurales" y "datos culturales", véase Giovanni Tarello, *Storia de la Cultura Giuridica Moderna* 11, Il Mulino, Bolonia (1976).

positivismo local asume que no sólo contiene un lenguaje cargado de principios y reglas sustantivas de derecho sino que también contiene dentro de sí reglas iusteóricas de segundo nivel, esto es, un meta-lenguaje jurídico que determina y acota la comprensión del lenguaje jurídico de primer nivel.

El cambio iusteórico de los años noventa, de hecho, tiene parecidos y familiaridades con la crisis de los treinta. De la misma forma, el antiformalismo contemporáneo traerá consigo nuevas temáticas puestas de relieve por nuevos trasplantes y contactos teóricos. Como en los treinta, la nueva percepción iusteórica empezó por identificar fallas o carencias en la explicación positivista del derecho dando así comienzo a un nuevo período de hostilidades en las que se trató de resignificar las normas iusteóricas de segundo nivel con las que se manipulan las normas de primer nivel. Resulta útil a esta altura tratar de confeccionar una lista de las características del positivismo post-kelseniano que fueron especialmente controvertidas en esta nueva crisis de la teoría del derecho: en primer lugar, existía una creciente insatisfacción con la ontología aceptada del derecho: de acuerdo con la ontología positivista extraída de Kelsen, se sostiene que el derecho está constituido por reglas positivas vigentes y no por principios jurídicos inducidos, deducidos, o presupuestos¹³; esta posición significaba que los jueces y abogados debían centrar su habilidad argumentativa en un nivel relativamente bajo de abstracción, fijando su atención en la aplicabilidad y sentido de reglas procesales y sustantivas, a la par que ignoraban sistemáticamente los problemas morales o políticos más generales que suscita la decisión judicial. Este bajo nivel de abstracción se ajustaba, como hemos visto, a ciertas lecturas de la obra de Kelsen que aconsejaba una estricta separación entre el derecho y la justicia. Más allá de las reglas jurídicas positivas no había una forma racional de reconstruir el ideal de justicia o equidad en el derecho. Por esa misma razón, los jueces y abogados se centraban con todo vigor en el significado textual de reglas concretas (no especulativas) que se hallaban por lo común en el derecho legislado o codificado; estos mismos operadores

13 Es posible que el único espacio que haya para la construcción jurídica en la *Teoría pura del derecho* de Kelsen sea la aceptación que no todo artículo de un código debe contener de manera completamente desarrollada la "proposición jurídica" (*Rechtssatz*). Una de las tareas de un análisis positivista sería entonces la de reconstruir los elementos de la regla que se encuentran dispersos en distintos lugares del ordenamiento jurídico. Pero este tipo de constructivismo está muy lejos del constructivismo mucho más denso de las teorías del derecho de Savigny o Gény. Adicionalmente, como hemos visto, el neoclasicismo permitió la armonización de la estricta posición kelseniana de rechazo a la existencia de principios creados o construidos con la creencia conceptualista según la cual sí existen dichos principios de derecho que funcionan como conceptos estructurantes de un campo jurídico.

jurídicos exhibían, correlativamente, poca o ninguna paciencia con reglas abstractas o de consecuencias jurídicas indeterminadas. Al enfrentarse con una consecuencia jurídica indeseable o "injusta", los jueces se escondían tras la máxima "*dura lex, sed lex*". Esta comprensión estrecha estaba además fincada en la idea según la cual el ideal de legalidad y estado de derecho sólo podía funcionar adecuadamente a través de reglas y no a través de principios.

En ese mismo orden de ideas, la constitución era vista como un documento *orgánico* pero no *dogmático*, esto es, era considerada como la regulación de las funciones y competencias de las ramas del poder público, pero no como una carta de derechos que concediera, a través de sus disposiciones iusfundamentales, verdaderos derechos subjetivos y concretos que los ciudadanos pudieran hacer valer en sede judicial. Así las cosas, la parte orgánica de la Constitución sí estaba constituida por verdaderas reglas de derecho; la parte dogmática, en cambio, eran principios meramente indicativos de la actividad estatal, pero no derecho en estricto sentido positivista. La ley, por consiguiente, era la fuente principal (incluso exclusiva) del derecho; otras fuentes habían sufrido el mismo destino de aquellas teorías jurídicas que les brindaban especial soporte: la doctrina de los juristas, por ejemplo, había sido la fuente preferida por el conceptualismo alemán el cual, de hecho, no dejó de manifestar inmensas reservas frente al carácter antisistémico y caótico de la producción legislativa del derecho. En Colombia, curiosamente, la doctrina de los juristas no había sufrido especialmente con la llegada del normativismo kelseniano. Como hemos visto, los juristas cada vez más escondían el origen extralegal de sus teorías generales y las calificaban (falsamente) como *puros resultados* del análisis de normas vigentes. Este punto constituye la esencia del neoclasicismo: el conceptualismo se conserva y recicla en un mundo jurídico postkelseniano. De otro lado, el derecho judicial corrió con peor suerte en el nuevo mundo neoclásico: fue nuevamente relegado a su tradicional papel de fuente auxiliar, tal como había ocurrido con la labor jurisprudencial de la Corte de Oro y con la influencia iusteórica de la *libre recherche scientifique* en la que estaba basada. El antiformalismo, así, había quedado excluido del ecléctico balance neoclásico: exégesis, conceptualismo y kelsenianismo, a pesar de tensiones internas, habían podido coexistir como iusteorías compatibles. Los compromisos teóricos y políticos del antiformalismo social, en cambio, lo habían hecho incompatible con la nueva síntesis. En el neoclasicismo, y a pesar de la corta interrupción antiformalista, el juez retornó a su papel relativamente pasivo de aplicador del derecho codificado y legislado en concordancia con los ideales del Estado de derecho y el principio de legalidad. El neoclasicismo implicó, en punto de interpretación de normas, una especie de confiado neotextualismo. Esta posición implicaba ignorar la teoría kelseniana de la interpretación jurídica que se mostraba mucho más escéptica sobre las posibilidades de resolver definitivamente las indeterminaciones del derecho a través de "métodos" de inter-

pretación¹⁴. De igual manera, y como ya había ocurrido en el clasicismo, la síntesis neoclásica no pensaba que las indeterminaciones o las lagunas se dieran con frecuencia: la existencia de un sistema jurídico pletórico de reglas impedía su ocurrencia frecuente. Toda dificultad con el derecho legislado podía ser resuelta de manera suficiente mediante la aplicación del viejo método savigniano de interpretación en el que se hacía primar, en todo caso, el elemento textualista o literalista. Tanto los casos fáciles como los casos difíciles se podían resolver de una manera similar: en ambos casos había que seguir el tenor literal de las reglas de derechos positivos de primer nivel o, de ser necesario en raros casos, el tenor literal de las reglas positivas de segundo nivel en las que se encontraban mandatos claros sobre cómo interpretar o integrar el derecho.

La nueva generación de teoría antiformalista del derecho tenía su propio memorial de agravios contra la hegemonía de las convicciones neoclásicas. La presentación de nuevos argumentos iusteóricos se hizo de la mano de la importación de productos recientes de la TTD que insistían sobre la presencia de altos niveles de indeterminación semántica y moral en el derecho, así como de la muy frecuente ocurrencia de lagunas o vacíos en la aplicación del mismo; criticaban el desprecio de los positivistas por el contenido moral y político del derecho, así como su ínfima preocupación por el ideal de justicia entendido tanto como una propiedad de casos individuales, como una característica integral del sistema jurídico; examinaban y enfatizaban el papel de las normas constitucionales (especialmente aquellas que definen posiciones iusfundamentales) en casos surgidos de la aplicación del derecho legislado; teorizaban sobre la influencia que tienen los valores políticos y constitucionales en la configuración de todas las áreas del derecho; y, por último, exploraban en detalle los aspectos del razonamiento y la argumentación jurídica sin creer, como lo hacían los positivistas, que el asunto se resolvía definitivamente mediante consulta de algunas pocas y antiguas reglas de derecho legislado que pretendían agotar los problemas de metodología del derecho. En todas estas tareas era posible utilizar una creciente y sofisticada literatura iusteórica que desbordaba en mucho el cuadro de posiciones disponibles para el análisis jurídico clásico

14 Véase, en efecto, el capítulo 6 de la primera edición de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen: "No hay un método, susceptible de ser caracterizado de modo jurídico-positivo, con arreglo al cual pueda señalarse una significación como la única "recta" entre las muchas significaciones verbales de una norma, supuesto, naturalmente, que se trata de muchas posibles interpretaciones de sentido, es decir, posibles con relación a todas las otras normas de la ley o del orden jurídico. A pesar de todos los esfuerzos de la Jurisprudencia tradicional, no se ha logrado hasta ahora decidir de modo objetivamente válido el conflicto entre voluntad y expresión, a favor de la una o de la otra". Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, p. 133.

o neoclásico. Las preocupaciones de esta nueva generación eran similares a algunos de los temas que ya se habían discutido en la teoría local del derecho. La diferencia consistía, sin embargo, en que estos temas se estaban discutiendo en un nuevo lenguaje teórico que recogía la tradición anglosajona (hasta ese entonces poco influyente en la formación de la iusteoría local) y en la que se manifestaban los procesos de constitucionalización del derecho y judicialización de la política propios de la segunda posguerra tanto en Europa como en los Estados Unidos.

Pero importar la nueva TTD no fue la única, ni la más importante de las tareas que los nuevos antiformalistas locales emprendieron. Los reformadores locales, fuera de importar la nueva TTD, también tenían que encontrar en el derecho local los temas y espacios en los que se pudiera desarrollar la nueva sensibilidad. En oposición a los reformadores iusteóricos de los años 30, los nuevos antiformalistas tuvieron la necesidad de preparar las ideas iusteóricas que le dieran sentido a un cambio jurídico-positivo de gran envergadura: la Constitución colombiana de 1991¹⁵ les suministró una inmensa cantidad de nuevos textos, doctrinas e instituciones que exigían profundos cambios en la concepción y análisis tradicionales del derecho. Los principales cambios en el derecho positivo que apuntalaron este cambio iusteórico son los siguientes: en primer lugar se positivizaron nuevas y expandidas declaraciones constitucionales de derechos fundamentales, pero más importante aún, se les dotó a dichos derechos de mecanismos de protección judicial directa (en Colombia, la acción de tutela¹⁶); estos mecanismos abrieron la posibilidad para que los ciudadanos expresaran sus reclamos en un lenguaje constitucional y moral que no tenía que pasar por las restricciones o tecnicismos del derecho codificado y legislado. De esta forma y por primera vez, los ciudadanos podían presentar litigio constitucional en oposición a los casos tradicionales de derecho civil, penal o laboral que se resolvían mediante la aplicación de reglas legisladas; por último, la Constitución colombiana de 1991 (y con ella todas sus congéneres latinoamericanas de la misma época) crearon o reforzaron el papel de la jurisdicción constitucional que ya no sólo desataba conflictos entre las ramas del poder sino que se constituía en un tribunal nacional de derechos constitucionales cuyas decisiones obligaban a todas las autoridades y a los particulares.

15 La Constitución colombiana de 1991 es tan sólo un ejemplo de varias otras constituciones regionales adoptadas en el mismo período histórico y que han ocasionado, con mayores o menores niveles de profundidad, el mismo tipo de cambio iusteórico en sus respectivas jurisdicciones. Véase al respecto, Diego López Medina, *La interpretación constitucional: Desarrollo, función y técnicas del nuevo derecho constitucional desde una perspectiva latinoamericana*. Instituto de la Judicatura de Bolivia, Sucre (2003).

16 Véase el artículo 86 de la Constitución colombiana de 1991.

Las razones que llevaron al desafío contemporáneo de las teorías clásicas y neoclásicas del derecho son varias: en primer lugar, se hizo disponible una literatura iusteórica más reciente, sofisticada y persuasiva con la que creció el sentimiento de insatisfacción que generaba la recepción pop de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen; en segundo lugar, y desde una vertiente más política del análisis, los sistemas jurídicos nacionales sintieron una creciente presión, tanto interna como externa, para que se incrementara el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales dentro del contexto de la transición regional hacia la democracia; en ese mismo orden de ideas, se rechazó la idea de que sólo los reclamos tradicionales de derecho privado (es decir aquellos relacionados con el estado civil y los atributos de la persona, la propiedad, las obligaciones, los contratos y las sucesiones) merecían protección estatal efectiva ante los tribunales; finalmente, y contrario a la confianza legocéntrica propia de la teoría política rousseauiana, la ciudadanía mostró crecientes niveles de escepticismo respecto de la competencia y neutralidad del derecho creado en sede legislativa; la ley, por tanto, sufrió las consecuencias de la desintegración de la confianza ciudadana en la rama legislativa, la cual se percibía ahora como un foco de clientelismo y corrupción y no como el sacrosanto espacio republicano de formación de la *volonté generale*¹⁷. La combinación de todos estos factores, a su vez, ha colocado a la rama judicial bajo una renovada atención y confianza institucional. En medio de este diagnóstico político, las iusteorías que defendían y buscaban dar coherencia al activismo judicial resultaron muy llamativas. Parecía, entonces, que dada la crisis institucional de la rama legislativa, fuera posible acudir a jueces coherentes e íntegros (como Hércules en la presentación de Ronald Dworkin) que pudieran, conforme a principio, revincular el derecho con teorías morales y políticas correctas y progresistas. Dentro de esta situación política general, las ramas del poder público han participado en una intensa lucha por incrementar y legitimar

17 Esta percepción ha dominado los últimos años del debate político en Colombia. El principal objetivo político de la séptima papeleta y de la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente fue precisamente la devolución de la soberanía al pueblo (bajo la forma contemporánea de la democracia participativa) frente a la muy notoria pérdida de legitimidad por parte de las instituciones de democracia representativa. Véase al respecto, John Dugas *The Origin, Impact, and Demise of the 1989-1990 Colombian Student Movement: Insights from Social Movement Theory*. Jorge Orjuela y Víctor Rodríguez, *Semilla en tierra seca-La constituyente: del sueño juvenil al negocio político*. Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá (1994). Desde ese entonces y hasta ahora, la necesidad de realizar una "reforma política" se ha discutido en numerosas ocasiones en el Congreso colombiano sin mayor fortuna. Un último ejemplo de estos intentos está en el Referendo constitucional convocado por el Gobierno de Uribe Vélez para octubre de 2003.

su participación en la función de creación del derecho usando, entre otros recursos, concepciones y argumentos iusteóricos¹⁸.

Considerando los antecedentes descritos, es interesante ver cómo gran parte de la controversia iusteórica en Colombia que se inició en los años 90 ha girado alrededor de algunos temas centrales: el papel que debe jugar la rama judicial y, muy especialmente, la Corte Constitucional dentro del sistema jurídico y político; la proporción en la que el sistema jurídico está conformado por reglas y principios y, en consecuencia, la validez en la argumentación de mecanismos de subsunción de hechos en reglas o (alternativamente) de ponderación de intereses o derechos en conflicto; la naturaleza de los principios jurídicos (si se acepta su existencia); y, finalmente, la derrotabilidad de reglas legisladas a través de principios y derechos fundamentales. La Corte Constitucional colombiana empezó a utilizar muchos de los recursos disponibles dentro de la nueva teorización del derecho, mientras que los tribunales de jurisdicción común, profundamente arraigados en alguna versión clásica o neoclásica del derecho, veían en ello una subversión de las ideas tradiciones de legalidad y Estado de Derecho. Para la Corte Constitucional, con el respaldo de alguna TTD contemporánea, gran parte de los contenidos iusteóricos neoclásicos debían ser revaluados de manera dramática: para la Corte, en contra del credo clásico, el derecho estaba lleno de principios y estos principios podían, y a menudo debían, derrotar o limitar las reglas legisladas; para la misma Corte la tarea de proveer decisiones morales o políticas justificables en el proceso jurídico era más importante que la simple toma de decisiones regularizada y completamente predecible; se prefería siempre alcanzar resultados sustantivos que fueran justos y equitativos por encima de sutilezas o minucias procesales; la "justicia" como concepto tenía un significado jurídico específico y resultaba más importante que la mera legalidad, aunque esta última fuera aún un ideal deseable del sistema jurídico; los jueces, en suma, podían hacer uso frecuente de principios, interpretar y derrotar reglas, todo ello con el objetivo de alcanzar justicia material por medio de decisiones que ahora aspiraban a tener fuerza casi-precedencial; y, bajo todo este cambio jurídico y teórico, estaba la idea de que la Constitución brindaba principios generales, pero directamente justiciables, que eran aplicables tanto al litigio común como al constitucional. En términos geojurídicos, este cambio en concepciones marcaba un giro hacia la retórica constitucional y iusteórica anglosajona tal como se la encuentra, por ejemplo, en temas tales como activismo *versus* pasivismo judicial, formalismo *versus* escepticismo frente a las reglas, o

18 Ver, John Hart Ely, *Democracia y desconfianza: Una teoría del control constitucional*, Uniandes, Bogotá (1997), traducción de *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge (1990).

para mencionar algunos nombres desde ahora, en artículos y libros escritos por H.L.A. Hart, Ronald Dworkin o John H. Ely. El nuevo marco de referencia implicaba, por tanto, una cierta "americanización" del debate sustantivo y iusteórico¹⁹.

La discusión alrededor del papel del poder judicial tiene —como su contraparte necesaria— la discusión sobre el papel contemporáneo del legislador²⁰. Cuando una persona propone una tesis sobre el *papel que deben desempeñar* los jueces o el legislador, por lo general presenta también una crítica a la que entiende son ejemplos de usurpación o extralimitación de alguno de los dos sobre la esfera de competencias del otro. En ese sentido, la discusión sólo se puede iniciar cuando el crítico tiene ya una posición política clara; esto es, cuando ya ha decidido, por razones políticas, qué tipo de arreglo institucional sirve mejor a los intereses que considera más importantes por alguna razón. Este debate sobre teoría jurídica está por consiguiente entremezclado con una discusión política que trasciende el tono académico de los filósofos jurídicos. Latinoamérica, y en especial Colombia, ofrecen un maravilloso ejemplo de las interconexiones que existen entre la teoría del derecho y la política. Este capítulo tratará de ofrecer un mapa en el que figuren estas dos variables. Estas batallas iusteóricas encubren también un descarnado conflicto político entre intereses identificables. Estas batallas han sido tan intensas en Colombia durante los últimos años que podrían convertirse en un fascinante ejemplo de cómo se da la relación mutua entre el derecho y la política.

La teoría del derecho ofrece munición para esta batalla. Una porción considerable de la reciente teoría transnacional del derecho se ha planteado la pregunta sobre el grado de restricción que el derecho preexistente impone al intérprete jurídico especialmente cuando éste tiene autorización explícita para aplicar principios jurídicos, derechos fundamentales y otras normas de textura abierta. Estas teorías tratan de resolver el problema de la indeterminación del texto jurídico mientras se conserva la exigencia de que las decisiones jurídicas no sean discrecionales y, por tanto, relativamente calculables. De otra manera: la teoría transnacional se plantea cómo el ideal de Estado de derecho es todavía realizable a pesar de que se acepte, como tiene que hacerse, que "ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas *no es sino* una subsunción lógica bajo premisas

19 Véase Ugo Mattei, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin Resistance*. 10 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 1 (2003).

20 Este tema ha sido tratado, entre otros, por J.H. Ely, *op. cit.*, Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics* Yale University Press, New Haven (1962); Mark Tushnet, *op. cit.*; y Richard Parker, *op. cit.*

mayores formadas abstractamente²¹. Kelsen conocía bien el dilema de la interpretación jurídica, pero el "Kelsen en Bogotá" (esto es, Kelsen tal como se le interpretó en el contexto latinoamericano de recepción) parecía ignorarlo y tomar partido por un textualismo duro que negaba la relación hermenéutica entre textos preinterpretados y decisiones postinterpretativas. Las teorías neoclásicas, con su continua inclinación legocéntrica, han puesto énfasis en las ventajas que para el sistema jurídico tienen las normas creadas por el Congreso, la interpretación judicial pasivista y literalista y, finalmente, la representación y legitimidad políticas. La nueva teoría anglosajona, por otro lado, ha servido para enfatizar las ventajas de "tomarse los derechos constitucionales en serio", la protección de las minorías y de los desprotegidos (frente a los canales de representación política democrática que a veces no se muestran suficientemente sensibles a sus problemas) y por estrategias de activismo judicial en donde la justicia y la equidad deben prevalecer sobre interpretaciones aisladas de reglas jurídicas.

La lucha iusteórica se desarrolló también en una lucha política paralela que reproducía sus argumentos en varios puntos esenciales. Los poderes legislativo y ejecutivo entendieron que su fuerza política dependía de una postura clásica o neoclásica en teoría del derecho. Convicciones jurídicas neoclásicas, entonces, aparecen frecuentemente en los argumentos del Congreso y de las Altas Cortes de la jurisdicción común. De otro lado, el poder atribuido a la jurisdicción constitucional se construyó con fundamento en el modelo de la Corte Warren de los Estados Unidos y de otros tribunales garantistas de derechos humanos y constitucionales²²; junto con estos modelos, la Corte Constitucional pareció adoptar una iusteoría

21 Karl Larenz, citado por Robert Alexy en *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid (1989), p. 23.

22 La Corte utiliza con gran frecuencia jurisprudencias y doctrinas de tribunales extranjeros de derechos humanos. Por ejemplo, una analítica de los derechos constitucionales ha sido posible a través de trasplantes jurisprudenciales: así, la Corte colombiana utiliza las nociones (no explícitas en el texto constitucional) de "bloque de constitucionalidad", "núcleo esencial de los derechos", "mínimo vital", etc. Véase al respecto la tesis de Aura María Cárdenas, *El trasplante jurisprudencial: el caso colombiano*, Universidad Nacional de Colombia, Tesis sin publicar, 2002. El análisis cuantitativo de Cárdenas ya muestra resultados muy dicentes para el período 1992-2001. Según Cárdenas, las citas de jurisprudencia constitucional comparada por año muestran las siguientes cifras:

1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000
22	14	9	11	15	9	12	20	15

Las citas por magistrado en orden descendente son las siguientes (hasta el año 2001):

antiformalista que favorecía un papel judicial activista e interpretativista. Para la jurisdicción constitucional su poder institucional dependía de teorías del derecho que le permitieran aclimatar localmente una doctrina de precedentes constitucionales y metodologías muchos más abiertas de interpretación, tanto constitucional como legal, que concebían la naturaleza y funciones del derecho de maneras muy diversas a la antigua sabiduría hermenéutica de Savigny y del siglo XIX alemán. Las nuevas presentaciones de teoría de la interpretación, junto con una incipiente doctrina de precedente, brindaron suficientes recursos políticos en la lucha institucional que la Corte Constitucional sorteaba con los actores jurídicos neoclásicos. El judicialismo e interpretativismo presente en la iusteoría contemporánea abrieron nuevas fronteras en la discusión sobre el papel del juez en sistemas de derecho neorrománicos. En consecuencia, una gran parte de las transformaciones institucionales del último cuarto de siglo en la región se han canalizado en un lenguaje iusteórico relativamente novedoso.

Es dentro de este marco general que este capítulo estará dedicado a explicar el último mapa de transformación teórica²³. En este mapa se muestra el proceso de transformación en la iusteoría local mediante la recepción, en el último cuarto de siglo, de nuevas teorías del derecho que plantearon un nuevo desafío a las posiciones clásica y neoclásica. El antiformalismo se apropia de diversas fuentes de la TTD y hace sus propias lecturas transformativas según las necesidades y contornos del discurso local. Este mapa, como se verá en su momento, será desarrollado en tres pasos: en primer lugar, quiero mostrar cómo el antiformalismo contemporáneo depende parcialmente de una nueva lectura de la obra de Hans Kelsen en la que los autores subrayan precisamente aquellos elementos de su teoría que habían sido suprimidos en la síntesis neoclásica. De esta forma surge un Kelsen heterodoxo y antitradicionalista, por oposición del firme positivista que había ratificado las ideas del clasicismo jurídico del siglo XIX. Para mostrar esta transición en la interpretación de la obra de Kelsen analizaré en algún detalle la obra del colombiano Luis Eduardo Nieto Arteta. En segundo lugar y en estrecho contacto con la

(cont. nota 22)

Martínez C.	Cifuentes M.	Gaviria D.	Angarita B.	Morón D.	Barrera C.	Rodríguez R.
74	19	14	8	7	5	5

En relación con el país "exportador", las cifras son igualmente interesantes:

Alemania	España	Estados Unidos	Francia
54	45	39	16

23 Véase *supra* capítulo 2°.

reinterpretación de Kelsen, hablaré brevemente de la influencia fundamental de la obra de Hart y de las discusiones posteriores que se han desarrollado a partir de su reconstrucción de la iusteoría inglesa; finalmente, quiero mostrar cómo la iusteoría contemporánea ha sido fundamental para cimentar las formas de argumentación de las nuevas jurisdicciones constitucionales. Entre los varios autores que han participado en ello, utilizaré el ejemplo de Ronald Dworkin:

Teoría local	Teoría transnacional	Especificidad local	Productores transnacionales	Receptores locales ²⁴	
Antiformalismo contemporáneo	Reine Rechtslehre	Aceptación de la tesis de la indeterminación del derecho	Hans Kelsen	Recepción académica	Luis Nieto Arteta; Ulises Schmill; Oscar Correas; Carlos Gaviria
				Recepción pop	<i>Nuevo Derecho</i>
	Jurisprudencia analítica	Crítica al formalismo de reglas	H. Hart	Recepción académica	César Rodríguez; Carlos Gaviria
				Recepción pop	<i>Nuevo derecho</i>
	Derecho como integridad	Reposicionamiento de los principios morales y políticos y nuevos estudios sobre interpretación, argumentación y ponderación jurídica	R. Dworkin R. Alexy	Recepción académica	Mauricio García; Rodolfo Arango; César Rodríguez; Rodrigo Uprimny
				Recepción pop	<i>Nuevo derecho</i>

24 Los nombres de receptores locales que ofrezco en este mapa, como en los otros, no pretenden ser de ninguna manera exhaustivos. Se trata solamente de ejemplos en los que se puede apreciar de manera clara la recepción y transformación local del movimiento iusteórico allí indicado.

2. EL ANTIFORMALISMO CONTEMPORÁNEO EN LA TEORÍA LOCAL DEL DERECHO

El antiformalismo contemporáneo se ha desarrollado lentamente dentro de la cultura jurídica, en cierta forma liderado por una nueva Corte de Oro de los años noventas, la Corte Constitucional. Esta nueva sensibilidad teórica, a menudo denominada *nuevo derecho*, hace uso constante de lecturas transformadoras de la TTD. El nuevo derecho se construye a través de una renovada versión de la teoría de Kelsen y la recepción latinoamericana de la teoría del derecho de autores como H.L.A. Hart, R. Dworkin y R. Alexy. Las figuras locales en las que exploraré las primeras transformaciones en este cambio de la conciencia jurídica serán Luis E. Nieto Arteta y, una vez más, Luis Recasens Siches.

2.1. El nuevo Kelsen y la transición al antiformalismo judicial contemporáneo

La transición al antiformalismo contemporáneo en Latinoamérica está marcada por un uso relativamente tardío de la obra de Kelsen destinado a corregir la comprensión pop de su teoría en obras como el "Derecho Civil" de Valencia Zea²⁵. Tal como se ha visto, Valencia empleó a Kelsen para generar continuidad entre las viejas corrientes dominantes en el clasicismo (el comentario exegético y el conceptualismo) y la para entonces novedosa *Teoría pura del derecho*. De esta forma, la recepción de Kelsen no implicó para Valencia una crítica a lo ya existente (como sí lo fue en su momento el impacto del antiformalismo social): la nueva presentación del positivismo podía ser interpretada como un esfuerzo de continuación y consolidación de la conciencia jurídica clásica. Nuevos autores, sin embargo, habrían de cuestionar muy pronto esa lectura normalizadora, por lo que propusieron una manera alternativa de ver las cosas que se caracterizaba esta vez por un sentimiento de ruptura entre el clasicismo y el kelsenianismo. Bajo esta nueva luz, Kelsen no operaba como una ratificación de la teoría clásica del derecho sino que, por el contrario, colisionaba con ella en varios puntos centrales. Los primeros traductores de Kelsen al español, Legaz y Recasens, habían supuesto equivocadamente que la *Reine Rechtslehre* generaría en la teoría local del derecho un movimiento crítico frente a lo ya existente. Para ellos, el efecto neto de los argumentos de Kelsen sería, no el de continuación y consolidación de la teoría clásica del derecho, sino el de crisis y radical modernización de un discurso teórico que se mantenía todavía en las brumas de conceptos muy oscuros e imprecisos.

25 Sobre la tercera fase de la recepción académica local de la obra de Kelsen, véase, Capítulo 5, Sección 2, *supra*.

Esta interpretación crítica de Kelsen volvería a ser presentada por juristas locales posteriores, y muy en especial, por Luis Eduardo Nieto Arteta. Siendo un joven profesor de derecho, Nieto militaba ya dentro del campo antiformalista durante los años 30. En 1939, en su primer año como profesor de derecho en la Universidad Nacional, Nieto mostraba una inusual inclinación sociológica en el análisis jurídico²⁶. Partidario de la metodología liderada en la Corte Suprema por Eduardo Zuleta Ángel, con el tiempo Nieto Arteta habría de emprender, como casi todos los juristas de su generación, un diálogo con la *Teoría pura* de Kelsen que lo llevaría a abandonar su entusiasmo temprano por Gény. Para Nieto, sin embargo, la teoría de Kelsen continuaba de alguna manera la tradición crítica de Gény y su cohorte. Bajo este punto de vista, Kelsen era considerado como un obstáculo a la continuación de la hegemonía de la conciencia jurídica clásica y no como su más reciente exposición. En un extenso artículo publicado originalmente en 1944²⁷, *La interpretación de las normas jurídicas*, Nieto se propuso criticar la conciencia jurídica clásica y su hegemonía imperturbada en la cultura jurídica local, a partir de un renovado punto de vista kelseniano, opuesto a la perspectiva de Valencia.

En el texto que se acaba de citar, Nieto comienza por explicar "las condiciones históricas de la escuela de la exégesis". Se trata, pues, de mostrar las condiciones históricas en las que aparece de *l'exégèse* en un esfuerzo por contextualizarla y criticarla desde un punto de vista marxista-kelseniano. De acuerdo con Nieto,

26 Sobre la etapa antiformalista de Nieto Arteta, véase *supra* capítulo 4.

27 Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de la Plata, Vol., XV. Tal como lo informa G. Arévalo, el artículo pasó inadvertido hasta el año de 1971, cuando la Universidad Nacional lo publicó en Colombia como un libro independiente. Arévalo, quien se hizo cargo de la nueva publicación, dice que "la irrupción de Nieto fue, no hay otra palabra para ello, *revolucionaria*," puesto que dio "un enfoque determinante sobre las nuevas ciencias del derecho que, sin menospreciar a la tradición, formó en nosotros un criterio filosófico que nos ha sido inapreciable en nuestra práctica profesional." Guillermo Arévalo, nota introductoria a *La interpretación de las normas jurídicas*, Universidad Nacional, Bogotá, 1971 [de aquí en adelante, Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*]. Fuera de este libro, Nieto fue un prolífico e inteligente escritor: su *Economía y cultura en la historia de Colombia*, El Áncora, Bogotá, 1942, es una destacada contribución a la historia económica de Colombia. En cuanto a las demás obras suyas en teoría del derecho, vale la pena mencionar: *Recasens Siches y la filosofía del derecho*, Revista Derecho, Medellín, 1940; *Diálogo con el profesor Kelsen sobre la lógica jurídica*, Universidad Nacional, Bogotá (1945); *Virtualidad creadora de la dialéctica*, Revista Universidad de Antioquia, Vol. 48; *Posibilidad teórica de un marxismo spengleriano*, Revista Universidad de Antioquia, Vol. 42; *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*, Universidad Bolivariana, Medellín, 1941; *La interpretación exacta de la Teoría Pura del Derecho*, Revista de la Universidad de Antioquia, 1942.

l'exégèse tiene dos características: (i) "Todo el derecho ha sido creado por una sola clase social en el nombre de la generalidad"²⁸ y, (ii) "el Código Civil es justamente la forma jurídica de la nueva economía capitalista"²⁹. "Adoptando al respecto la terminología marxista, uno podría decir que el derecho es la superestructura jurídica y la economía, la estructura"³⁰. Según Nieto, el código es el marco de referencia jurídico para la amplificada producción de bienes en una sociedad capitalista. La función específica del derecho es la de separar el trabajo efectivo de la asignación y protección de los derechos de propiedad. Esta separación constituye el núcleo antihumanista de la economía capitalista.

Esta crítica política marxista, en el frontispicio de su obra, anuncia el tono crítico que toda ella habrá de tener. El argumento marxista, sin embargo, no tiene que entrar en conflicto con el carácter marcadamente kelseniano que el texto adquirirá a lo largo de su desarrollo. Existe en Kelsen la idea según la cual se puede estar legítimamente "adentro" o "afuera" de la *Teoría pura*³¹. Estar "adentro" significa que hay ciertas verdades analíticas sobre el derecho que resultan verdaderas de cualquier sistema jurídico de tipo occidental. En ese sentido, la *Teoría pura* es un análisis de las características necesarias del mundo de lo jurídico. Pero la cobertura de este tipo de enunciados sobre el derecho no es muy extensa. Hay muchas cosas entorno al derecho que no pueden ser articuladas dentro de las posibilidades de la teoría pura del derecho. Cuando esto sucede, uno "se sale" de los límites de la *Teoría pura* y la discusión se torna más tentativa y dialéctica. Así, para Nieto, cuando se agota la *Teoría pura*, comienza la tarea, por ejemplo, de la sociología y la política. Estando "afuera" de la *Teoría pura*, entonces, Nieto perfectamente puede sobreponer una teoría marxista de las relaciones entre base y superestructura al kelsenianismo. Pero Nieto, con esto, no quiere que sus lectores piensen que está abandonando el ámbito de la *Teoría pura*: "Es necesario advertir que todas esas consideraciones en torno a las condiciones históricas de las normas jurídicas no intentan aparecer como una descripción de la esencia de las realidades jurídicas. Que la historia no elimine la noción formal de lo 'puro jurídico'"³².

L'exégèse, entonces, representa la conciencia jurídica clásica y tanto el marxismo como el kelsenianismo están contra ella. La codificación es el fenómeno

28 Citado de O. Spengler, *Decadencia de occidente*, en Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, nota de pie de página N° 3.

29 *Ibid.*, p. 7.

30 *Ibid.*, p. 7.

31 Se puede hallar un pasaje típico en la obra de Kelsen, *R.R.1*, p. 81.

32 Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, p. 8.

histórico fundamental de *l'exégèse*. Como tal, los juristas terminan deificando el código civil y entronizando el "dogma de la presencia real del legislador en la universalidad de la vida social"³³. El Código Civil, además, interpretado con la angustiada búsqueda de objetividad y de verdad propias de *l'exégèse*, responde a la "especial psicología" de la burguesía que se caracteriza por su optimismo social, económico y tecnológico: el burgués y su Código depositan su confianza en las posibilidades de una casi ilimitada producción, de siempre crecientes mercados libres y, como consecuencia de ello, en una plena armonía social basada en la predictibilidad de un código claro, completo y coherente.

Sin embargo, para Nieto, *l'exégèse* exhibe una exagerada confianza en el "racionalismo" como forma de interpretación jurídica. Por "racionalismo" se debe entender una filosofía que esquematiza la vida movida por la angustia de reducir la subjetividad en la interpretación jurídica; el fin debe consistir en alcanzar resultados objetivos que revelen la verdad jurídica. El punto central en la argumentación de Nieto es declarar, por supuesto, que *l'exégèse* (o la conciencia jurídica clásica) es "racionalista" en el sentido que se acaba de estipular³⁴. Pero, y esto es aún más interesante, Nieto también quiere mostrar que la crítica antiformalista de Gény es igualmente racionalista puesto que busca la verdad por fuera del código (y ya no en su interior) por medio de la *libre recherche scientifique*³⁵. Además, la tesis de Gény, primero con su insistencia en que la objetividad se puede encontrar afuera del código y luego con el uso constante de nociones tales como "equidad", "derecho natural" y "justicia"³⁶, se ubica dentro de una corriente contemporánea que podríamos llamar de "modernización" del iusnaturalismo: dentro de esta corriente estarían también las teorías del derecho de Rudolf Stammler (derecho natural de contenido variable), François Gény (derecho natural mínimo) y el institucionalista Georges Renard (derecho natural de contenido progresivo)³⁷. En oposición a este

33 *Ibid.*, p. 9. Nótese que la expresión de Nieto, tomada de Bonnacase, critica el mito de la omnipresencia del legislador en palabras muy similares a las que se utilizan para hablar del dogma católico de la transubstanciación.

34 *Ibid.*, p. 10.

35 Nótese aquí cómo Nieto está ampliando el *co-texto* de referencia en la lectura que hace de Gény. Mientras que es relativamente claro que Zuleta Ángel introdujo el antiformalismo basado solamente en *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* de Gény, es igualmente claro que Nieto es capaz de criticarlo mediante una lectura crítica de su obra *Science et technique en droit privé positif*, en la que ya se acerca mucho más claramente a posiciones iusnaturalistas.

36 Gény, *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*, Hijos de Reus, Madrid (1925), *passim*.

37 El lector debe recordar que la influencia de Gény en la teoría local del derecho es muy superior a la de los otros "iusnaturalistas modernos".

intento de modernización del derecho natural, Nieto acampa bien adentro de territorio positivista y junto con Kelsen declara que "el derecho natural es un procedimiento teórico para defender determinados intereses económicos y políticos"³⁸.

A manera de resumen, podría decirse que Nieto Arteta pretende mostrar que la "escuela de Gény, análogamente a la escuela de la exégesis, por él tan ardorosamente criticada, es también una expresión del racionalismo en la interpretación de las normas jurídicas"³⁹. Esta conclusión lo llevará a establecer la dirección del resto de su libro: "Si la metodología por ambas escuelas enseñada y creada, ha de conducir al descubrimiento de la verdad legal, ¿por qué la jurisprudencia, a pesar de ello, varía y cambia?"⁴⁰. La pregunta resultará visionaria ya que apunta a reexaminar algunos de los puntos más importantes de la teoría local del derecho. La respuesta que ensayará Nieto Arteta será una crítica de cuño kelseniano al "racionalismo" interpretativo, a pesar de que Kelsen mismo ya había sido reclutado en otras lecturas de su obra como defensor del mismo.

Con el fin de responder a la pregunta planteada, Nieto debe cimentar lo que llama el "fundamento teórico" de su exposición⁴¹. Para él, la experiencia jurídica es "una manifestación de vida humana viviente"⁴². Esta expresión pretende teorizar la radical variabilidad e irracionalidad de la decisión jurídica frente al objetivismo ingenuo de las tendencias racionalistas. Así, el derecho se forma en una *Stufenbau*, en una construcción escalonada. Este concepto kelseniano permite explicar la irreducible variabilidad interpretativa dentro del derecho. En la *Stufenbau*, las normas más altas determinan los procesos de creación y, de forma parcial, los contenidos de las normas más bajas. En esta estructura de supra y subordinación normativa,

38 Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, p. 16. Véase Kelsen, *Teoría general del Estado*, Editora Nacional, México, p. 213: "Pero lo que, como contenido de una ley, es Derecho positivo, conviértese en derecho natural si se eleva a la categoría de principio teórico derivado de la esencia del Estado o de la personalidad del hombre. Las tendencias políticas que se ocultan tras esa teoría, resaltan claramente cuando la legislación estatal amenaza penetrar en alguno de los dominios reservados hasta ahora a la libertad, aun usando de toda la cautela de las normas que afectan a la revisión constitucional. Y, en definitiva, se comprueba que todo aquello que se afirma como contenido esencial del ordenamiento estatal, o como 'derecho innatos del hombre', no es otra cosa que intereses de grupo y de clase, que tratan de atrincherarse tras la teoría. Así, de modo especial, la inviolabilidad de la propiedad privada".

39 *Ibid.*, p. 21.

40 *Ibid.*, p. 22.

41 *Ibid.*, p. 45.

42 Nieto toma esta idea de otro kelseniano local, Carlos Cossio. Véase, Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, pp. 29 y 44.

hay cierto paralelismo entre "hechos" y "normas": lo que desde la gradación superior en la jerarquía es considerado como un hecho (político e irracional) se transforma en una norma (legal y racional) desde la perspectiva de la gradación inferior. Ese paralelismo expresa la naturaleza paradójica del derecho: "La índole misma del orden jurídico del Estado demuestra que en el proceso de incesante desarrollo de ese orden, se unen lo racional —una estructura formal y objetivada— y lo irracional —una decisión política variable y distinta siempre, condicionada por ciertos supuestos histórico-sociales—"⁴³.

La explicación de Nieto acerca de la irracionalidad del orden jurídico y social procede en dos niveles: en el primero, inspirado en Heidegger, las decisiones jurídicas son irracionales porque presuponen una *Weltanschauung* (concepción del mundo) ya asumida por el intérprete con su correspondiente jerarquía de valores: "Lo determinante en la llamada concepción del mundo, es componer un haz de tesis y valoraciones vividas más que sabidas, organizadas en manera espontánea y no crítica, hecha carne en el sujeto"⁴⁴. En un segundo nivel, esta vez inspirado en Karl Mannheim, las decisiones jurídicas son irracionales y contingentes "porque están condicionadas por los intereses de cada hombre y por la situación histórico-social en la que él se encuentra ubicado"⁴⁵. El propósito general de la argumentación de Nieto es "integrar los hechos políticos dentro del orden jurídico". Con ese propósito en mente, adopta la noción kelseniana de *Stufenbau* para relativizar la distinción entre "creación" y "aplicación" del derecho. La "aplicación" del derecho no es meramente pasiva sino que, por necesidad, es también un ejercicio de "creación" del mismo. El elemento político, entonces, penetra plenamente en el proceso dinámico de la creación/aplicación del derecho. Pero la ciencia jurídica, incluso en este escenario, conserva claros límites: la ciencia jurídica, conceptualizada a la manera de la *Teoría pura*, describe la presencia del elemento político pero no puede juzgarlo o evaluarlo⁴⁶.

Esta teoría sobre la presencia de lo político e irracional en el derecho es propuesta por Nieto como un intento para derrotar los resultados racionalistas de *l'exégèse* y de la *libre recherche scientifique*. Sin embargo, Nieto tiene plena advertencia que su lectura no es compatible con interpretaciones locales más tradicionales de Kelsen que convierten su positivismo en racionalismo hermenéutico:

43 *Ibid.*, p. 44.

44 *Ibid.*, p. 36.

45 *Ibid.*, p. 44.

46 *Ibid.*, pp. 31 y 44.

"todo lo anterior [es legítimo] dentro de una *ampliación* de las concepciones implícitas en la *Teoría pura del derecho*"⁴⁷.

La parte más extensa del texto de Nieto⁴⁸ esta expresamente dedicada a explicar por qué su interpretación revisionista de la *Teoría pura* de Hans Kelsen es mucho mejor que las lecturas pop que ya circulaban profusamente en la cultura jurídica local. Su argumentación general reacciona (i) contra las interpretaciones de la *Teoría pura* que le impiden internalizar el factor político en el proceso de toma de decisiones jurídicas; y reacciona también (ii) contra una teoría racionalista de la adjudicación que tiene que postular la inexistencia de discreción interpretativa con el fin de eliminar la insufrible ansiedad que produce la idea de subjetividad en la decisión.

En relación con el primer punto, Nieto subraya la necesidad de la tarea de la "valoración jurídica", esto es, la necesaria evaluación del valor político y moral de las decisiones jurídicas. Este tipo de "valoración jurídica", según Nieto, también ocupa un claro lugar en la teoría kelseniana de la producción escalonada del orden jurídico⁴⁹. La virtud de esta teoría, de acuerdo con Nieto, es el ser capaz de integrar las realidades de la irracionalidad con la rigurosidad propia de la ciencia jurídica kelseniana. La ciencia jurídica, aunque acepta el elemento político al nivel descriptivo, se rehúsa a evaluar el contenido contingente de ese momento de "valoración jurídica": "La ciencia jurídica ha de ser neutral ante las valoraciones jurídicas"⁵⁰. Por este motivo, el proceso de valoración jurídica es la expresión de la "vida humana viviente". Como tal, es parte de una teoría "egológica" del derecho⁵¹, refutando así las críticas de excesivo formalismo hechas a Kelsen⁵². El proceso de valoración jurídica sirve a un claro propósito: "Ofrece un marco de varias posibilidades para la creación de la norma que haya de seguirla en el proceso de desarrollo del orden jurídico"⁵³. Es, por lo tanto, una valoración discrecional, pero todavía "estructurada" o "sistémica" en abierto contraste con las concepciones

47 *Ibid.*, pp. 44 y 169.

48 *Ibid.*, pp. 45-116.

49 Nieto dedica la sección d) 1) de su libro precisamente a este punto.

50 Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, p. 51.

51 Este es el nombre que el argentino Carlos Cossio le dio a su reconstrucción del kelsenianismo que Nieto aprueba parcialmente aquí. Véase Carlos Cossio, *Radio-grafía de la teoría egológica del derecho*, Depalma, Buenos Aires (1987).

52 Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, pág. 59.

53 *Ibid.*, p. 49. Al respecto véase Kelsen, *R.R. I*, § 36.

mucho más amorfas e irracionistas, por ejemplo, de la *Freirechtschule* de Eugen Ehrlich⁵⁴.

Una de las debilidades de la exégesis del clasicismo local era que se limitaba estrictamente a prevenir los excesos de la interpretación *judicial*. Esta restricción de la discreción judicial era uno de los propósitos político-legales más importantes de la revolución francesa y, luego, de la cultura legalista europea del siglo XIX. Sin embargo, la iusteoría liberal advirtió que las interpretaciones administrativas tenían tanto o más espacio de discrecionalidad que las judiciales⁵⁵. *L'exégèse*, de esa forma, creó un mito muy influyente de restricción interpretativa para la esfera judicial mientras que aceptaba políticamente espacios de discreción inherentes a las funciones ejecutivas⁵⁶. La Teoría Pura, y con ella Nieto, acepta sin reservas que no existe esfera o función jurídica sin discrecionalidad interpretativa, una premisa mediante la cual "se abandona el temor y la desconfianza ante el peligro del arbitrio judicial. *Ello supone una distinta concepción del Estado de derecho*"⁵⁷. En esa "distinta concepción", el estado de derecho está relacionado con las posibilidades reales del orden jurídico y no con el ficticio descubrimiento de una verdadera, justa e imparcial interpretación de las normas⁵⁸. El derecho no puede desprenderse de la valoración subjetiva en la aplicación y determinación hermenéutica de normas de grado inferior. Por ese motivo, el derecho no es un campo discursivo donde el propósito sea encontrar la "verdad". Las pretensiones de validez en afirmaciones dentro del campo del derecho no son sobre su "verdad" o "falsedad"; las afirmaciones que se hacen sobre el derecho son una clase de conocimiento y comprensión de objetos culturales en las que se busca determinar el sentido concreto de normas a partir, entre otras cosas, de la valoración subjetiva de situaciones humanas. La interpretación jurídica, en ese sentido, es un acto de

54 Aftallón, "La escuela penal técnico-jurídica y la teoría pura del derecho", citado por Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, p. 59: "El voluntarismo de la teoría pura del derecho está siempre encauzado, estructurado por la ley. En cambio, el movimiento del derecho libre admite la posibilidad de que el juez se emancipe de toda atadura legal, inspirándose solamente en el sentimiento del derecho para pronunciar juicios de valor sobre las relaciones vivas y concretas. Se trata de un voluntarismo, no ya estructurado, sino informe".

55 El Código Contencioso Administrativo, si se le compara con el Código de Procedimiento Civil, brinda una aceptación menos ambigua del papel de la discreción en el proceso de individualización normativa.

56 Al respecto, véase el muy interesante trabajo de Diego Peña Porras, *El desarrollo del acto administrativo en Colombia*, Tesis de maestría, Universidad de los Andes, Bogotá (2003).

57 Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, p. 61.

58 *Ibidem*.

voluntad en el que el intérprete imprime su impronta personal y no simplemente un acto de conocimiento en el que se transparente un contenido jurídico preexistente que pretende ser imparcial y objetivo. No existe una manera racional de decidir dentro del marco interpretativo, ni existe la posibilidad de postular métodos válidos de interpretación⁵⁹. Esta presentación tan sorprendentemente distinta de Kelsen (si se le compara con el Kelsen positivista y textualista que ya hemos repasado) muestra que las inescapables realidades políticas de la interpretación y argumentación jurídica han sido correctamente expresadas en la *Teoría pura* de Kelsen: "Toda decisión interpretativa es una decisión política"⁶⁰ debido a que "nada de lo relativo al Estado puede ser apolítico"⁶¹.

Si el derecho es una expresión política en sus concretizaciones judiciales y administrativas, se sigue que ambos tipos de decisiones son también "normas jurídicas", aunque de carácter individualizado. Con esto, Nieto hace uso de la *Teoría pura* para criticar el tono abiertamente legocéntrico del clasicismo local. En la concepción clásica, sólo las leyes que han sido debidamente promulgadas por el Congreso podrían ser consideradas como "normas jurídicas"; bajo la lectura que hace Nieto, sin embargo, todas las jerarquías nomológicas dentro de la pirámide tienen que ser consideradas como normas. En ese sentido, los actos administrativos y las decisiones judiciales son también ejemplos de creación normativa y no sólo de aplicación subordinada de las leyes que determinan a priori sus contenidos. Por este motivo, "la sentencia es o lleva implícita una decisión política"⁶² pues el juez, cuando resuelve un caso, crea el último nivel del derecho positivo.

El punto central de la presentación de Nieto consiste en mostrar que la *Teoría pura* constituye el balance correcto y definitivo de la teoría local del derecho. Pero contrario a la recepción pop de esta misma obra, el valor de la *Teoría pura* no es el de confirmar la sabiduría del clasicismo iusteórico sino, por el contrario, el apartarse radicalmente del mismo. La presentación de Nieto es, casi punto por punto, una refutación del cuadro de interpretación de la *Reine Rechtslehre* que examinamos en el capítulo anterior⁶³. La reinterpretación de Nieto está anclada en el capítulo 6 de la *Teoría pura* que los lectores más positivistas habían ignorado o

59 Kelsen, *R.R. I*, § 37.

60 Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, p. 7.

61 *Ibid.*, p. 74.

62 *Ibid.*, p. 113.

63 Véase *supra* capítulo 4, sección 3.4.

menospreciado: en dicho capítulo Kelsen acepta la irracionalidad y discrecionalidad presentes en el momento de individualización del derecho. Ese momento se manifiesta cada vez que el sistema jurídico tiene que descender un peldaño de la *Stufenbau*, esto es, se manifiesta cada vez que la maquinaria del derecho está en funcionamiento.

Es importante observar que en la presentación de Nieto, la Teoría Pura es todavía, como sucedió con Valencia Zea, una presentación de resultados más o menos definitivos en teoría del derecho, aunque los dos ofrecen versiones muy contrastantes respecto a su significado y dirección. De acuerdo con Nieto, las conclusiones de Kelsen son tan definitivas que sirven como la base (i) para la construcción acumulativa de conocimiento en teoría del derecho⁶⁴, y, más aún, (ii) crean un espacio para la homogeneidad y convergencia teórica⁶⁵. Nieto llega incluso a decir que "no sería posible ni conveniente explicar teorías originales, ni concepciones nuevas"⁶⁶. Su descripción del papel de la irracionalidad en el derecho le llevó a creer que "las categorías fundamentales son lógicamente exteriores al sujeto cognoscente, si bien son la forma del pensamiento jurídico, implícitas en ese mismo pensamiento"⁶⁷. Por consiguiente Nieto termina confirmando la validez universal de la teoría kelseniana pero la usó, tal como hemos sido testigos, en una dirección completamente distinta de la que se sugiere en el tratado de derecho civil de Valencia. El desarrollo de la teoría del derecho no está completamente cerrado, pero la *Teoría pura* ha establecido un vocabulario inevitable para las discusiones futuras. Es todavía posible aceptar la existencia de pequeñas divergencias teóricas⁶⁸ o incluso la posibilidad de realizar avances dentro del marco de la teoría de Kelsen⁶⁹, pero tanto las divergencias como los avances serán muy marginales frente a la solidez crítica y analítica de la *Teoría pura del derecho*⁷⁰.

64 Nieto, *La Interpretación de las normas jurídicas*, p. 120.

65 *Ibid.*, p. 21.

66 *Ibid.*, p. 121 (énfasis añadido).

67 *Ibid.*

68 *Ibid.*, p. 120, nota de pie 32.

69 *Ibid.*, p. 122.

70 En Cossio también se siente el carácter definitivo con que se veía la teoría de Kelsen en la época. En su introducción de 1941 a la *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Losada, p. 14, declara:

"Estos nuevos temas afloran o amagan en diversos y recientes estudios del Maestro y sus discípulos; y el hecho de que en este libro quede, en algún modo, un lugar sistemático para ellos realza la significación de esta obra como un pensamiento que, con su posibilidad de integrarse, llega a plenitud".

A lo largo de los últimos dos capítulos he hecho énfasis en la importancia de distinguir entre la recepción académica y la recepción pop de los autores de teoría transnacional del derecho, y muy en particular, de Hans Kelsen. Creo que es una distinción útil que ayuda a ordenar los materiales de la teoría local del derecho y a entender su función y usos. Pero, como pronto resultará claro para el lector, una de las características distintivas del antiformalismo contemporáneo es precisamente la de tratar de minimizar la separación que existe entre las dos clases de recepción iusteórica por medio de un esfuerzo deliberado por encaminar la teoría jurídica hacia lecturas más académicas y, al mismo tiempo, hacia problemas más "prácticos" de la interpretación judicial. La obra de Nieto Arteta representa en este sentido un momento de transición en el que un receptor académico evita ser marginalizado en la torre de marfil y por tanto articula un nuevo tipo de teoría jurídica que, sin concesiones a la vulgarización, penetra más claramente en las concepciones dominantes de la cultura jurídica local. Lo que Nieto ejecuta en su libro sigue siendo un claro intento por comprender de una manera académicamente estándar a Kelsen en contraste con las transformaciones pop que del mismo se habían hecho en el tratado de Valencia Zea: "Cuán oportuno sería difundir en las universidades colombianas, saturadas y plenas de un *positivismo vulgar*, la posición [antipositivista]". Nieto está así tratando de adoptar una interpretación contra-cultural y crítica de la Teoría Pura que busca revelar lo que él cree son las profundas limitaciones interpretativas del clasicismo. Pero este uso está todavía lleno de presupuestos estructurales de la TTD. Nieto, tal vez con una sola excepción⁷¹, nunca piensa en Kelsen en términos de sus usos locales o comparativos. En la única mención que hace en el libro de interpretaciones locales, parece sentirse un poco avergonzado⁷².

En el trabajo de Nieto se encuentra otra característica muy típica de recepción académica de iusteoría en Latinoamérica: Kelsen constituye la espina dorsal de toda la argumentación, pero es necesario complementar sus argumentos con continuas referencias a los autores filosóficos de moda en el presente histórico desde el cual Nieto escribe. Por esta razón, el libro presenta una necesidad permanente por mezclar de manera ecléctica a Kelsen con las metáforas de la fenomenología, el existencialismo, el estructuralismo, y el decisionismo (de Schmitt). Todos estos discursos ancilares, por supuesto, siguen organizados alrededor de la red conceptual kelseniana, pero el complemento filosófico es considerado *de rigueur*. Esta artillería filosófica apoya la lectura revisionista de la

71 Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, p. 109, nota de pie 113.

72 Nieto menciona una "publicación periódica colombiana" en un tono algo apenado.

obra de Kelsen. Y, además, es concebida como una reconstrucción intelectual-mente sofisticada en diametral oposición a las presentaciones un tanto burdas que se han hecho en la recepción pop de la teoría pura. Estas lecturas, que típicamente ignoran la teoría de la interpretación de Kelsen, son explícitamente llamadas por Nieto "positivismo vulgar"⁷³. La interpretación académica y sofisticada de Nieto, en contraste, pretende ser una reconstrucción de las doctrinas de la *Teoría pura* que el clasicismo había ignorado, y más aún, una superación definitiva de los resultados erróneos y de los caminos equivocados por los que la conciencia jurídica local estaba siendo conducida de la mano tanto del clasicismo como del antiformalismo social de Gény⁷⁴. La nueva interpretación de Kelsen permitirá, por tanto, un proceso de aceptación de las relaciones profundas entre derecho y política como nunca había sido posible con anterioridad en la conciencia jurídica local.

2.2. "Jueces valientes" y "jueces timoratos"

La nueva sensibilidad teórica es capturada y difundida de forma muy diestra y persuasiva por Luis Recasens Siches en su libro de 1956 *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*⁷⁵. Recasens se aparta, como en el caso de Nieto, del positivismo kelseniano hacia una visión hermenéutica más dinámica y abierta de la interpretación jurídica. Recasens, al igual que Nieto, parte de Kelsen pero se niega a pensar que la *Teoría pura* sea la mera confirmación de la iusteoría clásica. El revisionismo de Recasens, empero, es una descripción mucho más panorámica de la nueva producción iusteórica a nivel transnacional y una invitación a su uso y recepción en la teoría local del derecho. Esta renovada presentación por parte de Recasens se volvería muy influyente con el tiempo. Así, los magistrados de la Corte Constitucional colombiana (en donde el antiformalismo contemporáneo ha encontrado amplio espacio de desarrollo) emplearon la noción propuesta por Recasens de una lógica jurídica alternativa (llamada por él "lógica de lo razonable")⁷⁶ para reemplazar la vieja y desacreditada lógica jurídica aristotélica y beccariana propia del clasicismo jurídico⁷⁷. El antiformalismo contemporáneo ha usado frecuente-

73 Nieto, *La interpretación de las normas jurídicas*, pp. 62-3; nota de pie 177.

74 *Ibid.*

75 Porrúa, México, primera edición, 1956; tercera edición, 1980 [de aquí en adelante, Recasens, *Nueva filosofía*].

76 *Ibid.*, pp. 277-291.

77 Véase *supra* capítulo 3, sección 3.2.2.

mente la idea de la "lógica de lo razonable" en oposición a la "lógica de lo racional" en la toma de decisiones judiciales⁷⁸ y en la educación jurídica⁷⁹.

El primer punto interesante que anota Recasens es el de tratar de mostrar que la filosofía jurídica *académica* "no ha desempeñado un papel principal, ni siquiera tampoco secundario en los nuevos desenvolvimientos del derecho de nuestra época"⁸⁰. La *filosofía jurídica académica* es "lo que se enseña en la mayoría de las universidades de Europa y Latinoamérica"⁸¹. Aunque él no ofrece una clara definición, parece que la filosofía jurídica académica está principalmente conformada por los resultados kelsenianos en el análisis de la estructura lógica de la norma: nuestro siglo "ha conseguido la elaboración de una Teoría Fundamental o General del Derecho en términos bastantes satisfactorios, y desde luego con una madurez de la que no había precedentes parejos"⁸². El punto más alto de esta elaboración es la *teoría general de las normas* de Kelsen. Sin embargo, el defecto más prominente de este tipo de teorización jurídica es, de acuerdo a Recasens, que permanece totalmente desconectado de las transformaciones contemporáneas en el derecho, es decir, del surgimiento de una percepción de las reglas, interpretaciones, justicia y equidad mucho más íntimamente relacionada con el Estado bienestar. El problema parece ser, entonces, que la *Teoría pura* es en verdad tan "pura" que su indiferencia puede ser vista como una apatía pedante frente a transformaciones esenciales en el derecho y el Estado. La *Teoría pura* acepta que existe la valoración en los procesos jurídicos pero no se compromete a evaluar el renovado significado político y moral que el derecho adopta en el período de la posguerra⁸³. Para Recasens, mientras tanto, parece necesario presentar una filosofía jurídica que considere con toda seriedad la percepción política y moral del Estado bienestar. Para lograrlo, cree que es necesario activar una *filosofía jurídica no académica* que modere los excesos de *pureza* de la comprensión kelseniana del mundo. Recasens también es muy impreciso en este punto, pero la filosofía del derecho no académi-

78 Véanse las sentencias T-322/1996 (M.P. A. Martínez) y T-406/1992 (M.P. C. Angarita).

79 Juny Montoya, profesora asistente de Ciro Angarita, me informó sobre lo importante que era en su concepción hermenéutica la idea de una lógica de lo razonable.

80 Recasens, *Nueva filosofía*, p. 2.

81 *Ibid.*, pp. 18-9 (mencionando como ejemplo casi todos los escritores contemporáneos de filosofía del derecho, europeos y latinoamericanos, existentes en ese entonces).

82 *Ibid.*, p. 1.

83 El mismo Kelsen se ufana de ello en el Prefacio de la *R.R. I*:

"En resumen, no hay en general dirección política alguna donde no se haya sospechado de la teoría pura del derecho. Mas esto prueba precisamente su pureza, mejor de lo que ella misma pudiera".

ca parece ser un esfuerzo para teorizar con mayor realismo la experiencia que los operadores jurídicos tienen que enfrentar en sus actividades diarias por oposición a las mistificaciones ofrecidas por positivistas vulgares o sofisticados. En esta línea de argumentación Recasens acepta una teoría de la interpretación jurídica en donde hay una firme aceptación de que el derecho está plagado de ambigüedades, contradicciones y vacíos que no pueden ser resueltos a partir de una teoría pura de las normas. En este sentido, se trata de una teoría de la toma de decisiones judiciales pues es precisamente en el ámbito judicial en donde todos estos fenómenos se hacen dolorosamente visibles. El tema general de esta nueva iusteoría, llamada genéricamente "interpretación del derecho" es la "individualización jurisdiccional" de las normas positivas⁸⁴. El propósito explícito del libro es el de abrir "nuevos horizontes para jueces y abogados"⁸⁵; se trata de filosofía "no académica" del derecho porque sus resultados por lo general son presentados, no en los libros formales sobre filosofía jurídica, sino en libros de derecho dogmático con conciencia teórica o en una naciente literatura de razonamiento y argumentación jurídicas⁸⁶.

La transición de la filosofía académica a la no académica del derecho también implica la necesidad de reconstruir el canon de autores que son de interés para la teoría local del derecho. De esta forma, Recasens elabora una doble lista de nombres, algunos de ellos pertenecientes al mundo de la presentación académica y formal de la teoría general de las normas, otros caracterizados como miembros de la nueva teoría del derecho de la interpretación judicial, en cierta forma más cercanos a los problemas del litigante cotidiano y más sintonizados con la "experiencia" del derecho y no únicamente con su "lógica"⁸⁷.

84 Recasens, *Nueva filosofía*, p. 11.

85 *Ibid.*, p. 1.

86 *Ibid.*, p. 20.

87 Hago aquí referencia a Oliver Wendell Holmes y su célebre párrafo al abrir su obra *The Common Law*, p. 1: "The object of this book is to present a general view of the Common Law. To accomplish this task, other tools are needed besides logic. It is something to show that the consistency of a system requires a particular result, but it is not all. The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics". Un comentario detenido sobre la importancia de esta afirmación se puede encontrar en G. Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self*, Oxford University Press, Oxford (1993).

LUIS RECASÉNS SICHES

EX-CATEDRÁTICO NUMERARIO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID; PROFESOR EMÉRITO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE MÉXICO E INVESTIGADOR TITULAR EN SU INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS; EX-PROFESOR VISITANTE DE LA ESCUELA DE DERECHO DE "NEW YORK UNIVERSITY", DE LA "GRADUATE FACULTY OF THE NEW SCHOOL FOR SOCIAL RESEARCH" DE NUEVA YORK, DE LA "ESCUELA DE DERECHO DE "TULANE UNIVERSITY" (NUEVA ORLEANS), DE LA ESCUELA DE DERECHO DE "THE UNIVERSITY OF TEXAS" (AUSTIN); EX-PROFESOR DE LA UNIVERSIDAD IBERO-AMERICANA (MÉXICO); PROFESOR VISITANTE DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID; CONFERENCIANTE HUÉSPED DE LAS UNIVERSIDADES DE BONN, MANGUNIA, FRIBURGO, FRANCFORT, MÜNSTER I.W. ERLANGEN-NÜRNBERG, PARÍS, TOULOUSE, MILÁN, PAVÍA, GÉNOVA, PUERTO RICO, SANTIAGO DE CHILE, CONCEPCIÓN, BUENOS AIRES, LA PLATA, SANTA FE, ROSARIO, MONTEVIDEO, SAO PAULO, RÍO DE JANEIRO, BRASILIA, SAN MARCOS DE LIMA, LIMA, CARACAS, MARACAIBO, MÉRIDA, PANAMÁ, SAN JOSÉ DE COSTA RICA, LEÓN (NICARAGUA), TEGUCIGALPA, SAN SALVADOR, GUATEMALA, LA HABANA, BARCELONA, VALENCIA, SALAMANCA, SANTIAGO DE COMPOSTELA, LA LAGUNA DE TENERIFE, BILBAO, NAVARRÁ Y OTRAS.

NUEVA FILOSOFÍA DE LA INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

TERCERA EDICIÓN



EDITORIAL PORRÚA, S. A.
AV. REPÚBLICA ARGENTINA, 15
MÉXICO, 1980

Recasens Siches, Luis. *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*.
Primera edición, México, 1956; tercera edición, México, 1980.

LUIS EDUARDO NIETO ARTETA

LA INTERPRETACION DE LAS NORMAS JURIDICAS

DIRECCION DE DIVULGACION CULTURAL
UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA
1 9 7 1

Luis Nieto Arteta, *La interpretación de las normas jurídicas*, Universidad Nacional, Bogotá, 1971, ofrece una reconstrucción crítica de la *Teoría pura del derecho* de Kelsen.

Filosofía académica del derecho	Filosofía no académica del derecho
Kelsen, Del Vecchio, Stammer, Radbruch, Hauriou, Renard y la mayoría de los filósofos jurídicos latinoamericanos. Del mundo anglosajón, Recasens menciona explícitamente a Pato, Kunz, Friedman y Kahn.	Ihering, Holmes, Cardozo, Gray, Pound, Frank, Llewellyn, Gény, Demogue, Ripert, Ehrlich, Kantorowicz, Fuchs, Isay, Heck, Rumelin, Perelman, y de manera parcial el único latinoamericano de la lista, Carlos Cossio ⁸⁸ .

La comparación a doble columna entre estos dos cánones de filosofía jurídica es muy dicente en varios aspectos. En primer lugar, la distinción revela que la brecha entre formalismo y antiformalismo, que parece ser tan obvia, es concebida, no como una confrontación política o moral acerca del derecho, sino como el resultado de un choque entre una teoría general y formalista de la normas jurídicas y una teoría antiformalista, ya no de las normas, sino de la interpretación de las normas. De esta manera luce perfectamente legítimo importar una nueva teoría del derecho, pero Recasens modera el conflicto político que tal transformación podría generar.

La nueva filosofía del derecho que presenta Recasens se manifiesta en el canon de autores y en el nuevo enfoque que todos ellos comparten. El nuevo canon propuesto, sin embargo, nunca llegó a convertirse en una versión alternativa del derecho que fuera popular entre audiencias profesionales más amplias⁸⁹. Recasens parece, de hecho, estar haciendo una rehabilitación algo tardía de antiformalistas tempranos para mostrar que el derecho de la segunda posguerra está dando un giro inevitable hacia el antiformalismo. Mi tesis es que el interpretativismo anticipado por Recasens en la segunda posguerra sólo vino a ser realizado de manera efectiva varios años más tarde por medio de la recepción y transformación de lecturas que se hicieron de autores mucho más contemporáneos como H. Hart y R. Dworkin, Viehweg y Ch. Perelman y finalmente R. Alexy y J. Habermas. La nueva filosofía de interpretación jurídica, que Recasens llamó muy apropiadamente "*nuevo derecho*"⁹⁰ o la "lógica de lo razonable", se caracterizan políticamente por un énfasis en la interdependencia y cooperación social en vez de los antiguos valores del

88 Si Recasens hubiese conocido mejor la obra de Nieto Arteta, creo que lo hubiese incluido junto con Cossio como un miembro "parcial" de la dirección no académica.

89 Los realistas jurídicos siguen siendo en su mayoría desconocidos, aún hoy. La referencia a Gény muestra cierta ignorancia sobre el hecho de que él, por lo menos, ya había sido derrotado de manera conclusiva.

90 Recasens, *Nueva filosofía*, p. 8.

individualismo típicos de la iusteoría clásica⁹¹. El valor de la seguridad jurídica es reemplazado por una mayor preocupación en los contenidos sustantivos del derecho, la justicia y la equidad; una consideración puramente formal del derecho puede ahondar la desprotección de grupos sociales marginalizados o excluidos⁹². Desde el punto de vista iusteórico el cambio consiste en criticar y abandonar (especialmente en derecho constitucional y derechos fundamentales) la pretensión de deducción normativa y de determinación mecánica de resultados en el análisis jurídico y adherirse, en vez de ello, a una lógica mucho más fluida de apreciación y ponderación de circunstancias concretas de los casos. Por este par de razones, el nuevo derecho hace especial énfasis en una categoría de derechos recientemente creada: los llamados derechos sociales, económicos y culturales que deben ser ahora implementados con gran energía en concurrencia con los derechos liberales (civiles y políticos) de primera generación⁹³. Esto significa igualmente, en general, que la ola de constituciones de la segunda posguerra en todo el mundo tiene un valor normativo directo en contraste con el valor meramente retórico o programático del constitucionalismo de la preguerra⁹⁴. Este nuevo tipo de organización social debe ser realizado y garantizado por los jueces ya que los reclamos iusfundamentales son derechos subjetivos concretos y no meras declaraciones de principio. Es necesario, en el mundo de la segunda posguerra, "tomarse los derechos en serio" como lo advierte el título de la influyente obra de Ronald Dworkin⁹⁵.

El Estado de bienestar, con una concepción cada vez más fuerte de los derechos que lo aleja notoriamente de un Estado de providencia meramente paternalista o caritativo, exige que los jueces ocupen un lugar central en su protección. El nuevo derecho, pues, está relacionado con el aumento del poder normativo directo de los derechos fundamentales y humanos; de igual forma, está relacionado con la transformación de las antiguas Cortes Supremas en verdaderos tribunales de derechos humanos en los que las cláusulas constitucionales son interpretados de manera cada vez más expansiva y generosa. Este mundo de la segunda posguerra tiene héroes institucionales tales como la Corte Warren en los Estados Unidos o la Corte Constitucional creada por la Ley Fundamental de

91 *Ibid.*, p. 6.

92 *Ibid.*

93 *Ibid.*, p. 9.

94 Véase al respecto Mauro Capelletti, *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of Constitutional Justice*, 35 *Cath. U. L. Rev.* 1 (1985).

95 *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona (1984).

Bonn de 1949⁹⁶. En el caso de la Corte Warren, por ejemplo, los jueces han llevado a cabo un muy esperado proceso de reinterpretación de textos muy antiguos (los de la Constitución de Filadelfia y sus enmiendas de 1791 y 1866/70⁹⁷) que fueron originalmente promulgadas e interpretadas dentro de las estructuras políticas y culturales de una época que quizá ya no existe. Los jueces, entonces, han ejercitado una labor de actualización, cerrando el abismo temporal y cultural que se ha venido abriendo entre los textos y las nuevas realidades. Pero más aún: la nueva percepción en teoría del derecho aclara el hecho de que el derecho (y más aún estos textos constitucionales) está lleno de ambigüedades, contradicciones y vacíos, y que el juez tiene el deber de proveer decisiones imparciales y justas ("correctas", podría decirse) aún en presencia de estos fenómenos⁹⁸. Los textos abiertos, por tanto, pueden ser reinterpretados para dar cabida a soluciones novedosas en las que los jueces realizan ejercicios *legítimos* (así su naturaleza política sea inescapable) de interpretación e integración del derecho en los que éste se armoniza con nuevas percepciones de corrección política y moral: los textos antiguos, pues, permiten que el derecho se preocupe por problemas de redistribución económica y protección de los grupos sociales que han sufrido discriminación en razón de raza, sexo u opinión política⁹⁹.

El propósito general de Recasens al presentar el nuevo derecho es el de:

"Aportar [...] la aclaración que permita a los jueces valientes, cuando se enfrenten con tales problemas, seguir haciendo lo que ya solían hacer, pero hacerlo a la luz del día, sin subterfugios ni encubrimientos, fundándolo justificadamente sobre razones que pertenecen esencialmente a la índole del Derecho positivo. Y con ello, a los jueces timoratos, que no se atrevían a obedecer exigencias de justicia cuando éstas parecían tropezar con textos

96 Es importante recordar que el libro de Recasens fue publicado en 1956, cuando alguna de las decisiones de la Corte Warren (tales como *Brown* comenzaban a ser conocidas en otras latitudes).

97 Véase al respecto Eugene Hickok (editor), *The Bill of Rights: Original Meaning and Current Understanding*, University Press of Virginia, Londres (1991); Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights: Creation and Reconstruction*, Yale University Press, New Haven (1998).

98 Recasens, *Nueva filosofía*, pp. 16-7.

99 *Ibid.*, p. 6. Es difícil ver como este panorama general puede ser visto como *complementario* a una *teoría pura del derecho formalista*. La continuidad podría ser explicada como la angustia que habría producido el abandono definitivo de la teoría de Keisen y la adherencia a la retórica realista y antiformalista.

establecidos, se les ofrecerán facilidades para vencer esos temores que sentían, y, consiguientemente, para cumplir con su deber"¹⁰⁰.

Pero inmediatamente después de esta apología del "juez valiente", Recasens recuerda a sus lectores que:

"Nada de lo que voy a sugerir en las páginas posteriores de este libro de oponer al principio de obediencia que los juristas, en tanto que tales juristas, deben al orden jurídico positivo. En modo alguno voy a tratar de poner al juez por encima del Derecho positivo. No se trata de emancipar al jurista de su deber de fidelidad al Derecho positivo. Se trata de otra cosa. Se trata de mostrar cuál es la esencia necesaria de la función del juzgador; y de mostrar cuál es, de acuerdo con esa esencia, el ámbito y la índole de sus facultades"¹⁰¹.

El nuevo enfoque de Recasens (*nuevo derecho* y la lógica de lo razonable) fue importante en la reorientación de la iusteoría local: se trata de un libro en el que se expresa con gran claridad un momento de cambio cultural en la comprensión del derecho¹⁰². Sin embargo, también es necesario apuntar que el programa del nuevo derecho para los "jueces valientes" no iba a ser soportado por los hombros de los autores que Recasens menciona en su libro. El judicialismo de corte hermenéutico y progresista tuvo que esperar algunos años más antes de convertirse en una fuerza real en la profesión. Sus motores locales no fueron, como aspiraba Recasens, Karl Llewellyn (como representante del realismo norteamericano) o Philipp Heck (como representante de la *Interessenjurisprudenz*). Llewellyn o Heck nunca se convirtieron en autores influyentes en la teoría particular del derecho; el autor de su generación que sí lo fue, François Gény, fue cooptado (de la manera como ya hemos descrito) por las estructuras muy hegemónicas del clasicismo y del neopositivismo locales. La realización del programa de progresismo judicial tendría que esperar a que se llevara la recepción local de nuevos desarrollos de teoría anglosajona, y en particular, del trabajo de H.L.A. Hart y R. Dworkin.

100 Recasens, *Nueva filosofía*, p. 23

101 *Ibid.*

102 La obra de Recasens, como la de muchos otros, se usa con diferentes propósitos dentro de la Corte Constitucional: así, Jorge Arango usa la retórica de Recasens para darle piso a una moralidad transpersonal protegida por la Constitución en la Sentencia C-224/1994. Otros jueces usan a Recasens para reforzar la idea de que las decisiones judiciales deben basarse en la lógica de lo razonable en oposición a la lógica de lo racional: así, por ejemplo, en la T-322/1996 (M.P. Martínez) y en la T-406/1992 (M.P. Angarita).

2.3. Hart y Dworkin en Bogotá

El clasicismo jurídico local se las ha ingeniado para sobrevivir durante todo el siglo XX. A lo largo del siglo, y desde su consolidación en las postrimerías del XIX, el clasicismo local ha demostrado gran adaptabilidad frente a las crisis culturales que el derecho ha sufrido. Una y otra vez ha mostrado tener gran habilidad para reposicionarse, luego del desafío teórico, en posición de hegemonía en la cultura jurídica. Como hemos visto, absorbió en su interior el proyecto del antiformalismo social de los treinta y, hasta ahora, ha resistido con gran energía al antiformalismo contemporáneo. El antiformalismo temprano, muy dominado por Gény, terminó siendo un trasplante iusteórico fallido. Críticas alternativas que se desarrollaron en la misma época contra el clasicismo, tales como la escuela realista en los Estados Unidos, o la jurisprudencia de intereses en Alemania no llegaron a convertirse en competidores significativos. No obstante, el empuje antiformalista no murió completamente: estaba siendo importado ahora bajo nuevas teorizaciones. En Nieto Arteta y Recasens Siches hemos visto el giro lento de la cultura jurídica de la segunda posguerra hacia alguna forma de antiformalismo: en Nieto, mediante una reinterpretación de Kelsen que lo ubica *en contra* y *no a favor* de algunas convicciones clásicas fundamentales; en Recasens, en un anuncio temprano de la importancia esencial del momento interpretativo en derecho, en un rescate del papel judicial (ya muy lejano de aquel "poder nulo e invisible" del que hablaba Montesquieu) y en una reaparición de ideales progresistas y humanistas como fin esencial del derecho. En este marco de ideas, ¿cuáles son en concreto las características del antiformalismo contemporáneo en la teoría local del derecho?

Sería apropiado comenzar diciendo algo acerca de la agenda política del "nuevo derecho" que toma forma visible en Colombia en la década de los noventa con ocasión de la expedición de la Constitución Política de 1991¹⁰³. La Corte Constitucional, como en su momento lo fue la Corte Suprema de Justicia, ofrecieron espacios institucionales de recepción, adaptación y legitimación de nuevas formas de comprender el derecho. La Corte Constitucional de los noventa, al igual que la Corte Suprema de los treinta, vio que su función la obligaba a formar parte de la vanguardia del pensamiento jurídico, buscando nueva doctrina que permitiera racionalizar un campo del derecho en el que la cultura local no tenía mucha experiencia: los derechos fundamentales. La Corte de los treinta, a su vez, había sido también una institución de vanguardia doctrinaria y teórica en su afán de

103 Muchos comentaristas hablan de la existencia del *nuevo derecho*. En este nombre se agrupan muchos argumentos de corte antiformalista que se exploran a lo largo de este capítulo.

construir los contra-principios de derecho civil que permitirían la socialización y moralización del mismo necesarias en una época de conflicto y reposicionamiento entre clases sociales. Estas dos Cortes tuvieron gran energía intelectual apuntalada en momentos de cambio político y iusteórico. Los magistrados de la Corte Constitucional colombiana han hecho uso frecuente de la teoría contemporánea del derecho para crear un estilo judicial diferente en abierto contraste con el clasicismo¹⁰⁴. Estos magistrados tuvieron enorme éxito al crear la imagen de una

- 104 Una radiografía iusteórica de la Corte Constitucional colombiana en el período 1991-2003 muestra que hay un grupo de magistrados que buscan innovación teórica frente a las posiciones clásicas o neoclásicas. Ciro Angarita, primero, y luego los magistrados Gaviria, Cifuentes y Martínez claramente trataron de reorientar, con éxito parcial, el canon de autores y las convicciones básicas de la teoría local del derecho. Ellos fueron importadores y usuarios entusiastas de la nueva TTD. Ellos son los que citan explícitamente en diversos contextos a Hart y Dworkin:

Citas de Hart				
Gaviria	Martínez	Angarita	Cifuentes	Otros magistrados
10	4	1	1	0
Citas de Dworkin				
Martínez	Gaviria	Cifuentes	Angarita	Otros Magistrados
10	4	4	1	1

Ellos son igualmente responsables por las citas a la TTD contemporánea, por lo general usadas con fines antiformalistas. Hay también citas de Robert Alexy (un total de 10), John Rawls (7) y Jürgen Habermas (4). Esto no quiere decir, por supuesto, que todos los magistrados pertenecen a la misma percepción en teoría del derecho. Mi borrador de reconstrucción de su contribución individual al antiformalismo contemporáneo sería como sigue: el magistrado Angarita fue el primer antiformalista que de manera extensa usó la teoría jurídica anglosajona. En su mente, más aún, Hart y Dworkin constituían una serie continua que se inició con la liberación que hizo Hart de los poderes judiciales (al reconocer la discreción) y terminó con el análisis de los principios de la estructura jerárquica constitucional que hizo Dworkin. Su principal pieza en jurisprudencia judicial es la T-406/1992. El magistrado Gaviria, por otro lado, es un reformista radical, pero en jurisprudencia, permanece dentro del positivismo. Para él, en oposición al magistrado Angarita, todas las promesas del judicialismo contemporáneo pueden ser redimidas por medio de ampliadas lecturas del eje Kelsen/Hart. No se necesita el dworkinismo reconstructivo ni la teoría de principios. Por consiguiente, y contrario al punto de vista de Angarita, él ve discontinuidad entre Hart y Dworkin. Ver C-083/1995. Además, el magistrado Gaviria brindó una interesante lectura tergiversada cuando aunó la textura abierta de Hart con la doctrina constitucional alemana del *Rechtswessensinhalt*. Ver C-179/94. El magistrado Martínez, por otra parte, parece mostrarse como el más coherente de los dworkinistas en la Corte. Ver T-002/1992; C-350/1994. Por último, el magistrado Cifuentes parece seguir, en general, la interpretación que hace Angarita del eje Hart/Dworkin. Ver C-486/1993; C-045/1996.

Corte vanguardista y progresista, aunque es claro que su posición generó enorme resistencia por parte de una cultura jurídica en la que las convicciones clásicas eran muy mayoritarias. El discurso de la Corte Constitucional *sonaba* demasiado teórico y demasiado político para operadores jurídicos que habían asumido que los problemas fundamentales de teoría jurídica ya estaban saldados (en la reconstrucción kelseniana); de la misma manera, esos mismos operadores jurídicos, en general, tenían una relación política muy estable con las élites nacionales. La nueva Corte, en cambio, buscaba reabrir problemas teóricos básicos en derecho y, segundo, dar expresión institucional a conflictos al interior de las élites nacionales que no eran bien canalizados por el sistema de partidos que había resultado del Frente Nacional. La Corte quedó así siendo la cabeza visible de un proceso de cambio cultural en derecho que incluía problemas teóricos, pedagógicos, curriculares e institucionales. Muchos académicos y estudiantes se identificaron generacionalmente con este proyecto. Al mismo tiempo empezaba a publicarse literatura nacional que traducía e importaba nuevas posiciones iusteóricas¹⁰⁵. En esta literatura se abría una vez más la

- 105 Ver por ejemplo, Rodolfo Arango, *Jurisdicción e interpretación constitucional*, Revista de Derecho Público de la Universidad de los Andes, N° 4, 1993; Manuel José Cepeda, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Presidencia de la República, Bogotá (1993); Mauricio García, *La eficacia simbólica del derecho*, Uniandes, Bogotá (1993); Cristina Motta, *Intereses y derecho: La transición al Estado social en ética y conflicto*, Uniandes, Bogotá (1995); Isabel Jaramillo y Daniel Bonilla, *El igualitarismo en la jurisprudencia constitucional colombiana*, Universidad de Antioquia, Medellín (1997); César Rodríguez, *Teoría del derecho y decisión judicial*, en *El debate Hart-Dworkin*, Uniandes, Bogotá (1997); César Rodríguez, *El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad*, en *Observatorio de Justicia Constitucional*, Uniandes, Bogotá (1998); Rodolfo Arango, *¿Hay respuestas correctas en derecho?*, Uniandes, Bogotá (1999); AA.VV. *Observatorio de Justicia constitucional* 1996. Universidad de los Andes/Siglo del Hombre, Bogotá (1998); AA.VV. *Derecho Constitucional: Perspectivas críticas*. Universidad de los Andes/Siglo del Hombre, Bogotá (1999); Alejandro Aponte, *La tutela contra sentencias: El juez como garante de los derechos humanos fundamentales*, Revista de Derecho Público Universidad de los Andes, Sep. 1993; Rodolfo Arango, *El valor de los principios fundamentales en la interpretación constitucional*, Revista de Derecho Público, Vol. 5, 1994, p. 51; Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid (2003); Manuel José Cepeda, *Introducción a la Constitución de 1991: Hacia un nuevo constitucionalismo*, Consejería para el desarrollo de la Constitución, Bogotá (1993); Manuel José Cepeda, *Los derechos fundamentales en la Constitución de 1991*, Temis, Bogotá (1992); Manuel José Cepeda, *Los derechos y la interpretación de la constitución*. Revista de Derecho Público, Universidad de los Andes, Sep. 1993; Tulio Elí Chinchilla, *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?*, Temis, Bogotá (1999); Óscar Dueñas, *Jurisprudencia humanista en el constitucionalismo económico*. Librería del Profesional, Bogotá (2000); Óscar Dueñas, *Control Constitucional: Análisis de un siglo de jurisprudencia*. Librería del Profesional, Bogotá (2000); Mauricio García, *Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el cons-*

discusión sobre la corrección del clasicismo; por primera vez en muchos años parecía hacerse claro que el derecho sufría cambios ocasionados no únicamente por modificaciones en el derecho positivo, sino por nuevas formas de comprensión teórica del mismo. Con estas nuevas formas, se hizo patente que el derecho podía ser entendido según modelos y valores alternativos. Estos modelos de derecho en competencia fueron atrincherados en actores institucionales bien definidos: el clasicismo encontró apoyo (aunque no sin disensos importantes) en la Corte Suprema de Justicia y en facultades y departamentos de derecho que veían con mayor recelo el proceso de constitucionalización del derecho y el establecimiento de metodologías antiformalistas de análisis jurídico. La enseñanza en áreas tales como derecho laboral, penal, administrativo y civil parecía responder más inmediatamente a las convicciones clásicas. Todas estas áreas están codificadas, y por consiguiente su ideología interna reflejaba todavía en gran medida las convicciones del racionalismo clásico. Estos campos convergen además en la Corte de Casación o el Consejo de Estado donde la idea de protección y garantía de la legalidad dominan de manera muy fuerte. Se trata de cortes de revisión de sentencias o actos administrativos ilegales donde la constitucionalización se ha abierto paso sólo de manera muy lenta y dificultosa. Adicionalmente estos campos constituyen el núcleo de la práctica profesional de los abogados independientes. El litigio cotidiano en estos campos tiene una tendencia a manifestarse dentro de las convicciones teóricas propias del clasicismo.

(cont. nota 105) *titucionalismo colombiano*. En *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Colciencias, Bogotá (2001); Mauricio García y César Rodríguez, *La acción de tutela*. En *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Colciencias, Bogotá (2001); Mauricio García, *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997*. *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Colciencias, Bogotá (2001); Alexei Julio, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (2000); Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: Un papel institucional por definir*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá (2001); Iván Orozco y Juan Gabriel Gómez, *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia penal*, Ministerio de Justicia, Bogotá (1997); Néstor Iván Osuna, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (1998); Néstor Iván Osuna, *Apuntes sobre el concepto de derechos fundamentales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá (1995); César Rodríguez, *Nueva interpretación constitucional*, Editorial Diké, Medellín (1998); César Rodríguez, *La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin, Siglo del Hombre/Ediciones Uniandes*, Bogotá (1997); Luis Carlos SÁCHICA, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, Temis, Bogotá (2000); Rodrigo Uprimny, *Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia*, en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Colciencias, Bogotá (2001); Rodrigo Uprimny, *El dilema de la interpretación constitucional*, en *Jurisdicción constitucional de Colombia*, Escuela Judicial, Bogotá (2001); Rodrigo Uprimny, *El 'laboratorio' colombiano: narcotráfico, poder y administración de justicia*, en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Colciencias, Bogotá (2001); Rodrigo Uprimny y Mauricio Villegas, *The Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia*, mimeo.

A pesar de dificultades y resistencias, el antiformalismo contemporáneo ha tenido mucho más éxito que la abortada revolución de Gény por colonizar espacios institucionales e intelectuales en la cultura jurídica local. Por ejemplo, el derecho constitucional ha sido reconfigurado conforme a los protocolos del *nuevo derecho*. El clasicismo ha respondido en algún sentido tratando de *contener* al antiformalismo contemporáneo dentro de los límites del derecho constitucional. Esta ha sido una estrategia exitosa ya que la Corte Constitucional no puede en principio decidir casos que toquen otros campos del derecho en los cuales existan medios alternativos de defensa judicial. En los Estados Unidos, por el contrario, la Corte Suprema tiene competencias jurisdiccionales generales y no meramente especializadas. A diferencia de los Estados Unidos, en el sistema continental de múltiples jurisdicciones especializadas, un "caso constitucional" es una violación independiente de derechos fundamentales que no cuenta con una acción judicial "común"¹⁰⁶. La acción "común" consiste simplemente en la posibilidad de dirigirse a los jueces civiles, penales, administrativos o laborales para juzgar el reclamo del demandante dentro de las reglas codificadas y sus complementos o modificaciones legales. La jurisdicción constitucional resulta así limitada a juzgar de manera subsidiaria aquellos casos de violación de derechos fundamentales que no tengan claramente prescrita por ley una acción y un procedimiento ante las jurisdicciones especializadas. Dentro de este diseño la jurisdicción constitucional decide sólo aquellos reclamos que se filtren a través de las grietas del universo legal codificado y legislado. Por esta estructura institucional parece que el derecho se bifurca iusteóricamente: las tareas de adjudicación burocrática estandarizada son confiadas a los jueces que aplican códigos y leyes; las tareas de corrección equitativa y justiciera de los códigos y leyes son confiadas a la jurisdicción constitucional. Para los primeros, por tanto, una comprensión formalista del derecho resulta natural y adecuada; para el ejercicio de la segunda función, en cambio, el derecho se desformaliza y permite la aplicación de metodologías de análisis distintas a las utilizadas en la aplicación clásica de la ley.

La sociología del movimiento del *nuevo derecho* responde a este ordenamiento institucional: el antiformalismo está centrado alrededor del derecho constitucional y su corte especializada. Exige que operadores jurídicos tengan relaciones más libres con los textos jurídicos. El *nuevo derecho* es principalmente un movimiento que se concentra en una visión del derecho constitucional como desafío y crítica general a la cultura jurídica prevalente en Colombia y Latinoamérica. Como movimiento intelectual, su influencia ha crecido de la mano de la utiliza-

106 Artículo 86 C.P.

ción en aumento por parte de los ciudadanos de la acción de tutela como forma de protección de sus derechos fundamentales. Se le percibe en términos políticos como un movimiento particularmente comprometido con el ideal de *estado social de derecho* y, por tanto, con una estructura de derechos fundamentales que, preservando los derechos liberales, extiende también los derechos sociales dentro del marco de una economía libre pero solidaria de mercado.

El *nuevo derecho* tiene una estructura iusteórica y una agenda política. La teoría del derecho la ha adquirido por medio de recientes importaciones de la TTD con un fuerte componente anglosajón. Su agenda política también ha sido alimentada por la globalización del modelo constitucional del *Sozialrechtsstaat*; este modelo, por demás, termina siendo sumamente atractivo para países semiperiféricos como Colombia, todavía caracterizados por enormes desigualdades entre clases, fenómenos de exclusión y marginalización de minorías y muy severas limitaciones económicas a las posibilidades de ahorro e inversión tanto del sector público como del privado.

No debería ser muy difícil anticipar a esta altura la función clave que figuras como Hart y Dworkin tienen dentro de este desarrollo en la teoría local del derecho. La reinterpretación que hizo Nieto Arteta de la *Teoría pura* de Kelsen sugiere con toda claridad la posibilidad de una recepción generosa y progresista del "*Concepto del Derecho*" de H.L.A. Hart. Kelsen y Hart, a pesar de militar claramente dentro del positivismo jurídico, no tienen por qué respaldar las posiciones hermenéuticas tradicionales del clasicismo. Esto es exactamente lo que ocurrió, al menos en Colombia. La traducción y transplante de Hart fue realizada en primer lugar por académicos argentinos que utilizaron la nueva iusteoría para dar un giro muy significativo a la cultura jurídica local. Así, por ejemplo, Genaro Carrió traduce primero, en 1962, el artículo de Hart *Positivism and the Separation of Law and Morals*¹⁰⁷ y, luego, en 1963, *The Concept of Law*¹⁰⁸, apenas dos años después de su aparición en inglés. Carrió mismo publicaría en 1965 sus *Notas sobre derecho y lenguaje*; en ediciones subsiguientes de este libro la TTD ya gira claramente entorno al debate anglosajón y muy en particular entorno al debate entre H.L.A. Hart y Ronald Dworkin. El impulso general de la recepción de Carrió era el de mostrar la importancia de la contribución de Hart y como, de aceptarse, constituía una crítica contra el positivismo local a pesar de que el mismo Hart era un positivista. Carrió

107 El original en inglés fue publicado en 71 Harvard Law Review 593 (1958). La versión en español por Editorial Depalma, Buenos Aires.

108 Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

(esta vez con la cooperación de E. Rabossi) también tradujo al español la obra de J.L. Austin, *How to Do Things with Words*¹⁰⁹, con una introducción filosófica que se torna a veces en acusación contra los límites de la teoría local del derecho.

Analícemos ahora brevemente el sentido que adquirió *El Concepto del Derecho* en sitios de recepción: al tomar el texto completo de Hart tal como se lee en su contexto de producción y el énfasis que hicieron de él los receptores locales, podríamos reconstruir una de las interpretaciones locales del mismo y cómo ésta se alineó a favor de la visión del *nuevo derecho*. La interpretación local suprime o enfatiza aspectos del argumento hartiano de maneras distintas a lo que ocurre en la discusión inglesa. De un lado, es relativamente claro que Hart está interesado en reconstruir el positivismo inglés tal como está expuesto en el imperativismo de John Austin¹¹⁰; este esfuerzo, sin embargo, tuvo un relativo menor impacto en la lectura local ya que Hart servía, en este contexto, no tanto para una reconstrucción del positivismo sino para una crítica de la ingenuidad lingüística del clasicismo; en contraste, la discusión hartiana sobre la "textura abierta del derecho"¹¹¹ y la "regla del reconocimiento"¹¹² se situó como la contribución más pertinente a las necesidades de transformación cultural del derecho local¹¹³. La dirección general de la contribución hartiana en su interpretación local no es muy diferente a la ya existente reconstrucción judicialista e interpretativista de la *Teoría pura* de Kelsen llevada a cabo por Nieto Arteta. La interpretación local de Hart implica, entre otras cosas, que el punto nodal de su libro "El concepto del derecho" está ubicado en su capítulo VII, "Formalismo y escepticismo ante las reglas". El impacto de este capítulo sobre la cultura jurídica local es muy interesante y valdría examinarlo con algún detenimiento: imaginemos que en cada país hay un modo hegemónico y muy extendido de entender el derecho y su metodología. A ese modo dominante lo podríamos llamar "balance iusteórico". El impacto o valor de nueva teoría so-

109 El original en inglés fue publicado en 1962. La versión en español fue publicada en Paidós, Barcelona, quinta edición, 1998. Rabossi y Carrió publicaron un muy influyente ensayo introductorio, *La filosofía de John Austin* en ese mismo volumen. El propósito de este movimiento analítico local, también conocido como la *Escuela de Buenos Aires* fue, en palabras de Austin citadas por Hart, usar una "conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos". Hart, *El concepto de derecho*, Prefacio a la edición inglesa.

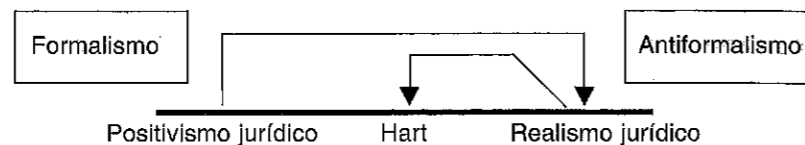
110 Por supuesto, se debe recordar la influencia fundamental que ejercieron sobre Hart dos autores homónimos: de un lado, John Austin, el juriconsulto (1790-1859); del otro, John Langshaw Austin, el filósofo analítico (1911-1950).

111 Hart, *El concepto de derecho*, pp. 124-134.

112 *Ibid.*, pp. 100-123.

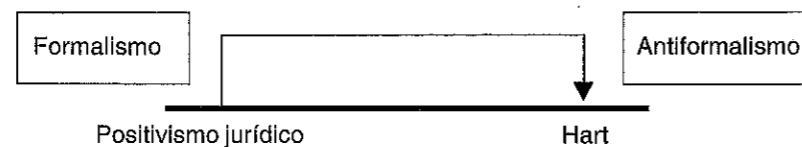
113 Ver Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (1990).

bre una jurisdicción está en cierta forma determinado por el balance iusteórico ya existente. Por lo tanto, un mismo autor puede ejercer un impacto diferente sobre dos culturas jurídicas distintas si en ellas el balance iusteórico es divergente. Hagamos ahora el esfuerzo de describir el impacto situacional de *El concepto de derecho* de Hart en dos culturas jurídicas diversas: una de ellas, la de los Estados Unidos, la podríamos definir como una cultura jurídica posrealista, esto es, una cultura jurídica donde los postulados del realismo han dejado una huella profunda en la manera de comprensión del derecho; la otra cultura, la latinoamericana, la podríamos definir como "neopositivista" ya que Kelsen fue utilizado, como hemos visto, para consolidar el dominio local de las creencias clásicas en derecho. Dado ese balance iusteórico en el caso norteamericano, el positivismo de Hart es un intento explícito para moderar el alcance de la irracionalidad judicial en la interpretación jurídica que los realistas habían presentado con gran éxito en esa cultura jurídica. Se trata, en ese contexto, de una maniobra conservadora que intenta desplazar el balance iusteórico de una comprensión altamente escéptica e irracionalista hacia una apreciación más ponderada de las posibilidades del lenguaje de restringir la discrecionalidad judicial:



En los Estados Unidos el realismo ya había logrado pasar el balance iusteórico hacia una posición fuertemente antiformalista. Por esa razón no es exagerado decir que se trata de una cultura posrealista. En esa cultura particular la intervención de Hart tiende a moderar las descripciones sociológicas y psicológicas que habían ya deshecho las convicciones más ingenuas del formalismo jurídico.

Latinoamérica, en comparación a los Estados Unidos, es un mundo pre-realista: aquí el argumento de Hart jalona fuertemente hacia el polo antiformalista en teoría del derecho. Su direccionalidad es muy distinta al del esquema angloamericano:



De esta manera, el Kelsen de Nieto y otros varios autores latinoamericanos, sumado al impacto situacional de la teoría de Hart, funcionaron conjuntamente para "liberar" a los jueces del yugo muy estricto del textualismo jurídico. Adicionalmente, ambas presentaciones disuelven la convicción clásica según la cual ser positivista exige necesariamente ser textualista hermenéutico. Con estas dos presentaciones poco tradicionales del positivismo, las normas jurídicas empezaron a ser vistas bajo la metáfora de la "textura abierta"; se aceptaba, por tanto, que en ellas había una zona de ambigüedades, contradicciones y vacíos que el juez tenía que solucionar de alguna manera. El principio de legalidad, incluso para positivistas muy sofisticados como Kelsen y Hart, no podía atar a los jueces al nivel que siempre había pretendido el clasicismo; igualmente, el principio de legalidad no podía anular la presencia de la política en el derecho.

El impacto local de la teoría del derecho de Hart puede ser visto a través de los usos que de la misma se hicieron en la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹¹⁴. Su primero y más claro uso está presente en la ya histórica Sentencia T-406/1992 (M.P. Ciro Angarita) en la que la Corte cita a Hart como base teórica de una de sus declaraciones de principio más importantes: "*Hoy, con la nueva Constitución, los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias de tutela*". Es como si la Corte utilizara a Hart como fuente directa de una proposición que está mucho más cerca del realismo jurídico que del positivismo británico. Leído desde la cultura jurídica local, el compromiso medianero de Hart entre el escepticismo y formalismo resulta siendo antiformalista: hay una clara aceptación que las reglas, al menos en los casos difíciles, no determinan completamente los resultados jurídicos ya que el lenguaje tiene una zona penumbral imposible de eliminar, ni siquiera por el más concienzudo legislador. Además, a Hart se le usará en la Corte para implementar un nuevo canon en teoría del derecho, tal como Recasens había tratado de hacerlo en su libro *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*. Así en las sentencias C-476/1993 (M.P. Martínez Caballero) y C-486/1993 (M.P. Cifuentes Muñoz) la Corte opondrá lo que llama "positivismo extremo" (que identifica con la teoría de Kelsen) a una nueva tendencia en la que se acepta la existencia de "realidades preexistentes al mismo estado". La Corte, con la necesidad de fundamentar sólidamente los derechos constitucionales, trata

114 A Hart se le cita en las siguientes decisiones: C-406/1992 (M.P. Angarita); C-476/1992 (M.P. Martínez); C-544/1992 (M.P. Cifuentes); C-003/1993 (M.P. Martínez); C-486/1993 (M.P. Cifuentes); C-486/1993 (S.V. Gaviria); C-224/1994 (S.V. Gaviria); C-179/1994 (M.P. Gaviria); C-261/1996 (M.P. Martínez); C-592/1998 (M.P. Morón); T-661/1997 (M.P. Gaviria); C-651/1997 (M.P. Gaviria); C-239/1997 (M.P. Gaviria); C-404/1998 (M.P. Gaviria).

de hacerlo por medio de la idea según la cual los derechos no dependen del reconocimiento del Estado, como lo argumentarían al parecer los "positivistas extremos". Muy sorprendentemente, los teóricos que apoyan la tesis de la existencia de derechos preestatales, incluye los nombres de Radbruch, Holmes, Frank, Cardozo y Hart. Aunque la Corte no ofrece una fuente explícita para esta sorprendente declaración, es muy claro que reproduce muy de cerca la reorganización que había hecho Recasens del canon de teoría local del derecho hacia posiciones más judicialistas e interpretativistas.

De la primera Corte Constitucional colombiana, Carlos Gaviria es de lejos el más coherente y sofisticado positivista. Su positivismo, como el de Nieto Arteta, es una denuncia de las insuficiencias del clasismo. Su uso del positivismo jurídico lo lleva a usar conjuntamente a Kelsen y a Hart en una crítica radical de las convicciones tradicionales de la conciencia jurídica clásica. Así, Gaviria comúnmente cita *El concepto del derecho* en casos altamente debatidos que involucran opciones morales o políticas muy controversiales para señalar que el punto de vista progresista y liberal efectivamente se tomó (cuando está en la mayoría)¹¹⁵ o se podría haber tomado (cuando salva su voto)¹¹⁶ en perfecta consonancia con una estricta posición positivista en iusteoría.

Fuera de estos usos teóricos muy precisos, los escritos de Hart son citados por la Corte para reforzar la protección que el derecho al debido proceso¹¹⁷ le ofrece a los individuos frente a acciones represivas del Estado. Aquí se usa a Hart en su calidad de teórico liberal de la responsabilidad penal y, en tal condición, es utilizado por la Corte en la construcción de una jurisprudencia garantista en la materia¹¹⁸.

Pero éste no es el final de los usos de la TTD que hace la Corte Constitucional. El positivismo contemporáneo de Hart y Kelsen proveyó los elementos semánticos para criticar el textualismo ingenuo del clasismo; sin embargo, el positivismo contemporáneo se mantiene relativamente apático frente a los problemas de con-

115 Ver C-083/1995 (declarando que no es lógicamente posible "saltar" entre reglas y principios); C-661/1997; C-179/1994; C-651/1997; y C-239/1997.

116 Ver salvamentos de voto a las sentencias C-486/1993, C-224/1993 y C-404/1998.

117 Artículo 28 y 29 C.P.

118 Ver, por ejemplo, C-003/1993 (M.P. Martínez) y C-592/1998 (M.P. Morón) (citando el texto *Prolegomenon to the Principles of Punishment*, en *Punishment and Responsibility*, pp. 1-27, Clarendon Press, Oxford (1967). En la Sentencia C-261/1996 (M.P. Martínez), a Hart se le usa de manera similar (citando Hart, *Contributi a l'analisi del diritto*, Milan (1964), como un ejemplo de "moderna teoría jurídica").

EL CONCEPTO DE DERECHO

por

H. L. A. HART

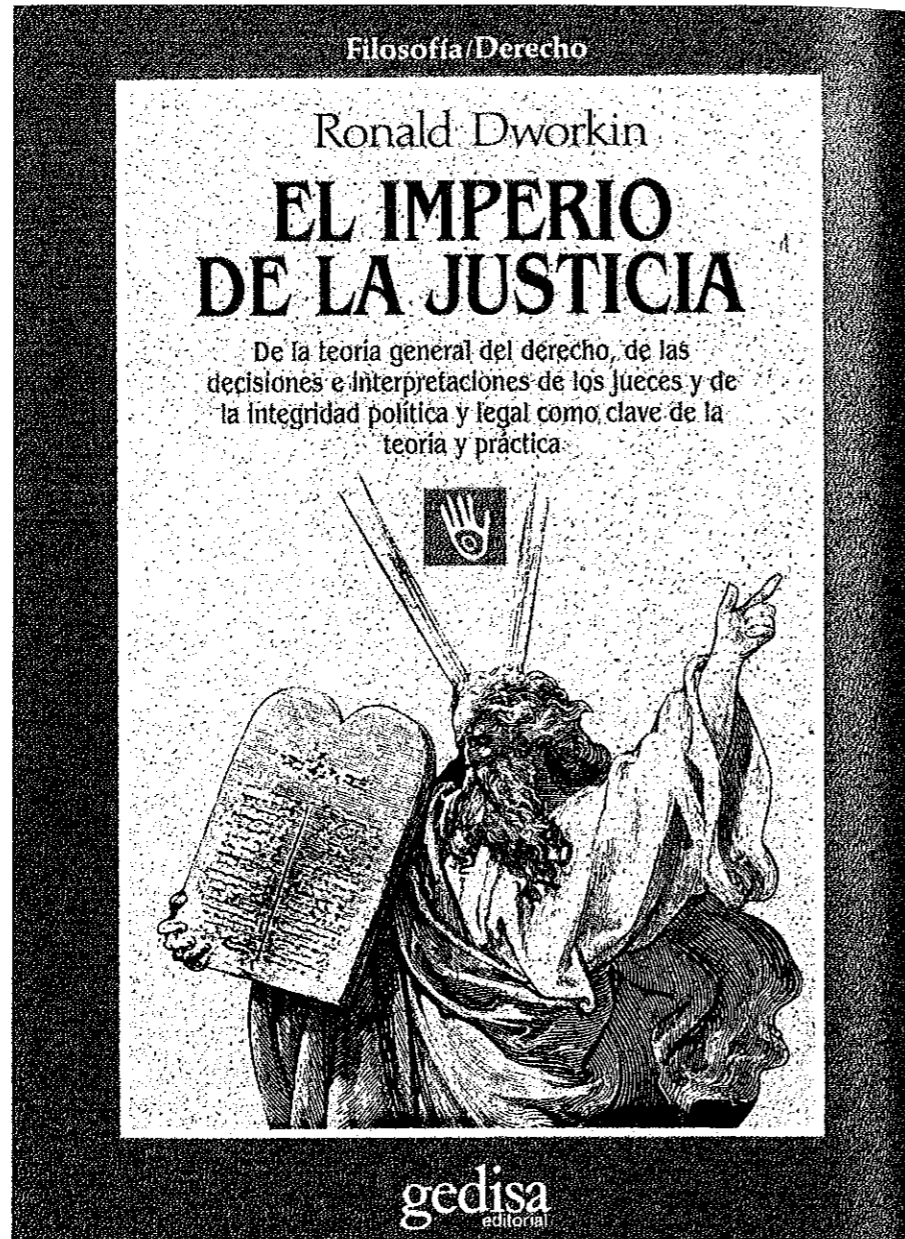
Profesor de Filosofía del Derecho
en la
Universidad de Oxford

TRADUCCIÓN DE
GENARO R. CARRIÓ



ABELEDOPERROT

Genaro Carrió traduce en esta edición argentina del año 1963 la obra de Hart, *The Concept of Law*.



El Moisés que anuncia los mandamientos de la ley de Dios al pueblo judío es la imagen que precede la teoría jurídica de Dworkin, intensamente utilizada para comprender el impacto de la constitucionalización del derecho en América Latina. Traducción al español de *Law's Empire*, Barcelona (1988).

figuración y desarrollo sustantivo del derecho constitucional que la Corte también enfrentaba. Usando la terminología kelseniana/hartiana, es posible aceptar la existencia de textura abierta en las normas (su indeterminación semántica) pero esa admisión de apertura hermenéutica no ofrece muchas indicaciones sobre cómo se deben resolver los casos de fondo. El positivismo contemporáneo le permite a la Corte desprenderse del clasicismo hermenéutico, aceptar la textura abierta de cláusulas constitucionales sumamente indeterminadas y reconocer la cercanía entre derecho y política. Pero estas constataciones son insuficientes: el positivismo contemporáneo no niega ingenuamente la indeterminación normativa pero tampoco cree que exista una teoría sustantiva que permita resolver "correctamente" los casos en que dicha indeterminación se manifiesta. Para Kelsen y Hart el derecho positivo requiere continuamente de complementación judicial, pero ninguno de los dos parece estar particularmente interesado en explicar cómo los jueces deciden correctamente los casos, a pesar de la indeterminación y apertura de las normas. Este es el sitio en el que Ronald Dworkin aparece en escena suministrando la iusteoría necesaria en procesos de adjudicación constitucional¹¹⁹. Frente a la experiencia formalista "pura" en la que la decisión judicial expresa de manera "neutral" un mandato legal, la Constitución de 1991 trató de volver visibles los reclamos jurídicos de una población desposeída que no registraba adecuadamente en la estructura tradicional del derecho legocéntrico. La Corte Constitucional comprendió que parte de su misión, por mandato constitucional explícito, consistía en canalizar reivindicaciones o reclamos que no podían ser tramitados adecuadamente a través del derecho legislado existente. Las lagunas que el derecho civil tradicional generaba eran enormes: por eso el derecho constitucional recogía ahora todo tipo de reclamos, demandas y reivindicaciones que no podían ser categorizados en los conceptos tradicionales del derecho común: las personas y su estado civil, la propiedad y demás derechos reales, la sucesión por causa de muerte, o las obligaciones y los contratos. Algunos otros derechos estaban siendo protegidos por medio del derecho legislado en áreas como el derecho laboral y el penal. Pero una gran parte de la población colombiana que no estaba incluida en los circuitos sociales que activan la protección jurídica ordinaria (propiedad, trabajo, matrimonio, empleo, etc.) continuaba por fuera de la protección del derecho. Los desposeídos jurídicos no tenían derechos en la medida en que la ley no se los reconocía. Esto quería decir en la práctica que la ley no protegía precisamente a aquellos sectores que más lo necesitaban: niños y ancianos, madres cabeza de familia, desempleados, desplazados, etc.

119 Albert Calsamiglia tradujo al español *Taking Rights Seriously*, Harvard, Cambridge (1977). (*Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona (1984). Hay también una difícil, pero no imposible, traducción de *Law's Empire*, Fontana Press, London, bajo el nombre de *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona (1988) (mostrando en su carátula a Moisés sosteniendo las tablas de la ley).

La idea de "derechos constitucionales fundamentales" parte de constatar que todas las personas tienen derecho a cierto nivel mínimo de protección y reconocimiento de su dignidad humana incluso si no están en posición de disfrutar de los derechos tradicionalmente reconocidos por los códigos liberales. La carta de derechos de la Constitución de 1991 contiene todos los derechos humanos reconocidos en la segunda posguerra tanto por el derecho internacional como por las constituciones nacionales de última generación; con esa carta de derechos, la Corte contó con el fundamento necesario para reinventar el derecho constitucional nacional (estancado en aspectos puramente procesales, competenciales y funcionales) e intervenir en situaciones donde el derecho legislado no intervenía con anterioridad. Estos derechos fundamentales, por supuesto, calificaban, no como *reglas*, sino como *principios*. Para el clasicismo, la aceptación de que los derechos eran principios (contenidos en meras "declaraciones") implicaba que no tenían la fuerza normativa directa para ser litigados en sede judicial. Los *verdaderos derechos* eran tan sólo posiciones directas y concretamente definidas en la ley sustantiva y procesal; los derechos constitucionales, en cambio, estaban lejos de definir directa y concretamente en qué ocasiones eran violados, en qué ocasiones se imponía su protección o qué remedios se imponían para su protección. Bajo la concepción predominantemente formalista y legalista de la Constitución, las cartas de derechos eran meras declaraciones de naturaleza política (y no jurídica) que requerían, si habían de tener algún poder normativo directo, de desarrollo y configuración legal. El contenido del derecho, por tanto, era coextensivo con la configuración legal del mismo. El mero texto constitucional como tal no podía realmente interferir o limitar la configuración del derecho en la ley. Esta última debería proveer las estructuras, instituciones y situaciones concretas bajo las cuales los derechos constitucionales tendrían efecto. Sin la existencia de tal configuración, los derechos, no tenían poder normativo directo.

El núcleo del derecho legal ordinario en una jurisdicción neorrománica contiene, entonces, soluciones para conflictos que involucran la persona y sus atributos, la propiedad, las relaciones obligacionales y contractuales y la sucesión. La definición de derechos subjetivos en la esfera civil o privada resulta excluyente en dos sentidos, al menos en los países semiperiféricos de Latinoamérica: en primer lugar, oscurece el hecho de que la supuesta igualdad entre partes no es real, por ejemplo en la negociación y ejecución de un contrato. Esta crítica liberal de los contratos ha tenido aceptación en casi todo el mundo¹²⁰. Pero, en segundo térmi-

120 Véase Karl Larenz, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956; John Dawson, *Judicial Revision of Frustrated Contracts: Germany*, 63 B. U. L. Rev. 109 (1983); Stewart Macaulay, *An Empirical View of Contract*, 1985 Wis.L.Rev. 465.

no, oscurece el hecho de una porción importante de los "ciudadanos" en los países pobres no es propietaria de mayor cosa, no posee una masa herencial para dejar a sus descendientes (salvo algunos enseres domésticos) y, finalmente, está subempleada o desempleada. El "desposeído" es uno de esos "personajes jurídicos" que habitan las realidades del derecho latinoamericano¹²¹. El "desposeído" es, en este sentido, aquella persona que no participa en el proceso social continuo de producción, propiedad, contrato y sucesión. Sin embargo, uno de los objetivos centrales del "Estado social de derecho" establecido por la Constitución de 1991 fue el de reconocer de manera plural y amplia la personalidad jurídica (en sentido fuerte) y los derechos fundamentales de todos los sectores sociales. La idea europea de "Estado social de derecho" había sido primero identificada por Hermann Heller en la Constitución imperial de Weimar de 1919: "la posibilidad de que, por vía de Estado de derecho, sea el proletariado permanentemente desplazado [...] está excluida"¹²². Este ideal se trasplanta al constitucionalismo latinoamericano vía la positivización que del mismo se hace en la Ley Fundamental de Bonn de 1949¹²³ y en la Constitución española de 1978¹²⁴. La doctrina constitucional saluda con gran entusiasmo esta apertura y masificación de los derechos. La entiende como un avance civilizatorio irrenunciable y, en consecuencia, utiliza la metáfora de la flexibilidad constitucional: el derecho constitucional no sólo tiene "textura abierta" (H.L.A. Hart) sino que adicionalmente es un derecho políticamente "dúctil", "maleable", "líquido" o "fluido" (G. Zagrebelsky)¹²⁵. En Colombia, en concreto, la ampliación del universo de los derechos se debe a la confluencia de, por lo menos, tres factores aportados por la Constitución de 1991 y su interpretación

121 Respecto a la noción de "personajes" como unidades semióticas en derecho comparado, ver Kéba M'Baye, *The African Conception of Law*. En *The International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. 2, Chapter 1, p. 138.

122 Hermann Heller, *¿Estado de derecho o dictadura?* En *Escritos políticos*, Editorial Alianza, Madrid, 1985, p. 287.

123 Artículo 21.1.: "La República Federal de Alemania es un Estado Federal democrático y social".

124 Artículo 1.1.: "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

125 "A falta de una expresión mejor, he defendido en otro lugar la exigencia de una dogmática "líquida" o "fluida" que pueda contener los elementos del derecho constitucional de nuestra época, aunque sean heterogéneos, agrupándolos en una construcción necesariamente no rígida que dé cabida a las combinaciones que deriven no ya del derecho constitucional, sino de la política constitucional. Se trata de lo que podría llamarse la inestabilidad de las relaciones entre los conceptos, consecuencia de la inestabilidad resultante del juego pluralista entre las partes que se desarrolla en la vida constitucional concreta". Gustavo Zagrebelsky, "El derecho dúctil", Editorial Trotta, Barcelona (1999), p. 17.

judicial: (i) el reconocimiento de derechos subjetivos no depende necesariamente de su inclusión en textos legales específicos; (ii) la jurisdicción constitucional tiene capacidad para proteger estos derechos subjetivos sin mediación legal previa, o incluso en contra de la configuración legal que los derechos hayan recibido; (iii) la creación de una acción general para proteger estos derechos subjetivos fundamentales (*acción de tutela*). Todos estos elementos coadyuvaron enormemente en la ampliación de una conciencia generalizada de los derechos fundamentales y a incluir en los circuitos jurídicos a personas que tradicionalmente se habían mantenido alejadas de los mismos.

A esta receta, sin embargo, todavía le faltaba un ingrediente crucial: debido a la existencia de múltiples altas cortes especializadas, la jurisdicción constitucional y la común basan su actividad sobre la labor de los mismos jueces de instancia. Sin embargo, la mayoría de jueces nacionales había estado trabajando desde *illo tempore* como inferiores jerárquicos de la Corte Suprema de Justicia. Su comprensión del concepto del derecho estaba marcada por su compromiso personal e institucional con la aplicación de derecho codificado y legislado en áreas específicas: su concepción mental del derecho era por consiguiente propia de la cultura jurídica clásica o neoclásica en el sentido en que dichos términos han sido definidos a lo largo de este libro. La actividad de adjudicación resultaba así claramente dominada por las convicciones legalistas, formalistas y textualistas que hemos ya explicado. En ese orden de ideas, los jueces mostraban cierta extrañeza con la idea de derechos fundamentales directamente aplicables; la hermenéutica textualista de reglas no respondía adecuadamente a las exigencias de una hermenéutica de ponderación de principios; el principio de legalidad aún se imponía al principio de supremacía de constitucionalidad y, en fin, la estructura liberal de los derechos resistía aún una configuración más social de los mismos. Por lo tanto, la Corte Constitucional necesitaba algún tipo de doctrina de precedentes para enlazar las decisiones de los jueces inferiores que no se sentían culturalmente inclinados a seguir su estilo de análisis jurídico¹²⁶. La doctrina de precedentes, conservadora por definición, representaba en Colombia un esfuerzo para mover a los jueces de instancia hacia una comprensión posclásica del derecho. Sin ese cambio cultural era imposible lograr una aplicación dinámica y enérgica de los derechos fundamentales.

La cultura jurídica colombiana y sus jueces retienen dentro de su ejercicio profesional gran parte de la concepción clásica del derecho. El derecho codificado

126 Véase al respecto, Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Editorial Legis, Bogotá (2000).

y legislado, por lo tanto, sigue siendo el ideal de legalidad propio del clasicismo. Desde la facultad de derecho se forman las bases de una teoría implícita construida con pedazos de clasicismo prekelseniano y adosada con elementos de positivismo kelseniano. De esta comprensión del derecho se mantienen, por ejemplo, una estricta diferenciación entre derecho y moral (tal como se la halla en el capítulo II de la teoría pura del derecho de Kelsen); una estricta separación entre norma jurídica y decisión judicial; y, finalmente, una estricta distinción entre la función meramente procedimental y competencial de la Constitución del Estado y los derechos subjetivos reconocidos en los códigos y las leyes de nivel subconstitucional.

Como ya hemos señalado, el diseño institucional de múltiples jurisdicciones especializadas muestra con gran claridad las tensiones y cambios que genera en Colombia la recepción de nuevas teorías del derecho. Los jueces comunes estaban ubicados en la base tanto de la jurisdicción común como en la de la constitucional. Ellos mismos sienten por primera vez la ruptura de su confianza en la concepción clásica del derecho. El derecho exhibía ahora comprensiones teóricas alternativas y ellos se ajustaban estratégicamente a esta doble exigencia: se mostraban formalistas, positivistas y clásicos en el derecho especializado que administraban y, aunque con mayor dificultad, antiformalistas y posclásicos en derechos fundamentales. La Corte Constitucional se enfrentaba así a un profundo dilema: la base judicial de su propia jurisdicción estaba constituida por jueces dominados por una comprensión clásica de la juridicidad. En comparación con las decisiones de los jueces de instancia y los tribunales superiores de apelación, la Corte Constitucional lucía como un juez teóricamente atípico, caracterizado, en lo metodológico, por una constante crítica al clasicismo y, en lo sustancial, por una relativa disposición política a materializar el proyecto de Estado social de derecho y de defensa de los derechos fundamentales. La jurisdicción de tutela, por tanto, atrajo una clientela más amplia y amenazó, por un momento, en convertirse en la acción básica del sistema jurídico. Más importante aún, la nueva clientela de la acción de tutela *estaba ahora demandando, en vez de ser demandada*, como parecía ser la regla en asuntos de derecho privado.

Al mismo tiempo, la TTD que se estaba importando al país diagnosticaba con toda claridad la indeterminación primaria de los textos jurídicos¹²⁷; a diferencia

127 La *Teoría de la argumentación jurídica* de Robert Alexy (CEC, Madrid, 1984, pp. 23-4) abre con una constatación muy frontal de lo que denomina "el problema de la fundamentación de las decisiones jurídicas:

"Ya nadie puede [...] afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente'.

de Kelsen y Hart, sin embargo, no se creía que la indeterminación primaria llevara indefectiblemente a la discreción judicial. Esta indeterminación semántica podía ser resuelta mediante una reconstrucción moral y política de los principios del derecho. Se trataba, en palabras de Dworkin, de la posibilidad de decidir correctamente *casos difíciles*. El *Hércules* de Dworkin, pero más importante todavía, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el período de Earl Warren, funcionaban como idealizaciones profesionales del nuevo juez. El giro hermenéutico en la teoría jurídica ponía énfasis en una teoría de la adjudicación basada en una reconstrucción política y moral de los *principios internos al derecho*, y especialmente de aquellos inscritos en la Constitución Política del estado. Pero los principios de los que hablaba la nueva teoría no eran los mismos de los que habían hablado los antiformalistas de los años treinta¹²⁸; para ellos, los principios del derecho eran concebidos como políticas públicas o fines sociales. En vez de ello, Dworkin señalaba que los principios políticos eran *derechos* con contenido político y moral que podían derrotar a las reglas¹²⁹. La teoría anglosajona del derecho, obviamente obsesionada tanto con la adjudicación como con el derecho constitucional, fue tomada como el faro en la reconstrucción de las fuentes en países de cultura tradicionalmente neorománica y afrancesada. Este proceso ha sido descrito por el comparativista italiano Ugo Mattei como una forma de *americanización* del derecho¹³⁰. Igualmente, el *judicialismo* fue recibido con algún entusiasmo en las ciencias sociales como una manera de remediar la injusticia prevaleciente dentro de una sociedad elitista y excluyente. De esta manera, la literatura jurídica que cruzaba el mar hacia las costas latinoamericanas tenía algunos temas en común: (i) se trataba de una teoría de la interpretación de principios en sede judicial y no de una

(cont. nota 127) Esta constatación de Karl Larenz señala uno de los pocos puntos en los que existe acuerdo en la discusión metodológica jurídica contemporánea. La decisión jurídica, que pone fin a una disputa jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no se sigue lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, juntamente con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados.

Para esto existen, al menos, cuatro razones: (1) La vaguedad del lenguaje jurídico, (2) La posibilidad de conflictos de normas, (3) El hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma ya vigente, y (4) La posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales".

128 Véase *supra* capítulo 4, sección 3.3.

129 Esta caracterización es muy amplia, y por consiguiente, podría abarcar muchos casos de la Corte Constitucional. Un caso obvio para citar sería SU-342/1995 (M.P. Antonio Barrera). Ver también C-251/1997 (M.P. Alejandro Martínez).

130 Ugo Mattei. *A Theory of Imperial Law*, 10 *Indiana Journal of Global Legal Studies* (2003).

teoría de aplicación de reglas legisladas; (ii) entendía el ideal de estado de derecho en el contexto de la interpretación judicial y no en el contexto de la producción legislativa; (iii) ponía énfasis en el papel del balanceo, la ponderación y la argumentación en derecho, y no en la subsunción, deducción o aplicación planas de las normas; (iv) alababa el *giro social* en las decisiones judiciales hacia una situación de intervención welfarista que brindaba remedios a los desposeídos y excluidos sociales: se trataba, por lo menos en las intenciones, de un proyecto de intensificación de la equidad, la libertad y la protección judicial en un mundo donde el legislador no merecía ya la confianza irrestricta que generaba en el modelo político clásico¹³¹.

131 Cita la Corte Constitucional a Robert Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales* En la Sentencia T-574/96 (M.P. A. Martínez C.).

"Sobre el tema de la libertad real, ROBERT ALEXY la califica apropiadamente como libertad fáctica y explica:

"...bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra su sustrato material en un ámbito vital nominado por ellos, sino que depende esencialmente de actividades estatales".

Y para demostrar que la libertad que los derechos fundamentales deben asegurar incluye la libertad fáctica, presenta estos dos argumentos:

"El primero apunta a la importancia de la libertad fáctica para el individuo. Para tan solo presentar tres ejemplos: para el individuo tiene importancia existencial el no tener que vivir bajo el nivel de una existencia mínima, el no estar condenado a un permanente no hacer nada y no quedar excluido de la vida cultural de la época. Para quien se encuentra en tales condiciones deficitarias, por cierto, los derechos fundamentales no carecen totalmente de valor. Justamente el menesteroso puede valorar, por ejemplo, especialmente aquellos derechos fundamentales que lo protegen, por ejemplo, del trabajo forzado y que le brindan la posibilidad de mejorar su situación a través del proceso político. Sin embargo, no hay duda que para él tiene más importancia la superación de su situación deficitaria que las libertades jurídicas que, por lo tanto, se convierten en 'fórmulas vacías'. Si a esto se agrega que justamente la idea de los derechos fundamentales es que las cosas que para el individuo son especialmente importantes y que puedan ser aseguradas jurídicamente lo sean, el primer argumento en favor de la protección iusfundamental es completo.

"El segundo argumento se vincula directamente con esto. Según él, la libertad fáctica es jusfundamentalmente relevante, no solo bajo el aspecto formal del aseguramiento de cosas especialmente importantes, sino también bajo aspectos materiales. El Tribunal Constitucional Federal ha interpretado el catálogo de derechos fundamentales como expresión de un sistema de valores 'que encuentra su punto central en la personalidad humana que se desarrolla libremente dentro de la comunidad social y en su dignidad'. A la luz de la teoría de los principios, esto debe ser interpretado en el sentido de que el catálogo de derechos fundamentales expresa, entre otras cosas, principios que exigen que el individuo pueda desarrollarse libre y dignamente en la comunidad social, lo que presupone una cierta medida de libertad fáctica. Esto impone, pues, la conclusión de que los derechos

Esta celebración de la adjudicación puso a la Corte Suprema de Estados Unidos y a los Tribunales Constitucionales alemán y español en una posición privilegiada, incluso como modelos¹³². Las Cortes Supremas de la segunda posguerra, sin renunciar a sus competencias ordinarias, se convertían paulatinamente en tribunales de derechos fundamentales. Su nueva manera de argumentar y sus poderes para crear derecho sin necesidad de intermediación legal ofrecieron un modelo muy propicio para las transformaciones locales. Así, la literatura que Latinoamérica estaba transplantando veía con gran interés los esfuerzos de la Corte Warren para reparar la injusticia racial en los Estados Unidos por medio de formas de argumentación novedosas y poderosas¹³³: los jueces constitucionales de todo el mundo utilizaban ahora *tests* de racionalidad e igualdad para escrutar la legitimidad de medidas legales que a primera vista no tenían ningún defecto procedimental ni sustantivo; las Cortes ampliaron su capacidad de leer realidades sociales mediante una utilización creativa de informes periciales interdisciplinarios solicitados *ex officio* en la jurisdicción constitucional; y finalmente, vieron cómo muchas violaciones de los derechos eran consecuencia de estructuras sociales más amplias en las que la violación del derecho de una persona era tan sólo una instancia de violación estructural de los derechos de muchos.

Muchas de estas innovaciones no resultaban de la lectura directa de la jurisprudencia estadounidense. El canal para el trasplante fue la presentación moral y política que de la misma hizo Ronald Dworkin. Esta es también la razón por la que se recibió con tanto entusiasmo el liberalismo social de John Rawls en su reconstrucción de una teoría contractualista de la justicia¹³⁴. Rawls propuso una teoría de

(cont. nota 131) fundamentales, si su objetivo es que la personalidad humana se desarrolle libremente, apuntan también a libertades fácticas, es decir, deben asegurar también los presupuestos del uso de libertades jurídicas y, por lo tanto, son 'normaciones no sólo del poder hacer jurídico, sino también del poder actuar realmente'.

Si la acción de tutela implicara la violación de la libertad fáctica del individuo, ello impide que se desarrolle libre y dignamente en la comunidad social, en la etnia".

132 Véase la Sentencia T-429/1992. En ella C. Angarita cita aprobatoriamente el caso *Brown vs Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) (en el contexto de educación para niños especiales); igualmente el salvamento de voto en la T-133/1994 (en la que Cifuentes, Gaviria y Martínez, cuando citan *Roe vs Wade*, 410 U.S. 113 (1973) (para relacionarlo con el caso colombiano).

133 Véase, Richard Kluger, *Simple Justice: The History of Brown vs. Board of Education and Black America's Struggle for Equality*, Vintage Books, Nueva York (1977).

134 Véase Óscar Mejía, *Derecho, legitimidad y democracia deliberativa*, 169-204, Temis, Bogotá, 1998; Óscar Mejía, *El contrato social, de Hobbes a Rawls*, Revista del Rosario, N° 561, 1993; Óscar Mejía, *Concepción política de la justicia y liberalismo procedimental: el giro de John Rawls*, Revista del Rosario, N° 564, 1994.

la justicia en la que, aunque en un sitio secundario, los reclamos sociales de redistribución eran constitucionalmente reconciliados con los reclamos primarios de libertad. El clasicismo, casi por definición, no tenía a su interior una teoría moral que permitiera articular dentro del derecho la cuestión de la justicia social. La exclusión de tópicos morales y políticos había sido precisamente la meta del positivismo de los siglos XIX y XX. La justicia social no podía ofrecer criterios independientes para la interpretación jurídica: la justicia coincidía, en una teoría positivista, con normas jurídicas vigentes donde se establecieron consecuencias jurídicas específicas. Las consideraciones de integridad moral o política, fuera del tratamiento normativo de las reglas, era foránea al arte y la ciencia del derecho. El derecho debía ser *puro* tal como Kelsen insistía una y otra vez.

La Corte Constitucional hace un extenso uso local de la teoría del derecho de Dworkin como forma de crítica a la conciencia jurídica neoclásica. Ya desde la segunda de sus sentencias de tutela (T-002/1992), la Corte muestra un cambio iusteórico notorio. En esa sentencia y por medio de una cita indirecta¹³⁵, la Corte utiliza conjuntamente ideas hartianas y dworkinianas para reconstruir el concepto del derecho y el papel del juez dentro del mismo:

"El juez de tutela debe acudir a la interpretación sistemática, finalista o axiológica para desentrañar, del caso particular, si se trata o no de un derecho fundamental, lo que podría denominarse una "especial labor de búsqueda", científica y razonada por parte del juez.

El juez está frente a lo que la doctrina denomina un "concepto jurídico indeterminado": los derechos constitucionales fundamentales, que pueden ser o no ser al mismo tiempo o ser simultáneamente de una manera o de otra, pero siempre su sentido se define bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar.

Para el profesor García de Enterría, introductor de la noción "concepto jurídico indeterminado", la "valorización política de la realidad podrá acaso ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una realidad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así".

135 La primera cita directa la hace Angarita en la Sentencia T-406/1992 de una traducción al italiano de *A Matter of Principle*, 1985: *Questioni di principio*, Il Saggiatori, Milano (1985).

Esta indeterminación sin embargo, no le permite al juez actuar total y absolutamente libre. La interpretación del caso particular se mueve dentro de parámetros establecidos por la propia Constitución.

[...].

La labor que realiza el juez de tutela es de verificación; él no crea el derecho fundamental, lo desentraña y verifica. Esta «teoría de la verificación» también es desarrollada por Dworkin sobre la figura del juez modelo, capaz de encontrar racionalmente la solución justa. «El juez no tiene una función creadora, sino garantizadora de los derechos».

La presencia de este tipo de argumentos en los que se acepta la indeterminación del derecho pero se confía en su resolución por vía de la teoría política y moral se encuentra a todo lo largo de la jurisprudencia de la Corte. En una sentencia de 2001 la Corte vuelve a presentar el tema en los siguientes términos:

“Por fuera de la perspectiva de esta analítica jurídica de corte positivista, otros sectores de la doctrina jurídica contemporánea hacen un análisis descriptivo del ordenamiento distinguiendo en él la presencia de distintos tipos de normas. Así por ejemplo, Dworkin, dentro del clásico debate que sostuvo con Hart, expuso que el ordenamiento jurídico no se agota en estándares que funcionan como reglas, sino que en él es posible encontrar otros que operan como “principios, directrices políticas y otros tipos de pautas”, a los cuales llamó genéricamente “principios.” Estos tipos de estándares jurídicos, o bien proponen objetivos que han de ser alcanzados, o bien contienen exigencias de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”¹³⁶.

Estas citas captan muy adecuadamente la imagen que los jueces locales se empezaron a formar sobre la posibilidad de tomar decisiones basadas en principios en casos difíciles. Los casos difíciles casi siempre eran casos constitucionales en los que la indeterminación de los conceptos jurídicos no significaba pura discrecionalidad judicial. Desde 1991 en adelante, la Corte usa de manera consistente a autores como Dworkin y Alexy para defender, primero, la distinción entre “principios” y “reglas”; segundo, para dar estructura y contenido a los principios encarnados en “derechos constitucionales”; y tercero, para mostrar que esta con-

136 C-1292/01, (M.P. M.G. Monroy Cabra).

cepción del derecho es progresista en el sentido de incluir los reclamos de grupos o individuos severamente excluidos o marginados, incluso frente a otros particulares¹³⁷.

La idea de principios queda así relacionada con una defensa fuerte de la idea de “derechos”: “[l]os argumentos de principio justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo”¹³⁸. Por consiguiente, y esta es la cláusula protectora dworkiniana que la Corte usa con frecuencia, las decisiones sociales generadas por “principio” no pueden ser rescindidas en casos de escasez financiera o por cualquier otra razón que meramente apele a razones o argumentos de conveniencia. Los derechos no son subsidios que puedan ser retirados a voluntad¹³⁹. Dice la Corte:

“Por ello, las definiciones constitucionales sobre la estructura del Estado, y en este caso particular, sobre la laicidad del Estado y la igualdad entre las confesiones religiosas, no pueden ser alteradas por los poderes constituidos sino por el propio constituyente. Pero ello no significa que estos poderes no puedan tomar decisiones, con base en el predominio de las mayorías, en otros campos, puesto que ello es inherente a la dinámica democrática. *De otro lado, tal interpretación confunde las decisiones en torno a los programas políticos o sociales con las decisiones relativas a los derechos constitucionales.* Así, las primeras están orientadas por el juego de intereses y guiadas por los criterios de conveniencia preponderantes en las distintas coyunturas; por ello es natural que tales determinaciones se tomen con base en el principio de mayoría y reflejen la opinión dominante de lo que es conveniente, tal y como lo establece la propia Constitución. Pero, en cambio, las decisiones sobre los alcances de un derecho constitucional están excluidas del juego cambiante de las mayorías, porque el Estado colombiano está fundado en el respeto de la dignidad humana y en el reconocimiento, sin discriminación

137 Apunta la Corte Constitucional en su Sentencia T-941/01, (M.P. M.J. Cepeda): “El Tribunal Constitucional Alemán reconoció tempranamente, pese a no existir norma constitucional expresa que así lo dispusiera, que las normas de derechos fundamentales también tienen efectos en las relaciones entre particulares. En el caso Lüth (1958) anuló un fallo de la Corte de Apelaciones de Hamburgo por no haber tenido en cuenta los derechos fundamentales en una disputa civil entre particulares. Robert Alexy, por su parte, anota que “(a)ctualmente se acepta, en general, que las normas iusfundamentales influyen en la relación ciudadano/ciudadano y, en este sentido, tienen un efecto en terceros o un efecto horizontal”.

138 Ronald Dworkin, *Casos difíciles*. En *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona (1984), p. 148.

139 *Ibidem*.

alguna, de la primacía de los derechos inalienables de la persona humana (C.P., arts. 1º y 5º). Un derecho fundamental puede ser limitado por otros derechos fundamentales concurrentes o por valores constitucionales en conflicto, pero no por las concepciones prevalentes en las mayorías. *En efecto, condicionar la validez de un derecho constitucional a los criterios de las mayorías es quitarle toda su eficacia específica puesto que, en una gran medida, los derechos constitucionales fundamentales son las promesas que formulan las mayorías a las minorías —y a esas minorías radicales que son las personas— de que su dignidad e igualdad serán respetadas*¹⁴⁰.

Las diferencias que separaban la nueva cultura jurídica de la Corte Constitucional frente a las convicciones de la conciencia jurídica clásica eran profundas. El establecimiento de una doctrina de precedentes, sin embargo, podría contrarrestar la resistencia. Ya que una transformación cultural es lenta, los jueces inferiores podrían alinearse con los resultados sustantivos de la Corte mediante una doctrina formal de precedentes. Las decisiones distributivas y libertarias de la Corte, frente a la sustancia liberal del derecho clásico, podían de alguna manera ser impuestas a los jueces de instancia por medio de alguna versión local del principio judicial de *stare decisis*¹⁴¹. Los jueces inferiores mostraban con mucha frecuencia desacuerdo político, teórico y metodológico con la Corte. Por esto la Corte emprendió el proyecto político de ampliar la fuerza de sus decisiones. Su visión política estaba conectada a un asunto eminentemente práctico de disciplina jurisprudencial: el reforzamiento de una idea de *doctrina constitucional* vinculante por vía del principio de igualdad¹⁴² aseguraba, hasta cierto punto, un impacto mucho más amplio de la comprensión redistributiva y libertaria que la Constitución de 1991 había adoptado frente a la de 1986.

Hart, Dworkin y Alexy brindaron las ideas más abstractas para fundamentar una metodología judicial alternativa propicia para el desarrollo de los principios y derechos constitucionales; estos mismos autores ofrecieron insumos para justificar una posición antiformalista (pero en todo caso objetivista) en el análisis jurídico que interpretaba la constitución de manera pluralista y progresista. Por estas razones, el nuevo derecho terminó argumentando a favor del principio de

140 C-350/94 (M.P. A. Martínez Caballero). (Énfasis añadido).

141 Véase Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Editorial Legis, Bogotá (2000), *passim*.

142 Véanse en particular las sentencias T-123/95 (M.P. E. Cifuentes Muñoz), C-037/96 (M.P. V. Naranjo Mesa), SU-047/99 (M.P. A. Martínez C. y C. Gaviria D.) y C-836/01 (M.P. R. Escobar G.).

vinculatoriedad de la doctrina constitucional, del antiformalismo metodológico presente en autores como Dworkin y Alexy y, finalmente, de los resultados progresistas en materia sustantiva. La doctrina de precedentes, en su reconstrucción colombiana, se suponía debería servir como un medio de amplificación de los resultados progresistas: sentencias de la Corte que pretendían ampliar los espacios de libertad y libre desarrollo de la personalidad frente a los poderes disciplinarios del Estado, pero particularmente de la sociedad (a los que denominaré fallos “libertarios”); y sentencias de la Corte que buscaban definir un “mínimo vital” (un mínimo de “igualdad fáctica o real” por oposición a la mera “igualdad formal”) con los que se establecía la tutelabilidad de ciertos derechos sociales (a los que denominaré fallos “redistributivos”)¹⁴³.

Una decisión redistributiva, pues, busca “tomarse en serio” los derechos sociales y económicos. Las Cortes de países del tercer mundo han sido más sensibles a la protección constitucional directa de este tipo de derechos¹⁴⁴. Estas decisiones, por supuesto, tenían que construir una serie de doctrinas que permitieran su tutelabilidad judicial directa: en estos casos se trató de aplicar lo que el derecho internacional de los derechos humanos categorizó como derechos económicos, sociales o culturales (DESC’s). Tal como se acepta comúnmente en la doctrina tanto internacional como nacional, estos tipos de derechos no son de aplicación inmediata¹⁴⁵. Se trata de derechos programáticos en el sentido que exigen del Estado el establecimiento progresivo de programas sociales (“*policy arguments*” en terminología dworkiniana), que están sujetos a la capacidad económica y a voluntad política de las instituciones públicas democráticas. La Corte Constitucional, sin embargo, ha insistido en que estos derechos al bienestar social tienen un mínimo que los jueces pueden proteger directamente, aún si el Estado no ha establecido esos programas y sin importar la situación financiera del mismo. Algunos aspectos mínimos y esenciales de los DESC’s, de acuerdo con el criterio de conexidad, se hacen directamente tutelables porque están relacionados de forma intrínseca

143 Véanse como ejemplos significativos, entre muchos otros, las sentencias T-406/1992; SU-256/1996; C-700/1999. Para un análisis más detallado, véase Diego López Medina, *El constitucionalismo social: genealogía mundial y desarrollo local de los derechos sociales, económicos y culturales bajo la constitución colombiana de 1991*. (Por publicar, 2003).

144 Junto a la colombiana, destacan, por ejemplo, la Corte Suprema de la India y la Corte Constitucional de Sudáfrica. Al respecto, véase, Víctor Abramovich y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Tisotta, Madrid (2002).

145 Ver Henry Steiner y Philip Alston, *Human Rights in Context*, pp. 298-310, Clarendon Press, Oxford (1996) (en donde se discute la justiciabilidad de los DESC’s).

con el ejercicio efectivo de derechos más tradicionales (tales como el derecho a la vida) que son, según una doctrina unánime, directamente aplicables. Para realizar esta conexión, la Corte ha usado el concepto alemán¹⁴⁶ (también contenido en la Constitución española de 1978¹⁴⁷) de *Rechtswessensinhalt*¹⁴⁸ o "contenido esencial de los derechos". Por tanto, las decisiones redistributivas permiten la protección judicial de un derecho al bienestar social que está íntimamente conectado a derechos civiles o políticos más tradicionales. Estas decisiones, sin embargo, no constituyeron de manera alguna una revolución social; su argumentación de naturaleza moral y política con la que frecuentemente se derrotaban normas legales explícitas (en campos como la salud, el trabajo y la seguridad social) ciertamente generó fuertes controversias dentro de la cultura jurídica clásica aún dominante en el país. En algunas de estas sentencias, el derecho constitucional y su metodología tendían a hacer reflexiones generales sobre el significado del concepto "justicia" dentro del sistema normativo colombiano. Estos ejercicios, por definición, estaban situados en los antípodas del pensamiento positivista tradicional.

En las decisiones que denomino "libertarias", la Corte busca "tomarse en serio" libertades individuales más clásicas, tales como el libre desarrollo de la personalidad¹⁴⁹ o el derecho a la intimidad personal y familiar¹⁵⁰. El proyecto del constitucionalismo liberal nunca había sido llevado a sus últimas consecuencias en los países latinoamericanos, en su mayoría inscritos en una moralidad tradicional y católica. Los derechos civiles (de expresión, conciencia, culto y auto-determinación), en general, eran reconocidos conservando como límite la moralidad católica mayoritaria¹⁵¹. En todas estas esferas se le brindaba mucha deferencia a la moral católica: los derechos fundamentales estaban limitados por ella. Así, por ejemplo, los derechos civiles en realidad nunca fueron concebidos como espacios de protección frente a la imposición rígida de una moralidad mayoritaria. En su

146 Véase la Ley Fundamental de Bonn, artículo 19.2.: "En ningún caso se podrá afectar al contenido esencial de un derecho fundamental".

147 Véase la Constitución española de 1978, artículo 53.1.: "Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades [...]".

148 En la Sentencia C-179/1994 Carlos Gaviria declara que la doctrina alemana del "contenido esencial de los derechos" podría ser entendida mejor si uno tuviera en cuenta la noción de "textura abierta" de Hart. La "analogía", como él la llama, es muy reveladora de los usos eclécticos de la TTD en la teoría local del derecho.

149 Véase el artículo 16 de la C.P.

150 Véase el artículo 15 de la C.P.

151 Véase la Sentencia C-113/93 (M.P. V. Naranjo).

defensa de minorías y posiciones no ortodoxas, la Corte empezó a usar los derechos civiles en nuevos escenarios tales como las relaciones de disciplina entre padres e hijos, maestros y alumnos, la protección de la orientación homosexual, la posibilidad de decisión sobre la propia vida o la vida del no nacido etc., para ampliar significativamente los espacios de autodeterminación personal o, al menos, para surtir típicas discusiones constitucionales que en Colombia no se habían surtido. Este tipo de decisiones, aunque menos polémicas y costosas que los casos con contenidos redistributivo, inspiraron acaloradas reacciones por parte de las autoridades religiosas y los sectores más conservadores de la vida nacional¹⁵². La Corte, en este sentido, simplemente impulsaba en Colombia la tendencia hacia la ampliación de la autonomía personal que se veía en el derecho constitucional comparado. En este contexto, por ejemplo, la iusteoría de Dworkin es usada para proporcionar argumentos a favor de en una postura basada en la autonomía, en oposición a la visión "paternalista" del estado, de la religión o de la sociedad¹⁵³.

3. LA CRÍTICA AL ANTIFORMALISMO CONTEMPORÁNEO

La resistencia a este proyecto era previsible. El primer tipo de resistencia vino, por supuesto, del clasicismo y su comprensión positivista del derecho. El nuevo antiformalismo generó una confrontación abierta con las teorías y técnicas tradicionales de los jueces. Jueces y abogados partidarios de la visión clásica criticaron abiertamente la agenda política y las técnicas analíticas del *nuevo derecho* con argumentaciones bien conocidas, todas ellas extraídas del repertorio positivista: (i) Los jueces no pueden crear derecho y deben limitarse a aplicarlo; (ii) la ley está en serio peligro de ser devorada y aniquilada por principios y derechos constitucionales; (iii) la calculabilidad de las decisiones judiciales (el valor de la "seguridad jurídica") está en riesgo ya que los argumentos preferidos por el nuevo derecho emanan de premisas altamente ambiguas e indeterminadas, en vez de preferir el piso, mucho más sólido, de normas jurídicas vigentes¹⁵⁴; finalmente (iv), el nuevo derecho, con su confianza en la indagación judicial, manifestaba un serio déficit democrático cuando, por tradición, el de-

152 Véanse, por ejemplo, C-133/1994 (M.P. V. Naranjo); C-239/1997 (M.P. C. Gaviria); C-221/1994 (M.P. C. Gaviria); C-551/01 (M.P. A. Tafur).

153 Véanse las sentencias T-401/1994 (M.P. E. Cifuentes); T-214/1997 (M.P. A. Martínez).

154 Véase la Sentencia SU-342/1995 (M.P. A. Barrera).

recho era la expresión de la democracia antes que la expresión de la justicia¹⁵⁵. Ya hemos analizado suficientemente todas estas líneas de argumentación.

Pero la recepción de la nueva TTD (en obras de autores como Hart, Dworkin y Alexy) está igualmente ocasionando el transplante de nuevas posiciones teóricas que no necesariamente ven con buenos ojos el tipo de antiformalismo presentado en la obra de estos autores. Corrientes anglosajonas como los estudios críticos del derecho (*critical legal studies-CLS*) y el análisis económico del derecho (*law and economics*) han empezado también a aparecer en la literatura y la práctica jurídica nacional. CLS, de un lado, cree que el antiformalismo de estos autores es todavía demasiado optimista de la posibilidad de encontrar respuestas correctas en casos difíciles: no solamente el derecho es indeterminado sino que también lo son las teorías morales y políticas a las cuales acude el nuevo derecho para decidir los casos difíciles. CLS exagera la indeterminación del derecho y denuncia, por todas partes, los abusos no solamente de la subsunción mecánica clásica sino de la ponderación valorativa contemporánea. Para CLS lo segundo es tan errado como lo primero, e incluso más. *Law and Economics*, de otro lado, sí confía en que es posible resolver los casos difíciles, pero a diferencia del antiformalismo constitucional contemporáneo piensa que los jueces deben recurrir a la teoría económica y no a la teoría moral o política¹⁵⁶. El impacto local de estas teorías posmodernas en Latinoamérica será algo interesante de estudiar en el futuro próximo, quizá usando las herramientas de la teoría comparada del derecho que hemos utilizado a lo largo de este libro. Con seguridad seremos testigos de nuevas lecturas transformadoras y la teoría latinoamericana del derecho continuará su historia doble de dependencia y creatividad en conexión con nuevas importaciones provenientes de la TTD. Es de esperarse, en todo caso, que la teoría local del derecho tenga diálogos cada vez más paritarios y conscientes con las tradiciones dominantes. Para ello es fundamental seguir estudiando la interacción local entre discurso teórico y prácticas efectivas del derecho.

Es muy posible, hacia el futuro, que el antiformalismo contemporáneo logre impactar de manera profunda y permanente la comprensión del derecho en la región. La comprensión neoclásica del derecho no desaparecerá tampoco. Quizá de ambos surja una nueva síntesis que es difícil presentir a esta altura del desarrollo iusteórico.

155 Ver Salomón Kalmanovitz, *Los efectos económicos de los fallos de la Corte Constitucional*, Cuadernos Constitucionales, N° 3, Plural, 2000. En contra Luis Carlos Sotelo, *Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas: los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos*, 1999; Diego López Medina, *La economía y el derecho frente a los fallos de la Corte Constitucional*, Cuadernos Constitucionales, N° 3, Plural, 2000.

156 Ver Lewis Sargentich, *Materials for the class of Jurisprudence*, Harvard Law School, Cambridge (1995).

Quizá, igualmente, el neoclasicismo sea capaz de imponerse de nuevo, tal y como lo hizo en la década de los cuarenta luego del primer desafío antiformalista. Quizá, por el contrario, este enfrentamiento sólo revele otro ejemplo de una lucha cíclica incesante sobre la conceptualización del derecho. También puede ser que nuevos movimientos teóricos generen cambios importantes en la comprensión del derecho en los años que vienen. Hoy en día, sin embargo, los estudios críticos del derecho así como el movimiento de análisis económico del derecho se hallan todavía muy lejos de tener amplia influencia sobre las teorías pop regionales. Estos movimientos están todavía en etapas iniciales de recepción académica y todavía les espera un largo camino antes de convertirse en alternativas crebles dentro de la conciencia jurídica local. Haciendo un ejercicio de anticipación, podría ensayarse una crítica al antiformalismo contemporáneo¹⁵⁷. Algunos autores colombianos exhiben ya una argumentación local crítica en contra del nuevo consenso formado alrededor de autores como Hart, Dworkin y Alexy. Este ejercicio es similar a los otros que se podrían intentar hacer con la eventual recepción del análisis económico del derecho¹⁵⁸. Un análisis detallado de estos fenómenos, sin embargo, tendrá que posponerse para otra ocasión, cuando las nuevas corrientes demuestren que ya se han enraizado firmemente en los protocolos de una conciencia jurídica efectiva. La historia dará entonces su veredicto.

El derecho en América Latina está mediado por precompresiones teóricas. Estas precompresiones locales están insertas en la Teoría Transnacional del Derecho. Todo lo que he tratado de hacer en este libro es iniciar un estudio sistemático sobre los detalles particulares de estos sistemas jurídicos y sus teorías del derecho; éstas son transformaciones locales de autores e ideas que circulan por canales internacionales. El resultado son teorías *impuras* del derecho, síntesis extrañas y creativas que, sin embargo, son esenciales para entender las prácticas jurídicas locales. Una clara comprensión de esas adaptaciones locales puede ser tan o más importante que la reconstrucción de las teorías "originales" tal y como se estila en muchos de nuestros cursos de filosofía y teoría del derecho. Este es el ejercicio que he tratado de hacer a lo largo de este libro, aunque mucho me temo que el resultado es todavía tentativo e incompleto. Creo, en todo caso, que hay en este proyecto una promesa intelectual razonable que puede ahondar benéficamente los estudios de cultura jurídica en la región.

157 Tal reconstrucción crítica podría estar basada en textos como los de Mauricio García, *Derechos sociales y necesidades políticas: La eficiencia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano*, en García y Santos (Editores), *El caleidoscopio de la justicia en Colombia*, Uniandes, Bogotá (2001); Rodrigo Uprimny y Mauricio García, *The Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia*, mimeo, 2001; Diego López Medina, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá (2000).

158 Ver en general, Edgardo Buscaglia y William Ratliff, *Law and Economics in Developing Countries*, Hoover Institution Press, Stanford (2000).

ÍNDICE ANALÍTICO

NOTA: El número corresponde a la página del libro

A

Acto administrativo, 10, 171, 225
Acto de comercio, 171, 225
Acto jurídico, 170 y ss.
Alexy, Robert, 416, 417, 431, 451, 456
Alta teoría, 29, 30, 83
Ambientes hermenéuticos ricos, 17, 32
Ambientes hermenéuticos pobres, 17, 34, 44
Analogía
 Analogía iuris, 279 y ss., 288 y ss.
 Analogía legis, 279 y ss., 288 y ss.
 Entre sistemas jurídicos maduros, 92 y ss.
Angustia de influencia, 37 y ss.
Antiformalismo, 5 y ss., 110 y ss., 235 y ss., 305, 326
Antiformalismo social, 122 y ss., 239 y ss., 342 y ss.
Antiformalismo contemporáneo, 125 y ss., 417 y ss., 459 y ss.
Antiformalismo temprano, 122 y ss., 435 y ss.
Apófrades, 57 y ss.
Askesis, 57 y ss.
Aubry, Charles, 118, 127, 131, 149 y ss.

B

Bakhtin, Mikhail, 49, 107
Beck, Phillip, 434

Begriffsjurisprudenz (jurisprudencia de conceptos), 118, 125 y ss., 183 y ss.
Bello, Andrés, 109, 370
Bentham, Jeremy, 96 y ss.
Bloom, Harold, 34 y ss., 37 y ss.
Bonaccase, Julián, 118 y ss., 134 y ss., 148 y ss., 241 y ss.
Bricoleur, 49

C

Champeau, Edmond, 144 y ss., 165
Clasicismo jurídico, 130, 135 y ss., 224 y ss.
Clinamen, 55 y ss.
Código Civil de Bello, 10, 109, 191 y ss.
Conceptualismo, 92 y ss., 126 y ss.
Control de constitucionalidad, 204 y ss.
Cossio, Carlos, 10, 27 y ss., 123, 306, 347 y ss.
Cronotopos, 107

D

Daimonización, 56
Deducción, 2, 171, 214
Derecho comparado, 74 y ss., 95 y ss.
Derecho natural, 26 y ss., 183, 203 y ss.
Derechos fundamentales, 4, 404 y ss., 432 y ss.

Duguit, León, 118, 121, 155 y ss., 238
 Dworkin, Ronald, 1 y ss., 35, 61 y ss.,
 106 y ss., 118, 124, 416 y ss.

E

Escuela de Oxford, 75
 Escuela del Derecho Libre (*freirechts -
 jurisprudenz*), 29, 242
 Ewald, William, 73
 Exégesis, *exégèse*, 119 y ss., 145 y ss.

F

Finalismo, 117
 Formalismo jurídico, 118, 130 y ss.
 Formalismo de principios, 120 y 171
 Formalismo de reglas, 120 y 171

G

Gaviria, Carlos, 123, 124, 347 y ss., 416 y ss.
 García Maynez, Eduardo, 28, 123, 347 y ss.
 Gennet, Gérard, 48
 Géný, François, 117, 118, 120, 145 y ss.,
 210 y ss., 230 y ss.

H

Hart, H.L.A., 1 y ss., 65 y ss., 114, 402 y ss.
 Historicismo, 137, 164, 316

I

Ihering, Rudolf von, 100, 129, 198 y ss.,
 251 y ss.
 Inducción conceptual, 160 y ss.
 Interpretación del derecho, 1 y ss., 130, 157,
 188 y ss.

Interpretación doctrinal, 196
 Interpretación finalista, 2, 188 y ss.
 Interpretación textualista, 66, 188 y ss.
 Métodos de interpretación, 188 y ss.

Interpretativismo, 2 y ss.

Integración del derecho, 111, 156, 188 y ss.

Iusnaturalismo, 26, 93 y ss., 212⁴ y ss.

Iusfilosofía, 1 y ss., 24 y ss., 43 y ss.

Iusteoría, 9 y ss., 158

J

Josserand, Louis, 118 y ss., 223 y ss.,
 292 y ss., 312 y ss.

Judicialismo, 2 y ss.

Jurisprudencia comparada, 71 y ss.

K

Kelsen, Hans, 1 y ss., 13 y ss., 27 y ss.,
 65 y ss., 100 y ss., 110 y ss., 341 y ss.

Kenosis, 56

Kunz, Joseph, 24 y ss.

L

Lectura transformada, 31 y ss.

Lectura transmutada, 31 y ss.

Legaz y Lacambra, Luis, 123, 343, 347,
 349, 351

Llewellyn, Karl, 31, 52, 105 y ss., 273

Libre recherche scientifique, 120, 251,
 254 y ss., 305, 338 y ss., 365 y ss.

Lógica silogística, 173 y ss.

López Pumarejo, Alfonso, 290, 312, 327 y ss.

M

Modos de transformación, 54 y ss.

Moral, 160 y ss., 180 y ss., 218 y ss.,
 256, 269 y ss.

Moralización del derecho, 255, 293, y ss.,
 322

N

Nieto Arteta, Luis Eduardo, 11, 123, 334,
 415, y ss.

Nino, Carlos Santiago, 12 y ss., 65 y ss.,
 348, 402

P

Ponderación de derechos, 412 y ss., 451

Positivismo jurídico, 10, 19, 35, 135, 190
 y ss., 351 y ss.

Pound, Roscoe, 61, 114, 151, 242

Principios de derecho, 170 y ss., 277 y ss.

Principios-conceptos, 170 y ss.

Principios-fines, 277 y ss.

Principios-políticas públicas, 277 y ss.

R

Rau, Charles, 150 y ss., 163

Rawls, John, 1 y ss., 452 y ss.

Realismo jurídico, 14, 67, 247, 265 y ss.

Recasens Siches, Luis, 27, 123, 342, 417 y ss.

Ripert, Georges, 291 y ss.

Rodríguez Piñeres, Eduardo, 136, 159 y ss.

S

Salleiles, Raymond, 150, 241 y ss.

Santos, Eduardo, 328

Savigny, K.F. von, 117 y ss., 127 y ss.

Shakespeare, William, 37 y ss.

Sitios de producción, 15 y ss.

Sitios de recepción, 15 y ss.

T

Teoría comparada del derecho (Teocomp),
 43, 71 y ss., 113

Teoría pop del derecho, 29, 52, 110 y ss.

Tesis de la separación (entre derecho
 y moral), 218 y ss., 293, 320, 367

Tessera, 55 y ss.

Transformación, 43 y ss., 71

Transmutación, 22 y ss., 43 y ss., 71

Transplante, 77 y ss.

Transplantes teóricos, 1 y ss., 22 y ss.,
 32, 91, 109 y ss.

Twining, William, 91 y ss.

U

Uribe, Antonio José, 133, 159 y ss.,
 205, 230 y ss.

V

Valencia Zea, Arturo, 123, 153, 159, 347,
 358 y ss.

Vélez, Fernando, 119, 131 y ss., 144 y ss.,
 166 y ss.

Viaje teórico, 19 y ss.

Z

Zuleta Ángel, Eduardo, 120, 290 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, B. (1991). We the People. Cambridge, Belknap.
- Alchurrón, C. y. B., Eugenio (1981). The Expressive Conception of Norms. New Studies in Deontic Logic. Reidel, Dordrecht.
- Alvarez, A. (1904). Une nouvelle conception des études juridiques et la codification du droit civil.
- Angarita, J. (1994). Lecciones de derecho civil. Bogotá, Temis.
- Ansaldi, M. (1992). "The German Llewellyn." Brook L. Rev 58: 705.
- Aponte, A. (1999). Guerra y derecho penal de enemigo. Bogotá D.C, Uniandes.
- Arango, D. (1946). "José Asunción Silva y el modernismo." Revista de Indias 28: 367.
- Arango, R. R. (1993). "Jurisdicción e interpretación constitucional." Revista de derecho publico de la Universidad de los Andes.
- Arango, J. (1999). La constitución de 1991 y el derecho privado. Bogotá, Temis.
- Arango, R. R. (1999). ¿Hay respuestas correctas en el derecho? Bogotá D.C, Uniandes.
- Arce, J. (1986). El derecho civil constitucional. Madrid, Civitas.
- Arteaga, M. (1939). Conferencia en la Universidad Nacional de Colombia. El ministro de gobierno y la reforma al código civil. Bogotá, Imprenta Nacional: 23-30.
- Atria, F. (1999). "Legal Reasoning and Legal Theory Revisited." Law and Philosophy 18: 537.
- Aubry, C. y. C., Rau (1863). Cours de droit civil francais d'apres la methode de Zachariae. Paris, Marchal et Billard.
- Austin, J. (1998). The Uses of the Study of Jurisprudence. Indianapolis, Hackett.
- Austin, J. (1998). Cómo hacer cosas con palabras. Barcelona, Paidós.
- Bakhtin, M. (1981). The Dialogic Imagination. Austin, University of Texas Press: 84-258.
- Barreto, A. (1999). Amparo constitucional de los derechos sociales. Derecho constitucional: Perspectivas críticas. Bogotá, Uniandes.
- Beccaria, C. (1862). De los delitos y de las penas. Madrid, Imprenta de J.M. Ariza.

- Bell, J. (1995). *Comparative Law and Legal Theory. Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems: Festschrift for Robert Summers*. K. a. v. W. McCormick. Berlin, Duncker & Humblot.
- Belleau, M.-C. (1997). "The «Juristes Inquiets»: Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth-Century France." *Utah Law Review*: 379-424.
- Bello, A. (1855). Preámbulo del código civil. *Mensaje del Presidente de la República, Manuel Montt al Congreso Chileno*.
- Bello, A. (1979). Presentación para la aprobación del congreso Nacional el proyecto definitivo de código civil. Mensaje al Presidente don Manuel Montt. *Antología de Andrés Bello*. P. Grases. Caracas, Kapelusz.
- Bello, A. (1981). *Derecho romano*. Caracas, La Casa de Bello.
- Bello, A. (1982). *Código civil de la república de Chile*. Caracas, La Casa de Bello.
- Bloom, H. (1994). *The Western Canon: The Books and School of the Ages*. New York, Harcourt Brace.
- Bloom, H. (1995). *A Map of Misreading*. Oxford, Oxford University Press.
- Bloom, H. (1997). *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry*. Oxford, Oxford University Press.
- Bobbio, N. (1993). *El positivismo jurídico*. Madrid, Debate.
- Bonnecase, J. (1936). "La jerarquía de las leyes". *Gaceta Judicial* XLIV.
- Bonnecase, J. (1944). *La escuela de la exégesis en derecho civil*. Puebla, Editorial José M. Cajica.
- Bonnecase, J. (1945). *La filosofía del código de Napoleón aplicada al derecho de familia*. Puebla, Cajica.
- Bonnecase, J. (1945). *Introducción al estudio del derecho*. Bogotá, Siglo XX.
- Bourdieu, P. a. W. (1992). *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago, Chicago University Press.
- Brugger, W. (1994). "Legal Interpretation, Schools of Jurisprudence, and Anthropology: Some Remarks From a German Point of View." *American Journal of Comparative Law* 42: 395-421.
- Buscaglia, E. y. R., William (2000). *Law and Economics in Developing Countries*. Stanford, Hoover Institution Press.
- Capitant, C. y. (1914). *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*. Paris, Daloz.
- Capitant, C. y. (1922). *Curso elemental de derecho civil*. Madrid, Revista General de Legislación y Jurisprudencia.
- Carr, R. (1982). *España, 1808-1975*. Madrid, Ariel.
- Carrió, G. R. (1990). *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Casalmiglia, A. (1979). Prólogo. *Compendio de teoría General del Estado*. Barcelona, Blume.
- Casamiglia, A. (1984). Prólogo: Ensayo sobre Dworkin. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.
- Casanova, P. (2001). *La república mundial de las Letras*. Barcelona, Anagrama.
- Casanovas, P. (1994). *El ámbito de lo jurídico*. Barcelona, Crítica.
- Cepeda, E. M. J. (1993). *Nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Presidencia de la República.
- Champeau, E. y Uribe, A. J. (1899). *Tratado de derecho civil colombiano*. Paris, Librairie de la société du recueil général del lois et des arrêts.
- Choudhry, S. (1999). "Globalization in Search of Justification: Toward a Theory of Comparative Constitutional Interpretation." *Indiana Law Journal* 74: 819-892.
- Claro-Solar, L. (1898). *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago, Establecimiento poligráfico Roma.
- Collins, R. (1998). *The Sociology of Philosophies: A Global Theory of Intellectual Change*. Cambridge, Belknap.
- Constantinesco, L. (1981). *Tratado de derecho comparado*. Madrid, Tecnos.
- Correas, O. (1989). *El otro Kelsen*. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cossio, C. (1941). Introducción. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires, Editorial Losada.
- Cossio, C. (1952). *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho. Teoría egológica y teoría pura*. Buenos Aires, Kraft.
- Cossio, C. (1987). *Radiografía de la teoría egológica del derecho*. Buenos Aires, Depalma.
- Cubides, J. (1996). *Obligaciones*. Bogotá, Universidad Javeriana.
- Dalacoura, K. (1998). *Islam, Liberalism & Human Rights*. London, Tauris: 6-38, 192-199.
- David, R. (1953). *Tratado de derecho civil comparado*. Madrid, Editorial de derecho civil privado.
- David, R. (1953). *Droit civil comparé*. Paris, Cours de droit.
- David, R. (1964). *Les Grands Systèmes de Droit contemporains*. Paris, Dalloz.
- De Castro, F. (1955). *Derecho civil de España*.
- De la Maza, L. (1938). "La Teoría de la Imprevisión." *Gaceta Judicial*.
- De Sousa, S. B. (1987). "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law." *Journal of Law and Society* 14: 279-302.
- De Sousa, S. B. (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá, ILSA.
- De Sousa, S. B. (1998). *De la mano de Alicia*. Bogotá D.C, Uniandes: 373-454.
- Duguit, L. (1902). *Las transformaciones generales del derecho privado desde el código de Napoleón*. Madrid, Librería de Francisco Beltrán.
- Duguit, L. (1915). *La transformación del estado*. Madrid, Librería de Francisco Beltrán.
- Duguit, L. (1926). *Manual de derecho constitucional*. Madrid, Librería de Francisco Beltrán.

- Duguit, L. (1944). El tratado y el contrato. México, Editora Nacional.
- Duxbury, N. (1989). "Carlos Cossio and Egological Legal Theory." Ratio Juris 2: 275.
- Dworkin, R. (1977). Taking Rights Seriously. Cambridge, Harvard.
- Dworkin, R. (1984). Los derechos en serio. Barcelona, Ariel.
- Dworkin, R. (1985). A Matter of Principle. Cambridge, Harvard.
- Dworkin, R. (1986). Law's Empire. Londres, Fontana.
- Dworkin, R. (1988). El imperio de la justicia. Barcelona, Gedisa.
- Dworkin, R. (1996). Freedom's Law. Cambridge, Harvard.
- Echandia, D. (1975). La ley moral y la reforma de la jurisprudencia civil. Escritos Jurídicos. Bogotá.
- Eisenmann, C. (1974). León Duguit. International Encyclopedia of Social Sciences. Madrid, Aguilar.
- Emiliani, E. (1987). El humanismo del código Bello. 100 años del Código Civil de la Nación. M. d. Justicia. Bogotá, Imprenta Nacional. I: 25-36.
- Escobar, A. (1998). La Invención del Tercer Mundo. Bogotá, Grupo Editorial Norma.
- Esquirol, J. (1997). "The Fictions of Latin American Law (Part I)." Utah Law Review 1997: 425-470.
- Esquirol, J. (2000). "Can International Law Help? An Analysis of the Colombian Peace Process." 16 Conn. J. Int'l. L. 23.
- Ewald, W. (1995). "Comparative Jurisprudence (I): What was it Like to Try a Rat?" University of Pennsylvania Law Review 143: 1898-2149.
- Ewald, W. (1995). "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants." The American Journal of Comparative Law 43: 489-510.
- Ewald, W. (1998). "The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to «Rats»." American Journal of Comparative Law 46: 701-107.
- Fajardo, D. (1984). Haciendas, campesinos y políticas agrarias 1920-1980. Bogotá, Oveja Negra.
- Fanon, F. (1999). Los condenados de la tierra. Bogotá, Fondo de Cultura Económica.
- Ferrajoli, L. (1997). Diritto e ragione: teoría del garantismo penale. Roma, Laterza.
- Forero, A. (1942). "León de Greiff." Revista de Indias Septiembre-Noviembre: 383.
- Fueyo, L. F. (1952). Repertorio de voces y giros del código civil chileno. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- Fueyo, L. F. (1987). Andrés Bello. 100 años del Código Civil de la Nación. Ministerio de Justicia. Bogotá, Imprenta Nacional. II: 29-40.
- Galanter, M. (1974). "Why the «Haves» Come Out Ahead: Speculations of the Limits of Legal Change." Law and Society Review 9(95).
- Galland, Y. (1997). Constitución, tratados y mistificaciones. Derecho Constitucional: Perspectivas críticas. Bogotá, Uniandes.
- Galvis, L. (1986). Filosofía de la Constitución Colombiana de 1886. Bogotá, Lito Camargo.
- Garcia, M. E. (1960). Importancia de la teoría jurídica pura. México, Fontamara.
- Garcia, M. (1993). La eficiencia simbólica del derecho. Bogotá, Uniandes.
- Garcia, M. (2001). Derechos sociales y necesidades políticas: La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. El caleidoscopio de las Justicias en Colombia. V. M. y. D. s. S. B. García. Bogotá, Uniandes - Universidad Nacional de Colombia.
- Gaviria, C. (1958). "La eliminación de los dualismos en la teoría pura del derecho." Revista de la universidad de Antioquia.
- Gaviria, C. (1981). Kelsen, Wittgenstein y las fronteras del lenguaje. Medellín, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Antioquia.
- Gayo (1985). Instituciones. Madrid, Editorial Civitas.
- Geertz, C. (1983). Local Knowledge. New York, Basic Books.
- Genette, G. (1997). Palimpsests: Literature in the Second Degree. Lincoln, University of Nebraska Press.
- Geoffrey, S. (1998). "Comparative Law and Jurisprudence." International and Comparative Law Quarterly 47: 817.
- Gény, F. (1902). Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo. Madrid, Hijos de Reus, Editores.
- Gény, F. (1914). Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique. Paris, Librairie Recueil Sirey.
- Gény, F. (1954). Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law. New Orleans, Louisiana State Law Institute.
- Gilhodes, P. (1972). Las luchas agrarias en Colombia. Bogotá, La Carreta.
- Gilhodes, P. (1989). La cuestión agraria en Colombia (1900-1946). Nueva historia de Colombia III. Bogotá, Editorial Planeta.
- Golding, M. (1986). "Jurisprudence and Legal Philosophy." Twentieth Century America Major themes and Developments 36: 441.
- Gómez, J. J. (1939). El ministro de gobierno y la reforma al Código Civil. Bogotá, Imprenta Nacional: 43-88.
- Gómez, J. J. (1939). Monografía sobre la reforma del Código Civil. El ministro de gobierno y la reforma del Código Civil. Bogotá, Ministro de Gobierno.
- Gómez, R. (1967). "Fundamentos históricos del espíritu legalista Colombiano." Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia (187).
- Grases, P., Ed. (1964). Antología de Andrés Bello. Caracas, Editorial Kapelusz.
- Grey, J. C. (1997). The Nature and Sources of the Law. Ashgate, Dartmouth.
- Hall, P., Ed. (1989). The Political Power of Economic Ideas: Keynesianism across Nations. New Jersey, Princeton.
- Harris, B. (1937). "La Corte suprema de los estados unidos." Gaceta Judicial XLIV.

- Hart, H. L. A. (1963). El Concepto de derecho. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- Hart, H. L. A. (1967). Prolegomenon to the principles of Punishment. Punishment and Responsibility. Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1983). American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, Clarendon Press.
- Hart, H. L. A. (1994). El Cielo de los Conceptos de Ihering y la Jurisprudencia Analítica Moderna. El Ambito de los Jurídico. Barcelona, Grijalbo.
- Hart, E. J. (1997). Democracia y desconfianza: Una teoría general del control constitucional. Bogotá, Uniandes.
- Hazard, J. (1980). "Comparative Jurisprudence." American Journal of Comparative Law 28: 681.
- Hernández, R. (1989). Historia de la Filosofía del Derecho Contemporánea. Madrid, Tecnos.
- Herrera, J. F. (1994). Filosofía del Derecho. Bogotá, Universidad Javeriana.
- Hicks, S. (1983). "The Jurisprudence of Comparative Legal Systems." Loy. L. A. Int'l & Comp. L. J. 6: 83-102.
- Hinestrosa, F. (1987). El desarrollo doctrinario del Código Civil. 100 años del Código Civil de la Nación. S. d. N. y. Registro. Bogotá. 1: 61-72.
- Hinestrosa, F. (1987). El desarrollo doctrinario del derecho civil. 100 años del Código Civil de la Nación. Ministerio de Justicia. Bogotá, Imprenta Nacional. I: 61-72.
- Horwitz, M. (1998). The Warren Court and the Pursuit of Justice. New York, Hill and Wang.
- Jackson, B. S. (1985). "Kelsen between Formalism and Realism." Liverpool Law Review 7: 79.
- Jakobs, G. (1998). Derecho penal general. Madrid, Civitas.
- Jaramillo, U. J. (1994). Colombia, la modernidad postergada. Bogotá, Temis.
- Jaramillo, J. (1996). El pensamiento colombiano en el siglo XIX. Bogotá D.C, Planeta.
- Jaramillo, I. y. B. D. (1996). El igualitarismo liberal de Dworkin. La comunidad liberal. Bogotá, Uniandes.
- Josserand, L. (1930). Cours de droit civil positif francais. Paris, Recueil Sirey.
- Josserand, L. (1982). Relatividad y abuso del derecho. Del abuso del derecho y otros ensayos. Bogotá, Temis.
- Juristas, C. A. d. (1995). Una mirada a los tribunales constitucionales: Las experiencias recientes. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- Justiniano (1976). Instituciones. Buenos Aires, Editorial Heliasta.
- Kalir, D. (2001). "Taking Globalization Seriously." Columbia Journal of Transnational Law 39: 785.
- Kalmanovitz, S., Ed. (1993). Historia social de la ciencia en Colombia: ciencias sociales. Bogotá D.C, Colciencias.
- Kalmanovitz, S. (1997). La ley y la economía en Colombia. La crisis socio-política colombiana. L. G. Arango. Bogotá, Centro de Estudios Sociales/Fundación Social.
- Kalmanovitz, S. (2000). "Los efectos económicos de los fallos de la corte constitucional." Cuadernos constitucionales 3.
- Karst, K. a. R., Keith (1975). Law and Development in Latin America: A Casebook. Berkeley, University of California Press.
- Kaufman, A. (1992). El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid, Debate.
- Kelsen, H. (1911). Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tubingen, J.C.B Mohr.
- Kelsen, H. (1928). Compendio de Teoría General del estado. Barcelona, Facultad de Derecho, Universidad de Barcelona.
- Kelsen, H. (1933). La teoría pura del derecho. Método y conceptos fundamentales. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- Kelsen, H. (1934). Teoría general del estado. Enciclopedia de ciencias jurídicas y sociales. Barcelona, Editorial Labor.
- Kelsen, H. (1941). Teoría pura del derecho. Buenos Aires, Editorial Losada.
- Kelsen, H. (1943). El contrato y el tratado analizados desde el punto de vista de la teoría pura del derecho. México, Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1943). Derecho y paz en las relaciones internacionales. México, Fondo de cultura económica.
- Kelsen, H. (1949). Teoría general del derecho y del estado. México, Universidad Autónoma Nacional de México.
- Kelsen, H. (1979). Teoría pura del derecho. Buenos Aires, Porrua.
- Kelsen, H. (1986). The Function of a Constitution. Essays on Kelsen. Oxford, Clarendon Press.
- Kelsen, H. (1987). Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. México, Porrua.
- Kelsen, H. (1989). Acerca de las fronteras entre el método jurídico y el sociológico. El otro Kelsen. O. Correas. Mexico, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Kelsen, H. (1992). Introduction to the Problems of Legal Theory. Oxford, Clarendon Press.
- Kennedy, D. (1980). "Toward an Historical Understanding of Legal Consciousness: The Case of Classical Legal Thought in America, 1850-1940." Research in Law and Sociology 3: 3-24.
- Kennedy, D. (1994). "The International Style in Postwar Law and Policy." Utah Law Review: 29-59.
- Kennedy, D. (1999). Libertad y restricción en la decisión judicial. Bogotá, Uniandes.
- Kriele, M. (1980). Introducción a la teoría del estado. Buenos Aires, Depalma.
- Kristeva, J. (1986). Word, Dialogue and Novel. The Kristeva Reader. Toril Moi (editor).

- Kunz, J., Ed. (1948). Latin American Legal Philosophy. 20th Century legal philosophy series. Cambridge, Harvard University Press.
- Langdell, C. C. (1871). Selection of Cases in the Law Of Contracts. Boston, Little Brown and company.
- Lasser, M. (1995.). "Judicial (Self-) Portraits: Judicial Discourse in the French Legal System." Yale Law Journal 104 (1344).
- Leal, F. y. R., German (2000). Discurso y razón: Una historia de las ciencias sociales en Colombia. Bogotá D.C, Uniandes.
- Legaz y Lacambra, L. (1933). Kelsen. Estudio crítico de la teoría pura del Derecho y del Estado de la Escuela de Viena. Barcelona.
- Legaz y Lacambra, L. (1933). Las tendencias dominantes en España en la filosofía jurídica, política y social. Wilhelm Sauer. Wilhelm Filosofía Jurídica y Social. Barcelona, Editorial Labor.
- Legrand, C. (1988). Colonización y protesta campesina en Colombia 1850-1950. Bogotá, Universidad Nacional.
- Legrand, P. (1995). "Comparative Legal Studies and a Commitment to Theory." Modern Law Review 58: 262.
- Linarelli, J. (1996). "Anglo-American Jurisprudence and Latin America." 20 Fordham Int'l L.J. 50 20.
- Linares, J. F. (1976). El caso administrativo no previsto. Buenos Aires, Astrea.
- Lindahl, H. (2000). "Authority and Representation." Law and Philosophy.
- Lledó, E. (1989). Aristoteles y la ética de la polis. V. Camps. Barcelona, Crítica.
- Llewellyn, K. (1960). The Common Law Tradition: Deciding Appeals. Boston, Little, Brown & Co.
- Llewellyn, K. (1962). A Realistic Jurisprudence: The Next Step. Jurisprudence: Realism in Theory and Practice. Chicago, University of Chicago Press.
- Llewellyn, K. (1989). The Case Law System in America. Chicago, University of Chicago Press.
- Losano, M. G. (1982). Los grandes sistemas jurídicos. Madrid, Editorial Debate.
- Lozano y Lozano, C. (1938). Carta a las instituciones jurídicas del país. Bogotá, Mimeo.
- López, A. (1966). La estirpe calvinista de nuestras instituciones políticas. Bogotá, Tercer Mundo.
- López Medina, D. E. (1995). The Pointing Finger: Towards a Pragmatic Theory of Legal Interpretation.
- López Medina, D. E. (2000). "La economía y el derecho frente a los fallos de la Corte Constitucional." Cuadernos Constitucionales 3: 47.
- López Medina, D. E. (2000). El derecho de los jueces. Bogotá, Legis.
- M'Baye, K. (1974). The African Conception of Law. The International Encyclopedia of comparative Law. 2.
- Mailloux, L., Ed. (1988). Interpreting Law and Literature: A Hermeneutic Reader. Evanston, Northwestern University Press.
- Mayda, J. (1963). Method of Interpretation and Sources of Private Positive Law: Critical Essay. St. Paul.
- Mayda, J. (1978). François Gény and Modern Jurisprudence. Baton Rouge, Louisiana State University Press.
- Mayorga, F. (1987). Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX y proceso de codificación civil en Colombia. 100 años del código civil de la nación. M. d. Justicia. Bogotá, Imprenta Nacional. I: 187-226.
- Maza, L. (1937). "La clausula oro en los contratos." Gaceta Judicial XLIII.
- Mejia, O. (1993). "El Contrato social, de Hobbes a Rawls." Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario 561.
- Mejia, Q. O. (1994). "Concepción política de la justicia y liberalismo procedimental: el giro de John Rawls." Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario 564.
- Mejía, Q. O. (1998). Derecho, libertad y democracia deliberativa. Bogotá, Temis.
- Merryman, J. H. (1985). The Civil Law Tradition. Stanford, Stanford University Press.
- Messner, J. (1960). La cuestión social. Madrid, Ediciones Rialp.
- Metall, R. (1976). Hans Kelsen, vida y obra. México, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Molina, G. (1989). Las ideas liberales en Colombia. Bogotá, Tercer Mundo Editores.
- Monroy, M. (1986). Introducción al derecho. Bogotá, Temis.
- Monroy, M. (1995). Derecho internacional público. Bogotá, Temis.
- Montesquieu, C. L. d. S. (1952). Spirit of Law. Chicago, Encyclopedia Britannica.
- Moreno, D. (1998). Un siglo de comunicaciones y transportes en Colombia. Nueva historia de Colombia. Bogotá, Planeta. 9.
- Motta, C. (1995). Intereses y derecho: La transición al estado social. Ética y conflicto. Bogotá, Uniandes.
- Nicholas, B. (1962). An Introduction to Roman Law. Oxford, Clarendon Press.
- Nieto, A. L. E. (1940). Recasens Siches y la filosofía del derecho. Medellín, Revista de derecho.
- Nieto, A. L. E. (1940). "Posibilidad teórica de un marxismo spengleriano." Revista Universidad de Antioquia 42.
- Nieto, A. L. E. (1941). Lógica, fenomenología y formalismo jurídico. Medellín, Universidad Bolivariana.
- Nieto, A. L. E. (1941). "Virtualidad creadora de la dialéctica." Revista Universidad de Antioquia 48.
- Nieto, A. L. E. (1942). Economía y cultura en la historia de Colombia. Bogotá, El Ancora.

- Nieto, A. L. E. (1942). "La interpretación exacta de la teoría pura del derecho." Revista de la Universidad de Antioquia.
- Nieto, A. L. E. (1945). Diálogo con el profesor Kelsen sobre lógica jurídica. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia.
- Nieto, A. L. E. (1971). La interpretación de las normas jurídicas. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia. Nieto, A. (1988). "El positivismo jurídico y la constitución de 1978." Revista española de derecho constitucional.
- Nino, C. S. (1978). "Some Confusions About Kelsen's Concept of Validity." Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie: 357-377.
- Nino, C. S. (1991). Introducción al análisis del derecho. Barcelona, Ariel.
- Nino, C. S. (1992). Fundamentos de derecho constitucional. Buenos Aires, Astrea.
- Norris, C. (1996). Sociology of Knowledge. Cultural and Critical Theory. M. P. (editor), Oxford.
- Novoa, M. E. (1985). Elementos para una crítica y desmitificación del derecho. Buenos Aires, Editorial Ediar.
- Ordoqui, C. G. (1987). Andrés Bello y la unificación de la codificación civil latinoamericana. 100 años del Código Civil de la Nación. M. d. Justicia. Bogotá, Imprenta Nacional. I: 37-60.
- Ospina, F. G. (1987). El negocio jurídico. 100 años del Código Civil de la Nación. M. d. Justicia. Bogotá, Imprenta Nacional. I: 73-110.
- Pallares, J. (1996). Derecho internacional público. Bogotá, Leyer.
- Parker, R. (1994). Here, the People Rule: a Constitutional Populist Manifesto. Cambridge, Harvard University Press.
- Patterson, D. (1993). "The Poverty of Interpretative Universalism: Toward the Reconstruction of Legal Theory." Texas Law Review 72: 1-65.
- Petit, E. (1982). Curso elemental de derecho romano. Buenos Aires, Albatros.
- Pérez, F. (1936). "Supremacía de la constitución." Gaceta Judicial XLII.
- Planiol, M. (1901). Traité Élémentaire du Droit Civile. Paris, E. Pichon et Durand-Auzra.
- Planiol, M. (1945). Tratado elemental de derecho civil. Puebla, Cajica.
- Planiol, M. (1959). Treatise on the Civil Law. St. Paul Minnesota, Louisiana State Law Institute.
- Pollock, F. (1896). First Book of Jurisprudence. Littleton, F.B Rothman.
- Posada, A. (1915). La nueva orientación del derecho político. La transformación del estado. F. Beltrán. Madrid, Librería de Francisco Beltrán.
- Poster, M. (1997). Cultural History and Postmodernity. New York, Columbia University Press.
- Pound, R. (1951). "The Development of American Law and its Deviation from English Law." Law Quarterly Review (.), 49: 67.
- Quevedo, E., Ed. (1993). Historia social de la ciencia en Colombia: fundamentos teórico-metodológicos. Bogotá D.C., Colciencias.
- Rawls, J. (1971). A Theory of Justice. Cambridge, Belknap Press.
- Real Academia, E. d. I. L. (1984). Diccionario de la Lengua Española. Madrid, 20th edition.
- Recasens, L. (1934). Estudio Preliminar. Compendio de Teoría General del Estado. Barcelona, Bosch.
- Recasens, L. (1939). Vida humana, sociedad y derecho: fundamentación de la filosofía del derecho. México, Casa de España.
- Recasens, L. (1948). Latin-American Legal Philosophy. Cambridge, Harvard University Press.
- Recasens, L. (1980). Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México, Editorial Porrúa.
- Riffaterre, M. (1983). Text Production. New York, Columbia University Press.
- Rocha, A. (1936). "La simulación y su prueba." Gaceta Judicial XLVI.
- Rodríguez, C. (1997). Los Casos difíciles en la jurisprudencia constitucional colombiana. Medellín, Universidad de Antioquia.
- Rodríguez, C. (1997). Teoría del derecho y decisión judicial. El Debate Hart-Dworkin. Bogotá, Uniandes.
- Rodríguez, C. (1998). El test de razonabilidad y el derecho a la igualdad. Observatorio de justicia constitucional. Bogotá, Uniandes.
- Rodríguez Piñeres, E. (1927). Por el reinado del derecho: Escritos varios. Bogotá, Imprenta de la Luz.
- Rodríguez Piñeres, E. (1945). Diez años de política liberal: 1892-1902. Bogotá, Librería Colombiana.
- Rodríguez-Piñeres, E. (1919). Curso elemental de derecho civil colombiano. Paris.
- Rodríguez-Piñeres, E. (1930). Derecho Usual. Bogotá, Librería Americana.
- Rorty, R., Schneewind, J.B, Skinner, Q. (1984). Introduction. Philosophy in History. R. Rorty, Schneewind, J.B, Skinner, Q. Cambridge, Cambridge University Press.
- Samper, J. M. (1886). Derecho público interno de Colombia. Tomo II. Bogotá, Imprenta de la Luz.
- Samuel, G. (1998). "Comparative Law and Jurisprudence." Int'l and Comparative Law Quarterly 47: 817.
- Sargentich, L. (1995). Materials for the Class of Jurisprudence. Cambridge, Harvard Law School.
- Sartre, J.-P. (1999). Prefacio. Los condenados de la tierra. Bogotá, Fondo de Cultura Económica.
- Savatier, R. (1937). "La influencia de variación de valor de las monedas sobre las relaciones jurídicas de carácter internacional." Gaceta Judicial XLV.
- Savigny, K. F. V. (1878). Sistema del Derecho Romano actual. Madrid, Centro editorial F. Gongora y Compañía.

- Savigny, K. F. V. (1949). Sistema del Derecho Romano actual. Buenos Aires, Editorial Losada.
- Savigny, K. F. V. (1977). De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho. Buenos Aires, Editorial Heliasta.
- Schiegelberger, F. (1938). "De la juventud eterna del derecho". Gaceta Judicial XLVI.
- Schipani, S. (1987). Andrés Bello, institucionalista y codificador. 100 años del Código Civil de la Nación. M. d. Justicia. Bogotá, Imprenta Nacional. II: 41-56.
- School, H. L. (1997). Course Groupings: Constitutional Theory. Cambridge.
- Shannon, T. (1996). An Introduction to the World-System Perspective. Boulder, Westview.
- Shihata, I. (1995). Judicial Reform in Developing Countries and the Role of the World Bank. World Bank Conference.
- Sikkink, K. (1991). Ideas and Institutions: Developmentalism in Brazil and Argentina. Cornell. Ithaca, Cornell University Press.
- Somarriva, M. (1983). Evolución del código civil chileno. Bogotá, Temis.
- Sommer, D. (1995). Proceed with Caution: A Rhetoric of Particularism. Cambridge, David Rockefeller center for Latin American Studies. Harvard University.
- Sotelo, L. C. (1999). Los derechos constitucionales de prestación y sus implicaciones económico-políticas: los casos del derecho a la salud y de los derechos de los reclusos.
- Steger, H.-A. (1985). La significación del derecho romano para la universidad latinoamericana en los siglos XIX y XX. América latina y el derecho romano. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Stein, B. y. S. (1970). The Economic Basis of NeoColonialism. The Colonial Heritage of Latin America. New York, Oxford University Press.
- Stein, P. (1999). Roman Law in European History. Cambridge, Cambridge University Press.
- Steiner, H. y. A., Philip (1996). International Human Rights in Contexts. Oxford, Clarendon Press: 192-255.
- Stephen, Ed. (1996). Positivism Today. Aldershot, Dartmouth.
- Stewart, L. (1986). Kelsen and the Exegetical Tradition. Essays on Kelsen. T. a. Twining. Oxford, Clarendon Press.
- Stewart, L. (1990). "The Critical Legal Science of Hans Kelsen." Law and Society 17(273).
- Tarrello, G. (1976). Storia de la Cultura Giuridica Moderna. Bolonia, Il Mulino.
- Tascón, T. E. (1934). Derecho constitucional colombiano: comentarios a la constitución nacional. Bogotá, Editorial Minerva.
- Tascón, T. E. (1945). Derecho constitucional colombiano. Bogotá.
- Tirado, M. A. (1982). La reforma constitucional de 1936. Bogotá, Friedrich Naumann Stiftung.
- Tushnet, M. (1999). Taking the Constitution away from the Courts. Princeton, Princeton University Press.
- Twining, W. (1996). General and Particular Jurisprudence - Three Chapters in a Story. Positivism Today. S. Guest. Aldershot, Dartmouth.
- Twining, W. (2002). Reviving General Jurisprudence. Transnational Legal Processes. M. Likosky. Londres, Butterworths.
- Underhill, M. a. C., Charles (1943.). "Law and Learning Theory: A Study in Legal Control," Yale Law Journal, 53,(1).
- Uprimmy, R. y. G., Villegas Mauricio (2001). The Constitutional Court and Social Emancipation in Colombia. Bogotá, Mimeo.
- Uribe, A. J. (1916). La evolución del derecho civil. Bogotá, Arboleda & Valencia.
- Uribe, A. J. (1925). "La Cuestión Social." Revista Jurídica 179(Julio, 1925): 159-166.
- Valencia, Z. A. (1945). Curso de derecho civil colombiano. Bogotá, Siglo XX.
- Valencia, Z. A. (1957). Derecho Civil. Bogotá, Temis.
- Valencia, Z. A. (1987). De la necesidad de un nuevo Código Civil. 100 años del Código Civil de la Nación. M. d. Justicia. Bogotá, Imprenta Nacional. I: 247-278.
- Vernengo, R. (1986). Kelsen's Rechtssätze as Detached Statements. Essays on Kelsen. Oxford, Clarendon Press.
- Vélez, F. (1898). Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano. Paris, Imprenta París-América.
- Viehweg, T. (1991). Tópica y filosofía del derecho. Barcelona, Gedisa: 36-37.
- Villar, L. (1991). Kelsen en Colombia. Bogotá, Editorial Temis.
- Volkening, E. (1950). "T.E Lawrence visto a través de su autorretrato." 36: 27.
- Volkening, E. (1950). "C.G Jung, su vida y su obra." 36: 115.
- Wagner, P. C. H. W. B. w. a. H. W., Ed. (1991). Social Sciences and Modern States: National Experiences and Theoretical Crossroads. Cambridge, Cambridge University Press.
- Walter, R., Ed. (1986). Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Wien, Manz Verlag.
- Watson, A. (1987). "Legal Evolution and Legislation." B. Y. U. L Review 353.
- Watson, A. (1991). The Making of the Civil Law. Cambridge, Harvard University Press.
- Weyland, I. (1986). Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norm Conflicts. Essays on Kelsen. Oxford, Clarendon Press.
- Whitman, J. (1987). "Commercial Law and the American Volk: A Note on Llewellyn's German Sources for the Uniform Commercial Code." Yale Law Journal 97: 156.

- Wieacker, F. (1995). A History of Private Law in Europe. Oxford, Clarendon Press.
- Windscheid, B. (1987). Tratado de derecho civil alemán. Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia.
- Yntema, H. (1981). Introduction to Bello's Roman Law. Caracas, La Casa de Bello.
- Zagrebelsky, G. (1999). El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Madrid, Editorial Trotta.
- Zea, L. (1969). La filosofía americana como filosofía sin más. México, Siglo XXI: 9-43.
- Zea, L. (1978). Filosofía de la historia americana. México, Fondo de Cultura Económica.
- Zekoll, J. (1995). "Kant and Comparative Law: Some Reflections on a Reform Effort." U.Pa. L. Rev 143: 1889.
- Zimmerman, R. (1996). The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford, Clarendon Press.
- Zuleta, E. (1936). "El Fetichismo de la ley escrita." Revista de Indias 1(1): 4-11.
- Zuleta, E. (1937). "La Evolución del Derecho Civil." Revista Universidad del Rosario 312: 224-232.
- Zuleta, E. (1958). "Las humanidades y el derecho." Revista del Colegio Mayor de Ntra. Sra. del Rosario 53(446): 51-59.
- Zuleta, E. (1973). "El humanismo de don Andrés Bello y el código civil." Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Zweigert, K. (1992). Introduction to the Comparative Law. Oxford, Clarendon Press.

Este libro se terminó de imprimir,
 en octubre de 2013,
 en la planta industrial de Legis S.A.,
 Av. Calle 26 N° 82-70 Tel. 425 5255 A.A. 98888
 Bogotá, D.C. - Colombia

*Otras
publicaciones
de nuestro
catálogo editorial*

Derecho constitucional
jurisprudencial

Mamuel José Cepeda Espinosa

Poder y constitución

José Gregorio Hernández

Manual de derecho contencioso
administrativo, control fiscal y
jurisdicción coactiva

Pedro Antonio Lamprea Rodríguez

Principios del procedimiento
administrativo en América Latina

Albin Brewer-Carias

Teoría general de los contratos
de la administración pública

Rodrigo Escobar Gil

El delito de omisión
en el nuevo código penal

Juan Carlos Forero Ramírez

La humanización del proceso penal
—una propuesta desde
la victimología—

Julio Andrés Sampedro Arubla

Derecho privado —estudios
de derecho civil y comercial
contemporáneo—

Jorge Suescún Melo