

LÓPEZ MEDINA, DIEGO (2004): TEORÍA IMPURA DEL DERECHO. LA TRANSFORMACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA LATINOAMERICANA* (BOGOTÁ, LEGIS-UNIVERSIDAD DE LOS ANDES-UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA) 480 PP. PRÓLOGO DE DUNCAN KENNEDY.

IMPURE THEORY OF LAW. THE TRANSFORMATION OF LATIN AMERICAN LEGAL CULTURE

Hace algún tiempo se ha publicado una excelente monografía del destacado profesor colombiano de Teoría del Derecho Diego López Medina. Sin duda esta obra debe ser considerada por nuestra academia nacional no solo por su gran calidad, sino además por consistir en una de las mejores exposiciones sobre la transición del pensamiento jurídico latinoamericano durante el siglo XX. En efecto, este texto describe la evolución desde el clasicismo jurídico, identificado con la escuela de la exégesis, hasta las nuevas lecturas antiformalistas del Derecho, asociadas en nuestro espacio cultural a la recepción de las teorías de Hart, Dworkin, y Zagrebelsky, entre otros.

Pese a que el texto se encuentra centrado principalmente en procesos jurídicos propios de Colombia, este trabajo también resulta del interés para la comunidad jurídica nacional. En primer lugar, porque nuestro país posee varios puntos de encuentro con el desarrollo del Derecho colombiano, particularmente la adopción del Código Civil de Andrés Bello (vigente en Colombia con variantes desde 1887), la influencia de ciertos autores del clasicismo jurídico chileno en Colombia, como Luis Claro Solar, y la gran aceptación de la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen. Asimismo, en segundo lugar cabe destacar que este trabajo tiene el mérito de detallar vívidamente la recepción del pensamiento académico proveniente desde Europa y Estados Unidos, descrito no como un proceso pasivo, sino como una transformación de las teorías jurídi-

cas extranjeras determinada por la idiosincrasia y el contexto propio de Latinoamérica. Este último proceso, la activa transformación teórica, común a naciones como México, Argentina y Chile, articula el desarrollo de la tesis y finalmente viene en explicar el título de la obra.

Los dos primeros capítulos están destinados a sentar las bases del análisis emprendido por el profesor López Medina. El Capítulo I, titulado "*Producción, recepción y transformación de la teoría del Derecho*", como su nombre lo indica, busca mostrar la dinámica de recepción de las ideas y teorías iusfilosóficas originadas en sitios de producción académica del mundo "desarrollado". En este sentido, este análisis parte afirmando que las teorías jurídicas que informan a los sistemas legales particulares son corrientes transnacionales, las que son transmitidas desde sitios de producción a sitios de recepción. En estos últimos lugares se transformaría el contenido de las teorías recibidas. A este respecto el autor inicia su reflexión acerca como él mismo y los filósofos latinoamericanos del Derecho han recibido los textos de Hart. Así, mientras el autor inglés es recibido en las naciones latinoamericanas como una voz de autoridad en contra del formalismo jurídico imperante en nuestros países inspirados en la escuela de la exégesis, en las naciones de la tradición del *Common Law* Hart es leído como un autor conservador, o a lo menos, como un una voz crítica contra antiformalismo en la interpretación del derecho, y por tanto, contrario a las posiciones jurídicas consideradas socioliberales. Este ejemplo, entre otros, describe en qué consisten los procesos de copia, influencia y mala lectura de las teorías jurídicas adaptadas por nuestros países. Para ello el autor utiliza conceptos desarrollados por Ha-

* El título de este libro y su contenido no cuentan con traducción oficial al inglés. Se sugiere la siguiente sobre el título: IMPURE THEORY OF LAW. THE TRANSFORMATION OF LATIN AMERICAN LEGAL CULTURE

rold Bloom para efectos de analizar el fenómeno de la influencia en la literatura.

El capítulo II reflexiona sobre la definición del Derecho comparado, cuestionando el ámbito de análisis de esta disciplina. Utilizando los postulados de comparativistas como René David, John Austin y William Ewald, el profesor López Medina critica el afán eminentemente normativista o legalista del Derecho Comparado, el que habitualmente abandona el análisis en la teoría comparada. De este modo, plantea que para entender los conceptos fundamentales de un derecho extranjero es asimismo necesario comprender las bases teóricas que los sustentan en la práctica, tales como la distinción entre lo público y lo privado, el rol de los jueces, la función del derecho en el contexto sociopolítico, etc. Para ello explica la contraposición entre una teoría general del derecho con las teorías particulares o locales propias de un proceso de adaptación.

La última parte de este segundo capítulo resulta muy interesante, pues plantea dos dificultades en el estudio una teoría comparada del derecho, que sirven para comprender el desarrollo posterior de la obra. Una de ellas es la evolución de la propia teoría jurídica por parte de un mismo autor, fenómeno perceptible ante situaciones como la migración de los juristas o crisis políticas, por ejemplo, en Hans Kelsen y Hermann Kantorowicz. El otro, aún de mayor trascendencia, es el problema de los estadios de difusión de la teoría del Derecho. Sobre este punto el profesor López Medina detalla cómo se difunden y adaptan las teorías transnacionales del Derecho hacia la recepción local. Según describe, este proceso consistiría principalmente en tres pasos básicos: i) la aparición de una teoría transnacional originada como literatura académica fundamentalmente metodológica; ii) la transcripción a un lenguaje concreto destinado a orientar la práctica jurídica; y finalmente, iii) la difusión de una versión popular aplicada por jueces y abogados. De acuerdo al autor, el proceso de recepción y transformación por parte de las comunidades jurídicas locales en Latinoamérica se desenvolvería en las dos últimas etapas. Este proceso es explicado a partir de ejemplos mostrados si-

nópticamente, como el desarrollo de la Escuela de la Libre Investigación Científica propuesta metodológicamente por Gény, orientada a la práctica por Josserand, y adaptada por diversos autores latinoamericanos como Eduardo Zuleta Ángel.

El tercer capítulo, denominado “*La conciencia jurídica clásica: Escuela de la Exégesis y Jurisprudencia de Conceptos en el derecho civil colombiano*”, se encuentra destinado a explicar el predominio del clasicismo jurídico en Colombia desde la adopción del Código Civil de Andrés Bello. En estas páginas el profesor López Medina explica la consolidación de la Escuela de la Exégesis y la dogmática jurídica alemana, ambas dirigidas a una tarea meramente descriptiva. En esta parte del trabajo existe una serie de afirmaciones que son discutibles en relación con el origen y calidades del Código de Bello. En efecto, el autor plantea que el Código Civil sería una obra predominantemente francesa, y que carecería de la originalidad que habitualmente le asignan los juristas latinoamericanos. De este modo discrepa de quienes afirman que el Código Civil sería una obra original que en su contenido esta constituida por una mixtura entre el Derecho Indiano y la el Código Civil francés (p.140). En este sentido, y para efectos de aclarar su posición en la discusión, el libro en comento carece de un análisis profundo del contenido del Código Civil en las materias ajenas a la tradición francesa. La línea argumentativa para negar la originalidad del Código Civil se desvía hacia el modo de enseñanza y aplicación del texto, que constituye un fenómeno posterior de consolidación de la Escuela de la Exégesis en las comunidades jurídicas latinoamericanas, pero que no atiende al contenido del Código Civil, razón por la cual la postura del profesor López Medina no resultaría fundamentada en relación con este punto. Como el mismo profesor colombiano lo explica, el afianzamiento de la exégesis se debe a una tardía recepción teórica en Latinoamérica, consolidada recién a fines del siglo XIX por autores como Claro Solar y Antonio Uribe, en Colombia y Chile respectivamente.

Este capítulo finaliza exponiendo sobre la relegación del Derecho Natural a una discu-

sión simbólica, que paulatinamente avanzará hacia una separación radical entre derecho y moral. Esta evolución sería la base del desarrollo jurídico de la primera mitad del siglo XX, caracterizado por variados fenómenos: la adopción de las teorías de Kelsen como un complemento a la exégesis, la imitación de la ciencia jurídica alemana y la utilización de la libre investigación científica.

Debido a la escasez de trabajos sistemáticos sobre la evolución jurídica de nuestro continente durante el siglo XX, el capítulo IV titulado "*Los tiempos modernos: Anti-formalismo jurídico para una época convulsionada (1916-1940)*", resulta ser apasionante, y asimismo, uno de los aportes más valiosos del texto. El capítulo centra su atención en la recepción de las dos corrientes iusteóricas más importantes de la tradición continental durante este período: la escuela de la libre investigación científica en el ámbito del Derecho Privado (representada por Gény, Josserand, la primera etapa de la obra Ripert y Bonnetant), y el positivismo solidarista de León Duguit en el ámbito del Derecho Público. Según el profesor López Medina la aceptación de la teoría de Gény habría sido mucho menos radical en Latinoamérica, debido a que no se aplicaron todas las posibilidades interpretativas entregadas por esta corriente. De esta manera, sostiene que la utilización de las ciencias sociales para solucionar obscuridades, contradicciones y superar lagunas, descubriendo adecuados principios morales o de conveniencia política, no fue asumido cabalmente por los juristas locales. Por el contrario, ellos se habrían limitado a aceptar algunos de los principios jurídicos difundidos por autores tributarios de esta escuela, como Josserand. Así, habrían aceptado tesis como el abuso del derecho, la cláusula *rebus sic stantibus*, algunos presupuestos de responsabilidad objetiva, todos ellos destinados a mitigar el excesivo liberalismo del Código Civil. No obstante, debido a nuestra tradición legocéntrica latinoamericana, tales principios fueron concebidos como inducciones de la propia normativa del Código, y no como parte de una labor jurisprudencial creadora que busque la justicia y la eficiencia más allá del texto legal. Pese a la aceptación de esta corriente por

destacados autores colombianos como Luis Nieto Arteta, Antonio José Uribe, Eduardo Zuleta Ángel y la Corte Suprema colombiana de la década de 1930, esta corriente terminó con una difusa reforma legal, la que afectó fundamentalmente la legislación descodificada y solo parcialmente el Código Civil. Pese a lo anterior, llama la atención el carácter innovador de la comunidad jurídica colombiana, la que ya en la década del 1930 planteó una reforma agraria influenciada por las tesis de Duguit y una profunda reestructuración del Código Civil, la que no llegó a concretarse en profundidad.

El capítulo V, con pretensiones más latinoamericanas que el anterior, se denomina "*Kelsen en Bogotá: Lecturas y usos locales de la Teoría Pura del Derecho*". De acuerdo con el texto, la recepción de la obra de Hans Kelsen fue transformadora y múltiple, teniendo diferentes usos e interpretaciones, todas altamente influyentes en la evolución jurídica de nuestro continente. La primera recepción fue realizada en los altos círculos académicos de Hispanoamérica, por profesores españoles como Luis Legaz y Lacambra y Luis Recaséns Siches, quienes buscaban la fidelidad interpretativa. Un segundo momento de recepción consistió en la elaboración de distintos análisis de teoría del derecho de matriz kelseniana. Ellos acentuaron los elementos propios del formalismo y tuvieron como objetivo realizar una crítica a las bases epistemológicas de los sistemas legales latinoamericanos, criticando, por ejemplo, el papel simbólico y legitimador del Derecho Natural. En este segundo momento participaron destacados juristas, como el argentino Carlos Cossio y el mexicano Eduardo García Maynez. En una tercera etapa, el profesor Medina se refiere a la recepción popular de la obra Kelsen efectuada por profesores, jueces y abogados. Este proceso habría estado caracterizado por la juxtaposición entre las teorías de Kelsen y el clasicismo formalista de la exégesis. Pese a que la teoría pura constituía una ruptura respecto de la forma de entender el Derecho durante el siglo XIX, ya que postulaba una nueva argumentación y un nuevo método para el positivismo, la recepción popular entendió a

Kelsen como un continuo con el derecho exegético, como parte de una misma comunidad de métodos y criterios de legitimidad jurídica. A este fenómeno el autor denomina neoclasicismo. Entre las malas lecturas de Kelsen destacan la mantención de un justo mínimo en las definiciones de Derecho, dada por la referencia al bien común, el papel del Código Civil como norma articuladora del discurso pedagógico, la pervivencia de los dualismos que Kelsen trato de eliminar (sujeto/objeto, Derecho Público/Privado; derecho/obligación), entre otras malas lecturas. Para ejemplificar este proceso se describen las posturas asumidas en los textos de introducción de Arturo Valencia Zea. Finalmente, el autor hace referencia a una recepción más contemporánea de la obra de Kelsen, propia de los años setenta y ochenta, orientada hacia la crítica del clasicismo jurídico en autores como Oscar Correas en México y Carlos Gaviria en Colombia.

El capítulo sexto y final se refiere a la recepción de las contemporáneas teorías transnacionales del Derecho durante el proceso de constitucionalización y judicialización de los últimos 25 años. El autor afirma que este paulatino cambio de paradigma, que busca superar el clasicismo y la teoría pura, se origina en diversos factores: a) la insatisfacción de las academias locales al conocer discursos jurídicos más persuasivos, provenientes principalmente de la tradición del common law; b) la presión por la protección de los derechos fundamentales mediante instrumentos jurídicos efectivos, y c) el escepticismo de la ciudadanía frente a la neutralidad del sistema legal. El evidente giro hacia una "americanización" en el debate jurídico sustantivo colombiano sitúa nuevamente a la academia de esa nación frente a dilemas como el activismo judicial y el antiformalismo. Esta discusión está determinada por la recepción local de la obra de Hart, Habermas, Dworkin y más tarde Robert Alexy. No obstante, el autor sostiene que muchas de estas tesis ya habían sido desarrolladas y adaptadas previamente por teóricos como Luis Recaséns Siches y Genaro Carrió. Bajo estos postulados los jueces podrían realizar una interpreta-

ción coherente e integradora del Derecho, supliendo las deficiencias del sistema legal para efectos de concretar el proyecto del Estado Social de Derecho, dominante como discurso de la agenda jurídica colombiana. Resulta interesante la descripción del personaje jurídico denominado el "desposeído", que simbolizaría la orientación protectora de este proyecto (pp. 445-447). Finalmente, el texto describe la recepción del discurso argumental anglosajón, principalmente el de Dworkin, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana desde 1991. Al respecto es conveniente aclarar que el profesor López Medina posee un acabado conocimiento de este tópico sobre el cual ha publicado un excelente texto denominado "*El Derecho de los Jueces*".

El texto reseñado es de una alta calidad y sin duda debe ser considerado imprescindible para cualquier académico que desee efectuar estudios sobre el pensamiento jurídico latinoamericano durante el siglo XX. Más allá del caso de Colombia, el texto se estructura en torno a bases metodológicas sumamente útiles para futuras investigaciones. Pese a las virtudes de la obra, es conveniente realizar algunos comentarios críticos. Sin duda estamos frente a un texto orientado fundamentalmente a la evolución teórica, por ello creo que la referencia en el título a la cultura jurídica puede resultar excesivamente amplio, especialmente si consideramos las modernas definiciones sobre la cultura jurídica en autores como Paul Kahn. En el texto existen pocas referencias a discursos y mensajes legislativos, programas políticos, estudios cuantitativos sobre las percepciones jurídicas de la ciudadanía, documentos de la judicatura, u otros que puedan entregar un panorama más amplio sobre lo que realmente es la cultura jurídica. Ello se explica porque en su versión original el texto se circunscribe a los estudios de teoría comparada (*comparative jurisprudence*) y no precisamente a la cultura jurídica. Asimismo, y pese a que el texto desde un inicio se plantea como un estudio del caso colombiano con conclusiones asimilables para Latinoamérica, las referencias continentales se agotan en la alta filosofía del Derecho. Inmediatamente el lector reparará en la

ausencia de juristas notables para Latinoamérica, muchos de los cuales poseen un sustrato teórico importante: el procesalista mexicano Hugo Briceño Sierra, el procesalista uruguayo Eduardo Couture, el civilista argentino Guillermo Borda, o el laboralista mexicano Mario de la Cueva, entre muchos otros. Naturalmente que de un texto orientado hacia la evolución del pensamiento jurídico latinoamericano se espera una referencias a ellos.

No obstante, las críticas antes enunciadas en nada alteran el enorme mérito de la obra, la que está destinada a convertirse en un clásico de los estudios jurídicos.

CRISTIÁN VILLALONGA TORRIJO*
Profesor Auxiliar Asociado de Historia
del Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile

* Licenciado en Ciencias Jurídicas Pontificia Universidad Católica de Chile, correo electrónico: cvillalt@uc.cl