

**LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo:** *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis – Universidad de los Andes, Universidad Nacional, Bogotá, 2004, 480 p.

*Teoría Impura del Derecho* nos alerta acerca del grado de lucidez que tenemos de la cultura jurídica hegemónica en Colombia y América Latina. Tal como nos alertara el anterior libro del profesor López, *El Derecho de los Jueces*, sobre la falta de rigor con el que veníamos asumiendo la lectura y aplicación de la jurisprudencia. Y en ambos casos, las publicaciones son precedidas de un largo proceso de investigación, refrendado en el intercambio con pares académicos de reconocida trayectoria en distintos países.

No es pequeña la tentación de dialogar con el título del libro comentado, siempre los títulos hablan de los textos. Por eso uno se pregunta: ¿De dónde derivaría la impureza? No de una provocación a la Teoría Pura del Derecho pues López dice en los agradecimientos: “Kelsen es uno de los héroes de mi narrativa...”. Tal vez proviene de recordar que se ha leído a Kelsen en América Latina de manera particular y mestiza, o de visibilizar lecturas del Kelsen heterodoxo, o de la afirmación que existe una cultura jurídica latinoamericana, o de comprender que la Teoría Pura no estructuró en soledad la conciencia jurídica en Colombia. Las posibilidades no explicitadas son muchas, todos actos hermenéuticos afectados por nuestra formación jurídica.

Por eso quisiera en todo caso poner el énfasis no en el título sino en el subtítulo: *Transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. El libro mismo es una muestra de la transformación a la que se alude, abre con un prólogo que recoge el encuentro real entre investigadores que se reconocen en contextos culturales ricos y particulares, escrito por el profesor Duncan Kennedy de la Universidad de Harvard, uno de cuyos textos fue publicado en la colección editorial Nuevo Pensamiento Jurídico de Colombia.<sup>1</sup>

Porque la invitación de Diego López es a dialogar no con un libro o un solo autor, que no nos confunda la referencia en el título a la *Teoría Pura del Derecho*, sino con tradiciones, con procesos jurídicos como producciones culturales, para asumir una narrativa propia conciente de sus interrelaciones y

---

<sup>1</sup> *La adjudicación judicial*. 2000. Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.

deudas teóricas, en lo que el mismo Diego López llama una teoría cultural del derecho. Se trata pues de un intercambio cualificado.

Para el profesor López 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.” Ello, en “esfuerzo conciente 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.”

Se propone describir las ideas dominantes que abogados, jueces y profesores en Colombia tenemos sobre el derecho y cómo esas ideas configuran nuestra comprensión y práctica del mismo, para demostrar que hay mucho que los iusteóricos locales pueden hacer para redimir las tareas científicas de la iusteoría: descripción, prescripción y predicción, desde países periféricos y semi periféricos.

Algunos de los conceptos que toma como punto de partida para su investigación son los siguientes: Teoría Transnacional del Derecho (TTD), sitios de recepción y sitios de producción iusteórica, tradiciones fuertes y tradiciones débiles en derecho, jurisdicciones prestigiosas y no prestigiosas, jurisprudencia ‘pop’ y alta teoría jurídica.

En cuanto a los referentes de análisis textual, se originan en los postulados del crítico literario Harold Bloom en *La ansiedad de la influencia* y *Un mapa de lectura*- sobre la formación del canon literario en Occidente. A partir de Bloom, y confirmando la necesidad de los referentes transdisciplinarios en el desarrollo del conocimiento jurídico, aborda las ideas de transmutación y transformación de las teorías jurídicas en los sitios de recepción como única posibilidad de verdadera creatividad y afirmando con el autor citado que la producción y recepción de teorías es mucho más que tradiciones fuertes y tradiciones débiles. Esa transmutación es, por supuesto, muy cercana a la intertextualidad aprendida de Julia Kristeva o Gerard Genette.

Todo autor, afirma López, hace tergiversación o transmutación de sus predecesores para encontrar su propia voz en una historia cultural propia: en

derecho, literatura, bellas artes, música. O como afirmaba Borges: “sólo creamos obras desde nuestra propia biblioteca”. Así, y siguiendo a Bloom, las influencias y tardanzas de los transplantes teóricos en el derecho, dejan de ser defectos de la producción intelectual y pasan a ser características internas de cualquier tradición intelectual fuerte.

### *Teoría Comparada del Derecho en sentido crítico*

La propuesta concreta del profesor López es hacer Teoría Comparada del Derecho en sentido crítico, para ver “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.” Se trata de narrar una teoría del derecho particular anegada de profunda ansiedad de influencia, a partir de la reconstrucción de mapas de transformación de las TTD en los contextos de recepción como el colombiano.

Uno de sus puntos de partida está en los estudios de jurisprudencia comparada de William Ewald y su afirmación de que no se trata de hablar de la oposición entre derecho en los libros y derecho en acción, sino de derecho en las mentes, como una forma de estudio cultural del derecho que busque las interconexiones existentes entre textos e ideas, una comprensión cultural del contexto iusteórico, una que nos hable de los imaginarios de los abogados en sus prácticas concretas y permita reconstruir genealogías.

Esto implica el reconocimiento y estudio de teorías particulares o locales del derecho de sitios de recepción, expresión que por oposición al concepto de la TTD que se supone transnacional, circulable y abstracta, lo lleva a abordar el debate actual sobre el nivel de abstracción que debe tener la teoría del derecho, sobre el valor de las teorías particulares y generales del derecho en los términos en que, por ejemplo, lo propone en la actualidad William Twining desde Inglaterra. Para lograrlo, presenta un panorama de los encuentros y desencuentros entre teorías comparadas, generales y particulares del derecho. Acá su punto de partida está en otro inglés, ese que volvimos a leer al verlo citado en *El Concepto de Derecho* de su compatriota Herbert Hart: el jurista Jhon Austin, como un precursor en el debate al haber enunciado en sus *Usos del Estudio de la Jurisprudencia*, una Teoría General

del Derecho estrechamente relacionada con las tendencias profesionalizantes inglesas de su época, recogida en conceptos comunes y generales que para Austin surgían de los discursos iusteóricos producidos en los grandes centros: Italia, Francia, Inglaterra y Alemania. Estos conceptos deberían ser útiles para el 'resto' del mundo. Con Diego López entendemos que después del viaje o transmutación de la teoría -tales conceptos comunes y generales- llevada de los centros de producción a los de recepción, lo que se conserva es su carácter abstracto y nunca llega a ser teoría particular del derecho.

Y cercanas a las posiciones de John Austin, revisa las de Jeremías Bentham, cuando este distingue no solo entre jurisprudencia expositiva y censoria o normativa, sino entre jurisprudencia local y universal, en clara alusión a los trasplantes de teoría jurídica.

Después de los dos ingleses cita a Thomas Holland, sosteniendo en la misma tradición analítica de Austin la imposibilidad de una teoría particular del derecho, porque, si se estudian los conceptos comunes fundamentales y más abstractos en un sistema jurídico maduro, estos necesariamente serán transnacionales.

Las posiciones contrarias las expone López desde los comparativistas como W. Auckland y René David. Asume entonces la posición crítica frente a considerar la teoría general del derecho como TTD, porque en los sitios de recepción esto implica omitir el problema del alcance geojurídico de las teorías así como negar la necesidad de teorizar y explicar la cultura jurídica propia, sus prácticas y posibilidades y creer erróneamente que toda actividad jurisprudencial es necesariamente universal y esto, en casos como los de Kelsen, no contraría sus deseos, pero no sería muy exacto en casos como los de Ronald Dworkin, Kart Llewellyn o el mismo Duncan Kennedy, quienes particularizan y localizan sus exposiciones conciente e intencionalmente.

Por eso, propone la Teocomp o Teoría Comparada del Derecho como un intento de desarrollar filosofía jurídica y teoría del derecho desde sitios de recepción, asumiéndola como teoría particular del derecho, producto de trasplantes teóricos, fértiles malas lecturas y apropiaciones, influencias creativas en todo caso y fortalezas de las tradiciones jurídicas, no debilidades

intrínsecas a sitios de recepción. Además agrega un concepto de Mijail Bajtin para el análisis de las recepciones teóricas: el de cronotopo, la unidad espacio-tiempo útil para ubicar contextos complejos más allá de los períodos fijados por los académicos e historiadores.

### ***Conciencia Jurídica Clásica en América Latina***

Con esos referentes teóricos y a partir del recuento de la formación de la que llama Conciencia Jurídica Clásica prekelseniana en Colombia y de las dos formas de antiformalismo -temprano, 1936 y tardío, 1991- explica la experiencia formalista en otras teorías subalternas del derecho en América Latina, para llegar a hablar de teoría latinoamericana del derecho, interesado sobre todo en la filosofía relevante del derecho -filosofar pop- más que en la alta teoría o teoría erudita. Y siempre en la pregunta por cómo se modela la conciencia jurídica en la región.

La propuesta no puede ser más tentadora, se trata de reconstruir mapas de transformación de la teoría jurídica para rastrearnos a nosotros mismos al aprehender las genealogías de recepción eruditas y pop, en las que todos los agentes del campo jurídico colombiano de algún modo nos inscribimos.

Diego López describe la llamada Conciencia Jurídica Clásica en Colombia, gestada entre 1855 y 1886, a través de complejos trasplantes de la reflexión iusteórica europea del siglo XIX, básicamente de la exégesis francesa y la jurisprudencia de conceptos alemana. Una conciencia jurídica clásica de signo formalista<sup>2</sup>. Conciencia jurídica clásica nacida con la aplicación del Código Civil y con la familiar y debatida ley 153 de 1887 y que parece no tener una clara memoria anterior en la época de la colonia, sino anclarse en el siglo XIX como gesto de ruptura republicana con el colonizador español y sus leyes. Una expresión clásica no suficientemente conciente, por ejemplo, de sus deudas en metodología del derecho privado con Von Savigny, recepcionado a través de los estudios de los franceses Aubry y Rau.

---

<sup>2</sup> Esto, en el sentido de comprensión del derecho como análisis de textos preexistentes para llegar a decisiones correctas en un sistema jurídico en el que no hay vacíos, es decir, un formalismo en el que el positivismo es solo una especie del género.

Es claro el aporte de López: entender la recepción europea del derecho privado del siglo XIX permite analizar una jurisprudencia altamente dominante en Europa que también estructura la concepción más difundida sobre la naturaleza del derecho en Colombia, replicada con mucha fuerza en todos los campos de la dogmática y la aplicación legal positivista del derecho. Lo que emerge en esta época de conciencia jurídica clásica para López es lo que llama el positivismo prekelseniano, en sus palabras: la teoría más común del derecho en nuestro medio, caracterizada por el legocentrismo –la ley es la única fuente de derecho-, la omnicomprensividad –no hay vacíos o lagunas en el sistema jurídico-, la sistematicidad y coherencia –no hay antinomias al interior del sistema jurídico-, la coercibilidad, la pureza o neutralidad del sistema jurídico y la literalidad en la lectura de los textos. Sin embargo, y aunque sigue siendo la teoría jurídica inconciente que se prefiere para la práctica jurídica, no se expone como una construcción teórica propiamente dicha, sino que impregna la enseñanza y práctica jurídicas en forma casi implícita e invisible, lo cual, para López, no hace sino reforzar su poder en las prácticas. Es exactamente la actitud contra la que algunos reaccionan hoy instintivamente, entre ellos el mismo autor.

### ***Formalistas y antiformalistas***

Esta conciencia jurídica clásica es confrontada solamente hacia 1916, afirma, con reacciones antiformalistas y transformaciones tanto en derecho privado como público, con intención de ir hacia una concepción más general, moderna, progresista, secular y liberal. El cuestionamiento antiformalista tiene gran brillo entre 1936 y 1940 en Colombia con la llamada Corte de Oro, pero ve su declive muy rápido, con la fracasada reforma al Código Civil de 1939 impulsada por magistrados en ejercicio. Sustenta López cómo esta confrontación antiformalista estaba alimentada en los años 30 por los iusprivatistas franceses de la nueva generación, con el recordado Francois Gény y sus difusores: Bonnecase y Josserand, opuestos a las teorías clásicas del derecho del siglo XIX, así como por el autor de derecho público que visitó la Universidad Nacional de Colombia en 1910: León Duguit.

Después de los años 40 y 50 el clasicismo recobra su lugar hegemónico con una lectura particular del mismo Kelsen, que viene a servir para conservar el

formalismo antes descrito de la conciencia jurídica clásica. La Teoría Pura del Derecho cimienta el positivismo jurídico en la región a partir de los años 40.

El Formalismo local, para López, se forma de la mezcla compleja de la recepción de tres trasplantes iusteóricos identificables: la escuela de la exégesis francesa desarrollada alrededor de la lectura e interpretación del Código Civil en Francia, los métodos romanistas y privatistas del siglo XIX alemán de Federico Von Savigny y la primera etapa intelectual de Rudolf Von Ihering, y la recepción, transformación y asimilación de la más influyente de todas las teorías positivistas europeas: la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen.

Llega así a un cronotopo que inicia en los años 80 en una lectura contemporánea de TTD más directa que la de Kelsen, con menos intermediaciones y más lectura o contacto directo, con fuentes alemana, francesa, inglesa y norteamericana. Una relectura de Kelsen y lecturas/recepciones de Hart, Dworkin, Alexy y Habermas, teorías con énfasis en la adjudicación, la interpretación y la argumentación, y abriendo otro camino de antiformalismo que se concreta en fallos judiciales de la Corte Constitucional colombiana entre 1991-2001.

Y en cada cronotopo establecido mapea sinergias y mestizajes distintos e inesperados que hacen de la rica, creativa y útil la teoría jurídica latinoamericana. Porque a medida que los mapas de recepción formulados por Diego López nos ponen de presente los productores de teoría transnacional, nos van recordando también el orden de los autores eruditos o de recepción 'pop', como en el llamado Nuevo Derecho que han estructurado nuestra conciencia jurídica actual.

### ***Receptores locales de iusteoría***

Entre los receptores locales eruditos del siglo XX cita a Fernando Vélez con *Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano*, a Edmond Champeau y Antonio José Uribe con *Tratado de Derecho Civil Colombiano*, quienes nos heredaron la discusión sobre ¿en qué género escribimos los abogados, comentario o tratado? Hoy en día en múltiples géneros, como parte de la transformación del

campo jurídico latinoamericano. Recuerda obras centrales como: *Las explicaciones de derecho civil chileno* de Luís Claro Solar, *El Curso elemental de Derecho Civil colombiano* de Eduardo Rodríguez Piñeres, las doctrinas del derecho civil del memorable magistrado Eduardo Zuleta Ángel en la Corte Suprema de Colombia de 1936, el texto sobre interpretación jurídica de Luís Eduardo Nieto Arteta y los debates jurídicos promovidos por Darío Echandía o Tulio Enrique Tascón. Y por supuesto revisa el impacto y las influencias en los textos de Legaz y Lacambra, Recasens Siches, García Maynez o Carlos Cossio.

En la época actual, influyendo en las transformaciones recientes en Colombia: Carlos Gaviria, César Rodríguez, Rodolfo Arango, Mauricio García o Rodrigo Uprimny. Iusteóricos locales, narradores de una teoría jurídica latinoamericana elaborada como se construyen los objetos y procesos culturales de los pueblos. A partir de la transformación de la cultura humana anterior, no hay otro camino.

Debemos agregar que si bien las genealogías reconstruidas por Diego López tienen signo masculino al nombrar a juristas latinoamericanos, parte de la transformación de la cultura jurídica local es que hombres y mujeres estamos ahora en los tribunales, en las oficinas de asesoría jurídica, ejerciendo el derecho, en las cátedras de teoría del derecho. Y Diego es uno de los profesores más concientes de ello en Colombia, concedor además de las teorías feministas del derecho como teorías críticas. Y es tal vez el único jurista al que uno lee y escucha hablando abiertamente sobre el tema del feminismo masculino como un camino hacia nuevas formas contextuales y reales de practicar el derecho.

### ***Neoclasicismo Kelseniano***

La segunda mitad del siglo XX tiene en Colombia, en todo caso, una preponderancia del neoclasicismo, descrita como la etapa en la que a partir de las lecturas particulares de la teoría de Hans Kelsen en América Latina, éste se convierte en la validación teórica moderna del clasicismo, su teoría jurídica científica asegura y confirma la conciencia jurídica local clásica. De ahí que los dos cortos períodos de antiformalismo en el siglo XX se ven superados por

esta conciencia clásica y es frente a ella que reaccionan quienes proponen otras salidas teóricas y prácticas.

Es a través de la teoría de Kelsen que López expone el tipo de pluralismo interpretativo que se genera cuando las teorías del derecho viajan de sus sitios de producción a sitios de recepción, donde presenta claramente 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, creada por la jurisprudencia latinoamericana, para preservar, al menos en parte, su conciencia jurídica clásica. Es lo que llama Kelsen en Bogotá, por oposición a Kelsen en Viena.

En el análisis del transplante de la teoría kelseniana en la recepción pop o relevante, hay un punto central en el estudio de López, la transformación teórica que rastrea en la dogmática local a través de los libros clásicos de Derecho Civil de Arturo Valencia Zea de 1945 y 1957 como el autor más típico y definitivo en la práctica concreta, real y cotidiana de los juristas colombianos de las últimas décadas. Su análisis muestra paso a paso a Kelsen en Bogotá y la interpretación de sus postulados que asumieron los agentes jurídicos.

Los llamados del profesor López Medina en su libro se orientan en dos sentidos:

1. Teoría y práctica del derecho son un continuo, nuestros gestos y prácticas cotidianas en el derecho son determinadas por el lente conceptual con que miramos hechos y relaciones sociales.
2. Se debe enunciar una teoría comparada del derecho en sentido crítico, inscrita en las narrativas e imaginarios latinoamericanos, sin negar la ansiedad de la influencia ni las genealogías culturales en que nos nutrimos. Esto significa aceptar el propio mapa teórico.

Se trata de darle coherencia a la narrativa jurídica latinoamericana en tanto elemento de un proceso identitario. Narrativa en la que los ciudadanos y ciudadanas inscribimos nuestra vida cotidiana para trabajar, negociar, vivir en

pareja, tener hijos, viajar, estudiar, gobernar, ser, en fin, sujetos de derecho en contextos reales y concretos.

Finalmente, subrayemos que el profesor e investigador Diego López Medina ha estudiado a Platón con rigor y disciplina, de ello es prueba su tesis de grado en derecho. Pero para escribir *Teoría Impura del Derecho* ha desoído al maestro cuando aquel en *La República* alertaba sobre el peligro de la escritura de los poetas, porque podrían contar historias que dieran una perspectiva sobre la historia griega distinta a la establecida por los gobernantes. Diego López ha escrito un relato entretenido y poético, con otra versión de la narración, una forma literaria deliciosa para hablarnos de cómo se ha estructurado la conciencia jurídica latinoamericana. Y lograr esto con la ambiciosa y rigurosa investigación que recoge en el libro sobre la iusteoría latinoamericana, permitirá que el libro ingrese a la lista de clásicos que él mismo cita.

BEATRIZ ESPINOSA