



Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448

revistaiusta@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás

Colombia

CÁRDENAS PATIÑO, ALBERTO

Filosofía "impura" latinoamericana y Teoría impura del derecho, de Diego Eduardo López

Revista IUSTA, vol. 1, núm. 22, enero-junio, 2005, pp. 161-180

Universidad Santo Tomás

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358680010>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Filosofía “impura” latinoamericana y *Teoría impura del derecho*, de Diego Eduardo López

POR ALBERTO CÁRDENAS PATIÑO*

Difícilmente se dan lecturas des-prevenidas de un nuevo libro. Éste se escoge y se lee dentro de un contexto definido, dentro de una tradición lectiva. Por ello, la *Teoría impura del derecho*, de Diego Eduardo López, fue recibida por la comunidad académica de la División Filosofía-Derecho de la Universidad Santo Tomás de Bogotá como un magnífico aporte al tradicional cultivo de la **filosofía latinoamericana**, horizonte propio de los currículos de las dos facultades, de los Congresos Internacionales de Filosofía Latinoamericana, la Maestría en Filosofía Latinoamericana, los programas filosóficos de Educación a Distancia y de varias publicaciones institucionales.

Nuestra recensión de la *Teoría impura del derecho* no es, pues, neutra o “pura”. Entra en la perspectiva propia de la **academia tomístico-latinoamericana**, que recuperó, a mediados de los 70, tanto las preocupaciones liberacionistas de la herencia vitoriano-lascasiana como las nuevas maneras de abordar los problemas del III y IV Mundos por los cultivadores del humanismo tomista y de la Doctrina Social de la Iglesia. Bajo esa luz, la comunidad académica de la División ha procurado investigar en torno a mentalidades y creencias características de nuestras culturas —con miras a desvelar el *ethos* de la Gran Patria continental—, e historiar las ideas de quienes han pensado, siglo tras siglo, sobre el destino colectivo de esta prolongación mestiza de Occidente.

* Asesor de la División Filosofía-Derecho, Universidad Santo Tomás.

1. LA FILOSOFÍA LATINOAMERICANA

1.1 Congresos Internacionales de “Impura” Filosofía Latinoamericana

La Universidad Santo Tomás, por su índole de “Universidad de Estudio General”, debe cultivar una comprensión de totalidad de la existencia humana que dé sentido a todos los programas de formación especializada. Por ello, la filosofía no puede estar ausente de la vida académica, y debe precisamente funcionar como razón crítica de todos los saberes. Pero como el filosofar no hace caso omiso de la precomprensión que proporciona el propio mundo cultural, América Latina se ha convertido en su tema y problema. Éste fue el origen de la perspectiva latinoamericanista adoptada y la motivación para la institucionalización de los Congresos Internacionales.

Al I Congreso Internacional de Filosofía Latinoamericana, de junio de 1980, organizado por la Facultad de Filosofía de la Universidad Santo Tomás de Bogotá, acudieron filósofos, profesores y estudiantes de filosofía colombianos, junto con delegaciones de filósofos de Argentina, Chile, Brasil, Uruguay, Perú, Ecuador, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Honduras, México, República Dominicana, y representantes de Estados Unidos y República Democrática Alemana, con la finalidad de entablar una magna *disputatio* en torno al estatuto del filosofar latinoamericano.

El Maestro mexicano Leopoldo Zea fue el primer ponente y orientó, en buena medida, el curso de los debates durante los siete días del Congreso. Comenzó preguntándose por la existencia de una **filosofía** “que pudiese ser llama-

da **latinoamericana**” y respondió afirmando su acuerdo con la respuesta positiva del jurista, jusfilósofo y filósofo político tucumano Juan Bautista Alberdi (1810-1884), orientador del Congreso Constituyente Argentino de 1853. Alberdi se había referido a la existencia de un **filosofar latinoamericano**, así “como ha existido una filosofía griega, una filosofía romana, una filosofía alemana, una filosofía inglesa, una filosofía francesa”: “No hay, pues, una filosofía universal porque no hay una solución universal de las cuestiones que la constituyen en el fondo. Cada país, cada época, cada filósofo ha tenido su filosofía peculiar”¹, pues son distintos los problemas que se plantean al hombre según espacios, tiempos y talentos, sin que eso signifique desconocer las “grandes escuelas”. América Latina debe aprender a filosofar de los europeos, pero prefiriendo los **modelos más próximos a nuestro origen latino**.

La filosofía latinoamericana, que asimila una “filosofía predilecta”, como proponía Alberdi, no puede reducirse a mera imitación. Al respecto, se preguntaba y respondía el Maestro Zea: “¿Se trata, realmente, sólo de **una mala copia** del filosofar europeo? ¿O, simplemente lo que sucede es que, en este filosofar, es el **hombre que reflexiona** el que pone **su propia marca al material utilizado**? Ya en Alberdi se hace patente esta interpretación cuando se ve en el filosofar europeo no algo que debe ser imitado, sino un instrumental que ha de ser **utilizado para resolver los problemas** que se plantean al hombre de esta América”², y que para el tucumano se concretaban prioritariamente en estos objetos de reflexión: “derecho público y finanzas, literatura, moral, religión e historia”.

¹ ALBERDI, Juan Bautista. “Ideas para un curso de filosofía contemporánea” (Montevideo, 1842). En: *¿Qué es eso de filosofía latinoamericana?* Bogotá: El Búho, 1981.

² UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS. Ponencias I Congreso Internacional de Filosofía Latinoamericana, 1981, p. 26.

Como lo que pretende la filosofía latinoamericana no es repetir ni imitar la filosofía del Centro Nordatlántico, sino **utilizarla**, esta filosofía prestigiosa deberá sufrir las adaptaciones, reducciones, prolongaciones, desvíos, resemantizaciones que sean necesarios para **obligarla a cumplir los fines** que **nuestra identidad mestiza** impone. Por ello, nuestros discursos tomistas, racionalistas, ilustrados, liberales, positivistas, marxistas, existencialistas **son impuros**, es decir, adaptaciones (con otra materia y otro espíritu) que no pretenden precisamente prolongar y desarrollar universales intemporales y ajenos, sino fundir sus significantes y sus significados con **nuestros propios referentes**.

El Decano de la Facultad de Filosofía y Director General del I Congreso —el filósofo y jurista fray Joaquín Zabalza Iriarte, O.P.—, inspirado en la antropología integradora y unificadora de Tomás de Aquino, que insiste en la unidad inseparable de los componentes de la existencia personal, hablaba de la **unión sustancial** de los componentes “filosofía” y “latinoamérica”. Recalcaba en el discurso de clausura: “Esa unión sustancial que debe presidir nuestra filosofía latinoamericana, en la cual filosofía no es el sustantivo ni latinoamérica el adjetivo, el accidente que se quita o se pone al gusto del consumidor. Filosofía y latinoamérica son dos **sustantivos incompletos**, dos principios inconclusos de ser, cuya unión sustancial, sustantiva, posibilita la **única auténtica filosofía**”³.

Insistía el Padre Zabalza en que no había que temer hacer “**filosofía impura**” o “**sucia**” por tratar de adecuar a las realidades y necesidades del **hombre nuevo periférico** los discursos de la presunta filosofía “pura” del Centro Nordatlántico. Toda la historia de la filosofía se ha caracterizado por un continuo trasladarse de

sus discursos a nuevos espacios y tiempos que los contaminan y los desestructuran, de acuerdo con las nuevas urgencias humanas. Entre los griegos, se pasó de “purezas” a “impurezas” creativas; los romanos contaminaron la “pureza” griega. Los cristianos “impurificaron” las “purezas” greco-romanas. Los musulmanes y judíos hicieron otro tanto. Los medievales entraron a saco en todos, y Tomás de Aquino no tuvo muchos escrúpulos para ampliar, reducir, hacer decir, prolongar, reunir discordantes, conciliar, transmutar todas las “purezas” recibidas. “Un hombre —decía Zabalza del Aquinate— que sin duda procesó a la manera de una genial computadora toda la filosofía “pura” de los hebreos, de los árabes, de los griegos, de los romanos, de los latinos”⁴. Las filosofías siguientes hicieron otro tanto: aprendieron las “purezas” necesarias como punto de partida para luego desecharlas, negarlas o acondicionarlas **con** las “impurezas” de los nuevos tiempos.

Las lecciones de Tomás de Aquino eran perfectamente claras para el Director General del Congreso: a) es preciso escucharlos a todos (SCG, L. I, c. 5); b) en la búsqueda de la verdad, todos son colaboradores (Com. Met., L. XII, lecc. 9); c) las distintas opiniones son recursos para juzgar (Com. Met. L. III, lecc. 1); d) es preciso saber escoger y rechazar (Com. Met. L. XII, lecc. 9); e) debemos nutrirnos de los hallazgos de nuestros predecesores (Com. Et., L. I, lecc. 11); f) no somos meros repetidores y corresponde a cada uno desarrollar con libertad lo que en las consideraciones de los predecesores resulta deficiente (ib.). Todo un programa para cometer “impurezas” filosóficas. Tomás sabía que pueden hallarse filosofías más o menos firmes en la búsqueda de la verdad, pero que el acceso a ésta es siempre provisional y mutable (S.T., I, q. 16, 8). Por eso, a raíz del implacable autoexamen

³ Ídem, p. 21.

⁴ Ídem. ibídem.

de 1273, **descalificó el valor de su propia obra** y no dudó en ordenar que se quemara, pues la consideraba “paja”.

Zabalza, al finalizar su discurso de clausura del I Congreso, pedía enfático: “Nuestra invitación urgente es a no detenernos, a ir adelante con equilibrio pero con fe inquebrantable en las posibilidades y realizaciones de una filosofía que sin temor alguno a **“ensuciarse las manos”** renuncia a ser reductivamente tanto **“pura”** como **“impura”**, con el fin de crear un hombre nuevo, bajo cielos nuevos en una historia nueva”⁶.

A esa invitación urgente a continuar indagando sobre las “posibilidades y realizaciones” del filosofar latinoamericano se fue respondiendo, cada dos años, con la puesta en común de los sucesivos Congresos Internacionales de Filosofía Latinoamericana: el II, sobre historia de las ideas; el III, en torno a filosofía y cultura; el IV, sobre corrientes actuales de filosofía en Colombia; el V, sobre filosofía de la educación; el VI, sobre ética; el VII sobre filosofía de la historia; el VIII, en torno a filosofía política; el IX, sobre desafíos a la religión en la época del multiculturalismo y la globalización; el X, acerca de filosofía fronteriza con arte y literatura; y el próximo, para este año, sobre hermenéutica analógica, democracia y derechos humanos.

Congreso tras Congreso, se ha venido acendrando la convicción de que el filosofar latinoamericano se ha caracterizado por **distintos niveles de expresión** que hay que tener en cuenta: la del filósofo académico, receptor directo, afiliado a una tradición filosófica del Primer Mundo, donde se ha formado, que traduce y divulga; la del profesor con formación nacional que transmite autoridades transeculares; la del académico “impuro” que, con fines pedagógicos, políticos o éticos, articula y aun integra distintos estilos

discursivos; la del pensador independiente que abandona el lenguaje técnico de escuela y crea su propio lenguaje, pero utilizando a los filósofos del Centro como “cajas de herramientas”; la del **pensador fronterizo**, cuyo discurso se ubica en la intersección de la filosofía y el arte, la filosofía y la teología, la filosofía y la literatura, la filosofía y la economía, la filosofía y la política, la filosofía y la sociología, la filosofía y la comunicación, la filosofía y la historia... Muchos, graduados en filosofía, tienen formación sistemática; algunos tienen otra formación y posgrado en filosofía; muchos son aficionados autodidactas con lecturas selectivas o fragmentarias, etc. En todo caso, el filosofar latinoamericano no puede descartar o rechazar a ningún interlocutor filosófico, en la medida en que el filosofante evidencie competencia argumentativa y no pretenda convertir su ignorancia en razón de exclusión o de agresión contra los que no discurren como él.

A lo largo de esta sucesión de Congresos, se ha hablado algunas veces del hegeliano **“universal concreto”** o modo en el cual lo **universal se realiza** efectivamente en cada uno de los particulares, de suerte que aquél resulta distinto (análogo, no unívoco) en cada uno de ellos. Este concepto del “universal concreto” explica las relaciones entre el discurso universal que se lee y se adapta en perspectiva latinoamericana o desde las particularidades regionales (mexicanas, colombianas, argentinas, peruanas,...). Otras veces, como en el X Congreso, se rescata la teoría del **“cronotopo”** de Mijail Mijailovich Bajtín (1895-1975), **tiempo y espacio** como coordenadas principales de la representación artística del mundo, pero también de la comprensión filosófica del hombre y su mundo. No hay un tiempo histórico único para todos los hombres: de acuerdo con su **devenir en su propio espacio**, los distintos pueblos y culturas tienen sus propios tiempos. Bajtín descubre “el carácter excepcionalmen-

¹⁷ Ídem, p. 22.

te cronotópico de la visión y del pensamiento de Goethe en todas las esferas de su heterogénea actividad. Todo lo que Goethe veía no lo percibía **sub specie aeternitatis**, como su maestro Spinoza, sino en el tiempo y **bajo el poder del tiempo**. Por otro lado, este tiempo, en todos sus momentos importantes, se localiza en un espacio concreto, se encuentra impreso en él... no hay sucesos que podrían cumplirse en todas partes o en ninguna. En el mundo de Goethe, todo es **tiempo-espacio**, el auténtico **cronotopo**⁷.

Iris Zavala, divulgadora de Bajtín, en su ponencia enfatizó el “cronotopismo” del filosofar fronterizo latinoamericano, que rechaza las pretensiones de hegemonía de los saberes transtemporales y globalizadores y el falso igualitarismo que uniforma la cultura latinoamericana y la homogeniza —pasando por alto la existencia diversa del otro—, en función de la “obsesión de repetición” del economismo consumista del I Mundo pantagruélico y depredador. Las maneras de ser y los sucesos latinoamericanos pertenecen a distintos “cronotopos” que es preciso reconocer y conocer. Sólo así son posibles los encuentros y los diálogos.

1.2 Jusfilosofía híbrida y fronteriza en la División de Filosofía-Derecho

La filosofía del derecho, la teoría del derecho y aun la teología del derecho están presentes en varias ponencias de los Congresos, en publicaciones de la “Biblioteca Colombiana de Filosofía” (obras y bibliografías por épocas), en las revistas *Cuadernos de filosofía latinoamericana*, *Análisis*, *IUSTA* y *Módulos*. Y la **jusfilosofía tomista**, como especial opción institucional, ha sido cultivada por varios docentes de la Facultad

de Filosofía y de la Facultad de Derecho. *El derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica*, de 1978, y *El derecho objetivo del 25%*, de 1991, ambos del Padre Joaquín Zabalza Iriarte, O.P., son dos importantes esfuerzos de un filosofar jurídico “cronotópico”, que actualizan y desarrollan temas esbozados por jusfilósofos de la Tomística colonial, como Fray Antonio Cabrejo, O.P., ex Rector del siglo XVIII, autor del recién traducido *De Iure et Iustitia*; Fray Jacinto Antonio de Buenaventura, O.P., del mismo siglo, autor de un *Tratado de los actos humanos*...

Dados el problematismo de arranque de la metodología tomista y su esfuerzo por articular distintas posturas para lograr comprensiones integradoras, los jusfilósofos de la División han alimentado intenciones “impuras” al proponerse hacer tomismo. En la introducción al primer libro, Zabalza pretendía —según sus palabras— poner **“ritmo latinoamericano al tomismo**. En Europa lo han arreglado con mucha sinfonía, demasiada orquesta filarmónica, excesiva ópera. El tomismo de Tomás no es eso. Si lo oyera Tomás lo desconocería. Nuestro tomismo latinoamericano tiene que ser más sencillo, más primitivo y primigenio, **más tomista**. Un tomismo con **más aire tropical**, más lamento de nuestro indio de los Andes, más **quejido africano**”¹⁹. En el segundo libro, Zabalza parte de la concepción tomista del derecho: antes que norma, el **derecho (ius)** es **“la cosa”** objeto del dar de justicia, las “cosas” que hay que dar a todos para **que vivan bien**, y de las cuales son excluidos millones de colombianos y millones de seres humanos (un simbólico y mínimo 25%, ya suficientemente escandaloso).

El interés por la **jusfilosofía** (en la perspectiva ética de la justicia) y por la **justeoría** (en la pers-

⁷ BAJTÍN, M.M. *Estética de la creación verbal*. México: S. XXI, 2003. p.235.

⁸ ZABALZA IRIARTE, Joaquín. *El derecho, Tomás de Aquino y Latinoamérica*. Segunda reimpresión. Bogotá: USTA, 1993. pp. 13-14.

pectiva del derecho positivo) se avivó hacia 1975, cuando fue preciso **rediseñar el currículo** de la Facultad de Derecho, a raíz de la huelga estudiantil del año anterior motivada, según decían los cartelones de protesta callejera: “Por asistir a clase, no tenemos tiempo de estudiar”. Se pensó que el rediseño curricular requería explicitar no solamente un modelo educativo y un modelo pedagógico, sino igualmente un modelo jusfilosófico. La filosofía de la educación y la jusfilosofía tomistas entraron en diálogo y debate con otros modelos de pensamiento.

La jusfilosofía tomista —con su concepción del derecho como “cosas” debidas (*iusta*) para vivir bien, y su idea finalista-consecuencialista de la ley positiva y del ejercicio de la justicia— activó la discusión con el “finalismo” de Rudolph von Ihering, el “derecho natural de contenido variable” (Stammler), “el derecho natural de contenido progresivo” (Renard), el “institucionalismo” (Hauriou), el “derecho libre” (Gény), la “jurisprudencia de intereses” (Heck), la “Teoría Pura” (Kelsen) con “ambiente axiológico”... Las ideas tomistas de derecho, justicia, ley, de una dinámica “naturaleza de las cosas” (*rerum natura*) y de una “naturaleza del hombre mutable” (S.T. I-II, 57,2) permitieron descubrir nexos articuladores entre las distintas doctrinas y avanzar en una comprensión compartida, crítica de la “plenitud heremética” del “derecho válido” —no necesitado de “fuentes materiales”—, que se alimenta autofágicamente de sus propias “fuentes formales”.

Concluidas esas “disputas” entre juristas y filósofos —con la orientación de Jorge Sedano, Pedro A. Díaz, Bernardo Toro, Arturo Valencia Zea— se “determinó” finalmente que éstos serían los criterios para el diseño del “Sistema Modular” (enseñanza por conjuntos de asignaturas del mismo campo cognoscitivo, en torno a un núcleo problemático común):

- Relacionar continuamente al estudiante con los problemas de la sociedad.
- Mostrar el saber jurídico como una ciencia social.
- Fomentar la crítica a las formas de creación y validación del saber jurídico.
- Relacionar continuamente el saber jurídico con otras disciplinas.
- Crear actitudes de cambio para la justicia, dentro de una concepción cristiana.
- Preparar para la investigación sociojurídica, dogmática, jusfilosófica.
- Enfatizar el *ius condendum* (formas de creación de nuevo derecho) sin descuidar el *ius conditum*.
- Hacer énfasis tanto en las fuentes materiales como en las fuentes formales.
- Estimular el contacto continuo con los grandes maestros del saber jurídico.
- Evitar confundir o igualar el profesional del derecho con el litigante.

Sorprende que el Maestro Valencia Zea, quien se presentó como positivista estricto —y así se mantuvo durante la larga *disputatio* previa—, al fin cedió y se tornó defensor de la tridimensionalidad de la definición tomista de ley: **positividad** (“ordenación racional promulgada”), **finalismo** (“bien común”), atención a las **necesidades sociales** (“cuidado de la comunidad”). Valencia no sólo respaldó el proyecto modular, sino que dio a conocer sus avances acerca del finalismo en la interpretación y en la actividad judicial, lo cual iba a tener formulación normativa en el Libro I, Tit. I, cap. 1, de su proyecto de Código de Derecho Privado de 1980.

Componente de cada módulo ha sido la lectura (“Analítica”) de grandes maestros del saber jurídico, especialmente de jusfilósofos y justeóricos para prolongar y ampliar la cátedra introductoria de Filosofía del Derecho: Tomás de Aquino, Vitoria, Las Casas, Kant, Beccaria, Savigny, Ihering, Stammler, Carrara, Ferri, Ripert, Josserand, Geiger, Radbruch, Kelsen, Carnelutti, Cathrein, Hauriou, Graneris, Recaséns Siches, Ots y Capdequi, Larenz, Kaufmann, Perelman, Roxin, Hervada, Novoa Monreal, Hart, Dworkin, Alexy, Atienza, Diego E. López... En algunas etapas del “Sistema Modular”, se experimentó con la lectura de destacadas obras de literatura, especialmente de la narrativa del “boom” latinoamericano. Durante varios años se dio importancia central a la “Nueva filosofía de la interpretación del derecho”, de Recaséns Siches, con el fin de contrastar jusfilosofía académica y no académica, distinguir la “lógica de lo razonable” (propia de la razón práctica, enderezada al obrar), de la “lógica de lo racional” (de tipo matemático y propia de la comprensión científica), y proporcionar un amplio mapa de jusfilósofos de la interpretación y del proceso judicial. La lectura de *En el cielo de los conceptos jurídicos*, el divertimento de Ihering, apuntaba a privilegiar la mirada sobre las exigencias del devenir social y a relativizar las construcciones abstractas de la lógica deductiva. Y *El derecho como obstáculo al cambio social*, del chileno Novoa Monreal, reforzaba la intención de las dos lecturas anteriores, pero en perspectiva especialmente latinoamericana.

Con las lecturas de Analítica se ha pretendido, de acuerdo con la definición tomista de ley, que no haya reduccionismos (positivistas, sociólogos, axiologistas...), sino que las perspectivas se integren frente a la complejidad de nuestra realidad, sin temor a las hibridaciones o aleaciones tan connaturales a nuestra “raza cósmica”.

Además de fomentar esa aleación de múltiples elementos jusfilosóficos y justeóricos, para obtener constructos de comprensión de la vida social y de los cambios que ésta reclama, la Analítica también se propone que tales constructos operen como herramientas críticas frente a los desarrollos de las distintas asignaturas de derecho positivo en cada módulo.

Para recuperar los aportes a la jusfilosofía por parte de los teólogos, se introdujo la cátedra de Teología del Derecho y se dedicó un número de *Módulos* a justificarla. En cuanto a la Facultad de Filosofía, su cátedra de Filosofía del Derecho historiaba las distintas escuelas y finalmente contrastaba el justomismo de Cathrein con el positivismo kelseniano. Con el propósito de afirmar la *línea finalista*, abierta y dialogal, de la jusfilosofía tomista y su énfasis no normativista o conceptualista, la Facultad de Derecho fundó la revista modular *IUSTA*, jugando con el plural de *iustum* y la sigla de la Universidad. La Facultad de Filosofía, por su parte, publicó escritos de los jusfilósofos Ezequiel Rojas, Jaime Vélez Sáenz, Rafael Carrillo, Abel Naranjo Villegas, junto con bibliografías de otros, y el IV Congreso, en torno a la **filosofía colombiana**, posibilitó la presentación de un esbozo de historia de **jusfilosofía colombiana**, en continuidad con otro esbozo del II Congreso, que trataba de calibrar el influjo de Hans Kelsen en el pensamiento jurídico nacional.

En el II Congreso, los filósofos latinoamericanos se habían sentido halagados con el reconocimiento que el kelseniano Joseph L. Kunz había hecho en 1948 de la madurez de la filosofía del derecho hispanoamericana: “La Filosofía del Derecho —afirmaba— ha alcanzado en las últimas décadas **originalidad y madurez** en la América española; **ha dejado de ser una mera repetición de ideas**; quiere **ser latinoamericana**, es decir, con las palabras de Risieri Frondizi, original

⁹ UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS. *Ponencias II Congreso Internacional de Filosofía Latinoamericana*, 1983, pp. 353-354. KUNZ, Josef L. *La teoría pura del derecho*, 4 conferencias. México: Ed. Nacional, 1974, p. 131.

y típicamente latinoamericana; **aspira en este campo a la creación de una nueva cultura, verdaderamente latinoamericana**" ⁹.

Se ha alimentado la esperanza de que en la División de Filosofía-Derecho arraigue y se aclimate un movimiento jusfilosófico creativo, a semejanza de lo que veía Kunz entre los académicos latinoamericanos de finales de los 40, aunque más en función del *iur condendum*, como ha sido la intención del currículo modular; pero dos obstáculos han dejado pendiente el propósito: la separación física de la Facultad de Filosofía y su cambio de currículo, y el hecho de que la mayoría de docentes de la Facultad de Derecho, especialistas de una u otra asignatura de *iur conditum*, dada su formación positivista en otras Escuelas de derecho, no han intentado comprender la motivación jusfilosófica del Sistema Modular o han sido abiertamente reacios a cuestionar su propia formación. Es posible que en esto haya influido el hecho de que los más de los profesores se vinculan por horas, lo que no propicia el compromiso a fondo con las exigencias curriculares, como es de esperar entre profesores de "medio tiempo" y "tiempo completo".

Desde 1975, se viene esperando que el Sistema Modular ayude en la construcción gradual de una **jusfilosofía fronteriza de las ciencias sociales** que, influyendo en los académicos (investigadores, docentes, estudiantes), en los operadores jurídicos y en los agentes políticos, privilegie el conocimiento de las "fuentes materiales" del derecho como contenido y alma de las "fuentes formales". Una jusfilosofía que conceda primacía a las "cosas" que se deben dar en justicia para impulsar la "ingeniería" de la vida social buena para todos. Ordenamiento jurídico es a hechos y cosas de la vida social, como jaula es a pájaros, volanderos, inquietos. Si queremos construir jaulas apropiadas, parece que se impone primero saber de ornitología. Por analogía, hay juristas a quienes poco interesan las necesida-

des de la vida práctica (ornitología), y prefieren pasar la vida tratando de pensar y repensar las estructuras conceptuales de un ordenamiento idealizado e intemporal (jaula férrea), que funciona como "lecho de Procusto": si los cuerpos (realidad) no caben, se los recorta; si quedan chicos, se los estira. Tales juristas irán al "lóbrego cielo" de que ríe Ihering, donde "el pensar y el ser son una misma y única cosa".

En 1997, algunos jusfilósofos de la División conocieron el libro de Juan A. Pérez Lledó sobre "El Movimiento Critical Legal Studies" -CLS- (Madrid: Tecnos, 1996) y se enteraron de los esfuerzos de un grupo de jusfilósofos y justeóricos norteamericanos de izquierda, liderados por David Trubek y Duncan Kennedy, que desde 1977 han venido construyendo nueva justeoría con la intención de convertirse en "cerebro del pueblo" o "intelligentsia" de las minorías oprimidas de Estados Unidos (comunidades negras, descendientes de asiáticos e hispanos, descendientes de europeos de la periferia o del II Mundo —irlandeses, italianos y demás sureuropeos, eslavos, judíos de Europa Oriental—, menos blancos que los descendientes de ingleses y europeos del Norte).

Se descubrieron varias analogías entre el filosofar del CLS y el filosofar latinoamericano: 1) interés liberador; 2) **uso** de formas de pensamiento europeas (como había recomendado Alberdi en el siglo XIX; 3) despreocupación por la "pureza" o la corrección en el manejo de las teorías originarias; 4) adaptación de las teorías en lo necesario para poder emplear sus conceptos e ideas como herramientas intelectuales en los estudios y críticas locales; 5) preocupación por influir en las nuevas generaciones, especialmente a través de la transformación de los currículos y de los métodos de enseñanza... Lo que extraña de CLS es que haya madurado especialmente en una de las facultades punteras de Estados Unidos, como la de Harvard, uno de los nichos de la "intelligentsia"

oficial o intelectualidad orgánica de la clase dominante, siempre dispuesta a desterrar o bloquear a la intelectualidad de izquierdas.

Los europeos reprochan a CLS “su escasa formación filosófica y/o filosófico-jurídica... no conocer suficientemente a autores como Kelsen, Ross, Bobbio o incluso Hart”¹⁰; y Duncan Kennedy responde que su intención no es persuadir a jusfilósofos, sino a quienes más directamente contribuyen a configurar la cultura jurídica dominante y a quienes se están formando. Por eso, CLS no tiene temor al eclecticismo e incorpora en sus constructos lo que resulta **útil** de neomarxismo (Escuela de Frankfurt), realismo jurídico, postestructuralismo (Derrida), feminismo, tomando **selectivamente** instrumentos (productos y posibles lecturas) de teoría del derecho, filosofía, teoría social, economía, sociología, sociología de la ciencia (Th. Khun), crítica literaria (Northrop Frye, Harold Bloom), psicología...

La presentación de CLS por Pérez Lledó ha resultado estimulante para los “impuros” filósofos latinoamericanos de la Facultad de Filosofía y de la Maestría y para los herederos de la filosofía del Sistema Modular, convencidos de que la recepción de los paradigmas de CLS puede remozar el currículo modular, el enfoque y la selección de Analíticas, los métodos de enseñanza y la forma del “examen modular”.

2. “TEORÍA IMPURA DEL DERECHO”

Hacia mayo de 2004, se empezó a leer en las Facultades de Filosofía y de Derecho de la Universidad Santo Tomás esta sugestiva obra sobre la “transformación de la cultura jurídica latinoamericana”, fruto del riguroso esfuerzo investigativo del joven jurista Diego Eduardo López

Medina, abogado y filósofo javeriano, con maestría y doctorado en Harvard, distinguido con la medalla al mérito académico “Andrés Bello” por el Ministerio de Educación Nacional, docente investigador de las Universidades de Los Andes y Nacional de Colombia. En la Facultad de Derecho USTA **ya se conocía al autor** por la lectura en Analítica de su *El derecho de los jueces* (Legis, 2001), que ya anunciaba el nuevo libro.

El libro, editado por Legis, de casi 500 páginas, con seis capítulos, se abre al pensamiento iusfilosófico y iusteórico de América Latina, privilegiando el desarrollo colombiano, especialmente en el ámbito del derecho civil. El prologuista Duncan Kennedy, profesor de López en Harvard, proporciona las claves para orientarse en la compleja obra de su discípulo y destaca sus tres contribuciones mayores al conocimiento jurídico: 1) la historia de la teoría del derecho en Colombia; 2) historia de las principales tendencias en teoría jurídica en las naciones dominantes de Europa Occidental desde el siglo XIX hasta Kelsen, Hart y Dworkin; 3) nuevo paradigma para explorar la relación entre los “sitios de producción” de teoría jurídica y los “sitios de recepción”.

2.1 El diagnóstico de Joseph Kunz sobre la iusfilosofía latinoamericana

El capítulo primero, al que alude Duncan Kennedy, se refiere precisamente al viejo problema del filosofar latinoamericano, debatido desde el Primer Congreso Internacional de Filosofía Latinoamericana USTA: sin ser suficientemente exóticos, como los pueblos de culturas no occidentales, y permanentemente condicionados por el devenir del Centro Nordatlántico, hasta qué punto podemos mutar creativamente las ideas o las teorías recibidas.

¹⁰ PÉREZ LLEDÓ, Juan A. *Op. cit.*, pp. 102-103.

López expone el diagnóstico de Joseph Kunz en su introducción al volumen tercero de la serie de la Harvard University Press sobre la **filosofía legal en el siglo XX**, el cual está dedicado a la **filosofía legal latinoamericana**. Según Kunz, en palabras de López, “la *iusfilosofía* latinoamericana no es, en ningún sentido de la palabra, propiamente latinoamericana. El pensamiento político en la región pertenece a una comunidad más amplia de pensamiento europeo, 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” (pp. 25-26).

López reconoce que existe una Teoría Transnacional del Derecho (TTD), “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” (p. 15). Esa **transnacionalidad** era lo que pretendía Hans Kelsen con su *Teoría pura*; y a ella se refiere también 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 la dogmática, las reglas y las técnicas de un sistema nacional” (p. 16). La TTD tiene sus lugares naturales de producción en Occidente (Francia, Alemania, Estados Unidos...), “prosigue por sitios intermedios de traducción y difusión en la semi-periferia (México, Argentina y ahora, quizá, Colombia...) para llegar, por último, a lugares de (aparentemente) pasiva y total recepción” (p. 33).

En ese traslado de la TTD, Kunz imagina mera continuidad de trasiego: la *iusfilosofía* local está constituida **exclusivamente** por alta teoría de eruditos que piensan pensamientos prestados, teoría de teóricos, metadiscursio auto-referencial, lejos de la práctica diaria del derecho. En eso, se diferencia la TTD en sus sitios originarios de producción, donde se pretende desarrollar jurisprudencia aplicada; pero esa alta teoría periférica tiene la ventaja de mantener la “comunidad internacional de pensamiento”, bajo la convicción de que “la filosofía del derecho es necesariamente universal”. Kunz no tiene en cuenta como *iusfilosofía* local sino la de “alta teoría” sin prestar atención a las ideas que han penetrado en las prácticas de los operadores jurídicos, a las que el autor propone denominar “jurisprudencia o teoría pop”.

2.2 López desafía el diagnóstico de Kunz

López acepta, como punto de partida, esa “posición de dependencia” señalada por Kunz; pero se propone “desafiar este diagnóstico” de mera reproducción o recepción mimética de nuestro *iusfilosofar* latinoamericano. “Mi objetivo —escribir— es mostrar cómo, 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 semi-periféricos” (p. 33). No pretende negar que el **pensamiento local** se ha formado en **procesos miméticos** ni afirmar originalidades criollas o pre-colombinas; pero no se resigna a aceptar que América Latina “es tan solo extensión de ideas universales”, lo cual conduce “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”.

Se vale de las ideas sobre “transmutación” del crítico literario Harold Bloom, quien se refiere a los procesos de mutación que ejecutan los lectores sobre las obras originales, a su vez inscritas en cadenas traslaticias de otras fuentes escritas, de tal manera que toda creatividad se sostiene sobre una originalidad difícilmente pura o radical. Todo creador es un transmutador dentro de una tradición escritural. Escribe López: “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 o plagio. En realidad, la iusteoría particular 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 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” (p. 34).

Nuestras transmutaciones periféricas no pueden desecharse por “incorrectas”, pues su corrección no está en la fidelidad al discurso recibido, sino en la fidelidad a las exigencias de la realidad receptora. “No se trata de “errores” —afirma el autor— que requieren 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 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 lo tanto, están ya imbricadas con la cultura local pro-

duciendo dinámicas, pasadas o 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 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” (pp. 34-35).

2.3 Excursus sobre la teoría de la transmutación de Harold Bloom

A fin de “dar algún peso teórico” al análisis sobre cómo se traduce la “influencia autorial”, López, de la mano de Harold Bloom, hace un excursus por el mundo de la teoría literaria. Según el crítico norteamericano, en palabras del autor, “incluso los ‘poetas fuertes’ de estructura canónica universal (comenzando con el mismo Shakespeare) participan necesariamente en un **aprimonamiento** de sus facultades creativas por parte de los predecesores de los poetas. Este **aprimonamiento** 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 aprimonamiento y transmutación donde la creatividad es posible” (pp. 37-38).

Sin seguir estrictamente las categorías bloomianas, pensadas para resolver la “ansiedad de influencia” de **receptores** (efebos) **fuertes**, no para superar nuestra “ansiedad” de **receptores periféricos o débiles**, el autor nos ofrece el catálogo de **modos de transformación en poesía** propuestos por Bloom: “**clinamen**” o desviación “correctiva”; “**tessera**” o pieza que completa o recompone el mosaico del autor; “**kenosis**” o vaciamiento del precursor con aparente humillación del receptor; “**daimonización**” o apertura a un poder inspira-

dor (demonio) más allá del predecesor; “**askesis**” o esfuerzo creativo aislado a imitación del esfuerzo del precursor; “**apofrades**” o esfuerzo del receptor por convertirse en sucesor del precursor.

Diego Eduardo precisa que los modos de transformación bloomianos ocurren con distintas consecuencias, según se trate de receptores (“efebos”) “fuertes” o “centrales” —continuadores legítimos de una tradición de pensamiento— o se trate de receptores “débiles” o “periféricos” —dentro de ambientes hermenéuticos pobres y no legítimos—. Los trabajos de los segundos no son reconocidos como continuadores auténticos de los creadores o precursores, sino como reconstrucciones, efecto de “malas lecturas”, que deben ser corregidas o rectificadas a la luz de “interpretaciones estandarizadas”.

2.4 Modos de transformación frecuentes entre los iusteóricos periféricos

Considera, por otra parte, que los modos bloomianos que mejor describen las transformaciones de los receptores iusteóricos periféricos son el **clinamen**, la **tessera**, la **kenosis**, la **apofrades**. Pero en los cuatro casos, el “efebo débil” siempre hará una obra menos frente a la que hará el “efebo fuerte” o continuador legítimo. El “clinamen” del receptor periférico hace suponer incompreensión del texto original; su “tessera” será propiamente un desarreglo más o menos torpe; su “kenosis” no será aparente, sino real: el receptor periférico pierde realmente su auto-estima, se humilla y acepta que no aspira a compararse con su precursor central; su “apofrades” no es creativo, pues el receptor periférico no pasa de ser vocero más o menos repetidor, aunque su marco genealógico, sin respaldo canónico, le permite introducir novedades inesperadas.

Con todo, esas formas no reconocidas ni prestigiosas de los autores locales o periféricos han construido, gradualmente, el “inventario de las ideas disponibles sobre el derecho” entre nosotros. Es preciso atender de qué manera han hecho sus transmutaciones. López enumera cuatro maneras: 1) un “clinamen” débil: desviación, porque el receptor no entiende una parte del argumento, bien por efecto de la traducción o bien porque se escapa el referente o la experiencia contextual del autor; 2) “tessera” por “lectura selectiva” o “lectura enfatizada” de una determinada obra canónica (por ejemplo, *Teoría pura del derecho*, de Kelsen, o *El concepto de derecho*, de Hart...): se desarticula, se fragmenta y se rearma de manera insólita; de ese modo, se hizo a Kelsen férreamente positivista, y a Hart, más próximo al antiformalismo que al formalismo; 3) “tessera” por **selección de varias obras**, separándolas de la visión de las obras completas; 4) un “apofrades” o “regreso de los muertos” con distintas consecuencias a las del centro de producción, debido a un agrupamiento no canónico de los autores de la TTD que estarían influyendo en el autor central recibido. De esta manera, autores **no afines** en la TTD pueden resultar **afines**, y viceversa, en las teorías periféricas: Dworkin afín a Hart, Hart desafín de Kelsen.

Desarticulando o desmembrando —por selección dentro de una obra, por selección dentro de las obras completas, por reagrupación de genealogías intelectuales—, los autores latinoamericanos quedan con “mayores posibilidades de asociación libre”. “Por lo tanto —escribe López—, 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” (p. 69). Se generan así “alianzas

iusteóricas insospechadas en el mundo central como las que se estructuran localmente: Savigny y Géný, Ripert y Géný... Hart y Dworkin. Éstas 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" (Ibíd.).

2.5 La "Teocomp" y la creatividad periférica

López es consciente de que esas lecturas adaptativas, con más o menos posibilidades de "asociación libre", son creativas e impulsan un desarrollo jurídico que no es mera continuidad mimética de la teoría prestigiosa originaria. Por ello, piensa que hay que cultivar una **teoría comparada del derecho** especialmente **abierta** a las **teorías mestizas** de los sitios de recepción. Propone denominarla con el acrónimo "**Teocomp**" y le asigna tarea crítica propia: "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 lo 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**" (p. 72).

Para precisar el alcance de su **comparatismo periférico**, distingue primero entre "derecho comparado" (que no es lo mismo que "legislación comparada") y "teoría comparada del derecho" (de la mano de William Ewald), y entre "teoría general" y "teoría particular" del derecho (contrastando a John Austin, Jeremy Bentham, Thomas Holland, Hans Kelsen, René David...).

Se trata de estudiar los detalles particulares de los sistemas jurídicos latinoamericanos y sus teorías del derecho, en cuanto transformaciones de las teorías transnacionales, que las convierten en teorías creativas (así sean "impuras"), iluminadoras de los quehaceres jurídicos locales.

Luego pasa a proponer los puntos centrales del **"manifiesto" de la Teocomp en sentido crítico**: 1) Es necesario intentar "desarrollar filosofía jurídica y teoría del derecho desde sitios de recepción"; 2) invitación al lector a "leer la jurisprudencia de sitios de recepción como genuina teoría del derecho"; 3) "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 encuentran en un sitio de recepción"; 4) tomar los materiales de la TTD y tratar de ponerlos en movimiento en dos direcciones: para reconstruir una teoría particular del derecho no prestigioso, que no es mera traslación de teoría central, y para establecer su relevancia práctica (sin pretender "nativismo" u originalidad sin influencia); 5) cambiar "radicalmente la fijación de J. Kunz con la periodización europea y la presentación de la latinoamericana como una proyección del pensar y del hombre europeos"; 6) en vez de la periodización universalista de Kunz, adoptar el "cronotopo" de M. Bajtín, que fusiona tiempo y geografía; 7) tomar trasplantes, malas lecturas, transmutaciones, influencias "como fortalezas de una tradición jurídica y no como debilidades intrínsecas de teorías subordinadas del derecho"; 8) al hacer teoría desde sitios de recepción, "teorizar el derecho de aquí y no la idealización implícita en la TTD", lo cual exige descubrir los detalles que anidan en el "derecho en las mentes"; 9) la jusfilosofía y la justeoría, a pesar de su tono universalista, están enraizadas en alguna parte; su grado de universalidad o generalidad depende de su prestigio y reconocimiento; 10)

las teorías particulares de la periferia pueden aspirar a ampliar su influencia: “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”. 11) “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 prevalecientes de prestigio y valor, y que desmontara los circuitos unidireccionales en los que se da el trasplante teórico y se reafirma la dependencia” (pp. 107-109).

2.6 Iusteoría erudita y teoría “pop”

El autor reitera la distinción de los dos niveles de penetración de la TTD: el de la justeoría erudita o “alta teoría”, más notoriamente continuadora de los discursos transnacionales, y la “teoría pop del derecho”, es decir, “el tipo de teoría jurídica que “penetra” en los imaginarios efectivos de abogados, jueces, estudiantes de derecho, burócratas estatales, etc. El filosofar pop es mucho más ecléctico y sus temas, paradójicamente, tienen más duración que las modas, generalmente pasajeras, de la alta teoría jurídica...” (p. 111).

Recomienda “desenfatar” la importancia de la “alta teoría” académica y centrarse —para llevar a cabo la “re-construcción del canon de la teoría del derecho latinoamericano”— en los desarrollos justeóricos “pop”. Esta justeoría es el laboratorio alquímico cuyas transmutaciones nutren la mentalidad, las creencias, las ideas y las prácticas de los operadores jurídicos. Ella enseña a pensar, a interpretar y a actuar jurídicamente, definiendo los estilos profesionales de los hombres de leyes. Por su naturaleza mestiza o amalgamada, tiene gran poder adaptativo que le per-

mite absorber y asimilar los nuevos desafíos teóricos, neutralizando sus eventuales radicalismos o reduccionismos.

Los dos enfoques de la recepción (“alta teoría” o “teoría pop”) dan distintos resultados al tratar de elaborar los “mapas de transformación”: el primer enfoque, universalista y transecular, da origen a mapas de TTD muy amplios, que fácilmente arrancan de los griegos y acumulan escuelas y nombres siglo tras siglo, de acuerdo con la erudición del académico mapeador, sin que resulten claras ni las interacciones ni las transmutaciones al llegar a los sitios de recepción; el enfoque de la Teocomp, pendiente de los autores relevantes en la formación de la conciencia jurídica nacional, fuerza a hacer mapas sobrios, atentos a las fuentes que de hecho han interactuado y se han amalgamado en las justeorías “pop”. No obstante, es preciso tener en cuenta las dos formas de recepción: la académica y la “pop”, pues la primera es casi siempre la puerta de entrada...

Los mapas de **recepción relevante** permiten descubrir que las **iusteorías importadas** llegan, bien por acceso directo a las obras de algún **autor creador o innovador** o bien por acceso a las obras de algún autor adscrito a la escuela de aquél, obras mediadoras que presentan desarrollos sugerentes con posibilidades de aplicación. Según López, hacia el siglo XIX son frecuentes estas **influencias mediatizadas**, pero en las nuevas recepciones se prefieren cada vez más las lecturas directas de los creadores o innovadores, como en los casos cercanos de Kelsen, Hart, Dworkin.

Como telón de fondo, López presenta las etapas (más o menos traslapadas) del auge transnacional de fuentes y escuelas: 1804-1900 (Escuela de la Exégesis); 1820-1900 (Jurisprudencia de conceptos); 1908-1934 (Teoría pura del derecho); 1898-1935 (Libre investigación científica); 1905-1935

(Solidarismo); 1961-1985 (Positivismo analítico); 1977-presente (Derecho como integridad). Luego presenta cinco formas sucesivas de amalgama local: **formalismo clásico** (durante el siglo XIX), **antiformalismo en derecho privado** (hacia 1936-39), **renovación social de la constitución política** (hacia 1936-39), positivismo (1945-2000), **antiformalismo contemporáneo**.

2.7 Las amalgamas del “formalismo clásico”

En el capítulo 3, el autor invita al lector a seguirlo en el análisis del primer mapa de transformación que permite definir los componentes del “formalismo clásico”, amalgamador de elementos de la Escuela de la Exégesis y de la Jurisprudencia de conceptos. La primera influencia, con fuentes teóricas en Montesquieu, Beccaria y Código de Napoleón, y canales intermedios en la exégesis temprana de Delvincourt, Demolombe Laurent, tiene como receptores el Código de Bello y la obra del chileno Luis Claro Solar; la exégesis tardía de Baudry-Lacantinerie va a ser recibida por Fernando Vélez. El exegetismo se va a traducir en **Comentarios** al Código Civil local, con primacía del formalismo de reglas. La Jurisprudencia de conceptos, con fuente teórica especialmente en K. F. von Savigny y canales intermedios en Zachariae y en Aubry/Rau, tiene como receptores a E. Champeau y A. J. Uribe y a E. Rodríguez Piñeres. Este conceptualismo se va a traducir en **Tratados** de Derecho Civil, con primacía del formalismo de principios.

Explica el autor cómo la conciencia jurídica nueva, en ruptura con la tradición jurídica española, comienza en Chile, Colombia y otros países con la adopción del Código Civil francés de 1804, considerado por muchos como “derecho romano actual”. El Código de Bello, versión andina del francés, continuaba también la herencia romanista. De ahí que el derecho romano se

convirtiese en los currículos jurídicos en “la verdadera introducción al derecho civil nacional”. La dependencia frente al Código Francés condiciona el parasitismo de la hermenéutica y la doctrina de los sitios de recepción. Y la **romanofilia** abre al influjo del romanismo pandectista alemán, que evoluciona en el conceptualismo savigniano. Después de analizar el “nacimiento del clasicismo jurídico” entre nosotros, el autor pasa a precisar las “especificidades de la exégesis latinoamericana en la civilística local”, contrastando el desarrollo de la Escuela de la Exégesis en Francia con “la iusteoria de los primeros tratados dogmáticos de derecho civil: las características del clasicismo jurídico en Latinoamérica”. En el extenso recorrido, pasa revista a la pugna entre “comentario” y “tratado”, los problemas de interpretación e integración (Ley 153 de 1887 en Colombia) y control constitucional en contexto legocéntrico, el papel de los rezagos de iusnaturalismo, los rasgos positivistas del clasicismo (separación entre derecho y moral y coercibilidad del derecho). El capítulo se cierra con los tres caminos del clasicismo en el siglo XX: preferencia por el **conceptualismo** de los tratados dogmáticos frente al exegetismo de los comentarios; la alternativa del **antiformalismo francés** en los años 30; refuerzo, casi por la misma época, del **positivismo heredado** con aportes del positivismo kelseniano.

2.8 El antiformalismo de la “Corte de Oro”

El capítulo 4 se dedica al estudio del **antiformalismo jurídico**, que se anuncia tempranamente en 1916, con una **conferencia** de Antonio José Uribe en la Universidad Nacional, y tiene su ocaso hacia 1940. El mapa de transformación correspondiente visualiza **dos amalgamas** claves: apertura del privatismo individualista a principios solidaristas y la moderada “socia-

lización” del texto constitucional por influjo de dos autores del centro de producción francés: Francois Géný (en derecho privado) con sus intermediarios Josserand, Ripert y Bonecasse, y León Duguit (en derecho público). El primero era cabeza de la teoría de la “libre investigación científica”; el segundo lideraba un positivismo solidarista, antivoluntarista, según el cual el Estado es un aparato de gestión de servicios públicos encargado de llevar a cabo la solidaridad social. Los receptores maduros del primero, con fines de crítica al formalismo de reglas y principios al uso, son especialmente la “Nueva Jurisprudencia” de la Corte Suprema de Justicia (“Corte de Oro”) de 1936 a 1939 y Eduardo Zuleta Ángel, el líder antiformalista de la Corte. Los receptores del segundo, con fines de reforma social por vía constitucional, son la reforma constitucional del 36, la Nueva Jurisprudencia mencionada, Darío Echandía y Tulio Enrique Tascón.

Cuando el siglo XX latinoamericano va despertando, ya se va cobrando conciencia de que nuestras sociedades estacionarias se desestabilizan y plantean nuevos retos que ponen en crisis la seguridad del clasicismo, la nueva generación de juristas locales cuestionan la justeoría dominante y buscan reajustarla, utilizando los recursos que los mismos juristas europeos habían creado para afrontar sus propias crisis socio-económicas y políticas. Géný, en su *Método de interpretación y fuentes de derecho privado positivo*, parecía recuperar la vieja metodología escolástica para “unir el hecho con el derecho” o el derecho con la vida, buscando empíricamente la *rerum natura*, en el marco de un “derecho público racional” en función del “interés de todos”. Cuando los juristas receptores acogían modelos como el de Géný, que no era el único, lo hacían sin preocuparse mucho de los contextos cultural, social y político que motivaban el desarrollo iusteórico europeo. La *rerum natura* de los centros de producción no resultaba determinante.

López nos ofrece un análisis de la teoría del derecho de Géný, precedido de un examen de su recepción temprana y continuado por el examen a fondo de su recepción madura, iniciada por doctrinantes y profesores de derecho privado, pero especialmente influyente y eficaz mediante el trabajo jurisprudencial de la “Corte de Oro” (Antonio Rocha, Eduardo Zuleta Ángel, Ricardo Hinestrosa Daza, Arturo Tapias Pilonieta, Miguel Moreno Jaramillo, J. Francisco Mujica y Liborio Escallón), “durante un período cuasi-mítico (1936-39) de alta energía jurisprudencial” (p.289). En 1936, Zuleta Ángel escribe el manifiesto del antiformalismo: *El fetichismo de la ley escrita*, en el que considera la necesidad de reforma social y jurídica como exigencia del catolicismo “progresista”, en su lucha por redefinir el papel del iusnaturalismo. Esta convicción “producirá —explica el autor— un mapa local de transformación en el cual, por ejemplo, Francois Géný y Georges Ripert, enemigos iusteóricos irreconciliables en Francia, serán aquí reunidos como colaboradores estrechos en la reconstrucción del derecho natural como metodología del nuevo derecho privado” (p. 291). La crítica al “fetichismo” de la ley se va a traducir en la “modernización iusteórica del Código y del artículo 8 de la Ley 153 del 87”. López contrasta la interpretación de los tratadistas clásicos, la interpretación político-constitucional contra la hegemonía conservadora, la interpretación antiformalista del 37, la interpretación judicial contemporánea de la Corte Constitucional (hacia 1995).

La recepción judicial del antiformalismo en la nueva jurisprudencia de la Corte de Oro merece tratamiento especial. **Esta jurisprudencia**, producto del “poder pretoriano de los jueces” de que habla Géný, refleja una “nueva época”, anunciada por los dos epígrafes y la “prelección” del relator Julián Motta Salas con que se presenta el 15 de julio de 1936 el número 1897 de la *Gaceta judicial*. Según el epígrafe de Josserand y la “prelección”, se trata de “defender la impor-

tancia de acceder a las fuentes del Derecho, aquellas que se mantienen en contacto con las necesidades y cambios de la vida” (p. 313). La Corte, como la Academia de la Lengua, según Motta Salas, “fija ella también, y limpia, y da esplendor a la doctrina jurídica...”. Pero la vida del antiformalismo fue breve, al ser derrotada la “Corte de Oro” tras su propuesta fallida de reforma del Código de Bello en 1939. Después de 1940, “la conciencia jurídica clásica retomó otra vez el control casi absoluto de la teoría del derecho local” (p. 339).

2.9 “Romance” de la iusteoría latinoamericana con la Teoría Pura del Derecho

El quinto capítulo gira en torno a “Kelsen en Bogotá”. “Durante años —comienza López—, 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 Kelsen ha llegado a influenciar no sólo a los juristas teóricos, sino también a aquellos que tienen una orientación predominantemente práctica” (p. 342). En su mapa de transformación, el autor distingue **dos niveles de recepción**: la **académica**, a partir de la difusión de la traducción por Legaz y Lacambra y Recasens Siches (1928-1940), por la formalización de Legaz, Recaséns, García Máynez, Carlos Cossio, Luis Eduardo Nieto Arteta (1940-1971) y por la desformalización de Nieto Arteta, Óscar Correas y Carlos Gaviria; la **recepción pop** en el Derecho Civil de Arturo Valencia Zea y en muchos libros de introducción al derecho. Da centralidad al Caso Valencia Zea y contrasta su *Curso de derecho civil colombiano*, de 1945 —en que se presenta más audaz que la Corte de Oro y finalista al estilo de Ihering—, y su *Derecho civil*, de 1957, en el cual “adopta completamente el kelsenismo” (p. 366).

Este kelsenismo viene a reforzar el **positivismo tradicional**, caracterizado por el **legocentrismo**, la omnicomprensividad, la sistematicidad y coherencia, la coercibilidad, la pureza (neutralidad política), la literalidad. El positivismo “constituye la teoría más común del derecho en nuestro medio”. El positivismo pre-kelseniano 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... el gran cauce subterráneo que impregna la enseñanza y la comprensión común predominante en esta cultura jurídica” (p. 379). El positivismo pre-kelseniano engulle lo que le interesa de Kelsen y lo transforma a su manera. “La existencia del positivismo pre-kelseniano, en primer lugar —aclara López— y las tempranas lecturas formalistas de la obra de Kelsen, en segundo, son en conjunto responsables de la transformación de un Kelsen teórico y políticamente vanguardista en un “Kelsen en Bogotá” marcadamente conservador en ambos aspectos” (p. 380). Examina luego las transformaciones que Bogotá hace a los capítulos de la Teoría Pura y cómo los receptores locales enfatizan las continuidades y similitudes y dejan en la sombra cuanto les parece extravagante o extraño.

2.10 Antiformalismo de la Corte Constitucional

El último capítulo, “Constitucionalización y judicialización del derecho”, gira en torno al reciente antiformalismo liderado por la Corte Constitucional de la Constitución de 1991, nueva “Corte de Oro”. Se amalgaman tres teorías transnacionales con sus correspondientes productores: Teoría Pura, de Kelsen; Jurisprudencia analítica, de Herbert Hart; Derecho como integridad, de Ronald Dworkin y Robert Alexy. De la primera,

se aprovecha la tesis de la indeterminación del derecho; de la segunda, la crítica al formalismo de reglas; de la tercera, el reposicionamiento de los principios morales y políticos, y los nuevos estudios sobre interpretación, argumentación y ponderación jurídicas. En los tres casos, hay dos niveles de recepción: de la primera teoría transnacional, la recepción académica de Nieto Arteta, Ulises Schmill, Óscar Correas, Carlos Gaviria, y la recepción pop en el “Nuevo derecho”; de la segunda teoría, la recepción académica de César Rodríguez y Carlos Gaviria, y la recepción pop en el “Nuevo derecho”; de la tercera teoría, la recepción académica de Mauricio García, Rodolfo Arango, César Rodríguez y Rodrigo Uprimmy, y la recepción pop en el “Nuevo derecho”.

“El reinado del positivismo —escribe López— sólo llegó a ser cuestionado localmente a comienzos de la década de los 90, casi sesenta años después de que los **juristas inquietos** locales de los 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 60 y 70, 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” (p. 402). Frente al **Kelsen pop** de Valencia Zea, Recaséns, Nieto Arteta y Rafael Carrillo habían descubierto al Kelsen que los positivistas habían desdeñado u ocultado y la “Nueva filosofía de la interpretación del derecho”, de Recaséns, venía influyendo desde 1956. Los magistrados de la Corte Constitucional colombiana contaban con ese ambiente teórico favorable y pusieron en práctica, en sus decisiones, la “lógica de lo razonable”, de Recaséns, en oposición a la lógica de lo racional”, del clasicism jurídico silogístico.

El autor dedica un apartado a “Hart y Dworkin en Bogotá”, en el que muestra cómo, en primer lugar, si 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” (p. 442) en la cultura jurídica norteamericana, en Latinoamérica Hart, con su “textura abierta en las normas”, resulta empujando “fuertemente hacia el polo antiformalista” (ibíd.). En la Corte Constitucional Colombiana, el Kelsen de Nieto Arteta y Hart cooperan conjuntamente para “liberar” a los jueces del textualismo. En segundo lugar, el tradicional debate entre Hart y Dworkin no es visto en Bogotá como antagonismo, sino como **alianza** para fundamentar una metodología judicial alternativa, apta para propiciar desarrollos progresistas en materia de principios y derechos constitucionales.

2.11 Reacción contra el antiformalismo y conclusión

El libro se cierra con “la crítica al antiformalismo contemporáneo”, expresión de la **resistencia del viejo clasicismo** y de su comprensión positivista del derecho. Jueces y abogados partidarios de esta visión critican abiertamente las técnicas del “nuevo derecho” con argumentos muy conocidos del positivismo: 1) los jueces no pueden crear derecho; 2) la ley corre peligro de ser devorada por principios y derechos constitucionales; 3) la seguridad jurídica está en riesgo; 4) el nuevo derecho, por su confianza en la indagación judicial, manifiesta déficit democrático.

El autor se refiere a **nuevas importaciones anglosajonas**: la CLS y “Law and economics”, que descreen de los alcances transformadores del antiformalismo; adelanta algunas conjeturas para el próximo futuro, que tendrá que ser analizado cuando las nuevas corrientes se consoliden en la conciencia jurídica, y concluye:

El derecho de América Latina está mediado por precomprensiones teóricas. Estas precomprensiones 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. Éste 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 (p. 461).

3 APRENDER DE LA “TEORÍA IMPURA DEL DERECHO”

No puede decirse que Diego Eduardo López haya mantenido vínculos con la tradición de la filosofía “impura” latinoamericana, que la Universidad Santo Tomás ha mantenido viva como propósito institucional desde la recepción académica de los filósofos y teólogos latinoamericanistas de los años 70 (Zea, Casalla, Salazar Bondy, Miró Quesada, Roig, Gutiérrez, Assman, Boff, Dussel...). No obstante, son **tantos los puntos de contacto** en la manera de analizar las recepciones y las transformaciones periféricas, y las coincidencias en las conclusiones, que la tradición latinoamericanista de la USTA halla continuidad de su propio proyecto en esta creativa Teoría Impura del Derecho, cuyo método de análisis,

interpretación y contrastación puede hacer aportes novedosos a los Centros de Investigación de la División Filosofía-Derecho.

El Sistema Modular encuentra en la **Teoría Impura del Derecho** razones jusfilosóficas e históricas para comprender más adecuadamente su origen y su intención formativa. El optimismo del autor acerca de la posibilidad de construir justeoría propia, así parezca “impura”, vista desde los centros transnacionales de producción, invita a estudiantes y docentes del Sistema Modular a asumir su propia realidad tratando de comprenderla combinando cuanto el patrimonio jurídico nacional nos proporciona con cuanto ofrece y resulta pertinente (útil) de la TTD de las distintas épocas.

La **Teoría Impura del Derecho** reivindica el papel que se ha atribuido a las lecturas de Analítica, **recepción estudiantil directa** de muchos representantes clásicos de la TTD, que estimulan el contraste de modelos y el esfuerzo por hallar nexos, punto de partida del “pensamiento complejo” que debe ser nuestra justeoría o nuestra jusfilosofía para responder a los requerimientos de nuestro “cronotopo”. Es preciso tener en cuenta que no existen “cronotopos” en estado puro, aislables de los demás tiempos y espacios de la humanidad, mucho menos en esta época de tiempo planetario que fuerza a la coexistencia con múltiples formas de vivir el pasado, el presente y el futuro: en nuestro propio tiempo colombiano se incrustan tiempos ajenos, y en nuestro espacio se cruzan modos de vivir que mestizan mentalidades y creencias, influidos por cuanto nos va llegando de otras geografías.

Los investigadores de la Facultad de Derecho pueden inspirarse en la **Teoría Impura del Derecho** para indagar en el seno de nuestras instituciones normativas, en los textos de la jurisprudencia y en los discursos de los doctrinantes cuanto contienen de jusfilosofía o justeoría implíci-

tas, que son la clave de su hermenéutica. Solamente así se puede descubrir su alcance social y político y su utilidad para el ejercicio creativo del *ius conditum* o para impulsar el desarrollo de nuevo derecho o derecho alternativo (*ius condendum*), de acuerdo con las demandas colectivas.

Sólo una expresión de Diego Eduardo López, “**iusteoría pop**”, no parece encajar en el contexto de la filosofía latinoamericana de la USTA, pues tal teoría se refiere precisamente al aspecto que ésta considera más auténtico al hacer transplantes y amalgamas: la que penetra y arraiga en nuestras mentalidades, creencias, ideas y

prácticas. El calificativo “pop” tiene cierto sabor peyorativo, al asociarse tan directamente con los gustos más inmediatos y superficiales de la sociedad de consumo. Lo “pop” mezcla y transmuta, pero se queda en lo ligero y más o menos transitorio. La “iusteoría pop” trasciende lo académico y mezcla con libertad, pero es precisamente lo que resulta relevante por conectarse con lo **más estable** del espíritu jurídico. Precisamente la “Teocomp” de López halla más originalidad en esta **iusteoría difusiva**, que ilustra y orienta a los operadores jurídicos permeando sus textos y técnicas, que en la “alta teoría”, con frecuencia puramente académica y casi siempre reproductiva.