

## PRÓLOGO

Por: Duncan Kennedy  
*Carter Professor of Jurisprudence*  
*Harvard Law School*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Cambridge, Massachussets, Estados Unidos de América

Septiembre de 2003.