

## KELSEN, HART Y DWORKIN EN HISPANOAMÉRICA: CONDICIONES DE POSIBILIDAD DE UNA FILOSOFÍA LOCAL DEL DERECHO

Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA\*

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

SUMARIO: I. *Hacia una iusfilosofía personal y contextualizada*. II. “*Sitios de producción*” y “*sitios de recepción*” en la teoría transnacional del derecho (TTD). III. *Originalidad, influencia, copia y transmutación en la teoría del derecho*.

### I. HACIA UNA IUSFILOSOFÍA PERSONAL Y CONTEXTUALIZADA

Como estudiante, primero, y luego como profesor interesado en los campos de la filosofía y teoría del derecho, resulté, como muchos otros miembros de mi generación con intereses similares, leyendo libros y artículos escritos por o acerca de teóricos jurídicos tales como Hans Kelsen, Herbert Hart, John Rawls, Ronald Dworkin, Robert Alexy o Jürgen Habermas. La literatura dedicada a reflexionar sobre la filosofía o la teoría del derecho es ya enorme (aunque su crecimiento no da señas de parar) y uno podría, con toda facilidad, pasarse la vida entera tratando apenas de permanecer actualizado en ella. Dentro de esta vasta literatura, sin em-

\* Universidad de los Andes, Colombia. El presente escrito es parte de un libro publicado en el año 2003.

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

bargo, había cosas que llamaban mi atención con especial fuerza, mientras que otras parecían ya resueltas. Originario, como soy, de un país latinoamericano y educado entre 1987 y 1991 en una facultad de derecho de cuño más bien tradicionalista, el nuevo ambiente intelectual que parecía estar imponiéndose entonces (y que aún hoy, al comenzar el siglo XXI, el lector reconocerá parcialmente como la teoría jurídica todavía “en boga”) alentaba una atención renovada hacia algunos aspectos específicos de la teoría legal contemporánea, a saber, aquellos que parecían concentrarse en cómo debía “interpretarse” el derecho.<sup>1</sup> En términos generales puede decirse que la nueva concepción de la interpretación jurídica reconocía, primero, que los textos de las leyes o de los códigos no eran tan claros y rotundos como parecía creer la teoría tradicional de la interpretación; como consecuencia de esta redescubierta “textura abierta” de los textos, se insistía en el papel activo del operador jurídico en la interpretación de la ley y en la producción de cambio social. Dentro de esta reconsideración, la “interpretación jurídica”, como un sub-campo dentro del universo de la teoría del derecho, parecía ofrecer una visión alternativa, quizá más abierta y flexible, que remediaba, al menos en parte, una sensación difusa, pero creciente, de malestar e inconformidad (en verdad, una reacción) contra las formas dominantes de enseñar y analizar el derecho en que estábamos siendo socializados. La enseñanza dominante, contra la que nos revelábamos, subrayaba, a un nivel básico, el papel de la memorización de reglas contenidas en leyes y códigos como paso indispensable para recordarlas y mostrarles fidelidad. La “legalidad”, como técnica de control social, partía de allí, de la memoria, para continuar un trayecto en el que prevalecían, una a una, las técnicas formalistas del derecho. El resultado final era una mezcla de memorización de reglas, ejecución de pretendidas demostraciones lógicas de conclusiones jurídicas, creencia acrítica en respuestas únicas y correctas, todo ello en un ambiente de rigidez y jerarquización pedagógica, social y personal que tendía a reforzar la apariencia de rigor, científicidad y neutralidad. El nuevo énfasis en teoría de la interpretación y argumentación jurídica, en contravía, parecían servir como mecanismo general de inoculación contra los excesos de ese formalismo dominante. Desde este nuevo punto de vista la memorización cedía espacio a la argumentación, se empezaba a

<sup>1</sup> Como ejemplo de esta forma de argumentación que ahora revalúo, Véase mi propio trabajo: López Medina, Diego, *El significado de la ley: Elementos para una crítica pragmática del lenguaje y la hermenéutica jurídica*, Pontificia Universidad Javeriana, 2001.

desconfiar en la infalibilidad de la deducción lógica y se afirmaba, en su lugar, la naturaleza dialéctica, problemática, no apodíctica del derecho y, por último, se derrumbaba la idea de respuestas únicas y correctas. Mi visión del papel renovador de la teoría del derecho y los usos que en mi conciencia (y en la de algunos de mis colegas y compañeros) tenían los autores ya mencionados se explicaba por razones *situacionales y contextuales* específicas que yo no veía al comienzo, pero que ahora me parece fundamental describir con mayor detenimiento. A eso paso a continuación.

En primer lugar, parece ahora claro que durante mis años de formación en una facultad de derecho tradicional el *vanguardismo* teórico estaba constituido por autores y comentaristas que tomaban, para decirlo de manera amplia, un enfoque lingüístico o hermenéutico de la teoría jurídica.<sup>2</sup> En todo ese material, la palabra “interpretación” aparecía como la llave con la que se podían abrir las puertas cerradas por el formalismo. Más aún, el enfoque hermenéutico estaba ligado con una fuerte atención en lo institucional a la determinación judicial de reglas o hechos (una “teoría judicialista del derecho” si se quiere) que resultó ser muy interesante para gente que, como yo, queríamos emprender un asalto a las bases teóricas de una conciencia legal formalista y legocéntrica que bautizaré “tradicionalismo-positivismo” (TP) y que desvalorizaba el papel del intérprete en la creación del derecho mediante el mito de la sabiduría del legislador y una férrea confianza en la soberanía parlamentaria. Vine a caer en cuenta, entonces, que mis años formativos fueron nutridos en un lugar y época en donde un modelo “interpretativo” y “judicialista” del

<sup>2</sup> Varios autores han señalado la preponderancia que ha adquirido, en el último cuarto de siglo, el “giro interpretativo” en teoría jurídica: “sin duda alguna la nuestra es la época de la interpretación... En derecho, la importancia del giro interpretativo no puede ser ignorada fácilmente. Adicional a una plétora de simposios, libros y artículos por parte de académicos en todos los campos del derechos sustantivo, el crecimiento del interés en el derecho por parte de académicos de las humanidades confirma que cuestiones relacionadas con el significado de los textos son la preocupación central, si no la organizadora, de muchos teóricos legales sofisticados”. Patterson, Dennis, “The Poverty of Interpretive Universalism: Toward the Reconstruction of Legal Theory”, 72, *Texas Law Review*, 1-3, 1993. La responsabilidad de dicho giro se le atribuye especialmente a Ronald Dworkin. Al respecto Véase Stick, John, “Literary Imperialism: Assessing the Results of Dworkin’s Interpretive Turn in Law’s Empire”, 34, *UCLA Law Review*, 371, 1986. Sobre el giro interpretativo en general Véase, Feldman, Stephen M., “The New Metaphysics: The Interpretive Turn in Jurisprudence”, 76, *Iowa Law Review*, 661, 1991; y West, Robin, “Are There Nothing But Texts in This Class? Interpreting the Interpretive Turns in Legal Thought”, 76, *Chi.-Kent. Law Review*, 1125, 2000.

derecho estaba *empezando* a ser importado y que el nuevo trasplante teórico implicaba reordenamientos muy importantes en el mapa geojurídico del mundo. El trasplante de teoría, sin embargo, no se estaba dando en el vacío: la nueva teoría del derecho servía de manera fundamental como “manual de uso” para el trasplante de una nueva generación de Constituciones liberales que afirmaban su poder normativo directo por encima del principio clásico francés de soberanía legislativa (por oposición a soberanía constitucional) y su corolario de respeto estricto a la ley (las más de las veces en la forma de un código). Las nuevas cláusulas constitucionales, ahora con efecto normativo directo y con mecanismos específicos de justiciabilidad, se constituyeron en excelentes ejemplos de normas de “textura abierta” donde la interpretación judicial debía completar, por necesidad, el sentido de sus disposiciones generalísimas. En las normas constitucionales se consagraron así “conceptos jurídicos indeterminados”: el positivismo dominante (usualmente en su forma kelseniana) aconsejaban tratar a estas normas como carentes de sentido ya que no cumplían con los requisitos exigidos, bajo una teoría positivista, para hablar de norma jurídica en sentido primario.<sup>3</sup> En el nuevo ambiente teórico, sin embargo, los conceptos jurídicos, a pesar de su indeterminación, fueron entusiastamente saludados como maneras de dar fuerza normativa directa a los fines civilizatorios más preciados de la teoría política y moral, en el sentido de apuntar hacia una alineación de todo el derecho legal y codificado existente a principios jurídicos anhelados y a una interpretación finalista de la ley de conformidad con tales principios. En el nuevo lenguaje constitucional, los conceptos jurídicos indeterminados (las metas civilizatorias del derecho) pasaron pronto a ser considerados como “principios jurídicos”, para terminar, finalmente, siendo positivizados bajo la nueva forma de “derechos fundamentales”. Este giro hermenéutico y político implicaba, quizá por primera vez, la recepción entusiasta de materiales ius-teóricos y constitucionales anglosajones, rompiéndose así el santuario inmunológico que, uniendo a Europa y América Latina, había evitado la contaminación jurisprudencial y dogmática por fuera de la familia jurídica del derecho civil.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Véase al respecto Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 1934, capítulo 3.

<sup>4</sup> Con la excepción de Argentina en donde el constitucionalismo nacional había tenido un intercambio singularmente dinámico con los Estados Unidos desde el siglo XIX. Al respecto véase Miller, Jonathan, “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.

En segundo lugar, es fundamental señalar que los nuevos trasplantes de teoría del derecho posibilitaban la importación de una nueva y específica forma de crítica anti-formalista que se oponía al clima reinante, en el que predominaba, desde la época de la codificación en el siglo XIX, una visión positivista y formalista del derecho en América Latina. La importación de la nueva crítica anti-formalista proveyó de un cuerpo teórico sólido a las dubitativas preocupaciones y ansiedades de las nuevas generaciones locales que tanteaban el camino para romper el formalismo hegemónico. Dentro de este contexto cultural e intelectual, la “interpretación” fue quizá el tema bandera que permitió la recepción de nuevos enfoques de teoría jurídica relativamente recientes que parecían confrontar la larga hegemonía disfrutada por el formalismo en la práctica y la imaginación de los abogados en toda la región. Lo *novedoso* y lo *reciente* de esta teoría y la relativamente *tardía* recepción en Latinoamérica de este material, tal como vine a apreciarlo más tarde, eran hechos completamente relativos a las necesidades políticas y a las influencias académicas disponibles. Sin embargo, la justificación más frecuente de este trasplante teórico tendía a desenfatar los aspectos materiales (políticos y contextuales) de la recepción para afirmar, en vez, que la nueva hermenéutica (en autores como Hart y Dworkin) era una teoría analíticamente correcta, y que, por tanto, servía, sin límites espaciales, para criticar el formalismo legal dominante en América Latina, así como, se presumía, había servido para golpear con fuerza el formalismo propio de la tradición anglosajona. La “transplantabilidad” de Hart y Dworkin se basaba en la creencia de que se trataba de teorías anti-formalistas de validez universal porque sus conclusiones se extraían a partir de la naturaleza ubi-

S. “Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, 46, *Am. U. Law Review*, 1483, 1997. De la misma manera, fueron iusteóricos argentinos los que en mayor parte aclimataron la recepción, a partir de mediados de la década de los sesenta, de la nueva filosofía del derecho anglo-sajona, reconectándola una vez más con las dinámicas constitucionales. En mi lectura personal fueron fundamentales en ese sentido (y siguiendo el orden cronológico en que los leí) el estudio preliminar de Carrió y Rabossi a *Cómo hacer cosas con palabras*, Austin, J. L., Barcelona, Paidós, 1981; el libro de Carrió, Genaro, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965; y finalmente, la utilización dogmática y constitucional que de estas ideas hace Salvador Nino, Carlos, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980; y *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.

cua del lenguaje y la argumentación jurídica. Estas características, seguía el argumento, son compartidas universalmente por todos los sistemas jurídicos. Por estas razones, se argumenta, el formalismo jurídico estricto dominante en la región era una teoría verificablemente *errónea*.

El trasplante y uso de teoría jurídica contemporánea (esencialmente post-hartiana), por las razones aludidas, terminó convirtiéndose en un gesto heterodoxo en América Latina. Los estudiantes que hablaban de la nueva sensibilidad constitucional, lingüística y hermenéutica se definían, casi de entrada, como oponentes directos de las convicciones acríticas de la conciencia jurídica dominante. Así las cosas, para mucha gente en América Latina la filosofía y la teoría del derecho no eran una disciplina académica como otras. No se escoge la filosofía del derecho como se escoge el derecho civil, el derecho financiero o el derecho comercial. Muy por el contrario, la filosofía del derecho era una escogencia partidista ya que señalaba *el camino* para darse de cuenta de que el formalismo, como tal, no era la única posibilidad para concebir los problemas jurídicos. El filosofar jurídico, al menos en el momento de trasplante del nuevo anti formalismo anglosajón, era el equivalente a una versión contracultural y contrahegemónica, académica y antiprofesionalizante, moderadamente progresista, de cuál era el papel que el derecho debía jugar en el conflicto social de países como Argentina, primero y luego Colombia. Por este motivo, muchos estudiantes atraídos por la filosofía y la teoría del derecho en América Latina terminan articulando una inclinación anti-formalista básica, especialmente del tipo interpretativo, que los sitúa a contrapelo de las ideas dominantes dentro de la cultura legal en la que viven. La filosofía del derecho en este periodo de recepción del antiformalismo lingüístico no apuntaba tanto a captar o a describir la cultura legal subyacente como a transformarla. La teoría fungía así como expresión de descontento frente a una cultura formalista, dogmática y acrítica de sus supuestos teóricos fundamentales que nunca se había preocupado por reexaminar sus bases, a pesar de los signos de crisis que ya exhibía. La filosofía del derecho representaba, por tanto, el rótulo disciplinario de una revuelta antiformalista y humanista largamente esperada en la región.<sup>5</sup>

<sup>5</sup> A riesgo de excesiva generalización, los profesores de derecho parecen caer en dos categorías diferentes: por un lado, están los practicantes prestigiosos (consultores o litigantes) que, con sorprendente frecuencia, son también irreductibles positivistas. Su visión del derecho enfatiza la necesidad de impartir una educación profesionalizante a sus

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

En tercer lugar, es necesario destacar aún más que la recepción de teorías “hermenéuticas” del derecho se dio de la mano de cambios institucionales muy definidos. Así como en su momento la recepción de la obra de Hans Kelsen en la teoría del derecho apuntaba a tener el efecto político de escudar a la profesión y a la judicatura de las incursiones del fascismo y del marxismo, la recepción del nuevo antiformalismo hermenéutico aupó en la región el proyecto de liberalización y constitucionalización de la vida como vacuna o remedio frente a las enfermedades del autoritarismo y militarismo políticos, bendecidos en la región por los imperativos geopolíticos de la doctrina de seguridad nacional en el contexto de la Guerra Fría. La cepa de autores de la nueva teoría del derecho recepcionada (como Hart, Dworkin, Rawls o Habermas) tiene claros compromisos con una cierta versión de constitucionalismo liberal, progresista y tolerante que ubican por encima de la voluntad legislativa coyuntural, así ella se exprese en leyes formalmente válidas. Ya que la voluntad legislativa tiene límites morales y políticos (límites constitucionales), la nueva hermenéutica coadyuvó en la recepción global de un nuevo constitucionalismo y en la expansión de una cultura de los dere-

estudiantes y, por tanto, descartan, total o parcialmente, la necesidad de hacer teoría jurídica; por otra parte están los profesores académicos, con interés en la teoría y con una orientación genérica anti-positivista y anti-profesionalizante de signo humanista e interdisciplinario. La reforma de la educación jurídica en facultades de derecho *avant garde* ha tendido a transferir ciertos poder de los practicantes a los académicos. Sobre la sociología del profesorado Véase en general Bourdieu, Pierre, *Homo Academicus*, Londres, Polity Press, 1990.

chos constitucionales (ahora directamente justiciables) como nunca antes se había visto.<sup>6</sup> La sinergia entre la nueva teoría del derecho y la globalización del nuevo constitucionalismo en los últimos quince años del siglo XX constituye un dato fundamental para explicar su éxito en la región. Mucho del trabajo de tendencia antiformalista que se ha llevado a cabo en Latinoamérica recientemente ha estado vinculado, primero, con el nuevo constitucionalismo y, dentro de él, con una nueva y dinámica conciencia de que existen derechos constitucionales justiciables por fuera y por cima de la ley común. Las reformas constitucionales de la última década han construido un lugar desde el cual el antiformalismo puede ser entusiastamente defendido y expandido como una teoría jurídica correcta.

Estos acontecimientos en el clima iusfilosófico internacional tendrían pronta traducción en el ambiente latinoamericano. En este contexto era relativamente natural que el trabajo de muchos filósofos del derecho locales, empezando con la Escuela de Buenos Aires e incluyendo a los de mi propia generación en Bogotá, se concentrara en problemas de interpretación jurídica dentro de un modelo analítico post-hartiano. El aporte de Hart consistió, desde mi punto de vista, en mostrar que los desarrollos en filosofía analítica y del lenguaje tenían consecuencias directamente aplicables a la filosofía del derecho. Implícito en la obra de Hart hay un convencimiento de que existe convergencia entre hallazgos filosófico-lingüísticos generales y la naturaleza del lenguaje y la interpretación legal. Así como Hart había utilizado el trabajo de Austin y Weissman para moderar la tesis positivista clásica, así mi propio trabajo buscó examinar la dimensión pragmática del lenguaje, tal y como el filósofo Paul Grice la había enunciado. Este trabajo temprano pretendía mostrar que el formalismo jurídico tenía características excepcionales dado que suspendía, sin buenas razones, el funcionamiento de los principios pragmáticos del lenguaje en la interpretación y argumentación profesionales. Lo que quiero subrayar aquí es qué tan poco consciente era para mí la dependencia de mis propios intereses de las tendencias iusfilosóficas y políticas transnacionales de la época. Para mí la filosofía del derecho era un espacio vacío de argumentos donde era posible aclarar verdades fundamentales sobre la naturaleza del derecho a través de un análisis filosófico general. La verdadera razón, la “pasión” con que descubrimos la obra de

<sup>6</sup> Véase en general, Epp, Charles, *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*, Chicago, Chicago University Press, 1997.



Hart, a pesar de su evidente circunspección y opacidad estilísticas, se debía en cambio, no tanto a las verdades filosóficas abstractas allí contenidas, sino a la confirmación indirecta y a veces excesivamente reservada que daba a nuestra inconformidad con los protocolos de la cultura jurídica dominante en América Latina. Hart, en ese sentido, abría una ventana hermenéutica y finalista en el derecho que parecía no existir dentro del corpus de formalismo dominante.

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

vero de la revuelta antiformalista del derecho en el mundo anglo,<sup>7</sup> y si bien él reconocía la existencia de zonas de penumbra en la interpretación jurídica, esta concesión se hacía a ragañadientes y con una tacañez tal que impedía hacer de Hart el líder de la emancipación anti-formalista a la que yo aspiraba. Para los norteamericanos no era claro, de ninguna manera, por qué un latinoamericano pretendía hacer antiformalismo de la mano de un positivista inglés, de la misma forma como yo no entendí, al principio, las razones del desdén norteamericano para con la iusfilosofía analítica inglesa. Así como para mí no era claro el mapa intelectual en la que mis profesores leían los libros de filosofía o teoría del derecho, asimismo ellos no tenían presente los contornos de la cultura legal e intelectual de América Latina donde esos extraños usos de Hart eran posibles. Debido, sin embargo, a la evidente debilidad política del estudiante frente al profesor, yo (el estudiante) sí estaba obligado a aprender la grilla intelectual desde la cual ellos comprendía la iusteoría, mientras que ellos no adquirirían una obligación simétrica. Gran parte de lo que sigue en este trabajo es una exploración de por qué, en concreto, mis profesores norteamericanos pensaban que mi interpretación de Hart era sub-estándar y errónea, mientras que la de ellos era más normalizada y, por tanto, correcta. Mi proyecto antiformalista era, en lo esencial, correcto, pero mi lectura y utilización de Hart eran, por el contrario, incorrectas y extrañas. La lectura latinoamericana de la filosofía del derecho era codificada, en ese sentido, como otro síntoma más de la dependencia y subdesarrollo culturales de la región y no como una grilla intelectual alternativa que pudiera competir con el rico entretejido de argumentos iusfilosófico de la cultura estadounidense. Y, no obstante el error en que caía, la discusión cultural y política en casa sobre el derecho seguía desarrollándose como un combate entre el formalismo tradicional y el discurso hermenéutico y lingüístico hartiano que aún parecía atractivo para muchos latinoamericanos en el proceso de criticar la cultura legal dominante.

Ya observará el lector la situación crítica en la que me encontraba: por un lado quería hacer una iusfilosofía que diera cuenta del clima cultural y de los procesos locales que se daban en *mi* jurisdicción, pero al mismo tiempo entreveía que esos desarrollos locales eran subestandarizados si se les oteaba desde la tradición iusfilosófica angloamericana. Como estu-

<sup>7</sup> Explicación.

diante de filosofía del derecho, adicionalmente, no tenía mucho margen de acción para proponer un argumento particularista que restituyera mi identidad y mi confianza en las posibilidades de una iusfilosofía específicamente latinoamericana. El argumento particularista tiene dos vertientes: un estudiante doctoral extranjero puede reclamar identidad y localización (particularización) frente a sus profesores de una manera iuspositivista o de una manera multiculturalista. (1) O bien puede proponer una tesis sobre el “acto administrativo en Colombia”, que su director, supongámoslo francés, codificara en la categoría “derecho comparado”. El estudiante obtiene así la ventaja iuspositivista de trabajar con textos legales que su audiencia francesa e internacional no puede verificar independientemente y respecto de los cuales no tiene opiniones fuertes o bien informadas. De esta forma, el positivismo jurídico tiene el potencial de particularizar en razón del origen de normas legales. (2) O bien, por otro lado, el estudiante puede hablar de un tema común que comparte con su profesor, por ejemplo, “la defensa de los derechos humanos”, pero reclama para sí un “punto de vista” local, bien sea porque su “realidad” o su “cultura” introducen modificaciones significativas a la comprensión estandarizada y transnacional del tema. Se culmina de esta manera con una tesis, supongan ustedes, sobre “la noción de derechos de la mujer en el Magreb africano”. En suma, el multiculturalismo particulariza en razón de la relativización de la cultura.

Bien sea a través del positivismo, bien sea a través del multiculturalismo, lo cierto es que el estudiante proveniente de jurisdicciones periféricas o semi-periféricas logra crear un espacio de particularismo, un real estatus de excepcionalismo positivo o cultural que, si bien puede neutralizar la intervención de su disciplinadora audiencia del norte, también termina por marginalizar su producción intelectual. En teoría del derecho, sin embargo, estas opciones de particularización y neutralización no eran tan fáciles de usar en mi caso: en primer lugar, la particularización positivista en filosofía del derecho no parece ser de recibo porque, por definición, la iusfilosofía es un discurso sobre la naturaleza del derecho con abstracción hecha de las normas positivas concretas del sistema. Por tanto, argumentar que el preciso texto, por ejemplo, del Código Civil de Bello, genera un particularismo iusfilosófico fuerte es, cuando menos, un argumento poco atendible. De otro lado, la estrategia multiculturalista en defensa de una iusfilosofía latinoamericana tradicionalmente conduce a identificar a algún autor iusfilosófico local para mostrar que, también en el

terruño, se produce iusfilosofía exportable. Aunque comparto sin reservas el mérito de nuestros autores locales, sin embargo yo quería seguir hablando de Hart porque pensaba que su influencia era más potente en la configuración de una cultura jurídica contemporánea que el trabajo, muy meritorio, de Carlos Cossio en Argentina o de Luis Eduardo Nieto en Colombia.

Pero, la pregunta persiste, ¿por qué no es fácil alcanzar una particularización del discurso en el campo de la iusteoría? Primero, porque la iusteoría, como campo esencialmente erudito y académico del derecho, ha sido estructurada desde su inicio como una empresa verdaderamente transnacional. Por “empresa transnacional” quiero significar lo siguiente: los autores, argumentos y controversias llamados “iusteóricos” ocupan un campo por encima de lo nacional, lo regional o lo local en donde cierto tipo de conocimiento abstracto del derecho puede ser compartido y usado por gentes con diferentes antecedentes y en distintos contextos. En ese sentido obsérvese, por ejemplo, cómo es inmensamente más fácil que un jurista en América Latina sepa algo de iusteóricos anglosajones o alemanes por comparación a escritores dogmáticos de esas mismas tradiciones.<sup>8</sup> La iusteoría, después de todo, es el más abstracto de todos los discursos acerca del derecho y por este mismo motivo es el tipo de discurso académico que puede, con mayor facilidad, atribuirse cierta forma de desapego frente a minuciosidades regionales, nacionales o locales. El excepcionalismo o particularismo, es decir, la interpretación o aportación local que la gente de sitios exóticos o periféricos puede darle a algunos campos de la academia jurídica es más difícil de explotar en la iusfilosofía que en otros campos. La aceptación del particularismo en el derecho, bien sea por el camino positivista o por el camino multiculturalista que esbocé con anterioridad, apuntan a lo siguiente: la aceptación de la existencia de diversas interpretaciones locales de un mismo objeto epistémico constituye, al menos implícitamente, una crítica a una construcción hegemónica y pseudo-universalista del objeto por un número limitado de eruditos y de intereses asentados en países centrales que terminan monopolizando, desde un punto de vista igualmente particular, la lectura estándar, objetiva o universal de un campo jurídico. La difusión y aceptación de estrategias excepcionalistas o particularistas apuntan hacia una crítica del conocimiento etno, euro o anglo-céntrico. Esta estrategia ya

<sup>8</sup> El caso con los autores franceses es quizá opuesto pero esto no le quita mayor fuerza a la idea que estoy explorando.

ha sido desarrollada con gran dinamismo en campos tales como los derechos humanos o el derecho internacional. Estos temas son ahora tratados desde diferentes perspectivas culturales, históricas y geográficas.<sup>9</sup> Este creciente proceso de fragmentación geográfica de objetos de estudio tiene muy importantes implicaciones en la forma como se crea y transforma conocimiento en la academia jurídica. La iusfilosofía, mientras tanto, está menos inclinada a aceptar esta clase de perspectivismo y sigue adoptando un tono y metodología transnacional. Los autores, argumentos y países que participan en el debate con cierto grado de reconocimiento son todavía muy limitados si se les compara con la geografía global en expansión que empieza a verse en otros campos jurídicos.

En segundo lugar, viniendo de América Latina, y según nuestra propia admisión, no somos lo suficientemente exóticos o periféricos como para reclamar en nuestro favor una posición excepcionalista o particularista. Es en el subcontinente latinoamericano donde ha operado con mayor fuerza el proyecto asimilacionista de lo local con lo universal o general: Se trata, al menos en el imaginario colectivo, de una parte más del mundo occidental, aunque se trate de una parte “en desarrollo”,<sup>10</sup> “en transición a la democracia”,<sup>11</sup> y en donde nuevas oportunidades de inversión se presentan bajo la forma de “mercados emergentes”.<sup>12</sup> Somos, en esencia, miembros de la familia jurídica occidental (un gran paraguas civilizatorio que cubre tanto a la tradición romanista como al *common law*) y no poseemos una iusfilosofía o un derecho distintivos que pudieran ser usadas como fundamento para una contribución genuinamente exótica o alternativa a la jurisprudencia. Se podría aceptar, por ejemplo, que existe genuino interés por estudiar las ideas iusfilosóficas que subyacen los de-

<sup>9</sup> Para una discusión general del debate Universalista-Relativista en derechos humanos, véase Steiner, Henry y Alston, Philip, *Los derechos humanos internacionales en contexto* 192-255, 1996; Dalacuora, Katherina, *Islam, liberalismo y derechos humanos*, Londres, Tauris, 1998, pp. 6-38 y 192-199.

<sup>10</sup> Para un análisis de la “invención” del desarrollo y del tercer mundo, Véase Escobar, Arturo, *La invención del tercer mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo*, Bogotá, Norma, 1998.

<sup>11</sup> Al respecto véase, Nino, Carlos S., “Transition to Democracy, Corporatism and Constitutional Reform in Latin America”, 44, *U. Miami Law Review*, 129, 1989; Rosenfeld, Michel, “Constitution-Making, Identity Building, and Peaceful Transition to Democracy: Theoretical Reflections Inspired by the Spanish Example”, 19, *Cardozo Law Review*, 1891, 1998.

<sup>12</sup> Taylor, Celia R., “Capital Market Development in the Emerging Markets: Time to Teach an Old Dog Some New Tricks”, 45, *Am. J. Comp. L.*, 71, 1997.

rechos tradicionales o religiosos, tales como el Dharma hindú<sup>13</sup> o la Sharia islámica.<sup>14</sup> América Latina, por el contrario, está justo en el medio entre el mundo occidental normalizado y hegemónico y el mundo oriental exótico y subalterno, argumentando a veces que su asimilación con Occidente es completa, a veces reclamando los beneficios y privilegios de la diferencia identitaria *frente a* Occidente. A pesar del triunfo, al menos en nuestras mentes, del proyecto asimilacionista de América Latina, era claro que no por asimilados éramos iguales. Ser “igualado” no significa lo mismo a ser “igual”. A la asimilación subyace una dinámica de imitación, o como decían los filósofos clásicos griegos, de *mimesis*.<sup>15</sup> Desde Platón, sin embargo, la ontología occidental ha asumido, en perjuicio de nosotros sempiternos imitadores, que el producto mimético o imitativo es una *reproducción* en la que el original pierde claridad y fuerza existencial. La caverna, en el mito platónico, se caracteriza por ser el mundo de la *mimesis* en el que tan sólo se copian los objetos del mundo *real* que se sitúa, literalmente, allá arriba bajo la luz del sol. Este envilecimiento de lo mimético envilece así los productos iusfilosóficos de América Latina: al comienzo de nuestra vida republicana, cuando nuestros ideales de derecho y Estado imitaban cercanamente los de la República francesa, éramos simplemente reproducciones imitativas de acontecimientos europeos. Y ahora, a comienzos del siglo XXI, cuando nuestros ideales de derecho y Estado imitan cercanamente la “República comercial”<sup>16</sup> de los norteamericanos, nuestra iusfilosofía parece ahora una pálida sombra de nuevos autores y argumentos. Éramos, en un principio, copias europeas y ahora, quizás, copias norteamericanas.

Los estudiantes latinoamericanos de iusteoría, por consiguiente, tienen la tendencia a conformar sus propios estudios y esfuerzos a la estructura que esta visión transnacional les permite. Dos caminos parecen abrirse: Para nosotros, en primer lugar hay que ponerse al día, actualizar o estandarizar las lecturas y los proyectos intelectuales. Un ejemplo clarificará el asunto: yo pensaba, *antes* de viajar a Estados Unidos, que la obra de H. L. A. Hart era altamente innovativa y antiformalista (en comparación

<sup>13</sup> Véase en general, Lingat, Robert, *The Classical Law of India*, Nueva Delhi, Munshiram, 1993.

<sup>14</sup> Véase, en general, Noel J. Coulson, *Historia del derecho islámico*, Bellaterra, Barcelona, 2000.

<sup>15</sup> Platón, *República*, *passim*.

<sup>16</sup> Stephen L. Elkin, “The Constitutional Theory of the Commercial Republic”, 69, *Fordham Law Review*, 1933, 2001.

con la de Hans Kelsen) para simplemente descubrir que, en la academia norteamericana y medio de un contexto de interpretación distinto y más “normalizado” de la obra de Hart, estas dos características que había encontrado en mis lecturas locales eran simplemente equivocadas (o al menos así lo juzgaban mis profesores). Opuesto a mi interpretación local (¿errónea?), la obra de Hart era un buen ejemplo de un cierto tipo de teoría altamente formalista. Esto, de por sí, constituía (especialmente para algunas audiencias en el mundo norteamericano) una acusación contra esta teoría. Su influencia, su posicionamiento dentro del espectro de puntos de vista en la teoría legal contemporánea, eran también completamente diferentes a la visión local que nos habíamos formado de la misma: la obra de Hart no era tomada como un discurso particularmente crítico, como en principio lo pensé (y lo mismo ocurrió con otros miembros de mi cultura legal), sino que era considerada como una pieza fundamental diseñada para *restringir* o *moderar* las exageraciones de una escuela antiformalista de iusteoría denominada en los Estados Unidos “realismo jurídico”. En ese orden de ideas, era claro que la obra de Hart tenía diferentes significados en distintos lugares: en un escenario iusteórico post-realista, la obra de Hart era usada como dique de contención; en un escenario iusteórico pre-realista, como continúa siendo el latinoamericano, la obra de Hart tiene el claro potencial de acelerar y animar la crítica antiformalista del derecho.

El segundo camino abierto a los estudiantes latinoamericanos de teoría del derecho es el siguiente: luego de ponerse al día en relación a las lecturas estandarizadas de iusteoría transnacional, se les concede ahora la *posibilidad* de participar en el debate transnacional, aunque con algunas restricciones: por lo general su lugar dentro de una escuela es el de seguidores y promotores fieles de alguna iusteoría en la que se hayan matriculado por escogencia o por azar. Es fácil mostrar, por ejemplo, como muchas de las más genuinas e importantes contribuciones latinoamericanas a los estudios iusteóricos se ubican como continuaciones (si no meras repeticiones) de teorías transnacionales ya hiper-estructuradas.<sup>17</sup> Por

<sup>17</sup> Más adelante mostraré que a lo largo del siglo veinte los jurisconsultos locales han estado demasiado preocupados con tratar de interpretar *correctamente* a los autores internacionales y muy poco interesados en la conciencia jurídica efectiva que les rodea. La producción iusteórica reciente en Latinoamérica parece mantener esta orientación. Esto en sí mismo no es cuestionable. Pero a los jurisconsultos locales todavía les hace falta tener éxito para ser reconocidos como actores con voz propia en el espacio transnacional

consiguiente, uno tiene la tendencia a pensar que la iusteoría mexicana ha estado muy preocupado con la recepción, y en ocasiones, con el mejoramiento y refinación de la *Teoría pura* de Hans Kelsen; de la misma manera, se podría también decir que la iusteoría argentina trabajó en el aclimatamiento y desarrollo del análisis y la lógica jurídicas, primero de manera informal, como se ve en los trabajos de Carrió y Nino,<sup>18</sup> hasta llegar a altos grados de formalización, como los de Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin.<sup>19</sup> Curiosamente, la dedicación local de la iusteoría argentina tan sólo sea comparable con un enamoramiento analítico similar que se encuentra en la iusteoría polaca<sup>20</sup> o escandinava.<sup>21</sup>

## II. “SITIOS DE PRODUCCIÓN” Y “SITIOS DE RECEPCIÓN” EN LA TEORÍA TRANSNACIONAL DEL DERECHO (TTD)

Por razones de definición disciplinar hemos visto que es difícil particularizar el análisis iusteórico. La filosofía del derecho presenta un grueso blindaje frente a un posible asalto del perspectivismo teórico. De esta forma se genera la impresión de que la filosofía y las teorías del derecho son discursos abstractos de alcance global. En ese sentido, personas de Japón, Ghana, Alemania o Colombia pueden participar sin mayores obstáculos en la discusión transnacional sobre un mismo canon de lecturas, autores y argumentos. Este campo intelectual transnacional en el que los iusteóricos nos hallamos inmersos podría denominarse *Teoría transna-*

de la teoría jurídica. Siguiendo esta tendencia, véase Atria, Fernando, “Legal Reasoning and Legal Theory Revisited”, 18, *Law and Philosophy*, 537, 1999 (Atria es profesor en la Universidad de Talca, Chile); Lindahl, Hans, “Authority and Representation”, *Law and Philosophy*, 2000 (Lindahl, de ascendencia europea, estudió derecho en Bogotá, y ahora enseña en la Universidad de Tilburg en Holanda); Arango, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el derecho?*, Bogotá, Uniandes, 1999 (Arango es profesor de derecho en la Universidad Nacional de Bogotá).

<sup>18</sup> Carrió, Genaro, “Los conceptos jurídicos fundamentales de W. N. Hohfeld”, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 303-320; Nino, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1980, pp. 63-100.

<sup>19</sup> *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>20</sup> Wroblewsky, Jerzy, *Meaning and Truth in Judicial Decision*, Helsinki, Juridica, 1979; Wroblewsky et al. (eds.), *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht*, Berlin, Duncker, 1985.

<sup>21</sup> Véase en general, como una fiel expresión de la teoría analítica anunciada por Alf Ross, Hernández Marín, Rafael, *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.



*cional del derecho* (a la que me referiré, de aquí en adelante, con las siglas TTD). Este concepto será muy importante para el resto del análisis. Con el mismo quiero definir un tipo de literatura, ideas y argumentos iusteóricos que cruzan los fronteras nacionales mucho más fácilmente que los libros y análisis de doctrina o comentario legal-positivo. El importe de TTD es hábilmente capturado por uno de los más importantes iusteóricos transnacionales, Hans Kelsen, cuando en la primera edición de su *Reine Rechtslehre* (1934) insiste en el hecho de que su obra no versa sobre un sistema legal específico sino sobre las bases teóricas de cualquier sistema legal posible. La TTD también está adecuadamente caracterizada por el iusteórico alemán Theodor Viehweg, para quien la jurisprudencia 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 los dogmática, regla y técnica de un sistema legal nacional.<sup>22</sup>

La TTD se produce comúnmente en un *lugar* que me gustaría caracterizar abstractamente como “sitio de producción”.<sup>23</sup> Un sitio de producción parece ser un medio especial en donde se producen discusiones iusteóricas con altos niveles de influencia transnacional sobre la naturaleza y las políticas del derecho. Los sitios de producción están usualmente afincados en los círculos intelectuales e instituciones académicas de naciones-Estados centrales y prestigiosos. Por consiguiente, los países centrales generan los productos más difundidos de TTD, productos que con el tiempo son circulados por la periferia, para finalmente venir a constituir globalmente el canon normalizado del campo.

Cuidadosamente examinadas, es patente que las iusteorías formadas en sitios de producción son también el producto de circunstancias políticas y sociales muy concretas. Sin embargo, su transplantabilidad global y su valor “general” y “objetivo” depende del hecho crucial de oscurecer

<sup>22</sup> Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 36 y 37.

<sup>23</sup> Quiero insistir en que hay una distinción iusteórica relevante entre sitios de producción y sitios de recepción. Varios autores han trabajado ya las consecuencias para teoría del derecho que se derivan de la distinción entre “contextos de descubrimiento” y “contextos de justificación”. Véase Norris, Christopher, “Sociology of Knowledge”, *Cultural and Critical Theory*, Payne, Michael (ed.), Oxford, Blackwell, 1996. La misma distinción ha sido ampliamente usada por Martin Golding, “Jurisprudence and Philosophy in Twentieth Century American: Mejor Themes and Developments”, 36, *J. Legal Educ.*, 441, 1986.

o minimizar los contextos específicos en que dichas iusteorías se forjaron. Una posible razón que justifica la minimización de la contextualidad en que la iusteoría nace en los sitios de producción parece ser que en tales localidades los lectores de iusteoría leen o decodifican los textos en *ambientes hermenéuticos ricos*: En estos ambientes el lector posee acceso extratextual a un rico bagaje de información contextual que comparte con el autor del argumento iusteórico aparentemente abstracto. Esta información extratextual, que completa la información tan sólo sugerida en los textos, se comparte entre autor y lector a partir de una experiencia social y jurídica compartidas, expresada particularmente en una comprensión común de la educación jurídica y de las prácticas, fuentes, instituciones, tradiciones y desafíos del derecho dentro de un mismo sistema jurídico compartido. Este conocimiento presupuesto entre autor y lectores en sitios de producción permite un doble proceso: los argumentos iusteóricos presuponen un contexto material (problemas o preocupaciones sociales, doctrinarios, económicos específicos al autor), pero en la medida en que ese contexto se supone culturalmente alcanzable por el lector en el sitio de producción a partir de algunas pocas trazas escriturales específicas, se termina por suponer que el lector terminará haciendo una lectura correcta, o por lo menos, normalizada de la iusteoría que se le ofrece.

La contracara de los *sitios de producción* son los *sitios de recepción*. La iusteoría producida dentro de un sitio de recepción, por lo general, ya no tiene la persuasividad y circulación amplia de la TTD, sino que, por el contrario, uno estaría tentado a hablar mejor de iusteoría “local”, “regional”, “particular” o “comparada”.<sup>24</sup> Con estos nombres quiero hacer referencia a los conceptos o sistemas iusteóricos particulares que dominan en países periféricos o semi-periféricos<sup>25</sup> En teoría del derecho,

<sup>24</sup> Una de las pocas disciplinas jurídicas en donde América Latina ha hecho un aporte aún no exotizado por la academia internacional es en derecho internacional. La temprana liberación de las colonias de España en el siglo XIX ayudó a crear un sistema de Estados en los que se creó tempranamente una costumbre de alcance regional. Esta costumbre regional tiene cierto prestigio en el discurso jurídico internacional. Véase Obregón, Liliana, *Derecho internacional criollo* (en los archivos del autor).

<sup>25</sup> Tomo este concepto de la teoría del “sistema-mundo”. Véase en general Shannon, Thomas, *An Introduction to World-System Perspectives*, 2a. ed., Westview, 1996. Esta terminología ha sido usada por Boaventura de Sousa Santos. Su obra, sin embargo, es usualmente clasificada como “sociología del derecho” y no como teoría jurídica. Para que algo sea considerado teoría jurídica debe esto último conformarse a ciertos criterios

como en muchas otras áreas de derecho, estos países transplantan o usan ideas originadas en jurisdicciones prestigiosas. Estas jurisdicciones prestigiosas, según los comparativistas, son las figuras parentales de *familias jurídicas*. Las jurisdicciones periféricas son los *hijos* de las familias, y su misión, como en las familias humanas, es aprender, mediante mimesis de sus padres. En los sitios de recepción la actividad de lectura de la iusteoría se realiza en medio de *ambientes hermenéuticos pobres*. Con esto quiero decir que el autor y sus lectores periféricos comparten muy poca información contextual acerca de las estructuras jurídicas subyacentes o las coyunturas políticas o intelectuales específicas en las que nació el discurso iusteórico. Esta invisibilidad de una rica información contextual y material refuerza, por lo menos para el lector periférico, la apariencia de que la filosofía del derecho es una *rumiación* abstracta sobre la naturaleza de cualquier sistema legal posible. Sin embargo, cuando confrota su lectura con la obtenida en *ambientes hermenéuticos ricos* recibe la descorazonadora noticia que su comprensión es subestándar.

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

de abstracción. La ubicación particular de un texto (y muy en especial si esa ubicación es periférica) lo relega al discurso descriptivo, nunca normativo. Yo creo, de otra parte, que hay mucho más que sociología del derecho en las iusteorías locales. En la iusteoría local periférica existe un auténtico conocimiento acerca de la naturaleza general del derecho del cual pueden beneficiarse personas en otros sitios. Véase Boaventura de Sousa, Santos, *De la mano de Alicia*, Bogotá, Uniandes, pp. 373-454.

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

En la literatura que explora la lectura contextual de teorías y las mutaciones teóricas por razón de transplante, me parece que existen dos posibles caminos explicativos del papel de los nuevos “ambientes” en la mutación teórica: de un lado, existen la posibilidad de hacer una comprensión institucional-material del viaje teórico de acuerdo con el cual las modificaciones de la teoría transplantada son generadas por su implementación dentro de nuevas estructuras institucionales y por actores sociales diferentes que no son idénticos a los que primero se encontraron en el sitio de producción.<sup>26</sup> Según esta forma de ver las cosas, por ejemplo, el transplante de ideas liberales en América Latina estaría condicionado por la existencia de estructuras sociales patrimonialistas, clientelares y anti-individualistas que, por fuerza, generaron una mutación en la comprensión local del liberalismo.<sup>27</sup> Por otro lado, hay una comprensión del viaje teórico que hace énfasis en el hecho de que los nuevos ambien-

<sup>26</sup> Véase en general Sikkink, Kathryn, *Ideas and Institutions: Developmentalism in Brazil and Argentina* Cornell, Ithaca, 1991; Hall, Peter (ed.), *The Political Power of Economic Ideas: Keynesianism across Nations*, Princeton, 1989; Wagner, Peter; Hirschon Weiss, Carol; Wittrock, Björn y Wollman, Hellmut (eds.), *Social Sciences and Modern States: National Experiences and Theoretical Crossroads*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

<sup>27</sup> Las ideas originales pueden verse, por ejemplo, en Weber, Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, Península, 1979; la recepción local está en López M, Alfonso, *La stirpe calvinista de nuestras instituciones políticas*, Bogotá, Tercer Mundo, 1966.

tes para la teoría transplantada no están en realidad primariamente conformados por arreglos institucionales o materiales (reales) sino por redes (culturales) de textos, ideas e imaginarios compartidos por quienes hacen el trasplante. Este entendimiento del contexto es cultural e intertextual en vez de ser socio-político y material, como parecería sugerir el primer modelo. El último modelo está, entonces, más preocupado con el impacto de teorías transplantadas en redes de conciencia construida, tal como se expresa en nociones contemporáneas de crítica literaria tales como intertextualidad o dialogismo.<sup>28</sup> De esta forma, la mutación local que se hizo de la *Teoría pura del derecho* de Hans Kelsen no obedece a características sociológicas de la población colombiana o de la profesión jurídica, sino al dominio teórico previo que concentró, desde la expedición de los códigos nacionales, el positivismo jurídico francés del siglo XIX.

Estos dos modelos esbozan dos mecanismos distintos mediante los cuales se hace el tranplante teórico. En el primero, mi concepto de “sitio de recepción” se inclina hacia una formación social específica en que las teorías mutan. En el segundo, la idea de “sitio de recepción” parece señalar a una red intertextual donde nuevas ideas o teorías sufran modificaciones dentro de la esfera discursiva. La primera es, si se quiere, una teoría materialista de la mutación eidética, mientras la segunda es una teoría culturalista de ese mismo fenómeno. Lo primero, por regla general, es parte de estudios de historia social o sociología, mientras lo segundo es, con mayor frecuencia, parte de estudios de historia de las ideas o de teoría general del campo, sin más. Me parece importante, a este altura, señalar provisionalmente bajo qué modelo de viaje teórico voy a estructurar las reflexiones que siguen.

Antes de decidir quiero, sin embargo, presentar un argumento que tendrá peso decisivo en el modelo a adoptar: La selección entre estos modelos determina si los estudios teóricos realizados en sitios periféricos o subordinados pueden ser propiamente considerados como “teoría del derecho” o si, de acuerdo con la práctica actual, siguen siendo relegados pertenecen y marginalizados como ejemplos de historia intelectual o de

<sup>28</sup> Mi inspiración general se encuentra en tres autores: Zea, Leopoldo, *La filosofía americana como filosofía sin más*, México, Siglo XXI, 1969, pp. 9-43; Bajtin, Mikhail M., *The Dialogic Imagination*, Austin, University of Texas Press, 1981, pp. 84-258; Bloom, Harold, *A Map of Misreading*, Oxford, Oxford University Press, 1995; Bloom, Harold, *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry*, 2a. ed., Oxford, Oxford University Press, 1997.

sociología jurídica o del conocimiento. Al escoger entre los modelos “materialista” y “cultural” del viaje teórico, es importante tener en cuenta que ninguno de las dos es correcto en términos absolutos cuando se le compara con el otro. Ambos modelos sugieren caminos plausibles de investigación; en ese sentido, ambos modelos son correctos, dependiendo de la meta fijada y del campo académico al que pretendan contribuir. De reciente, como puse de relieve hace poco, ha aparecido una literatura en las ciencias sociales que se ha concentrado en el impacto de la de la particularidad local sobre la teoría transnacional. Este tipo de literatura está todavía muy lejos de ser dominante, pero ya muestra un interesado distanciamiento respecto del valor incondicional y universal de la teoría social, o en nuestro caso, de la TTD. Al repasar esta literatura, sin embargo, es fácil mostrar que estos recientes esfuerzos por explicar los trasplantes y viajes teóricos han sido ejecutados privilegiando el modelo que llamé “materialista”. Según esta explicación, los procesos mediante los cuales las teorías transnacionales interactúan o reaccionan ante contextos ha sido conceptualizado como el impacto que dichas teorías ejercen cuando son desplegadas en nuevas circunstancias materiales, tales como instituciones, *mores* o actores locales. Esta escogencia ha creado, sin embargo, varios obstáculos insuperables para los investigadores semi-periféricos que aún pretenden contribuir a discursos de fuente inclinación normativa o teórica (como es el caso de la filosofía y teoría del derecho). En especial, esta predilección por la lectura materialista del viaje teórico ha tendido a subestimar la importancia de las teorías locales o particulares: Como se estudian en función de la reacción entre ideas viajantes y grupos e instituciones sociales, se crea la firme impresión de que pertenecen a discursos meramente descriptivos, como la sociología, la antropología y la historia de las mentalidades y de las ideas, desechándose por esa vía el valor autónomo que como *teoría* pudieran tener. Por esa razón, los estudios del desarrollo de las ideas iusteóricas en sitios de producción son inmediata y naturalmente presentados como filosofía o teoría del derecho; ese mismo desarrollo, para el caso de países periféricos *receptivos*, es presentado, con igual naturalidad, como antropología, sociología o historia del derecho y sus ideas.

Esta selección del modelo materialista y el relativo descuido del modelo cultural revela una tendencia implícita a negar la posibilidad de estudiar con seriedad las iusteorías locales o particulares en su propio valor

teórico. Así, cuando uno desea saber, por ejemplo, qué le sucede a una teoría jurídica cuando viaja y se aclimata en nuevas instituciones constitucionales o *mores* y hábitos nacionales, los productos de la iusteoría local periférica tienden a ser leídos materialmente como contribuciones a la historia, la sociología o la antropología del derecho. Por consiguiente, rara vez dichos productos son considerados dentro de sus contextos inter-textuales o culturales, esto es, como productos teóricos en sí mismos que tratan de resolver, para el nuevo contexto, los problemas generales que la teoría (cualquier teoría) tiene como misión esclarecer. Cuando estos textos ya no son vistos como adaptaciones antropológicas de un tema europeo (¡observad qué interesante: Los criollos también beben vino!) sino como verdaderas contribuciones a la creación del conocimiento en la materia (¡observad: hay conocimiento vitivinícola en América Latina que no poseíamos con anterioridad!) se da un paso cualitativo fundamental para aceptar el modelo difusionista y perspectivista de teoría del derecho que se entrevía más arriba. En realidad, según creo, la tarea propiamente normativa de cualquier teoría, contrario a los deberes descriptivos de la sociología, la antropología y la historia, no se relaciona en últimas con la cualidad intrínseca de los textos de una tradición: no es condición necesaria tener abundancia de teóricos del derecho para que una jurisdicción nacional tenga representaciones teóricas sobre el derecho. Es más: la marca definitoria de países como Colombia es que la mayor parte de su teoría del derecho relevante se ha desarrollado en textos que se presentan como antiteóricos o que no tienen como objetivo primario la reflexión ius-filosófica. Por tanto, reitero, la misión normativa de la iusteoría se puede reconstruir en un diálogo permanente entre los textos que se producen en una determinada cultura jurídica. En el presente texto pretendo presentar una tal reconstrucción de la teoría local del derecho. El cambio en actitud es ya no observar esos textos como libros dogmáticos, o como meras trazas de la historia de las ideas: más bien se trata de cambiar la óptica para observar en esos textos, por razones de su influencia cultural, cómo se presentan y resuelven pretensiones de validez teórica. Este desempeño de pretensiones clásicas del discurso normativo (de la iusfilosofía o de la iusteoría) ocurren, por necesidad aunque con distintos niveles de conciencia y apropiación, en toda jurisdicción, central o periférica, que tenga una práctica jurídica formalizada. Estas pretensiones normativas, si se les puede considerar apropiadamente de esta manera, tienen cierto grado de autonomía frente el mundo de la rea-

lidad y de los hechos. Sin embargo, los productos iusteóricos elaborados en sitios de recepción muy pocas veces son considerados, desde la perspectiva de las pretensiones propiamente teóricas, como contribuciones legítimas a la lógica, la epistemología o la ética del derecho. Los textos periféricos se trasladan al campo de lo descriptivo gracias al constante hábito de leerlos dentro del modelo materialista. Si es que acaso permanecen en el ámbito de lo normativo, son leídos consistentemente como extensiones de pensamiento europeo, esto es, en total abstracción de cualquier tipo de contexto local. En mi opinión, considerarlos como contribuciones genuinas a la filosofía del derecho no es tanto una consecuencia de alguna característica “objetiva” de su textualidad interna sino una decisión por parte del lector. Gran parte de los textos que se ufanan de tener un valor filosófico normativo son simplemente el resultado de la disposición del lector para considerar, al interpretar dicho texto, que es posible extraer de allí rendimientos teóricos por encima a su mero valor facial en la dogmático, lo sociológico, lo histórico o lo antropológico.

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

La lectura materialista de estos mismo textos, por otra parte, nos desplaza hacia un entendimiento sociológico, histórico, antropológico o meramente dogmático de las ideas. Este tipo de investigación es, por



supuesto, importante y legítima.<sup>29</sup> Sin embargo, una tradición de pensamiento jurídico en la que (1) las ideas jurídicas son apenas momentos o etapas históricas y/o sociológicas, unido al hecho (2) de considerar dichas ideas como una mera extensión de la iusteoría europea o global, han finalmente generado una devaluada práctica jurídica regional en la que, se supone, no existe ninguna teoría o reflexión valiosas. Este resultado, en sus propios términos, es en verdad muy extraño. La prevalencia de estudios basados en contextos materiales o institucionales de ideas impide una participación genuina de académicos periféricos en el debate propiamente iusteórico ya que los sitúa en los márgenes del tema.

Una segunda característica relacionada con esta preferencia por los contextos materiales e institucionales tiene que ver con la escogencia de marcos temporales para el análisis. Los contextos materiales que unen las ideas iusteóricas a instituciones locales tienen la tendencia a tratar de mostrar las conexiones existentes entre estas formas da la conciencia jurídica con la infraestructura material de la nación. En este sentido, los contextos materiales usualmente definen periodos de tiempo más extensos, de larga duración, la tendencia nuevamente es para considerar puntos de referencia espaciales más amplios en los que lo local una vez más se revela a sí mismo *simplemente* como una parte de ideas universales. En estos marcos de tiempo ampliados, el espacio geográfico es igualmente amplio, lo que conduce de nuevo a sugerir que lo local es meramente un aspecto o parte de ideas cuya espacio y tiempo son propiamente universales. El análisis de las iusteorías locales también tiene esa tendencia a extender el marco temporal. Quizá sea por esto que si uno busca en la literatura latinoamericana la forma como se analizan ideas iusteóricas, se termina encontrando dos formas de escape: De un lado, las ideas no tienen especificidad local y son sin más parte de un mundo universal de reflexión iusteórica; del otro, las ideas son parte de la historia y de la sociología de siglos pasados sin relevancia teórica contemporánea. Esto explicaría, de un lado, la existencia de múltiples trabajos de

<sup>29</sup> Hay una creciente literatura de estudios locales en Colombia que exploran este punto de vista. Véase Jaramillo, Jaime, *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Bogotá, Planeta, 1996; Quevedo, Emilio (ed.), *Historia social de las ciencias en Colombia: Fundamentos teórico-metodológicos*, Bogotá, Colciencias, 1993; Kalmanovitz, Salomón et al. (eds.), *Historia social de la ciencia en Colombia: ciencias sociales*, Bogotá, Colciencias, 1993; Leal, Francisco y Rey, Germán, *Discurso y razón: una historia de las ciencias sociales en Colombia*, Bogotá, Uniandes, 2000.

historia de las ideas dedicados a los siglos XVIII y XIX; en contraste, uno encuentra múltiples trabajos de TTD dedicados al siglo XX, pero en que la contextualización material de las ideas cede frente a las trampas que interpone la creencia en una teoría universal del derecho. En la literatura publicada, si uno quiere aventurarse a investigar acerca de la especificidad regional de ideas jurídicas en América Latina, es más o menos claro que existe un predominio de los temas y autores de los siglos XVIII y XIX. La historicidad y particularidad local del siglo XX, esto es, la historicidad y particularidad locales de la consciencia jurídica actualmente dominantes son infortunadamente ignoradas.

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

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

La *influencia* es, primero, una herramienta utilizada en historia de las ideas que se concentra en el conjunto de lecturas que una nación, autor o cultura ha hecho y que marca, a su vez, el estilo en que este receptor se expresa. Sin embargo, el concepto de influencia (a veces análogo al de “transplante” que se utiliza en derecho comparado) simplifica exageradamente el análisis: Se observa con frecuencia que si se descubre una “influencia” se es permitido dejar de hablar acerca del objeto directo de interés (lo influenciado) para proseguir examinando su fuente (lo influyente). Con esta sencilla esquematización, la teoría jurídica latinoamericana es fácilmente descartada y clasificada como un subproducto de la iusteorías nacidas en otras tradiciones. Así como en derecho comparado se predica la influencia que el sistema legal latinoamericano ha recibido

del nor-atlántico, así también su iusteoría parece ser un fenómeno dependiente de elaboraciones surgidas en otros lugares. Si se le compara con otros sitios periféricos de recepción, América Latina parece ser uno de los sitios iusfilosóficos menos interesantes ya que es considerado como un mero apéndice del pensamiento jurídico europeo. Con la noción de *influencia* también aparecen los conceptos de *escuela* y *discípulo*. Un maestro, el originador, posee ideas poderosas que, por vía de influencia son aceptadas por discípulos dentro de una *escuela*. Todo este lenguaje metafórico, proveniente del taller artesanal, fue importado a las dinámicas intelectuales de difusión e influencia. En ese orden de ideas, la iusteoría latinoamericana puede ser descrita como la influencia que TTD ha tenido en la región. El resultado ha sido la formación, por parte de *discípulos*, de *escuelas* locales que pretenden, no tanto transformar una doctrina, como defenderla y aplicarla a sistemas legales que se presumen convergentes con los contextos de producción de la teoría.<sup>30</sup> Para los discípulos periféricos las opciones son estrechas: Pueden, primero, reproducir la obra original, tratando de mostrar una comprensión estándar de su significado y direccionalidad. En esta forma de recepción se evidencia aplicación, pero no originalidad. Esta opción es difícil de ejecutar luego de realizado el trasplante teórico dada la distancia que siempre existe entre sitios de producción y sitios de recepción. En segundo lugar, el receptor periférico puede producir, y este termina siendo el escenario más común, una lectura subestándar de la obra original: realiza una *mala lectura* o *transmutación* que exige corrección y estandarización. Esta forma de barbarización del conocimiento se expresa en lecturas locales *vulgares* que se distancian del *verdadero* significado del autor. Baste con mencionar, para efectos de ilustración, la relación tormentosa de crítica y afecto que se siente hacia las *vulgatas* locales de Karl Marx y Hans Kelsen. Finalmente, está el camino de acceso a la originalidad, esto es, la participación activa en la producción iusteórica, ya sea dentro de una escuela o por fuera de las mismas, como fundador de un movimiento autónomo. Este camino de la originalidad, en cualquiera de sus dos formas, es raramente reconocido a iusfilósofos latinoamericanos que son siste-

<sup>30</sup> Kelsen y Hart han sido “maestros” de las dos más importantes escuelas en la región, especialmente la escuela mexicana de Kelsenianismo y la escuela analítica argentina. A pesar de la evidente proximidad teórica de Kelsen y Hart en la TTD, parecen ser enemigos mortales en iusteoría regional.

máticamente clasificados como discípulos de escuela, y aún peor, como vulgarizadores (transmutadores) de ideas.

Una forma privilegiada de develar la estructura epistemológica y política con la que se va creando una *teoría transnacional del derecho* consiste en analizar la publicación, entre 1945 y 1970, de la *20th Century Legal Philosophy Series*, por parte de Harvard University Press. El objetivo de la serie, que alcanzó a publicar ocho volúmenes, era desensimismar a la cultura iusteórica estadounidense de su reconocido parroquialismo mediante la selección y traducción al inglés de la teoría del derecho que estaba siendo producida en otras partes del mundo. La serie constituye, en ese sentido, un claro esfuerzo de “internacionalizar” la filosofía del derecho, muy en consonancia con el clima general prevalente después de la Segunda Guerra Mundial. La serie, por esas razones, constituye un laboratorio excelente para examinar la formación de una filosofía internacional del derecho (TTD), al tiempo que revela con claridad el funcionamiento interno entonces prevalente de los conceptos de “influencia” y “transplante teórico”. La publicación de esta colección es tanto más reveladora si se considera que el tercer volumen de la serie fue dedicado a la filosofía legal latinoamericana en un libro del mismo nombre, *Latin American Legal Philosophy*, editado por Josef Laurenz Kunz, profesor de la Universidad de Toledo (Ohio, Estados Unidos). Los otros volúmenes de la serie, por contraste, son exclusivamente destinados a explorar el significado de ideas iusfilosóficas europeas. El tomo sobre América Latina es excepcional al ser el único que intenta dar cuenta de las ideas iusfilosóficas dominantes en países periféricos.<sup>31</sup> Pero, como será evidente en el análisis subsiguiente, el propósito final es mostrar cómo América Latina es una extensión clara del proyecto civilizatorio de occidente, y en particular, de su concepción de juridicidad. Esta afiliación era asaz importante precisamente en la segunda postguerra, ya que la pretendida convergencia iusteórica facilitaba el proyecto de un derecho mundial que se desprendía de los nuevos desarrollos en derecho internacional y la creación de la ONU. La introducción al volumen sobre iusfilosofía latinoamericana contrasta notablemente a las que se dedican,

<sup>31</sup> Junto con la latinoamericana, hay sólo otro ejemplo de una iusteoría “exótica”: En 1951 se publica un volumen dedicado a la iusteoría soviética: Babb, Hugh (trad.), *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1951. En la Guerra Fría, sin embargo, la teoría soviética del derecho no puede ser considerada como “periférica”.

por ejemplo, a Kelsen (volumen I),<sup>32</sup> a la jurisprudencia alemana de intereses (volumen II),<sup>33</sup> a la iusfilosofía de Lask, Radbruch y Dabin (volumen IV),<sup>34</sup> a la teoría soviética del derecho (volumen V),<sup>35</sup> a la traducción de los pasajes de interés iusteórico de *Wirtschaft und Gesellschaft* de Max Weber (volumen VI),<sup>36</sup> al libro de Petrazycki sobre la relación entre derecho y moral (volumen VII)<sup>37</sup>, o, finalmente, a los institucionalistas franceses (volumen VIII).<sup>38</sup> En las introducciones a estos libros se tiene la impresión de estar lidiando con tradiciones iusteóricas autónomas, complejas y altamente transformadoras de la cultura jurídica local. Esas escuelas son así el producto de procesos endógenos de evolución teórica, firmemente asentadas y con vocación de influir sobre la práctica cotidiana del derecho. Frente a estas tradiciones *fuertes*, los estadounidenses demuestran curiosidad de aprender y subrayan, ante todo, la diferencia y la originalidad con la iusteoría extranjera. En el volumen sobre América Latina, en cambio, el énfasis es puesto, no tanto en la autonomía, diferencia y originalidad, sino en la continuidad e influencia que los criollos exhiben respecto de los europeos. Por eso, América Latina y sus autores, aunque tratados con respecto, son una tradición iusteórica *débil*, en la que el mérito consiste, precisamente, en el mimetismo y la alineación con lo europeo. Igualmente notable es el alto nivel de abstracción de la iusfilosofía latinoamericana, verdaderas reflexiones profesoras que, a diferencia de sus contrapartes europeas, se ubican a gran distancia de las preocupaciones corrientes de la práctica profesional.

Resulta ilustrativo analizar la Introducción que Joseph Kunz escribe para el volumen *Latin American Legal Philosophy*, de 1948. El texto comienza citando a un jurisconsulto y comparativista latinoamericano, Enrique Martínez Paz, quien acepta el truísmo de que “en todas las na-

<sup>32</sup> Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Harvard University Press, 1945.

<sup>33</sup> Schoch, Magdalena (ed.), *The Jurisprudence of Interests*, Cambridge, Harvard University Press, 1948.

<sup>34</sup> Wilk, Kurt (ed.), *The Legal Philosophies of Lask, Radbruch and Dabin*, Cambridge, Harvard University Press, 1951.

<sup>35</sup> Babb, Hugh, *Soviet Legal Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1951.

<sup>36</sup> Rheinstein, Max (ed.), *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, Harvard University Press, 1954.

<sup>37</sup> Petrazycki, León, *Law and Morality*, Cambridge, Harvard University Press, 1955.

<sup>38</sup> Broderick, Albert (ed.), *The French Institutionalists*, Cambridge, Harvard University Press, 1970.

ciones latinoamericanas, el pensamiento jurídico filosófico ha seguido en su evolución, aunque con cierta tardanza, el ritmo del pensamiento europeo continental.”<sup>39</sup> La iusfilosofía, así entendida, es una empresa conjunta, universal, que se encamina progresivamente hacia la develación de la esencia del derecho. Algunos, sin embargo, por estar ubicados en regiones periféricas del mundo, parecen empeñarse en reinventar la rueda con cierta tardanza.<sup>40</sup> Luego de establecer esta premisa de continuidad teórica, el texto de Kunz es una presentación de los principales tópicos de iusfilosofía latinoamericana en la primera mitad del siglo XX. Esta presentación nos ayudará a definir el cambio de enfoque que yo quisiera proponer para la iusfilosofía latinoamericana. En especial, la “introducción” de Kunz saca a la superficie las condiciones de posibilidad de iusteorías locales y periféricas dentro de la estructura cognitiva de la teoría transnacional del derecho en boga a mediados del siglo XX.

La primera y muy importante caracterización que hace la “introducción” de Kunz es que la iusfilosofía latinoamericana no es, en ningún sentido de la palabra, *propiamente* latinoamericana. El pensamiento jurídico en la región pertenece a una comunidad más amplia de pensamiento europeo,<sup>41</sup> 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 periodos 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 periodo entreguerras tal y como lo des-

<sup>39</sup> Kunz, Joseph (ed.), “Latin American Legal Philosophy”, *20th. Century legal Philosophy Series*, vol. III, Cambridge, Harvard University Press, p. XIX.

<sup>40</sup> Véase Bloom, Harold, *A Map of Misreading*, Oxford University Press, Oxford, 1995. En este libro Bloom resalta la relevancia del “atraso” y del “llegar tarde” en la dinámica de la influencia poética. Como mostraré *infra*, la grilla de análisis de Bloom ofrece una mirada profunda a la cuestión general de la influencia en la iusfilosofía.

<sup>41</sup> La misma comunidad es subrayada por J. Mayda cuando hace el mapa de los diferentes usos de la palabra “jurisprudencia” en pensamiento legal. Mencionando al juriconsulto brasileño Miguel Reale, Mayde habla de ideas legales “formuladas en el contexto de la tradición europeo-latinoamericana”. Mayda, Jaro, *Francois Geny and Modern Jurisprudence*, Baton Rouge, Louisiana University Press, 1978, p. 109.

cribió en su momento la fenomenología husserliana.<sup>42</sup> A continuación examino en mayor detalle esta doble proyección.

En primer lugar, Kunz ofrece una periodización del pensamiento iusfilosófico latinoamericano que está claramente marcada, no por eventos o circunstancias propias de la región, sino por el marco de referencia de la filosofía general europea. La periodización resultante es extraña; la sincronía es difícil de comprender, incluso para latinoamericanos que acepten sin objeción el proyecto de asimilación regional a Europa. De acuerdo a Kunz, “en el periodo colonial de Latinoamérica, la filosofía escolástica prevaleció. Después del comienzo de la independencia, la influencia francesa fue esencial en toda Latinoamérica. Esto significó, en la filosofía del derecho, la predominancia del derecho natural francés del siglo XVIII”.<sup>43</sup> Justo después de esta época de iusnaturalismo, “los pensadores latinoamericanos trataron de destruir las doctrinas teológicas y metafísicas y, para lograr este fin, hicieron uso de Herbert Spencer y, especialmente, de Auguste Comte”. Este periodo que abarca de 1870 hasta 1925 estuvo dominado “por un positivismo agnóstico, desdén por la metafísica, hostilidad hacia el derecho natural, repudio de la especulación metafísica por su carácter acientífico, y por el creciente prestigio de las ciencias naturales”. Después de 1925, la dominación de la filosofía de Comte comenzó a desvanecerse, siguiendo nuevamente los sucesos europeos: “La *situación actual* —diagnostica Kunz en 1948— se caracteriza por el hecho de que la filosofía general y la filosofía del derecho latinoamericanas han seguido de nuevo el ritmo del pensamiento europeo continental, especialmente un desarrollo dual de la filosofía y la jurisprudencia alemana y austríaca”. Este “desarrollo dual” se refiere, según Kunz, al trasplante jurisprudencial del neo-Kantianismo de Marburgo,<sup>44</sup> en primer lugar, y enseguida, de la teoría pura del derecho de Hans Kelsen.<sup>45</sup> A partir de la preponderancia regional de este desarrollo dual, el volumen editado por Kunz pretendía dar una visión global del

<sup>42</sup> Una lectura Husserliana de las faenas de la teoría jurídica, una lectura de la razón en crisis en América Latina se manifiesta, por ejemplo, en el trabajo del colombiano Nieto Arteta, Luis E., *Lógica, fenomenología y formalismo jurídico*, Medellín, Universidad Bolivariana, 1941.

<sup>43</sup> Kunz Joseph, *Latin American Legal Philosophy*, *supra*, nota 39, p. XIX.

<sup>44</sup> “El mismo movimiento [como el de Europa] contra el positivismo y hacia el neo-kantianismo tuvo lugar en la jurisprudencia latinoamericana”. *Ibidem*, p. XX.

<sup>45</sup> “Pero la mayor influencia en la teoría latinoamericana del derecho la ejerce en la actualidad Hans Kelsen”. *Ibidem*, p. XIX.

pensamiento legal de vanguardia en la región. Por tal razón, el libro es una vitrina de autores latinoamericanos para el naciente mercado estadounidense de teoría transnacional del derecho. Los autores escogidos son un guatemalteco-español, Luis Recaséns Siches; un argentino, Carlos Cossio; un mexicano, Eduardo García Máynez; y por último, un uruguayo, Juan Llambías de Azevedo. Aunque la hegemonía de Kelsen era obvia en todos estos autores, también era cierto que ellos estaban transplantando hacia la región otros tipos de filosofía académica contemporánea, a saber, la fenomenología (Husserl)<sup>46</sup> y el existencialismo (Heidegger). Esta influencia marcada tanto de la filosofía como de la iusfilosofía alemanas genera la ficción de un espacio transnacional en el que el comentarista local puede divagar libremente en compañía de sus colegas europeos: “Puesto que la filosofía del derecho de los autores arriba citados acepta, en distinto grado, las filosofías de Husserl, Scheler, Hartman, Dilthey, Heidegger y Ortega y Gasset, *es pertinente considerar el estatus de estas filosofías*”.<sup>47</sup> La voz de los influenciados deja de hablar por sí misma, y los influyentes retoman la prioridad: “Es el movimiento fenomenológico el que inspira la mayor parte de la jurisprudencia latinoamericana. Por consiguiente sería de ayuda describir brevemente ciertas características destacadas de la filosofía fenomenológica ya que los escritos presentados en este volumen están muy relacionados con ella...”.<sup>48</sup> Mediante este expediente, Kunz crea una comunidad intelectual imaginada y América Latina ahora se mueve imaginariamente hasta el corazón mismo de la discusión intelectual en Europa: entender la jurisprudencia local coincide con la comprensión del neo-kantianismo de Marburgo o la fenomenología de Husserl. Se forma así una tradición iusteórica *europeo-latinoamericana*.

La “introducción” de Kunz, coherente con sus presupuestos, describe con mayor cuidado a los influyentes europeos que a los influenciados americanos, no obstante que el objetivo explícito del libro fuese dar a conocer en los Estados Unidos el trabajo de punta de la filosofía del derecho latinoamericana. Los cuatro autores locales escogidos son así reduci-

<sup>46</sup> “La fenomenología juega un papel importante en la filosofía del derecho contemporánea en América Latina, y más aún como consecuencia del hecho de que las teorías de valores y la filosofía de la vida dominantes han sido desarrolladas fenomenológicamente”. *Ibidem*, p. XXIII.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. XXXV.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. XXII.



dos a meras extensiones de maestros europeos: “La filosofía de la vida, especialmente en las ideas de Ortega y Gasset, es básica en la filosofía del derecho de Recaséns (*sic*) Siches. El existencialismo de Heidegger y, específicamente, su concepto de “temporalidad”, es uno de los cimientos de la “teoría egológica del derecho” de Cossio”.<sup>49</sup> A renglón seguido el lector se entera de que los argumentos de García Máynez son “*exactamente* el razonamiento de Verdross, y, como Verdross, García Maynez es inevitablemente llevado por él hacia el derecho natural”.<sup>50</sup> En el caso de Llambías de Azevedo, “el autor es un seguidor cercano de Scheler y Hartmann”, pero “él no lleva a cabo una verdadera investigación fenomenológica en el sentido de Husserl”. La influencia europea en la jurisprudencia local constituye su nota central: “Las ideas de Husserl, Scheler y Hartman son, en palabras de los propios autores, aceptadas como los presupuestos básicos de sus ensayos”.<sup>51</sup>

Como un segundo medio de generar la comunidad que se necesita para formar la TTD, Kunz afirma que, respecto a su propósito intelectual y político, “es como hombres modernos de la cultura cristiana occidental en este periodo histórico que los filósofos latinoamericanos del derecho aceptan estas filosofías”<sup>52</sup> europeas. Este “periodo histórico”, de acuerdo a Kunz, está marcado por “una época de inmensa crisis para la totalidad de la civilización cristiana occidental. «La historia de la axiología moderna» dice Wilbur M. Urban, «es en cierta forma la historia de una cultura —la cultura europea— luchando por su vida»”.<sup>53</sup> Esta crisis de la “cultura europea” que igualmente sufren los latinoamericanos está conformada por la transformación de los valores, por la destrucción de la fe en el progreso y la ciencia, por los cambios que la tecnología ha llevado a cabo, por la ansiedad que la burguesía siente ahora ante ideas que antaño parecían ser muy fuertes, por nuevas guerras de una magnitud nunca antes imaginada, e, incluso, por la permanente amenaza de la bomba atómica. Todas estas circunstancias afectan a la comunidad de una América Latina europea, cristiana y civilizada (así sea en estado de crisis). Ésta es una forma de aceptar que el trabajo de la iusfilosofía está enraizado en las circunstancias materiales de la vida. Sin embargo,

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. XXV.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. XXXIV (énfasis añadido).

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. XXXIII (énfasis añadido).

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. XXXVI.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. XXXVI.

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

Otra importante característica de esta continuidad imaginada de pensamiento iusfilosófico entre Europa y América Latina tiene que ver con el hecho de que la jurisprudencia se concibe como la actividad erudita de estudiosos filosóficos que reflexionan sobre el derecho en condiciones de extrema abstracción y lejanía de la práctica diaria del derecho. En este sentido, la filosofía del derecho latinoamericana contrasta notablemente, por su abstracción y academicismo, con la producción análoga que se hace en la TTD de la época: piénsese, por ejemplo, en el típico *Freirechtler* alemán,<sup>54</sup> o en el institucionalista francés, ambos dispuestos a desarrollar una *jurisprudencia aplicada*, con altos niveles de rendimiento práctico. La periodización iusfilosófica que Kunz hace para América Latina puede que haya sido verdadera en las bibliotecas personales de ciertos iusfilósofos y profesores de derecho, pero carece de sentido para los circuitos efectivos que conforman la derecho en su práctica diaria. En la descripción de Kunz, una iusfilosofía local está constituida *exclusivamente* por la alta teoría de eruditos y no por las ideas que han penetrado en la profesión legal (a la que quisiera denominar *jurisprudencia pop*).<sup>55</sup> La alta teoría, tal como la practican muchos jurisconsultos latinoamericanos, es principalmente “teoría de teóricos”, *i. e.*, el ejercicio de involucrarse “en polémicas teóricas que lo poco que consiguen es alimentar un metadiscurso perpetuo, auto-referencial y a menudo vacuo sobre conceptos tratados como tótemes intelectuales”.<sup>56</sup> Los iusteóricos de “alta teoría” a menudo piensan en un modo de “discurso profético o programático que se origina en la disección o la amalgama de otras teorías con

<sup>54</sup> Véase al respecto, Albert Foulkes, “On the German Free Law School (Freirechtsschule)”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 1969.

<sup>55</sup> Desarrollaré más adelante de manera más detallada la distinción entre “alta teoría” y “teoría pop”.

<sup>56</sup> Tomo la expresión “teoría de teórico” de Bourdieu y Wacquant, *An Invitation to Reflexive Sociology*, Chicago, Chicago University Press, 1991, p. 161.

el único propósito de confrontar otras «teorías de teóricos» puras”.<sup>57</sup> Esta dirección, hacia el predominio en la filosofía del derecho de la “alta teoría”, es necesaria para crear la comunidad internacional de pensamiento que se estructura en torno a la TTD. Para la TTD sería mucho más difícil formar un campo transnacional de filosofía jurídica si, en vez de teoría de teóricos, se examinara a profundidad las convicciones iusteóricas efectivas dominantes en una comunidad jurídica realmente existente. En ese sentido, si la verdadera misión de la filosofía del derecho fuera la de explorar la *jurisprudencia pop* de una jurisdicción, la TTD no se entendería como una actividad universal sobre la definición del derecho. La *jurisprudencia pop*,<sup>58</sup> con su transmutación de los insumos aparentemen-

<sup>57</sup> *Idem.*

<sup>58</sup> La “*jurisprudencia pop*” es mi propia manera de recrear una forma de ver la jurisprudencia que tiene una clara arqueología que no he explicado en el texto. Brevemente haré en esta nota un recuento de los estratos formativos de los que soy consciente: Primero, el trabajo de Savigny fue pionero en su esfuerzo de definir una teoría legal que no fuera una mera continuación de posiciones filosóficas generales. La reflexión de Savigny muestra que la teoría legal puede ser importante y autónoma puesto que hay objetos dentro de ella que ameritan atención por sí mismos. La *jurisprudencia pop*, entonces, participa del desplazamiento de la filosofía del derecho hacia la teoría jurídica logrado en el nacimiento, en Alemania, de una *Methodenlehre* (una ciencia de métodos jurídicos). Véase Casanovas, P. y Moreso, J. J. *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 8. En segundo lugar, y en cierta forma paralelo a las preocupaciones de Savigny, François Géný insiste en el hecho de que la filosofía legal no debería ser “filosofía profesional” sino “filosofía progresiva del sentido común... filosofía del derecho en el sentido de crítica filosófica de la ciencia del derecho, siguiendo el modelo de crítica en las varias ciencias naturales y sociales”, y por consiguiente llevada a cabo “en términos propios de la misma”. La *philosophie du sens commun progressif* “nace espontáneamente de la reflexión atenta y se pule a sí misma por medio de una continua integración de elementos de la experiencia colectiva”. Géný, François, *Science et technique en droit privé positif: nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 73, París, Sirey, 1912. Esta manera de ver la filosofía del derecho como una “filosofía de acción” (Géný, *op. cit., supra*, p. xiv) está cercanamente relacionado con la “filosofía experimental” de Dewey y probablemente con la “sociología reflexiva” de Bourdieu. Savigny y Géný son, sin embargo, ejemplos más bien raros dentro del pensamiento jurídico europeo en donde el pensamiento abstracto sigue siendo el estándar corriente. Para ellos el punto esencial es poder relacionar la teoría y la práctica jurídicas: para Savigny lo importante era poder estar en posesión de “verdadera experiencia”. Para tener una “experiencia verdadera es necesario tener siempre un conocimiento claro y vívido del todo, para poder comprender efectivamente en su totalidad el caso particular: sólo el teórico puede lograr que la práctica sea fructífera e instructiva”. Savigny, *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1977, p. 142. Géný, mientras tanto, rechaza la noción según la cual “la teoría no tenga influencia en el desarrollo verdadero de la práctica jurí-

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

Dejando por ahora de lado el tópico, bastante más tradicional, de la “influencia” intelectual, quisiera presentar ahora otra manera de conceptualizar el espacio abierto entre la producción y la recepción por medio de la idea, debida al crítico literario Harold Bloom, de *mala lectura*, *lectura tergiversada* o, mejor aún, *transmutación*.<sup>59</sup> Aunque Kunz pretende

dica... la alternativa no es sacrificar la práctica por la teoría. La pregunta es si la práctica ilustrada no logra sus metas con gran certeza y de forma más completa que la práctica ciega... cuando la pregunta se hace de esta manera, no puede haber duda respecto a la respuesta”. Gény, *Science... cit., supra*, p. xiv. En la jurisprudencia angloamericana, por otra parte, la idea de “jurisprudencia pop” está vagamente inspirada en la insistencia de Llewellyn de identificar el “estilo” de una época mediante la lectura de la literatura por ella producida. Luego de Llewellyn muchos otros iusteóricos insisten, implícita o explícitamente, en desarrollar la teoría jurídica con el propósito, no de construir la erudición del estudiante, sino de ofrecer un análisis puntual de la cultura jurídica dominante. Véase Llewellyn, Kart, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little, Brown & Co., 1960, p. 6 (“Demostraremos también que las decisiones judiciales de hoy, en sí mismas, dan excelentes indicaciones de qué tipo sentido jurídico están funcionando”). Llewellyn también decide estudiar “el estilo general de un periodo general y su promesa futura”. *Id.*, p. 34. El presente texto puede verse como una reconstrucción de los estilos de período de una jurisprudencia local.

<sup>59</sup> Bloom utiliza en inglés los términos *misreading* and *misread* para referirse al proceso de mutación que ejecuta el lector sobre la obra original. Esta transformación, a pesar incluso de ser una “mala lectura”, no es simplemente una falta de comprensión: es, de hecho, la única posibilidad de originalidad hacia el futuro. La teoría bloomiana del *misreading* ha puesto en jaque la comprensión tradicional de la “originalidad”, ya que, según él, nada es original en lo absoluto sin estar inscrito en alguna cadena traslaticia y traidora de “malas lecturas” consecutivas. Esta forma de ver el proceso creativo tiene importantes repercusiones para el derecho ya que, a un nivel meramente dogmático, impacaría la noción de originalidad que se requiere para la protección jurídica de obras mediante los derechos de autor. Al respecto, véase “Note: Originality”, 115, *Harvard Law Review*, 1988, 2002. La traducción al español de este concepto bloomiano es realmente difícil. Algunas de las posibilidades de traducción más literal son “mala lectura” y su forma verbal, “leer mal” (Amed, Amir, *Orientales: Uruguay a través de su poesía*, [http://www.henciclopedia.org.uy/autores/Hamed/Orientales1.htm], “lectura errónea” (Bello, Javier, *El problema de la postmodernidad*, http://www.uchile.cl/cultura/poetasjovenes/naufragos4.html, y “lectura personal” (Bello, *op. cit., supra*). Las opciones más literales, sin embargo, invocan con demasiada fuerza un componente peyorativo en sentido de sancionar implícitamente a quien “lee mal”. La palabra española *malinterpretación*

presentar la naturaleza mimética de la iusfilosofía latinoamericana como una fortaleza en medio de la división geopolítica entre bloques ideológicos, es ampliamente aceptado en los imaginarios corrientes que la iusfilosofía latinoamericana es una reproducción roma y carente de brillo de sus contrapartes del norte. La repetición y mimetismo, contrario a lo que opina Kunz y otros pensadores ideológicamente motivados, es una *desventaja notable* en la ejecución de las tareas científicas de la iusfilosofía. Más aún: la iusfilosofía local carece totalmente de interés debido a que, además de copiar, raramente se aventura a ir más allá de lecturas parciales y tergiversadas de autores que son “mejor” comprendidos en ambientes hermenéuticos ricos. Los trasplantes teóricos de otras partes, por consiguiente, reemplazan la producción de una iusfilosofía local que realice las tareas de la teoría. Adicionalmente, las importaciones o trasplantes jurisprudenciales son escasos, azarosos, episódicos y fragmentarios: La difícil empresa hermenéutica de entender el *corpus* iusfilosófico de una tradición o de un autor es reemplazada por una recepción al detal de libros y argumentos aislados, generalmente extraídos de sus contextos materiales e intratextuales. Estas porciones de información son leídas, además, sin el beneficio de compartir con el autor los *prejuicios* que permiten la lectura estandarizada de sus argumentos.<sup>60</sup> Los iusfilósofos que trabajan desde tradiciones académicas *poco prestigiosas* y periféricas usualmente no participan de manera creíble en la empresa hermenéutica de entender y desarrollar los argumentos iusfilosóficos que circulan en la TTD. Ellos participan, si es que lo hacen, en la transmisión y reproducción locales de nuevas doctrinas e ideas de pretensiones más universales. En este modelo de dependencia y subordinación teórica, los actores locales son despojados de agencia en la producción válida de saber iusteórico. Las jurisprudencias locales parecen estar condenadas al constante

se acerca más a la estructura y significado de *misreading*. Para el verbo *leer*, en cambio, no hay una palabra igual (¿malectura?). Para Bloom, en cambio, *to misread* es una actividad creativa en sí misma, la única posibilidad de verdadera creatividad. En ese sentido prefiero opciones no literales para traducir *misreading* y *misread*: En texto utilizaré la palabra *transmutación* (también en Bello, *op. cit.*, *supra*). Dentro del mismo campo semántico están las palabras *transversión* (que debo a mis estudiantes de la Universidad Libre), *tergiversación* y *lectura tergiversada* (Baños Orellana, Jorge, *El escritorio de Lacan*, Oficio Analítico, 1999. En teoría literaria existen varias palabras emparentadas con la idea bloomiana: *palimpsesto*, *pastiche*, *precursovidad*, *pensamiento traslaticio*, etcétera. Sobre estas relaciones se habla *infra* en el texto.

<sup>60</sup> Véase Gadamer, H. G., *Verdad y método*, Salamanca, Sígueme.

vaivén de modas intelectuales que no se relacionan completamente con las circunstancias y contextos político-jurídicos concretos que se supone tienen el deber de teorizar y explicar.

Las influencias y las lecturas tergiversadas conducen a los conceptos, aún más peyorativos, de *copia* y *plagio*.<sup>61</sup> Los conceptos que hasta aquí he utilizado, influencia, mala lectura, transmutación, imitación, copia y plagio definen, aunque con matices, el espacio vacío entre producción y recepción en jurisprudencia. Marcadores geopolíticos y jerárquicos como centro y periferia, sitios de producción y sitios de recepción, jurisdicciones prestigiosas y no prestigiosas, tradiciones fuertes y tradiciones débiles, también ayudan a definir preliminarmente el sentido en el que ocurre el flujo de ideas y teorías. La trayectoria de las ideas empieza usualmente en lugares de producción en Occidente (Francia, Alemania, Estados Unidos) prosigue por sitios intermedios de traducción y difusión en la semi-periferia (México, Argentina y ahora, quizás, Colombia, son ejemplos de dichos sitios intermedios en Latinoamérica) para llegar, por último, a lugares de (aparentemente) pasiva y total recepción.

Este trabajo, primero, acepta esta posición de dependencia. Pero, al siguiente paso, da suficientes razones para desafiar este diagnóstico. Mi argumento, no consiste en denunciar la estructura internacional del saber que quita agencia a las teorías locales de la periferia. En ese sentido, el argumento que propongo no conduce a la emancipación intelectual por el camino ya sugeridos por los teóricos de la dependencia<sup>62</sup> o la subalternidad.<sup>63</sup> Mi objetivo 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

<sup>61</sup> Los matices de significado en estos conceptos pueden verse, por ejemplo, entre Kelsen y su emblemático seguidor latinoamericano, el argentino Carlos Cossio. La relación de odio-amor entre padre e hijo se desarrolló bajo el sutil tema de qué tanto del pensamiento de Cossio era creativo y qué tanto era simple plagio (como finalmente Kelsen llegó a pensarlo). El paso inaceptable por parte de Cossio, de acuerdo a Kelsen, fue la publicación de un solo volumen titulado “Kelsen-Cossio”, que contenía tanto las conferencias de Kelsen en Buenos Aires en 1949 como las opiniones de Cossio. Tal como lo cuenta Rudolf Metall, el biógrafo de Kelsen: “Kelsen tuvo que tomar fuertes medidas para hacer que se retirara de circulación este libro no autorizado, además de que verse involucrado *por* Cossio en una controversia que duró hasta 1953”, Metall, Rudolf, *Hans Kelsen, vida y obra*, Universidad Autónoma de México, p. 94, 1976. Metall rechaza la teoría de Cossio, la así llamada “teoría egológica”.

<sup>62</sup> Furtado, Celso, *Obras escogidas*, Bogotá, Plaza & Janés, 1982.

<sup>63</sup> Bhabha, Homi K., *The Location of Culture*, Londres, Routledge, 1994.

en países periféricos o semiperiféricos. Para empezar a cambiar la visión de que América Latina es dependiente del centro en iusfilosofía no necesito empezar por negar lo obvio: que el pensamiento local se ha formado en procesos miméticos, en cadenas traslaticias frente al iusfilosofar del Norte del Atlántico. No requiero, por tanto, tratar de mostrar un vibrante mundo intelectual local, criollo o precolombino, para justificar una originalidad independiente de la influencia del centro. No necesito reconstruir una legalidad ancestral y terrígena que se oponga a la legalidad occidental. Esta vía, criolla y precolombina, también ha sido intentada por autores locales interesados en la fundación antagónica de una filosofía periférica propia.<sup>64</sup>

Las dos estrategias así esbozadas me parecen insatisfactorias: La primera, suponer que América Latina es tan sólo extensión de ideas universales, conduce efectivamente, como han señalados los teóricos de la dependencia, a una posición intelectual alienada en la que la reflexión no cumple el trabajo esencial de diagnosticar las realidades y necesidades locales para ofrecerles caminos de debate y solución; la segunda estrategia consiste en negar la dependencia y reinventar, usualmente mediante la historia de lo más terrígeno o propio, el carácter completamente original de lo local. No se trata, pues, ni de mera copia ni de pura originalidad. El espacio entre producción y recepción de teorías es mucho más interesante que lo que tienden a indicar los conceptos de influencia, mala lectura, imitación, copia y plagio. En realidad, la iusteoría 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 más fascinantes: la iusteoría latinoamericana no simplemente copia o imita. En vez de ello, cambia y transforma (tergiversa o transmuta en el sentido muy especial de Bloom) todo lo que toca. De esta forma *puede* ser que, al final, las teorías meramente imitativas de países no prestigiosos en ius filosofía terminen siendo tan ricas en sugerencias y desarrollos como la de las tradiciones fuertes y reconocidas. El esquema general de mi argumento es éste: En los sitios de recepción de iusfilosofía ocurren importantes transmutaciones o tergiversación de las ideas provinientes de los sitios de producción. Esas ideas, a pesar de ser transmutaciones o tergi-

<sup>64</sup> Ejemplos de esto se dan especialmente en temas como el marxismo político y la etno-ecología, etcétera.

versaciones, no pueden ser desestimadas, sin más, por tratarse de productos miméticos o traslaticios. No se trata de “errores” que requieran de corrección mediante ajustamiento a la lectura estandarizada que se hace en otros sitios. Las transmutaciones terminan siendo, para bien o para mal, el inventario disponible de ideas iusfilosóficas disponibles en una jurisdicción. En ese sentido, las lecturas tergiversadas no pueden ser reemplazadas por lecturas normalizadas. Las lecturas tergiversadas han impulsado prácticas jurídicas locales, y, por tanto, están ya imbricadas con la cultura local produciendo dinámicas, pasadas y futuras, que ya no se pueden deshacer. Para hay aún 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. El estudio cuidadoso de estas transformaciones revela usos locales tan, o incluso más interesantes, que la historia natural de esas mismas ideas en contextos de producción. Para sólo mencionar algunos de los *efectos transmutativos*, es notable observar, por ejemplo, cómo iusteorías, que son consideradas aliadas o cercanas en TTD, terminan convirtiéndose en las insignias de luchas y disensos en la jurisprudencia local. Escritos y teóricos iusteóricos cambian su significado normalizado en contextos de producción y asumen nuevas responsabilidades y direcciones en contextos de recepción. De esta manera, y sólo como un ejemplo preliminar, las obras de Kelsen y Hart, que desde la visión de una TTD normalizada ocupan el espacio común del positivismo jurídico, terminan siendo enfrentadas en la jurisprudencia local mucho más allá de las diferencias de detalle ya conocidas por los académicos al Norte del Atlántico. En los usos que se hacen de estas teorías en la jurisprudencia regional, Hart y Kelsen son tótems teóricos de un serio conflicto jurídico que va más allá que las diferencias internas de matices fácilmente aceptables dentro del campo positivista: de hecho, en contextos de recepción, Kelsen y Hart son ubicados en campos *diametralmente* opuestos de la teoría jurídica. Para agregar a la sorpresa, también es importante mostrar cómo Hart y Dworkin, cuyas iusteorías son estandarizadamente descritas como un “debate”, terminan siendo en América Latina aliados en el proceso de crítica y transformación de la teoría local del derecho en el último cuarto del siglo



XX. Estos *efectos transmutativos* me parece que llaman a la sorpresa, y no al desdén. La *respuesta adecuada* frente a estos efectos transmutativos debe apuntar hacia el estudio sistemático de cómo se producen transmutaciones teóricas y cómo ellas dan forma a culturas jurídicas reales; la *respuesta inadecuada* es el desprecio por el error y el mimetismo de tradiciones iusteóricas pobres, la corrección inmediata mediante la internalización de lecturas estandarizadas y la reconstitución ficticia de una TTD que, finalmente, *no puede* explicar el inventario efectivo de ideas que constituyen la cultural jurídica local.

Quisiera en todo caso aclarar un punto de la mayor importancia: no estoy interesado, *per se*, en lecturas tergiversadas o transmutaciones de autores al Norte del Atlántico. No me interesa, *per se*, las transmutaciones del pensamiento kelseniano: Me interesa cómo la transmutación del pensamiento kelseniano es importante para entender el concepto local que del derecho se ha forjado la iusteoría del sitio donde yo practico y enseño derecho. La detección y descripción de las formas como la transmutación ha generado cultura jurídica local es una forma privilegiada, primero, de cumplir con los fines científicos que cualquier teoría está llamada a realizar, y segundo, de generar un sentido de tradición, relevancia y autoestima que la teorización periférica ha sido incapaz de obtener, sofocada, en lo externo, por una cierta incompetente marginalidad que resulta de una irrepresible ansiedad de absorber la TTD como forma definitiva de la iusteoría, y en lo interno, por el totalitarismo de la concepción profesionalizante del derecho aún dominante entre profesores y estudiantes de la región.

¿Cuál es la posible utilidad de esta estrategia de estudiar las transmutaciones teóricas? ¿Tenemos, como parece ser la opinión prevalente, que enderezar y corregir estas malas lecturas que se generan en contextos de recepción? Como ya lo manifesté, pienso que no. Pienso, por el contrario, que tenemos que explorar sistemáticamente esas malas lecturas, al menos por dos razones. En primer lugar, esta historia de malas lecturas constituye, sin que importe qué pensamos sobre ello desde la aparente superioridad de la TTD, la jurisprudencia relevante y efectiva de sistemas jurídicos locales. Existen, sin duda, sistemas jurídicos reales en América Latina y estos sistemas jurídicos *tienen* prácticas que son, en algún nivel, intermediadas o articuladas por proposiciones abstractas (de naturaleza teórica) sobre qué es en general el derecho. Sostengo que este sis-

tema de proposiciones teóricas que intermedian las prácticas locales no forma un continuo con TTD como la mayoría de la gente lo afirma, aunque, por otro lado, no se trata de una tradición indígena independiente de TTD. Las jurisprudencias realmente dominantes en América Latina tienen ciertamente mucho de TTD pero estos trasplantes jurisprudenciales han sido (en el sentido creativo y sorprendente que he tratado de estipular) mal-leídos y mal-apropiados en formas muy complejas. La descripción y el análisis de los procesos de mala lectura son un paso inevitable en la consciente autoapropiación de jurisprudencias particulares, usualmente invisibilizadas por la ficción de una continuidad no problemática con la TTD. En segundo lugar, pienso que las lecturas tergiversadas son importantes, ya no sólo para la refundación de teorías locales con altos niveles de autoestima y relevancia, sino también incluso para la animación y dinamización de la discusión en la TTD. Si se llegara a apreciar el valor de las tergiversaciones y transmutaciones teóricas, los países teóricamente periféricos podrían terminar aportando a TTD nuevos puntos de vista sobre la riqueza y posibilidades de un autor, una idea o un argumento. En ese sentido, las jurisprudencias locales tendrían mucho que aportar a un caleidoscopio universal de transmutaciones en iusteoría, en vez de asumir que ciertas lecturas estándar centrales tienen derechos a la hegemonía universal. Se podría incluso ir más lejos y afirmar que aquellas teorías, argumentos y autores que se han elevado al espacio de una TTD objetiva y universalmente válida son, a su vez, simplemente el producto de jurisprudencias también locales, claro está, altamente prestigiosas, que de alguna manera se las han ingeniado para volverse mercancías transnacionales.

Este trabajo iusteórico tratará de sustentar la tesis general según la cual es necesario y divertido develar los procesos de transmutación iusteórica que se producen entre sitios de producción y sitios de recepción. Este tipo de estudios es necesario, primero, porque sin un análisis de las transmutaciones no puede reconstruirse una teoría cultural del derecho en América Latina que cumpla los objetivos científicos del cualquier discurso teórico. Además este enfoque resulta divertido, porque se trata de mostrar cómo para el caso de América Latina las lecturas transmutativas (a pesar de su naturaleza heterodoxa y subestándar) pueden ser tan fascinantes y enriquecedoras como la experiencia de emprender lecturas ortodoxas y estándares de autores iusfilosóficos. Las lecturas tergiversadas

crean la misma experiencia de satisfacción y logro que uno alcanza cuando uno *entiende* una argumentación teórica en un sentido más estricto y tradicional. Paradójicamente, una vez más, estos tipos de lecturas podrían terminar enriqueciendo de una manera mucho más dinámica estudios autoriales de TTD (dándole quizá más diversidad a las florecientes industrias de exégesis kelseniana, hartiana o dworkiniana) en los que eruditos periféricos muy pocas veces tienen éxito profesional.