

DESARROLLO DEL PENSAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO. DESARROLLO Y RECEPCIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO CIVIL EN COLOMBIA (SIGLOS XIX Y XX)*

Bersarión Gómez Hernández**

RESUMEN

En Colombia, y en el mundo en general, el Derecho Civil se ha presentado como una de las ramas de la ciencia jurídica con más permanencia en el tiempo. A raíz de ello se podría pensar que sobre el tema existe una inmensidad de estudios y teorías, pero no es así. Para poder estudiar a fondo esta rama, es necesario asistir a las teorías jus filosóficas y tendencias de la ciencia del derecho en general, pues es a partir de estos trabajos que los autores del Derecho Civil comenzaron a sufrir cambios en su manera de escribir, pensar y de interpretar las normas del derecho.

Muy a pesar de lo que se viene diciendo en nuestro país, con respecto al Derecho Civil, no se ha presentado adelanto alguno, las producciones y la interpretación de la Ley y en general de los principios del Derecho, parecen haber sufrido un estancamiento tan grave que no hemos superado el reinado del positivismo que introdujo a nuestro país Arturo Valencia Zea, y como si fuera poco, nos encontramos con el hecho de que en las universidades colombianas, en el estudio y enseñanza del Derecho se sigan textos como *Mazeaud – Tunc. Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil. Editorial Ejea. Buenos Aires. 1961*; y si bien es cierto que se trabajan algunos textos de 1998, 1996, también es cierto que estos textos, en su mayor parte, por no decir en su totalidad, se basan en tratadistas de mediados del Siglo XX, por lo tanto, se sigue estudiando con guías como: *De Cupis Adriano. El daño. Editorial Bosh. Barcelona. 1975*. Esto deja mucha parte de nuestra formación en entredicho, pues se limita el estudio a teorías antiguas, pero en realidad, el problema estriba en la falta de investigación y producción de nuevas teorías en el derecho civil, que respondan a las exigencias de la sociedad.

Fecha de recepción del artículo: 28 de octubre de 2005.

Fecha de aceptación del artículo: 10 de noviembre de 2005.

*El presente artículo es resultado del Proyecto de Investigación «El Desarrollo del Pensamiento Jurídico, Político y Educativo en la Universidad Libre 80 Años de Historia» desarrollado dentro de la Línea de Investigación Unidad Legislativa y Jurisprudencial, Grupo de Investigación reconocido por Colciencias en la Categoría «C» convocatoria 2004 - 2008.

** Docente investigador Universidad Libre Sede Principal. Director Grupo de Investigación Unidad legislativa y jurisprudencial. JOSÉ CAMILO CARDONA: Auxiliar de Investigación.

PALABRAS CLAVE

Producción, Recepción, Tendencias, Escuelas, Investigación Socio - Jurídica.

ABSTRACT

In Colombia, and the world in general, the Civil Right has appeared like one of the branches of legal science with more permanence in the time. As a result of it, it would be possible to be thought that on the subject it exists an immensity of studies and theories, but it isn't. In order to study thorough this branch, it is necessary to attend the philosophical jus theories and tendencies of the science of the right in general, because it is from these works that the authors of the Civil Right began to undergo changes in their way to write and to think about the law regulations.

In spite of which one comes saying, the tendencies in our country, with respect to the Civil Right, it has not presented significative development, the productions and the interpretation of the Law and in general of the principles of the Right, they seem to have undergone a so serious stagnation that we have not surpassed the reign of the positivism that introduced to our country Arturo Valencia Zea, and besides, we were with the fact that in the Colombian universities, in the last year of Laws texts like Mazeaud - Tunc are followed. *Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil*. Ejea Editorial. Buenos Aires. 1961, and although are certain that 1998 texts work, 1996, also is certain that these texts, to a large extent, not to say in their totality, are based on tratadists of half-full of Century XX, therefore, is continued studying with guides like *De Cupis Adriano*. *El daño* Editorial Bosh. Barcelona. 1975. This leaves much part of our formation in prohibition, because the study is

limited old theories, but in fact, the problem rests on in the lack of investigation and production of new tendencies in the civil right.

KEY WORDS

Production, Reception, Tendencias, Schools, Investigación social and legal.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Civil, si lo tomamos en su sentido más amplio, es el sinónimo, por excelencia, del derecho Privado, pues hay que tener en cuenta que desde un principio, las distintas civilizaciones han regulado las relaciones entre los particulares y de éstos para con el Estado, con base en el Derecho Civil, claro está, no como hoy lo conocemos, pero sí con similitudes casi alarmantes, ya que, aún hoy, encontramos instituciones que tenían plena aplicación milenios atrás del entorno en que nos desenvolvemos y del cual hacemos gala por *el gran avance alcanzado*, pero no debe ser así.

El Derecho en general, para que un Estado goce de verdadera estabilidad, debe tener cimientos fuertes; caso específico, el Derecho Civil, que en Colombia ha sufrido menos cambios aún que la misma Constitución Política. Con lo anterior no se quiere decir que el derecho debe ser inamovible, no; eso sería negar el continuo dinamismo de esta disciplina social, razón por la cual debe cambiar también el Derecho; lo que sí debe tener la Ley es unas bases específicas que den una seguridad jurídica a las personas, a los negocios y al Estado.

A lo largo del presente artículo veremos cómo la «rigidez» del Derecho Civil se ha presentado no sólo en el derecho y en la Ley, sino en el pensamiento de los diferentes escritores, catedráticos, legisladores, operadores jurídicos, «estudiosos del

derecho», y por ende, se ha reflejado directamente en las instituciones educativas particularmente en la Universidad Libre.

2. BARRIDO HISTÓRICO

Antes de pasar a hablar de la recepción contemporánea del derecho civil, es necesario hacer un corto barrido histórico de las diferentes épocas y etapas que ha sufrido el derecho civil en el mundo, pasando por la antigüedad (Babilonia, Roma) hasta llegar a las escuelas iusfilosóficas más importantes dentro del trabajo de interpretación, aplicación y desarrollo del Derecho Civil.

Para dar comienzo, es necesario remontarnos a la primera de las manifestaciones legales escritas que tenemos al alcance, es decir, vamos directamente al Código de Hamurabi, situados geográficamente en la Babilonia antigua, hacia los años 2300 ó 2057 a. de C., donde se vio un avance jurídico excepcional, además de un punto máximo en el desarrollo político, social y económico bajo el reinado de Hamurabi, denominado «EL REY DE LA JUSTICIA Y LA RECTITUD».¹

Dentro del código, encontramos una regulación con respecto a la familia, su régimen económico, la herencia, el matrimonio, la propiedad, las obligaciones y los contratos tales como el depósito, el mutuo, el transporte, la compraventa, arrendamiento y donaciones², lo cual denota, como se dijo más arriba, un desarrollo único, puesto que estas instituciones de que se hablaba hacia 2300 a. de C.

aún hoy las utilizamos al interior de nuestro derecho civil y comercial.

Posteriormente, tras la fundación y evolución de Roma, como en cualquier civilización, fue necesario regular las relaciones que se daban tanto entre los particulares, así como también entre el Estado y éstos, razón por la cual, a diferencia de la Babilonia de Hamurabi, se marcó una gran brecha entre el derecho público y el privado basándose en el interés, así pues, «*Ulpiano veía al Derecho Público como lo que atañe a las cosas del Estado Romano, mientras que el privado atañe a las cosas de los particulares que no tengan utilidad pública sino sólo privadas*»³

Tomando la anterior definición, y como lo referencia Juan Iglesias⁴, encontramos que lo regulado en las XII Tablas es puramente derecho público, pero que el derecho moderno, ve como instituciones de derecho privado, y además, como más adelante se expone, es fuente primordial del derecho privado francés y colombiano, entre otros, y todas las relaciones que se daban entre los particulares; como la propiedad, los contratos, las obligaciones, eran derecho público en Roma ya que «*la norma positiva no mira al individuo en una actividad vital independiente, sino en una actividad encaminada al bien común*»⁵

Posteriormente se desarrollan nuevas y grandes escuelas en Europa a raíz de la Revolución Francesa y las posteriores legislaciones en el mundo. Dentro de esas escuelas encontramos la Escuela de la Teoría Clásica que opera entre los siglos XVIII y XIX; la corriente *Utilitarista* de

¹ CAÑON RAMÍREZ, Pedro Alejo. Derecho Civil, Parte General y Personas, Ed. Temis, 1997, pág. 57.

² Los ítems sobre las relaciones jurídicas que se regulaban en el Código de Hamurabi con relación al derecho privado que se enuncian son tomados directamente de este Código, Ed. Nacional 1982.

³ RAMÍREZ GRONDA, Juan. Diccionario Jurídico, Ed. Claridad 1961, pág. 121.

⁴ IGLESIAS, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, Ed. Ariel 1972, pág. 235.

⁵ *Ibidem*, pág. 237.

Bersarión Gómez
Hernández

Bentham; la *Escuela Histórica del Derecho*⁶ en la cual se distinguen tres grandes corrientes a saber: Historicismo Filosófico, Historicismo Político e Historicismo Jurídico; la *Reacción Antiformalista Temprana* entre los años 1840 y 1880 (con ciertos reflejos hasta 1912) en Europa con Von Ihering y François Geny.

Pero de todas estas, tomaremos únicamente las que repercutieron directamente en el desarrollo del derecho civil en Colombia, para a continuación profundizar un poco sobre ellas en lugar de enunciarlas a manera de barrido histórico.

Durante los siglos XIX y XX se presentó en nuestro país una de las discusiones jusfilosóficas más importantes y trascendentes, con el benthanismo y el antibenthanismo. Se desató con la autorización del General Santander y en la prohibición del Libertador Simón Bolívar, a la enseñanza de la doctrina *Utilitarista* de Jeremías Bentham, plasmada en su obra: «*Tratado de legislación civil y penal*», materia que se dictaba en el primer año de la carrera de jurisprudencia, equivalente hoy a la asignatura de Filosofía del Derecho, que se cursa en último año de estudios de derecho⁷.

Aun cuando la figura de José María Samper y su obra «*Curso Elemental de la Ciencia de la Legislación, dictado en lecciones morales*» es de síntesis y criterio conciliador, como acertadamente la califica Germán Martínez Argote, publicada en 1873, acaba teóricamente la discusión, pero ésta, en la práctica, no concluye, pues las controversias continúan, aun cuando ya sin tanto fervor.

Llegamos al inicio del siglo XX, y en la Universidad Externado de Colombia,

todavía se estudia el *Utilitarismo Benthamista*, mediante la obra de don Ezequiel Rojas, su principal expositor y en la Universidad Nacional, se le refuta con la obra del sacerdote José Alejandro Bermúdez. Pero las más grandes discusiones en realidad se presentaron ya entrado el siglo XX, donde encontramos la *Escuela Clásica* en el Derecho Civil colombiano, la cual ha tenido como fuentes principales: la *escuela de la exégesis* francesa, escuela ésta que marcó fuertemente los métodos de interpretación del Código Civil de Don Andrés Bello, ya que los tratadistas hicieron uso de un «*formalismo de reglas*», es decir, una etapa en la que se pensaba que al interior del derecho no existe una dimensión independiente de justicia, dedicando a la ciencia jurídica, al estudio de textos preexistentes, dando el mismo Código Civil las pautas a seguir para la interpretación de la norma, estilo éste que, si no todos, la mayoría de los tratadistas utilizaron en sus variadas obras, como se anotó más arriba, en el siglo XIX y principios del XX.

Por otra parte, la tercera de las influencias *justeóricas* en nuestro país es la *escuela del conceptualismo alemán*, caracterizado por métodos *romanistas* y *privatistas*, impulsado principalmente por Savigny y Von Ihering. Por su parte, en Colombia este método de interpretación y aplicación de la norma, a diferencia del anterior, se basó en un «*formalismo de principios*», más al hacer una «*fusión*» con el «*formalismo de reglas*», dio como resultado un «*formalismo de textos y conceptos jurídicos*», lo cual nos trae como consecuencia un corte menos exégeta que el del derecho francés y permitió que la *Escuela Clásica* en Colombia perdurara mucho más tiempo que en

⁶ Esta escuela se podría ver como una especie de «sub-escuela» de la teoría clásica.

⁷ SALAZAR CACERES, Carlos Gabriel. Filosofía del Derecho en Colombia «Siglo XX», www.uniboyaca.edu.co, artículo 1510 UNIBOYACA.

Desarrollo del pensamiento jurídico colombiano. Desarrollo y recepción contemporánea del Derecho Civil en Colombia (siglos XIX y XX)

Europa; por lo tanto, la extinción de la antigua *Escuela de la Exégesis*, no extinguió el *Clasicismo* en nuestro país⁸.

En síntesis, la *Escuela de la Teoría Clásica* que opera entre los siglos XVIII y XIX en Europa y que presenta una tendencia literalista y formalista, es decir, una tendencia hacia la escuela exegética del derecho. Fue recepcionada en nuestro país con las dos corrientes nombradas, pero a su vez presenta diferencias con la *Escuela de la Exégesis* europea al darse la «*fusión*» que arriba se anota⁹. Su corte literalista es producto de la Ley positiva, ya que nace esta escuela con la revolución francesa, y es allí donde comienza a predominar la ley escrita sobre la costumbre, así como el racionalismo.

Podemos encontrar como principales expositores a Montesquieu en Francia y a Savigny en Alemania. Este último con relación a la Escuela Histórica del Derecho en la cual se distinguen tres grandes corrientes a saber: *Historicismo Filosófico*, *Historicismo Político* e *Historicismo Jurídico*. Los fundamentos de este último están expuestos principalmente en las obras de Savigny tituladas: «*De la Vocación de Nuestro Tiempo para la Legislación y la Jurisprudencia*» (1814) y «*De la Necesidad de un Derecho Civil General para Alemania*».

El mérito más notorio de esta escuela es el haber llamado la atención sobre los aspectos históricos y positivos del derecho, pero también se le encuentra como defecto el cerrarse ante la consideración ideal sobre la justicia – posición crítica –, es decir, niega el progreso jurídico.¹⁰

Se habla de clasicismo jurídico, dentro del texto estudiado¹¹, al hacer relación a las escuelas del siglo XIX, o sea: la *escuela de la Exégesis francesa* y la *Escuela Conceptualista alemana*. Este clasicismo pre-kelseniano comenzó entre 1855 - 1886 con la llegada del Código Napoleónico, extendiéndose a lo largo del continente con el Código de Andrés Bello y sirviendo de base para códigos de las repúblicas de Argentina, Uruguay y Méjico, escuela con gran repercusión hasta los años 30's, casi medio siglo XX, la cual comenzó a ser víctima de teorías antiformalistas y kelsenianas.

Viene pues el último ingrediente determinante en la recepción de teorías europeas al interior de Colombia, el cual se denomina *Positivismo*, cuyo principal expositor, Hans Kelsen, con su *Teoría Pura del Derecho*, repercutió en los tratadistas colombianos en el siglo XX para dar paso a una nueva cultura legal nacional, cultura que, a pesar de presentar algunas asimetrías en sus fuentes, continúa teniendo repercusión aún en el siglo XXI.

Pero, sin embargo, en Colombia existía aún un tinte *jusnaturalista* en cuanto al modo de interpretación de las leyes y su enseñanza, por lo tanto, antes de abordar a profundidad al positivismo Kelseniano, es necesario mirar otras tendencias que operaron en Colombia como la «*Escuela*» *jusnaturalista*. Ejemplo de esto es la cátedra de Ciencia de la Legislación dictada por Carlos Martínez Silva, catedrático que, haciendo gala de su marcada tendencia *jusnaturalista*, da la siguiente definición de su área: «*La Ciencia que partiendo de principios evidentes investiga*

⁸ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho (La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana), ed. LEGIS 2004, cap. 3, págs. 171 y ss.

⁹ Esta parte, que hace referencia a la recepción en Colombia, se profundizará en el acápite de «Colombia y el Derecho Civil (El Código Civil, las Escuelas y Teorías)»

¹⁰ RAMÍREZ GRONDA, Juan. Diccionario Jurídico, Editorial Claridad, 1961, pág. 141.

¹¹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. Cap. 3.

Bersarión Gómez
Hernández

los derechos de la naturaleza humana considerada en la integridad de sus relaciones esenciales y en su desarrollo natural», más es de resaltar que esta cátedra corresponde directamente a lo que hoy conocemos como *filosofía del derecho*, pero que igualmente marca una pauta en la tendencia del derecho privado, pues no se debe pasar por alto la estrecha relación que tiene la jusfilosofía con todo el derecho positivo, procesal, probatorio, etc., no debiendo tomar a la filosofía del derecho como una materia aislada de la ciencia estudiada.

Ya hacia 1904 las teorías imperantes en Colombia sufren cierto «revolcón», pues Víctor Andrés Belaunde obtiene su título de bachiller en Jurisprudencia con su tesis «*La Filosofía del Derecho y el método positivo*», en la cual manifiesta su descontento sobre la enseñanza de la materia, pues en la misma solo se didactiliza sobre lo natural, siguiendo por ello autores eclesiásticos tales como: Taparelli, «*Curso elemental de Derecho Natural*», Rafael Fernández Concha, «*Curso de Filosofía del Derecho*», o el padre Cinebra, «*Elementos de Ética y Derecho Natural*», no debiéndose confundir este Derecho Natural, con el Derecho Filosófico, pues el primero es el conjunto de principios inmutables y eternos, grabados en todos los espíritus, siendo expresión de la justicia, en tanto que el Derecho Filosófico es el conjunto de principios de razón que se oponen a las instituciones positivas o legales; define la filosofía del Derecho como la ciencia de los últimos principios, de las últimas nociones en materia de derecho, definición que no es positiva sino metafísica y recaba en esta apreciación, señalando que los metafísicos, derivan la idea del derecho de la concepción de una Ley moral eterna e inmutable, que rige los actos humanos. Los positivistas prescinden de

todo perjuicio sobre ley moral, cuya inmutabilidad y eternidad, están desmentidas por la experiencia y la historia¹².

Así pues, se nota y soporta la anterior afirmación, a saber: que la *filosofía del derecho*, igualmente marca una pauta en la tendencia del derecho privado, pues, como se ve aquí, está dándose un paso extraordinario en lo referente a la escuela clásica que ya hemos observado.

El Derecho Natural –dice Carlos Martínez Silva– afirma ser inmutable, universal e innato, pero el hombre ha venido transformándose y variando a través de las edades; uno era el del cuaternario, otro el medieval a quien importaban las cuestiones religiosas, otro el de la edad moderna a quien importaban las cuestiones políticas, otro el contemporáneo a quien sólo importan las cuestiones económicas; en igual forma, su naturaleza no ha permanecido idéntica, con el tiempo se han modificado sus propiedades, sus tendencias, sus necesidades, sus costumbres, su modo de ser, amén de ello, los hombres no son todos iguales, existen profundas diferencias entre ellos, los principios cardinales de vida, propiedad, libertad, han variado con el paso de los siglos.

3. COLOMBIA Y EL DERECHO CIVIL (EL CÓDIGO CIVIL, LAS ESCUELAS Y TEORÍAS)

En Colombia, tras la recepción de las teorías francesa y alemanas, surge el Código Civil y la Ley 153 de 1887, lo cual provocó un tiraje de comentarios y tratados de Derecho Civil, yendo más allá de la *escuela de la exégesis* francesa, precisamente por ese toque conceptualista alemán. Pero este paso no se limita solamente a esto, sino que también fue fruto

¹² SALAZAR CACERES Carlos Gabriel. Op cit. www.uniboyaca.edu.co

de un sentimiento nacionalista por el cual se da la producción de una legislación propia colombiana con la expedición de la Constitución Política de 1886, en reacción a la legislación española imperante, hasta entonces en Latinoamérica, marcando con esta reacción, además de la legislación autónoma, el rechazo a las reglas de interpretación de la antigua *dogmática civilista* (Roma y Francia).

Pero, a pesar de lo anterior, es decir, a pesar de romper ese nexo con la legislación española, sigue existiendo cierta «dependencia» con Francia debido al Código Civil, y, por extensión, con Roma, puesto que el Código napoleónico mantiene una relación estrecha con la legislación romana en cuanto que ésta es fuente inmediata, junto con la costumbre, para la redacción del Código Civil francés, por lo tanto, la historicidad de la legislación colombiana, aunque rompe con la tradición española, sigue estando ligada a Europa.¹³

No obstante, es erróneo decir que nuestro Código Civil es fiel copia del derecho español o francés, por el contrario, representó un paso adelante en el ámbito legislativo de nuestro país, puesto que, aparte de ser legislación autónoma, propicia más adelante el desarrollo del Derecho Civil.

Por lo demás, símbolo de un trabajo investigativo profundo, son las demás fuentes que sirvieron a Andrés Bello para la redacción del Código Civil chileno y colombiano, ya que se sirvió de Códigos Civiles de Prusia, Sicilia, Austria, entre otros. Todo lo anterior, al no tenerse en cuenta por muchos «estudiosos» del derecho, llegó a degenerar en consulta ex-

clusiva de tratados franceses sobre derecho privado, lo cual repercutió directamente en una pérdida de mucha información relevante, y la información recibida fue interpretada de manera selectiva, razón por la cual se habla de un «*transplante incompleto*» y adicionalmente se presenta una lectura superficial de los textos, haciendo caso omiso del contenido socio-político y filosófico del país y de la época de tales tratados¹⁴.

Por otro lado, adicionalmente a la anterior situación, en Europa, para la época de la producción iusliteraria de nuestro país, ya se encontraban en una transición a otra teoría jurídica, ya se había superado el reinado de la exégesis, cuando aquí apenas comenzaba.

En este momento Colombia se encontró con lo que Bloom denominó «*tardeanza de recepción*»¹⁵ pues los primeros tratados nacionales eran *clásicos*, cuando en Francia Geny ya estaba ocasionando un vuelco a la Teoría del Derecho con su «*Método de Interpretación y Fuentes del Derecho Privado*» hacia 1939, obra ésta que causó revuelo, no solo en Europa, sino también en Latinoamérica.

Así las cosas, la recepción en nuestro país de las teorías europeas, aún cuando tardía, representa un avance en la iusteoría local, y demuestra claramente que el Código Civil es un texto abierto a un sinfín de teorías y subteorías, ya que cada época va superponiéndole nuevas concepciones del derecho más acordes a las necesidades del momento, por lo tanto, la inmutabilidad del texto matriz (Código Civil), no representa la inmutabilidad de las teorías que a raíz de él se presentan.

¹³ Ver MAYORGA, Fernando. Pervivencias del Derecho Español Durante el Siglo XIX y el proceso de codificación civil en Colombia en "100 años del C.C. de la Nación", Ministerio de Justicia, Bogotá 1987.

¹⁴ SOMARRIVA, Manuel. Evolución del Código Civil Chileno. Bogotá, Temis 1983.

¹⁵ Ver LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit Capítulo 1 Sección 3.2.

Bersarión Gómez
Hernández

Del problema arriba mencionado, es decir, de la lectura superficial de los textos franceses y alemanes de la época y su consecuente mala interpretación debido a las diferencias sociales, políticas y filosóficas, en nuestra doctrina surge cierto desequilibrio teórico, ya que recibieron la teoría de la exégesis, mezclando cierto nivel de conceptualismo, arrojando como resultado una crítica a la exégesis cuando hasta ahora se estaba implementando, pero, al momento de realizar dicha crítica, terminaban aplicando el modelo exegético, contradicción ésta producto del «*bombardeo*» indiscriminado de teorías sin antes sufrir el cambio cultural que tuvieron que sufrir los europeos para llegar a la concepción de las nuevas corrientes, además de la lectura directa de malas traducciones sin una consulta juiciosa de los textos en su lengua original.¹⁶

Muestra de lo anterior es la concepción del exegetismo como una teoría de interpretación de la norma, más no como una teoría del derecho, razón por la cual, el concepto de exégesis se ve totalmente restringido a los textos, consecuencia errónea por incompleta, y es tal, ya que se puede pasar por alto, al tomar a la exégesis como «*textualismo interpretativo*», la complejidad de muchos comentaristas franceses.

Fruto de esta recepción de la escuela de la exégesis, los autores colombianos dedicaron sus comentarios al Código Civil a una paráfrasis del mismo texto, artículo por artículo, arrojando textos de cada uno de los cuatro libros en que se divide el nombrado ordenamiento, resultando así una enseñanza del Código Civil, más no del Derecho Civil.

Dentro de este desarrollo de las teorías del derecho, surge una nueva forma de

ensayo que propende por alejarse de la exégesis, es la cual se denomina tratado, donde se comienzan a organizar y estructurar los artículos del Código Civil de una manera más sistemática y lógica, es decir, ya no se limitan a la paráfrasis arriba mencionada, sino que se alejaban del orden que establece el texto legal y que los exégetas seguían.

En Francia ya era teoría antigua, puesto que fue implementada hacia 1844, buscando explicar el derecho civil, sin limitarse al Código Civil como tal, sino, llegando al espíritu de la norma, explicando los principios generales del derecho, los cuales, por lógica, son anteriores a la norma.

Es aquí donde Savigny impulsa o lidera la «*Escuela Histórica del Derecho*», la cual, hacia 1898, comenzó a tener resonancia en los autores colombianos debido a la posibilidad que da el tratado de exponer los principios generales del derecho, cosa diferente en los comentarios, razón por la cual se opta por esta nueva escuela del derecho y nueva tendencia interpretativa de la norma.

De esta forma, el núcleo teórico del *Clasicismo* en Colombia se vio marcado y constituido, durante el siglo XIX y primer tercio del XX, especialmente por una subteoría de exposición y sistematización del Código Civil y por una teoría que examina cómo las reglas y los principios se crean y jerarquizan, ocupándose al mismo tiempo de problemas que surgían al interior de la ciencia jurídica tal como llenar los vacíos que pudiera presentar la norma; pero en realidad, como en el acápite anterior quedó expuesto, al aparecer una «*fusión*» entre las dos tendencias, el «*Formalismo de Reglas (Exégesis)*» y el «*Formalismo de Principios (jurisprudencia conceptual)*», la «*Escuela Clásica*» en Colombia toma una

¹⁶ LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo; Op. Cit. págs. 153 y s.s.

gran fuerza, a diferencia de la exégesis francesa, y logra perdurar a pesar de que la exégesis desaparezca, pues «... el *clasicismo latinoamericano*, pone su confianza básica en la *objetividad del derecho por cualquiera de las dos vías esbozadas* (formalismo de reglas o formalismo de principios)¹⁷.

3.1 Otras Teorías que Marcan Fuertemente a Colombia

Aparece posteriormente el denominado *antiformalismo* o bien, *Reacción Antiformalista Temprana* la cual se da entre los años 1840 y 1880 (con ciertos reflejos hasta 1912) en Europa con François Geny, que tiene como base la libre investigación científica del derecho. Se deja de lado la forma de *comentarios al Código Civil* y continúa con el *tratado de Derecho Civil*, logrando así un nuevo método de interpretación traído por Geny en su obra «*Método de Interpretación y Fuentes de Derecho Privado*» (1925).

Es necesario anotar, que si bien tomamos a Geny como antiformalista, también debe tenerse como «*antipositivista*», en cuanto que su obra sobre nueva interpretación del derecho privado acepta la interpretación del derecho desde otras fuentes como lo son la costumbre, la jurisprudencia, ante todo, la *Libre investigación científica*, lo cual, en cierto sentido, contradice al positivismo, que más adelante estudiaremos.

En Colombia, los principales expositores de ésta escuela son: Edmund Champeau y Antonio José Uribe con su obra «*Tratado de Derecho Civil*» publicado en 1898; Eduardo Rodríguez Piñerez con su «*Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano*» de

1912; Arturo Valencia Zea en la obra «*Curso de Derecho Civil Colombiano*» en sus ediciones de 1945 a 1957¹⁸.

Esta escuela comenzó a operar en Colombia hacia 1890, y persiste aún hasta 1990, generando un gran cambio en el estilo literario e interpretativo de la norma, ya que se separa notoriamente –más no totalmente como se verá más adelante– del modelo exégeta al adoptar, como ya se dijo, la forma de tratado, en el cual se permite interpretar e ilustrar el texto con cierta independencia del orden material del mismo y se pueden consignar los principios formulados o no en la legislación, en su orden lógico, y luego, las aplicaciones a estos principios.¹⁹

Al mismo tiempo, y como muestra de la aludida ruptura con el clasicismo colombiano, surge la obligación de estudiar las *decisiones judiciales* para poder interpretar y comentar el derecho positivo, debido a que las necesidades sociales exigen cambios en la legislación (y la mejor forma de conocer esos cambios sociales es con la jurisprudencia).

Pero, igualmente, encontramos que como el objeto central de este Tratado de Derecho Civil es «*interpretar el Código Civil a la letra de los textos*», el desprendimiento del exegetismo no es total, aunque se nota el progreso realizado por esta escuela al acudir a las fuentes de la Ley y a la jurisprudencia.²⁰

3.2 El Positivismo Kelseniano

Nos encontramos con que luego del auge que representó ésta teoría clásica al interior del país durante la época de los 30's,

¹⁷ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. pág 172.

¹⁸ Luego de ésta época, es decir, de 1957, Valencia Zea opta por otra escuela gracias a la influencia que Hans Kelsen tiene sobre él.

¹⁹ CHAMPEAU, Edmund y URIBE, Antonio José. Tratado de Derecho Civil, introducción, 1899.

²⁰ Ibid, introducción.

Bersarión Gómez
Hernández

llega a nosotros una nueva corriente de pensamiento jurídico impulsada principalmente por Hans Kelsen, corriente denominada *positivismo*, y que resultó acogida dentro de los autores locales, ya que el modelo imperante en ese entonces en Colombia mostraba cierta «*ambivalencia*» en cuanto que, desde el punto de vista de la exégesis, el clasicismo en el país piensa, al igual que el positivismo, que las reglas del derecho solo provienen de la legislación, más por el lado del conceptualismo adoptado aquí, los autores mostraban inconformidad con respecto a las insuficiencias que presentaba el derecho legislado para la exposición sistemática y científica del Derecho Civil.

Fue a raíz de esta recepción que se presentó un choque entre los doctrinantes de la época, ya que, como más arriba quedó expuesto, había una doble influencia al interior de la teoría clasicista en Colombia; por lo tanto, el kelsenianismo no tuvo una aceptación unánime, sino, por el contrario, los autores colombianos que tendían hacia el conceptualismo se mostraron inconformes frente a esta nueva corriente del pensamiento jurídico, pero, a pesar de ello, los exégetas de la época no dudaron en aceptar el positivismo como una versión mejorada de la antigua escuela de la exégesis, lo cual no generó un sentimiento de cambio radical, ya que, muchas de las subteorías que había propuesto el clasicismo, tanto en sus inicios como en su posterior mutación hacia el conceptualismo, fueron continuadas y hasta enfatizadas por el kelsenianismo posterior, es decir, que la ruptura con las anteriores iusteorías no fue tan violenta.

Más sin embargo, y como se evidenció anteriormente, las teorías, siempre que salen de su esfera de redacción, es decir de su sitio de producción, sufren un grave cambio en cuanto que en el sitio de

recepción de la misma, la situación social, política y filosófica, varía enormemente.

El kelsenianismo fue adoptado en Colombia sobre todo como una reacción a las teorías introducidas por Geny, es decir, el antiformalismo; así, el kelsenianismo gozaba de su posición de teoría contemporánea del derecho que llegó a nuestro país para confirmar algunos y transformar otros de los credos clasicistas, así, en cierto sentido, ayudó a consolidar aún más la conciencia clásica imperante en Colombia, aceptando entre otras la pugna contra el derecho natural clásico de corte religioso, pero en cuanto a muchas de las tendencias modernas de Kelsen, fueron omitidas en la recepción que Latinoamérica realizó de sus textos, resultando de la nombrada recepción dos corrientes simultáneas:

- La de los juristas colombianos de corte académico que pugnan por una visión más cercana a la europea del kelsenianismo y
- Otra, los «clásicos», quienes exaltan la similitud de las teorías de Kelsen con el clasicismo,

Pero, como en las anteriores oportunidades, incurren en grave falta, ya que no se detienen a ver, en su afán por exaltar lo uno y lo otro, el verdadero trasfondo del kelsenianismo, es decir, la tensión que se crea entre ambas teorías.

3.3 Autores más relevantes de las Teorías de Derecho en Colombia y en la Universidad Libre

Llegamos a uno de los periodos de la jusfilosofía en Colombia, que por extensión resultó una de las más prolíferas producciones locales en cuanto a recepción del Derecho Civil, el cual comprende el cuarto de siglo entre 1937 y 1961; enmarcado por las figuras de Rafael

Cabanillas y Benigno Mantilla, esta generación que incluye a Cayetano Betancur, Abel Naranjo Villegas, Luis E. Nieto Arteta, Danilo Cruz Velez, Rafael Carrillo, entre sus representantes más valiosos, constituyen un caso exótico en Colombia, porque se trata de una generación que supo estar a la altura de su tiempo en todos los órdenes del saber humano. Esta generación dio vigencia a la filosofía contemporánea en Colombia.

En cuanto a la nombrada generación encontramos a Luis Eduardo Nieto Arteta, en su obra *«lógica, fenomenología y formalismo jurídico»*, donde expone el autor: *«El contenido de la lógica es la forma pura de la cognosibilidad de lo real, por tanto, la lógica jurídica ha de estudiar lo inmodificable y por ende lo formal en los ordenamientos jurídicos la teoría pura del derecho ha de señalar críticamente el método y el objeto del conocimiento jurídico. Estimo que la filosofía fenomenológica ofrece o presenta la posibilidad de una superación del formalismo jurídico. La obra teórica de Hans Kelsen es una última expresión grandiosa y perfecta del formalismo jurídico. Lo racional, el logos, es la estructura formal que encerrando una esencia material, representa la estructura normativa de la realidad jurídica. Lo irracional es la materia contingente y variable que supone una determinada estructura formal. Realidad y valor, vida y espíritu, ser y deber ser, forma y materia, he ahí el contenido de la experiencia jurídica. Ni pura razón, ni pura vida. Lo vital racionalizado y lo racional vitalizado»*.

El tratadista español Recasens Siches, el cual fue uno de los receptores y traductores de Hans Kelsen en América Latina y España, calificó a Nieto Arteta como: *- ...uno de los pensadores jurídicos más esclarecidos y fecundos de nuestra América, con una mente fina y crítica y de concepciones originales -*.

Josef L. Kunz, quien fue discípulo de Kelsen, al estudiar la obra de Nieto Arteta lanza el siguiente comentario: *«...este al igual que Carlos Cossio, interpreta la Teoría pura del Derecho como una lógica formal, sino trascendental también; considerándola como lógica jurídica y como teoría del conocimiento jurídico»*. Kelsen personalmente rechazó esta interpretación.

Igualmente estudió la obra de Carlos Cossio dedicándole a ella más de tres largos ensayos; en la ciudad de Berkeley, California, sostuvo una entrevista con Kelsen y allí presentó al maestro vienés, los problemas de la *Teoría Ecológica*²¹, en contraste con la Teoría pura.

En sus artículos, muchos de ellos polémicos, se observa que meditó y trató todos los problemas actuales de la filosofía del derecho, sus últimos trabajos se presentan maduros y sopesados; lamentablemente la muerte los truncó. Jorge Ortega Torres, le considera como el filósofo colombiano más conocido y comentado en el extranjero.

Al hablar de Nieto Arteta, hemos hecho mención de Kelsen, dado que fue su mayor divulgador en nuestro país, del cual (Nieto Arteta), Alberto Cárdenas Patiño hace la siguiente observación: *...que la obra de Kelsen, aparecida en nuestro radio con Nieto Arteta, trata de romper la tradición jusfilosófica, jusnaturalista y neotomista, reinante en Colombia a partir de 1932 y desde más atrás...* en ese momento la teoría pura se convierte en un arma ideológica del partido liberal en el poder, que necesitaba oponerse a las concepciones jusnaturalistas sobre Estado y Derecho, sostenidas por la ideología del partido conservador recién derrotado.

²¹ Esta Teoría Ecológica es producida por el profesor y tratadista argentino Carlos Cossio, teoría que tiene como objeto a conocer por el jurista no la norma sino la conducta humana en interferencia intersubjetiva (diferenciación entre Derecho y Moral), ya que las normas son sólo los conceptos con que se piensa la conducta humana, la cual debe ser pensada, no como un ser, sino como un deber.

Bersarión Gómez
Hernández

El Kelsenianismo de Nieto Arteta y sus jóvenes discípulos liberales favorece como horizonte teórico el reformismo de la llamada «*Revolución en marcha*» del 36 al 46, más sin embargo, Nieto Arteta no tuvo, lo que se puede decir, verdaderos seguidores ni discípulos que hubieran seguido sus pasos y creado una escuela, pero sus ideas cobraron alguna fuerza entre los jóvenes liberales, en especial estudiantes de las universidades: Nacional, Externado y Libre.

Al finalizar la primera mitad del siglo XX, encontramos también al tratadista Diego Montaña Cuellar, profesor de la cátedra de filosofía del Derecho en las Universidades Nacional y Libre. Su obra sostiene que el derecho no pertenece al mundo de los valores, sino a la vida misma, pretendiendo realizar valores sin ser en sí mismo un valor, es una forma objetiva de la vida humana, está constituido por un conjunto de ideas o significaciones que fueron producidas, construidas por los hombres y que constituyen reglas de conducta humana; no vive por sí mismo, lo fabrica el hombre, no es producto de la historia, lo es de la sociedad que también crea la historia.

Carlos J. Medellín lo hace con una tesis que constituye caso singular en la filosofía jurídica colombiana, pues su obra, a diferencia de los demás tratados de derecho, trata sobre la estética del derecho. El autor busca la estética de la ciencia jurídica o más exactamente del ordenamiento jurídico que gobierna a un pueblo y de la aplicación de ese ordenamiento a los hechos humanos, en la propia función del legislador, del abogado y del juez.

Plantea Medellín el paralelo pretendido por algunos, entre la interpretación legal y la interpretación musical. Dos formas de la función interpretativa que tiene innegables puntos de contacto, pues a los intérpretes de la ley, esclavizados por los moldes literales, se les parece aquellos unidos al instrumento servilmente, como los que pretende la interpretación

legal sirviéndose de diversos factores, en busca de la justicia, con aquellos que intentan nuevas interpretaciones musicales, en que no dejan de jugar las nuevas concepciones, los nuevos rumbos, los nuevos criterios sobre arte y estética.

Llama la atención sobre el virtuosismo, que en materia forense, se confunde con un diletantismo jurídico, superficial y leve, hasta lindar con el tinterillaje invasor, que al fin y a la postre es un virtuosismo, un malabarismo de los textos y de los incisos, de las doctrinas y los conceptos, con que juega el profesional que ignora su misión.

De su trabajo vemos que derecho, ontología y deontología se unen formando un todo solidario y anotamos que todo derecho es natural, no porque esté con nosotros a nativitate sino por que se funda y origina en la naturaleza humana. Una visión de corte *antiformalista*, el cual elimina de raíz todo vestigio de *jusnaturalismo*, lindando, tal vez, con una concepción clásica, es decir, de la teoría clásica que persistía aún en el país a pesar de la recepción de las teorías kelsenianas, como más adelante se aprecia:

Continúa el citado autor: «...*el estilo del derecho es el pueblo, la sociedad que este constituye, no tiene, ni puede tener nombre propio, se hace en el tiempo y con el tiempo. Al terminar las construcciones jurídicas si es que alguna vez se terminan, sobre sus muros no se puede incrustar la placa acostumbrada por los arquitectos con apellidos y fecha. Las estructuras del derecho se deben a todos en general y a nadie en particular. Lo que las hace tan sólidas y estables es esa circunstancia de su autor colectivo. El derecho se construye como las catedrales góticas y como las músicas corales de los primeros siglos del cristianismo. No un hombre, sino el hombre, participa en su edificación, como participó en esos monumentos, llevando cada uno su material anónimo y aplicando su peculiar habilidad personal pero sin nombre.*

«*Lo que sí se requiere es que tales materiales sean uniformes y de la misma especie. Y esto hace parte*

también de la naturaleza del estilo. El gótico, exige un material de arquitectura definitivo; la piedra. El canto gregoriano impone la necesidad de un material sonoro, también definitivo; la voz humana, masculina y sin instrumentos. El derecho, a su turno, necesita el material definitivo de la palabra jurídica. El virtuosismo en el derecho consiste en el conocimiento múltiple de códigos y leyes, jurisprudencias, doctrinas y tratados, en la habilidad para su empleo y el tecnicismo en su uso. Una buena memoria puede hacer un auténtico virtuoso, la interpretación es virtud que no se adquiere en los libros, sino que produce con un verdadero sentido del derecho, vivido y practicando día tras día, que da a sus cultores una visión clara y profunda sobre lo que está mas allá de los incisos y las letras, que es función creadora y no repetidora y que viene a constituir el más hermoso vivificante de los elementos que integran la estética del derecho».

El catedrático de la Universidad de Medellín, Jaime Sanin Greiffenstein, referente a la hermenéutica jurídica, comenta²² así el artículo 27 del Código Civil que reza: «*Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desentenderá su tenor literal pretexto de consultar su espíritu.*»

Del cual parte para presentar las siguientes observaciones:

- a) Otorga a las palabras de la ley el primer lugar como medio de conocerla, con todas las consecuencias ajenas.
- b) Contrapone el significado de la ley a su intención o espíritu, lo que es absurdo. Parece referirse al significado de la ley como el resultado de la asimilación del texto y a la intención o espíritu como al ánimo legislativo que redactó el texto. En este caso el artículo quebranta el postulado de la voluntad del legislador como era de esperarse, desde que a ella no se puede recurrir sino en subsidio y como algo

lógicamente contrapuesto al significado textual. Por otra parte; sin un acervo de estimaciones que aplicadas al texto expliquen éste, no es posible conocer la norma, de manera que no se comprende cómo de por sí y sin más las palabras pueden significar algo, como tienen un sentido cognoscible sin espíritu alguno. Por este motivo creo que la disposición es ciega.

- c) Separa el conocimiento normativo de la interpretación de la ley, haciéndose cuentas que para conocer es suficiente leer y que solamente en el supuesto de una oscuridad manifestada en el conocimiento hay necesidad de interpretar. Hay entonces una insuficiencia en el planteamiento sistemático de las meras palabras, pues se cree que el conocimiento no representa un esfuerzo intelectual y es solamente una captación directa o un reflejar las palabras en la mente y que la interpretación consiste en un esfuerzo por demoler un obstáculo para que la imagen de contornos definidos, sin tomar en consideración que el conocimiento implica ya la contribución de todas las fuerzas mentales para aprender el objeto y que éste no aparece hasta que todos los esfuerzos se hayan realizando. Todo esto es interpretación; y solo interpretación; que la una sea fácil y la otra difícil o menos fácil, es algo que no merece calificación científica.

4. RECEPCIÓN SIGNIFICATIVA DEL POSITIVISMO KELSENIANO EN COLOMBIA

Por otro lado, tal vez la más significativa recepción del kelsenianismo en Colombia se vio representada en Arturo Valen-

²² Revista de la Universidad de Medellín y en cuatro entregas, entre los años de 1957 y 1958 se publicaron "Elementos de Filosofía del Derecho" del profesor Jaime Sanin Greiffenstein".

Cuadro 1. Principales cambios en el tratado de Valencia Zea

Curso de derecho civil Colombiano 1945	Derecho Civil 1957
<ul style="list-style-type: none"> • El derecho es una ciencia social. 	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho es puro y normativo y puede ser distinguido de las ciencias de causalidad como la mayor parte de las ciencias sociales.
<ul style="list-style-type: none"> • Hay un claro vínculo entre el derecho y la moral. 	<ul style="list-style-type: none"> • Hay una estricta separación entre derecho y moral.
<ul style="list-style-type: none"> • Uno de los fines legítimos del derecho es servir a los propósitos políticos, encarnado, por ejemplo, en la reforma Constitucional de 1936. 	<ul style="list-style-type: none"> • El derecho no puede perseguir fines o metas políticas.
<ul style="list-style-type: none"> • Los protocolos de la interpretación estatutaria deben ser modificados conforme las recomendaciones de la libre investigación recomendada por la escuela científica de Geny. 	<ul style="list-style-type: none"> • Los protocolos de la interpretación estatutaria todavía siguen los principales Arts. De la sección 25 a 32 del Código de Bello positivizan, en el ámbito local, el método tradicional de interpretación expuesto por Savigny legal.
<ul style="list-style-type: none"> • El origen de la norma legal tiene fundamento en la realidad como una respuesta a los cambios en las necesidades sociales. 	<ul style="list-style-type: none"> • El origen legal de las normas jurídicas, en una teoría pura del derecho, se analiza sin conexión alguna a realidades de naturaleza sociológica.
<ul style="list-style-type: none"> • Para entender una norma se debe percatar de la estructura sociológica. 	<ul style="list-style-type: none"> • Para entender una norma se debe examinar su estructura lógica.

cia Zea en su paso de la *Dogmática Local* al *Positivismo Kelseniano*, de lo cual, para mayor ilustración se presenta en el cuadro 1. el cambio sufrido por este autor nacional de un cuadro que nos trae el texto de Diego López²³:

Y se dice que es una de las más significativas recepciones del kelsenianismo, ya que Valencia Zea deja ver claramente en su obra de 1945 su gran influencia de la «escuela científica» iniciada en Francia por Geny, y aun cuando el modelo adoptado en dicha época por Valencia Zea era el mismo por el cual optaron los antiformalistas contemporáneos del autor, iba más allá, ya que no solamente tomó como modelo a Geny, sino que

también se basó en los demás de los *juristas inquietos* de Francia.²⁴

Además, Arturo Valencia Zea en la edición primaria de su «*Curso de Derecho Civil Colombiano*», presenta sin duda una visión de Kelsen al mejor estilo de Recasens Siches, y por lo tanto, como más arriba quedó mencionado, con un estilo similar a Luis Nieto Arteta, aunque este último representa, según referencia de Diego López²⁵, el «*antiformalismo contemporáneo*»

Del cuadro anterior, y teniendo como base el gran cambio sufrido por Valencia Zea de su posición antiformalista al positivismo kelseniano, en su momento no pareció una preocupación, ya que su

²³ LÓPEZ MEDINA Diego Eduardo; Op. Cit., pág. 367.

²⁴ Marcel Planiol, Colin y Capitant, Louis Josserand, J. Bonnetant.

²⁵ Op. Cit., pág. 354.

tarea era actualizar la teoría dogmática imperante en Colombia, razón por la cual, no se atiende en realidad los acontecimientos nacionales, sino que simplemente y sin atender a las consecuencias del cambio sufrido en su obra, arroja ahora la teoría imperante en Europa sin discriminación, es decir, sin resaltar los proyectos políticos que detrás de una teoría arroja el autor de la misma.

Muestra de ello son las contradicciones en que llega a incurrir el autor tras exponer en su introducción una visión de corte conceptualista y luego pasa a resaltar una teoría, por demás contraria a la primera, lo cual, como arriba se explicó, era la pugna en ese entonces puesto que la escuela o corriente conceptualista pugna en contra de la exégesis, mientras que el positivismo llegó, por así decirlo, a reavivar esa antigua escuela exegética; mas esta contradicción de Valencia Zea era totalmente comprensible por las ya cimentadas raíces francesas que nuestro derecho ostentaba, además de la literatura que aún era aceptada por la colectividad, mientras que Valencia, por su parte, intentaba lograr un corte en el sentimiento «afrancesado» de las teorías jurídicas, puesto que se propendía por un reposicionamiento histórico con respecto a las demás fuentes directas del Código de Bello, es decir: Alemania y España.

Así las cosas, el *Positivismo Kelseniano* llega a nuestro país causando un gran impacto en cuanto que se van a renovar las viejas trazas de *Positivismo Clásico*, por lo tanto, y por conducto de Valencia Zea, se comenzó a mermar la actitud antipositivista que el viejo conceptualismo traía consigo, y pasó a dar nueva fuerza a los clasicistas al incorporar ejemplos de la exégesis, el conceptualismo, la libre investigación y la

teoría pura del derecho, y sobre todo con ésta última, puesto que se logró cimentar mucho más fuerte al antiguo positivismo clásico.

En suma, en este momento, tras los avances últimos de la ciencia jurídica, podemos apreciar dos pensamientos a saber: uno *académico*, que muestra a Kelsen como influencia a los filósofos del derecho, autores que por primera vez se dedicaron a la enseñanza académica de la filosofía jurídica, es decir, que representó el «despertar filosófico académico en el país»; por otro lado, encontramos la concepción de la *Teoría Jurídica*, es decir, el paso que decididamente marcó el kelsenianismo fue la ruptura total con el *iusnaturalismo*, puesto que en el país, en la época prekelseniana, se seguía, aunque de manera no más formal, con la exposición de dicha corriente, tal y como quedó expresado al comienzo del presente artículo; pero sin duda, el más grande paso dentro de la conciencia jurídica local con la ayuda del positivismo kelseniano, fue la gradual pérdida de la hegemonía de Geny y el posterior triunfo de la Teoría Pura del Derecho.

Dentro de la recepción del kelsenianismo en nuestro país, y dentro de las dos corrientes arriba mencionadas y que Diego López nos cita²⁶, encontramos diferentes clases de recepción de la *Teoría Pura del Derecho* y en general del positivismo. Para ilustrar esta división, el autor nos trae un cuadro que a continuación estudiaremos para pasar pues a explicar dichas clases de recepción y su posible repercusión en la Universidad Libre:

Primero, encontramos una *recepción académica* de la obra de Kelsen en el ámbito de la *teoría local positivista*, la cual, a su vez, se subdivide en tres etapas o modos, a saber:

²⁶ Op. Cit., págs. 347 y s.s.

Bersarión Gómez
Hernández

1. TRADUCCIÓN: la cual tuvo cabida entre 1928 - 1940, traducción temprana liderada por juristas como Legaz y Lacambra y Recaenses Siches, etapa que tenía como fin difundir a Kelsen en español y a su vez, comprender de la forma más fiel posible, sus argumentos básicos.

2. FORMALIZACIÓN: abarca el periodo comprendido entre 1940 – 1971, dentro del cual, tras haber leído y comprendido a Kelsen y sus teorías básicas, los juristas comenzaron a intentar elaborar sus propios análisis de teoría del derecho, teniendo como ciertos los tópicos de Kelsen, pero también pensaban que podía hacerse un mejoramiento en algunos puntos, dando como resultado una gran variedad de teorías de corte positivista seriamente influenciadas por las lecturas de Kelsen. Aquí encontramos a los tratadistas Legaz y Lacambra, Recasens Siches, García Maynez, Carlos Cossio y Luis Nieto Arteta.

3. DESFORMALIZACIÓN: Último de los modos de la recepción académica de Kelsen, la cual operó en Colombia, o mejor opera, desde 1971 hasta ahora, la cual busca contrarrestar la formalización del segundo periodo arriba mencionado, cuyos principales autores, Luis Nieto Arteta y Carlos Gaviria, ofrecen una visión crítica y desformalizadora de Kelsen, cuyo fin primordial es hacer una crítica a la hegemonía del tradicionalismo jurídico.

Ahora, tras haber agotado la recepción académica del kelsenianismo, pasa el Doctor Diego López a exponer lo que él denomina «*recepción Pop de la obra Kelsen*», re-

cepción que se lleva a cabo sin tener muy en cuenta los «*sub-textos*»²⁷ ni los «*co-textos*»²⁸, aproximando así al kelsenianismo a la percepción positivista local que partía, como antes se mencionó, de la *teoría clásica* imperante en ese entonces en Colombia.

Ésta *recepción Pop* en Colombia por ser menos matizada y más «*digerible*», gozó de gran acogida dentro de los estudiantes y profesionales de la época, *repercutiendo aún hasta ahora en la enseñanza del Derecho Civil al interior de la academia*. Como anteriormente quedó mencionado, la recepción con más relevancia y acogida en nuestro país fue la de Arturo Valencia Zea, pero ésta es, a su vez, el mejor ejemplo de la *recepción Pop* debido a las falencias ya expuestas, ya que se buscaba un acercamiento de este nuevo positivismo a la producción clásica colombiana, buscando por extensión, continuar con el *clasicismo jurídico* de principios del siglo XX.

5. TENDENCIA ACTUAL EN COLOMBIA

Es bien claro que el desarrollo del derecho civil en nuestro país ha sufrido menos cambios que la misma Constitución Política, pues bien se sabe que el Código Civil colombiano se ha mantenido vigente casi en su totalidad desde 1887, mientras que la Constitución Política de 1886 sufrió muchísimas reformas, y sin obviar, claro está, la expedición de una nueva Carta Política colombiana. Pero lo anterior nos lleva también a exaltar la tendencia jurisprudencial que entró en auge con la vigencia de la Constitución Nacional de 1991 en materia de Derecho Civil, pues al darse un cambio tan

²⁷ Diego López da este nombre a los aspectos tales como amigos, enemigos y predecesores de Kelsen, la historia académica y personal del autor y los conflictos sociales y políticos del tiempo y el espacio de la producción que permiten la cabal interpretación de la producción literaria de Kelsen.

²⁸ Denomina así el tratadista colombiano al tiraje literario de Kelsen, es decir, una aproximación más íntima a la obra de Kelsen.

drástico en el modelo de Estado, es decir, al pasar de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho, las Cortes se tuvieron que dar a la tarea de reinterpretar la Ley a la luz de este nuevo Estatuto Magno, adecuando sus decisiones a lo prescrito por la Carta, haciendo énfasis y arrojando un buen número de jurisprudencias sobre la vigencia temporal de la Ley, cosa que llegó a amenazar fuertemente a la institución del Derecho Privado, como en el caso de las Sociedades Patrimoniales entre Compañeros Permanentes, la institución de la familia, entre otros.

De aquí que el tránsito legislativo de la Constitución encierra cierto avance para el ámbito del derecho civil colombiano, aunque no lo es todo. Si bien hemos visto que durante las últimas décadas en nuestro país ha predominado la tendencia positivista del Derecho Civil, también es cierto que se hallan, aún en este siglo XXI, vestigios del iusnaturalismo al interior de los altos tribunales de justicia de nuestro país, y prueba de ello el rol que asumen los jueces de guardianes de la moralidad, demostrado ampliamente en la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia²⁹.

Germán Silva García nos muestra cómo es que aparecen esos fines moralistas en el abogado, y esto es, desde su misma formación, tanto en las instituciones regentadas por la iglesia católica (Universidad San Buenaventura y Javeriana), como en las universidades laicas conservadoras (Católica, Sergio Arboleda y Gran Colombia).³⁰ Ahora, partiendo de este enunciado, vemos que la Uni-

versidad Libre, entre otras (Autónoma, Externado), llevan su formación por un sendero más secularizado, con unas reglas y fines más sociales.

CONCLUSIONES

Como queda expuesto en el desarrollo de la investigación, en Colombia no se ha dado un importante avance en el derecho civil, este no ha sufrido grandes cambios, y su desarrollo no ha sido significativo, en especial en estos últimos tiempos, pues, en relación a las últimas tendencias de esta rama del derecho, «*La Corte Suprema de Justicia no ha sufrido cambios en los modelos de argumentación, además del grave sacrificio de la aplicación del derecho sustancial, es decir, los análisis de los Magistrados en las decisiones de la C.S.J. son recuentos históricos de las posiciones de la Corporación sin consultar los aspectos modernos de interpretación, reduciéndose todo el problema a argumentos puramente procedimentalistas sin resolver verdaderamente el conflicto*».³¹

Por otra parte, es claro, como se evidencia al observar los pénsams del programa de Derecho de las universidades, que los tratadistas más relevantes en el ámbito del derecho civil en el país son: Arturo Valencia Zea, José J. Gómez, Javier Tamayo Jaramillo, Alvaro Pérez Vives³², Javier Tamayo Lombana, mientras que, al interior de la Universidad Colombiana, desde hace más de veinte años, no se han dado avances con respecto al Derecho Civil, y prueba de ello es la bibliografía utilizada en los libros de texto de los autores contemporáneos, quienes se limitan a traer citas de autores que datan de 1968, y como máximo, de

²⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, proceso No. 16.997 de 23 de octubre de 2000, M.P.: Jorge Anibal Gómez Gallego.

³⁰ SILVA GARCÍA Germán, «El Mundo Real De Los Abogados y De La Justicia» Tomo II, Universidad Externado de Colombia 2001.

³¹ Entrevista otorgada por el tratadista y catedrático Dr.: Mario Fernando Parra el martes 26 de abril de 2005.

³² Quien fue catedrático de la Universidad Libre hacia las décadas de los 60's y 70's.

Bersarión Gómez
Hernández

1978; así pues, en cuanto que el derecho civil en nuestro país y en nuestras Universidades se ha visto estancado, inmóvil, carente de innovación.

Es preocupante, que en la mayoría de las Universidades, se sigan textos como *Mazeaud – Tunc. Tratado Teórico Práctico de la Responsabilidad Civil. Tomos I Volumen I y II. Tomo II. Volumen I y II. Tomo III. Volumen I y II. Editorial Ejea. Buenos Aires. 1961*, y si bien es cierto que se trabajan textos de ediciones de 1998, 1996, también es cierto que estos textos, en su mayor parte, por no decir en su totalidad, se basan en tratadistas de mediados del Siglo XX, por lo tanto, se sigue estudiando con guías como *De Cupis Adriano. El daño. Editorial Bosh. Barcelona. 1975*. Esto deja mucha parte de la formación de los abogados en entredicho, pues se limita el estudio a teorías antiguas, pero en realidad, el problema estriba en la falta de investigación y producción de las nuevas tendencias en el derecho civil.

Ahora bien, si nos detenemos a observar los programas del área de Derecho que ofrecen las universidades colombianas, vemos claramente que no se está limitando la Academia a los antiguos textos positivistas con que se estudiaba tiempo atrás, es decir, no todo es gris, pues se están preocupando por la formación de profesionales críticos, investigadores, con visión; esto sin contar con la exigencia de mínimo un idioma extranjero, pues como quedó más arriba anotado, esa fue

una de las mas graves fallas en la interpretación de los doctrinantes colombianos, pues se limitaban a estudiar de los textos traducidos al español, sin remitirse nunca a la fuente original. Por otra parte, se está fomentando la investigación socio – jurídica en los respectivos centros de investigación del país, lo cual, como en la presente, nos hace ver el *estancamiento* que ha sufrido el país en general en materia de derecho privado, y estimula, no sólo a los investigadores, sino a los lectores a buscar y aportar soluciones al problema.

Pero aquello que debe preocuparnos más y que merece mucha más atención, es la crisis que sufre el Derecho al interior de las instituciones educativas, sobre todo en la Educación Superior. Así se deduce de los resultados de los ECAES. Desde nuestro punto de vista, optar por la Investigación Científica Jurídica y Socio – Jurídica, dar más oportunidades a las nuevas generaciones de abogados y de estudiantes de derecho a la investigación, a la formación postgraduada con énfasis en las maestrías y doctorado permitiran en el corto plazo promover una revolución intelectual y cambio generacional que impulse el desarrollo del derecho.

Este énfasis por la investigación socio jurídica y procurar una aplicación concienzuda de teorías acordes a nuestras necesidades actuales, y a nuestra realidad social, cultural, política, educativa, logrando de esta forma superar el penoso rezago intelectual de la Ciencia Jurídica en el país.

BIBLIOGRAFÍA

CAÑÓN RAMÍREZ, Pedro Alejo. Derecho Civil, Parte General y Personas, Ed. Temis, 1998.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala Penal, proceso No. 16.997 de 23 de octubre de 2000, M.P.: Jorge Anibal Gómez Gallego.

Código de Hamurabi, Ed. Nacional 1982.

- CHAMPEAU, Edmund y URIBE, Antonio José. Tratado de Derecho Civil, 1899.
- HINESTROSA, Fernando. «El Derecho entre Dos Milenios: Balance y Perspectivas», en «Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio», Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, 1994.
- IGLESIAS, Juan. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado, Ed. Ariel 1972.
- MAYORGA, Fernando. Pervivencias del Derecho Español Durante el Siglo XIX y el proceso de codificación civil en Colombia en «100 años del C.C. de la Nación, Ministerio de Justicia, Bogotá 1987.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Teoría Impura del Derecho (La Transformación de la Cultura Jurídica Latinoamericana), Ed. LEGIS 2004.
- RAMÍREZ GRONDA, Juan. Diccionario Jurídico, Ed. Claridad 1961.
- Revista de la Universidad de Medellín 1957 y 1958 «Elementos de Filosofía del Derecho» Profesor Jaime Sanín Greiffenstein.
- RODRÍGUEZ PIÑERES, Eduardo. Curso Elemental de Derecho Civil Colombiano, tomo I, Librería Americana, Bogotá 1923.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Fundamentos de Derecho Administrativo, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- SALAZAR CÁCERES, Carlos Gabriel. Filosofía del Derecho en Colombia «Siglo XX», www.uniboyaca.edu.co
- SILVA GARCÍA, Germán. «El Mundo Real de los Abogados y de la Justicia» Tomos II y III, Universidad Externado de Colombia 2001, página 24 y ss.
- SOMARRIVA, Manuel. Evolución del Código Civil Chileno. Bogotá, Temis 1983.
- VALENCIA ZEA, Arturo. Proyecto de Código de Derecho Privado, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá 1980.
- ZULUAGA, Gerardo. «Liberalismo Positivista» Revista Trimestral Junio/Julio/Agosto 2002 Berlín, Alemania.