

Sobre la teoría impura del derecho

DANILO ROJAS BETANCOURT

Profesor del Departamento de Derecho,
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales,
Universidad Nacional de Colombia.

Resumen

La reseña hecha al libro del profesor Diego López, la *Teoría impura del derecho*, muestra algunos aspectos que debilitan la novedosa e importante tesis allí sostenida sobre la transformación de la teoría jurídica en Latinoamérica. En especial, señala que la particular apreciación de López sobre algunos tópicos kelsenianos deja demasiado expuesta la demostración que respecto de Kelsen proporciona como ejemplo de transformación teórica en Colombia.

El reparo central radica en que la construcción hecha por López de lo que se denominaría regla de tanteo de la *Teoría Transnacional del Derecho*, TTD, toma como base una versión formalizada y no crítica de ésta. Al hacerlo, López cae en la misma trampa que pretende mostrar como característica de la transformación local y que, conforme a la lectura estándar de cierta TTD, debe señalarse como incorrecta.

Palabras clave: teoría del derecho, teoría transnacional del derecho.

Abstract

This review of the book by Professor Diego López, *La Teoría Impura del Derecho* [The Theory of Impure Law], reveals some of the aspects that weaken his novel and significant thesis concerning the transformation of juridical theory in Latin America. Specifically, it shows how López's particular appreciation of some of Kelsen's views undermines the example that he gives as an illustration of theoretical transformation in Colombia. The article's central tenet is that López's formulation, which may be called the rule of approximation to the transnational theory of law, TTL, is based on a formalized and non-critical view of TTL. In doing so, López falls into the same trap that he purports to reveal as a characteristic of local development and that, in accordance with a standard reading of TTL, should be considered incorrect.

Key words: Theory of law, transnational theory of law.

DIEGO LÓPEZ HA escrito uno de los textos más sugestivos de los últimos lustros sobre teoría jurídica. La síntesis que proporciona Duncan Kennedy en el prólogo me releva de referirme al contenido general de la obra y así poder concentrarme en el aparte que me interesa comentar. Kennedy, en efecto, señala que el libro hace tres contribuciones al conocimiento jurídico, “cada una de ellas suficiente para considerar el libro como un verdadero acontecimiento”: i) “una historia metodológicamente sofisticada de la teoría del derecho en Colombia”; ii) “una historia de las principales tendencias en teoría jurídica en las naciones dominantes de Europa Occidental”, y iii) “un nuevo paradigma para explorar la relación entre lo que ‘L’ llama los *sitios de producción* de teoría jurídica y los *sitios de recepción* de la misma” (p. xi).

De estos aportes, me parece que el más relevante y novedoso es el último mencionado y así lo resalta López:

Todo lo que he tratado de hacer en este libro es iniciar un estudio sistemático sobre los detalles particulares de estos sistemas jurídicos y sus teorías del derecho; éstas son transformaciones locales de autores e ideas que circulan por canales internacionales. El resultado son teorías *impuras* del derecho, síntesis extrañas y creativas que, sin embargo, son esenciales para entender las prácticas jurídicas locales. Una clara comprensión de esas adaptaciones locales puede ser tan o más importante que la reconstrucción de las teorías ‘originales’ tal y como se estila en muchos de nuestros cursos de filosofía y teoría del derecho (p. 461).

En los capítulos 5 y 6 del libro, López muestra en detalle cómo su tesis sobre traslado y transmutación de las teorías jurídicas transnacionales en lo local –“sitios de producción-sitios de recepción” teórica– se produjo en Colombia en relación con los autores más relevantes del pensamiento jurídico en Europa, Norteamérica e Inglaterra: positivistas, como Kelsen y Hart, y no positivistas, como Dworkin y Alexy. El presente comentario centrará su atención en la importante referencia que a López le mereció el análisis de la teoría kelseniana, dada la influencia que sobre el pensamiento jurídico colombiano ha tenido Kelsen.

Para hacer mi escrito más comprensible a quienes no hayan leído los capítulos que comento, inicialmente describiré de forma sucinta los tipos de recepción que, según López, tuvo Kelsen en Colombia, y luego abordaré dos asuntos que aquí separo pero que en la exposición entrevero: i) señalaré algunos aspectos que, a mi juicio, debilitan la novedosa e importante tesis de López sobre la transformación de la teoría jurídica en Latinoamérica y, especialmente, ii) indicaré que la particular apreciación de López sobre algunos tópicos kelsenianos deja demasiado expuesta la demostración que respecto de Kelsen proporciona como ejemplo de transformación teórica en Colombia.

Según la reconstrucción de López, Kelsen tuvo en Colombia –como

muchos otros autores extranjeros— una recepción *pop* y otra *académica*. La primera se caracteriza como “una comprensión más popular, práctica y fácil de manejar de la teoría pura, usualmente contenida en tratados dogmáticos o textos de introducción al derecho y, en consecuencia, profusamente circulada en los espacios de educación jurídica. Esta recepción se llevó a cabo en libros de consumo masivo por oposición a comentarios o traducciones más ‘filosóficas’ relativamente especializadas” (p. 348). La recepción académica la entiende López como aquella que busca “preservar el acostumbrado rigor de la filosofía del derecho y lucha por dar una imagen de Kelsen más cercana a aquella que comparten con académicos de otras partes del mundo” (p. 346).

Kelsen en Colombia

La recepción académica

López centra su reflexión en el trabajo que sobre Kelsen realizó en Colombia Luis Eduardo Nieto Arteta, en especial en su texto *La interpretación de las normas jurídicas*. En la presentación de López, Nieto se encuentra en la cuerda de receptores académicos tipo, como Recaséns Siches y Legaz y Lacambra, quienes “tienen una clara conciencia del hecho de que el nuevo tipo de positivismo de Kelsen genera una crisis muy significativa frente al clasicismo local; clasicismo y kelsenismo no constituyen un continuo en la teoría del derecho” (p. 351).

Sin embargo, estos autores corresponden a períodos y formas de recepción distintas de Kelsen. Los “luises” Recaséns y Legaz son puestos por López en el período de “traducción” de Kelsen –1928 a 1940–. Al período de “formalización” en el que “muchos iusteóricos locales comenzaron a intentar elaborar sus propios análisis de teoría del derecho” –1940 a 1960– corresponden autores como García Máynez (México), Carlos Cosío (Argentina) y Nieto Arteta (Colombia) –además de Recaséns y Legaz–; finalmente, al período de “desformalización” o “lectura antihegemónica de la obra de Kelsen” corresponden autores como Óscar Correas (México), Carlos Gaviria (Colombia) y, nuevamente, Nieto Arteta.

La recepción pop

La obra escogida por López para su análisis de recepción *pop* de Kelsen es *Derecho civil*, de Arturo Valencia Zea. Su tesis central es la de que esta recepción ajustó “el positivismo kelseniano a los contornos del positivismo local que ya venían de la teoría clásica del derecho (...). Kelsen aportaba, por medio de lecturas locales de su obra, un estudio iusfilosófico que afianzaba al clasicismo” (p. 357). Según López, en la edición definitiva de su tratado de 1957, la lectura transformadora que de Kelsen hizo Valencia Zea permitió que “la dogmática civil clásica” asumiera “el ropaje de un positivismo contemporáneo”. Ello se logra en la medida en que “porciones

y pedazos de la Teoría Transnacional del Derecho (TTD) son transformados para racionalizar y afianzar una teoría positivista del derecho privado que continúa moldeando la conciencia jurídica de hoy en día” (p. 359).

La conciencia jurídica kelseniana referida por López se caracteriza del siguiente modo: legocentrismo, omnicomprensividad, sistematicidad y coherencia, coercibilidad, pureza y literalidad –catálogo al que quizá pueda agregársele la certeza– y constituye “el gran cauce subterráneo que impregna la enseñanza y la comprensión común predominante en esta cultura jurídica” cuya “invisibilidad sólo refuerza su poder” (p. 379), y cuya dificultad para ser descrita radica en “que esta configuración del positivismo está en todas partes (en la cultura jurídica, en mí mismo) y, sin embargo, curiosamente sigue estando por fuera y por encima de la investigación académica y de la conciencia crítica. Se trata, con toda seguridad, de la capa más profunda y la más productiva de la teoría local del derecho en Latinoamérica; al mismo tiempo, se trata también de la sensibilidad contra la que mi generación de operadores jurídicos reacciona instintivamente. Por este último motivo, la particular comprensión local del positivismo kelseniano ha sido para mí la más difícil de articular y quizá la más fácil de caricaturizar” (p. 379, nota 85).

El problema de la corrección teórica y el ejemplo de Kelsen

López ha escogido lo que bien puede llamarse *estrategia sociológica*, para dar cuenta de lo que es en realidad el verdadero producido teórico local: “he argumentado a lo largo de este libro que una presentación de teoría del derecho que pase por alto o ignore la conciencia jurídica local tal y como se da en la realidad, tiene un muy serio punto en su contra” (p. 396). Con ello desestima la corrección iusteórica e incluso asume una actitud crítica frente a la pretensión de corrección que los defensores oficiales de Kelsen –como Kunz y Métall– imponen a los producidos teóricos en los sitios de recepción.

Esta celebrada estrategia de análisis, en mi entender, adolece sin embargo de un defecto intrínseco: la percepción de las formas de recepción –*académica* y *pop*– del trabajo de Kelsen exige de López una suerte de *regla de tanteo* que le permita a él mismo advertir los cambios iusteóricos –verbigracia, de la *formalización* a la *desformalización*–. De hecho, la misma distinción de las recepciones académica y pop sólo puede ser determinada por la *regla de tanteo*. Esta regla, en el caso de López, se configura por medio de una lectura estándar de Kelsen, típica de los centros de producción iusteórica; y es ese tanteador teórico así configurado el que le permite a López las distinciones ya señaladas.

Y allí radica precisamente el defecto. Parece inevitable la corrección

teórica como lo sugiere la propia distinción entre recepción académica y recepción *pop*¹ o la distinción entre formalización y desformalización del pensamiento de Kelsen. Así, López describe con algún detalle lo que ha ocurrido con Kelsen en la obra de Valencia Zea –recepción *pop*–, pero no es sólo para hacer notar que existió en su momento una recepción simplemente diferente de la recepción académica, sino para mostrar que ésta sirvió a la postre para corregir aquella:

La interpretación académica y sofisticada de Nieto, en contraste, pretende ser una reconstrucción de la doctrina de la Teoría Pura que el clasicismo había ignorado, y más aún, una superación definitiva de los resultados erróneos y de los caminos equivocados por los que la conciencia jurídica local estaba siendo conducida de la mano tanto del clasicismo como del antiformalismo de Geny. La nueva interpretación de Kelsen permitirá, por tanto, un proceso de aceptación de las relaciones profundas entre derecho y política como nunca había sido posible con anterioridad en la conciencia jurídica local (p. 428).

La actitud crítica frente a la corrección –como la que López adopta respecto de los juicios de Kunz y Métall sobre la iusteoría kelseniana en Latinoamérica– enfrenta la paradoja que su propia *regla de tanteo* le imprime a la recepción local de Kelsen. Con ello López adopta intuitivamente la forma típica de hacer ciencia, esto es, mostrando el panorama y probando críticamente la fortaleza de cierto estado del arte iusteórico. Me parece que es lo único posible de constatar si de ciencia jurídica se habla, así se presente como una mera descripción de distintas iusteorías.

En este punto quizá sea pertinente recordar lo que el prologuista advierte: que las transformaciones de la TTD no son patrimonio exclusivo del binomio centro-periferia, pues en los propios lugares de producción se da una transformación motivada “por múltiples ansiedades y agendas ocultas exactamente del mismo tipo que las que ‘L’ describe en operación en los países periféricos” (p. xvii).

La construcción hecha por López de lo que he denominado *regla de tanteo* toma como base una versión formalizada y no crítica de la TTD, pues “su proyecto no es criticar la TTD, sino más bien rastrear su influencia” (p. xvii), lo cual sugiere una “imagen implícita de la TTD como inherentemente valiosa en comparación con la teoría local” (idem). Al hacerlo,

1. Por cierto, Kennedy proporciona un entendimiento un tanto diferente de lo que es la recepción *pop*: “las ideas sobre el derecho en general que efectivamente están en el fondo de las mentes de los abogados practicantes y de otros miembros de las élites locales cuando producen memoriales, documentos transaccionales como contratos y testamentos, decisiones judiciales y legislación”.

López cae en la misma trampa que pretende mostrar como característica de la transformación local y que, conforme a la lectura estándar de cierta TTD, debe señalarse como incorrecta.

Kennedy no vacila, por ejemplo, en advertir que se trata de un error de López llamar “lectura transmutada” el encontrar apoyo teórico no excluyente en Hart y Dworkin a pesar del distanciamiento teórico de estos autores.

Me parece un acierto de Kennedy afirmar que la estrategia bloomiana adoptada por López, según la cual “los procesos de transformación son parte necesaria de toda lectura, dada la ambigüedad radical inherente a los textos canónicos de la teoría jurídica” (p. xii), no evita la pertinencia y posibilidad de la corrección teórica, como el mismo Kennedy lo advierte, para lo cual se necesita leer la TTD “y hacer la lectura con criterios explícitos de valor o utilidad así como criterios más tradicionales de precisión” (p. xvii).

La pregunta entonces es si debe haber corrección teórica y, en caso afirmativo, por qué y quién debería hacerlo. La respuesta radical que afirma la pertinencia de aceptar la multiplicidad de lecturas correctas de una misma teoría me parece que puede ser morigerada al menos por dos razones: i) porque una enseñanza del derecho así entendida puede confundir dos áreas de conocimiento: la teoría jurídica y la historia del derecho; y ii) hay un caso en el que razonablemente puede hablarse de teoría correcta, y es la versión y corrección que efectivamente pueda proporcionar el propio autor de la teoría. En el caso de la Teoría Pura del Derecho, el primero llamado a hacerlo es el mismo Kelsen, quien se presentaría a sí mismo como el intérprete autorizado de su propia producción. En algunas ocasiones Kelsen realizó tal ejercicio y cuando lo hizo fue tajante y radical en señalar la lectura tergiversada de su obra:

Yo no he sostenido en ninguna parte y en ningún momento el disparate de que la derivación de las normas jurídicas positivas o la validez objetiva de ellas a partir de la norma básica sea “pura”, ni que el proceso legislativo no “supone referencias al plano de los hechos existenciales ni al de los valores”, lo que significaría que el legislador no tiene que tomar en consideración los hechos a que se refieren las normas por él creadas, ni los valores que él quiere establecer mediante ellas. Tampoco he sostenido que el “método para determinar el derecho”, en el que no juegan ningún papel el proceso de la “determinación de los hechos”, sea “puro”, como el profesor Stone imputa a la Teoría Pura del Derecho en la página 127. El postulado de la pureza no se refiere al proceso de creación y aplicación del derecho sino –como he mencionado antes– a la teoría jurídica, esto es, al conocimiento del derecho. No puede concebirse una interpretación más radicalmente equivocada de mi teoría².

2. Hans Kelsen, “El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho”, en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, 3ª. Edición, traducción del inglés de R. Inés W. de Ortiz y Jorge A. Bacqué, México: Fontamara, 1995, p. 85. En este texto Kelsen no ahorra adjetivos para

En un segundo plano se encontrarían las correcciones de los conocedores profusos de la obra de Kelsen –quizá Kunz, Métall, Paulson–, quienes tendrían, siguiendo a Kennedy, los “criterios explícitos de valor o utilidad así como criterios más tradicionales de precisión” que permitirían juzgar la corrección de lecturas transformadoras, sean prestigiosas o no.

Insisto en que López se ve compelido a ese mismo ejercicio, lo cual le permite realizar una serie de distinciones de las lecturas locales –académica y pop, formalizadora y desformalizadora–. Esa misma lectura –y quizá transformación– de la TTD kelseniana hecha por López, constitutiva de su propia *regla de tanteo*, repito, no se escapa de la trampa que apareja una lectura transformada. Esta afirmación, por cierto, sólo es posible hacerla sobre la base de mi propia lectura –y quizá transformación– de la lectura de Kelsen. En lo que sigue mostraré algunos ejemplos que sustentan mi afirmación.

Para poder exponer “la comprensión local de los argumentos de Kelsen que buscaban ‘aclimatarlo’ al legalismo prekelseniano dominante en la región” y ejemplificar así “cómo se da el trasplante y transformación de la teoría jurídica y el impacto que estas actividades tienen en la formación de una conciencia jurídica local” (p. 381), López describe en un primer momento los tópicos principales de cada capítulo de la primera edición de la *Teoría pura del derecho* –esto es, hace su propia lectura de Kelsen, que se supone conforme al estándar internacional– y a continuación muestra en qué consistió su transformación y utilización local³. Esta estrategia deja expuesto a López no sólo a la crítica de su apreciación estandarizada de Kelsen, sino especialmente al hecho de que sobre esa base –*regla de tanteo*– ha hecho su propia evaluación de la iusteoría local. En otros términos: una lectura eventualmente equivocada –transformadora– de

mostrar los errores en que incurre Julius Stone, profesor de la Universidad de Sydney: “Resulta casi increíble la afirmación del profesor Stone... la afirmación del profesor Stone... carece de fundamento... Nunca, ni siquiera en la más temprana formulación de la Teoría Pura del Derecho, expresé la desatinada opinión de que... el profesor Stone repite su infundada crítica... el profesor Stone entiende mal el término “pureza”... Resulta inadmisibles atribuir a un autor opiniones que ha abandonado expresamente”. Se sabe que, aunque con menos dureza, Kelsen objetó también las observaciones hechas a su teoría por Alf Ross y H. L. A. Hart.

3. Para defender mi tesis, es muy importante hacer notar que López no sólo presenta “una tabla en la que, capítulo por capítulo, expongo la comprensión local de los argumentos de Kelsen” (p. 381), esto es, la comprensión de otros sobre Kelsen, sino que presenta su propio entendimiento de Kelsen por lo general al comienzo de la exposición de cada capítulo, como no podría ser de otra forma, pues sólo así López puede hacer notar en lo que consistió la transmutación de la Teoría Pura.

López cae en la misma trampa que pretende mostrar como característica de la transformación local y que, conforme a la lectura estándar de cierta TTD, debe señalarse como incorrecta.

Kennedy no vacila, por ejemplo, en advertir que se trata de un error de López llamar “lectura transmutada” el encontrar apoyo teórico no excluyente en Hart y Dworkin a pesar del distanciamiento teórico de estos autores.

Me parece un acierto de Kennedy afirmar que la estrategia bloomiana adoptada por López, según la cual “los procesos de transformación son parte necesaria de toda lectura, dada la ambigüedad radical inherente a los textos canónicos de la teoría jurídica” (p. xii), no evita la pertinencia y posibilidad de la corrección teórica, como el mismo Kennedy lo advierte, para lo cual se necesita leer la TTD “y hacer la lectura con criterios explícitos de valor o utilidad así como criterios más tradicionales de precisión” (p. xvii).

La pregunta entonces es si debe haber corrección teórica y, en caso afirmativo, por qué y quién debería hacerlo. La respuesta radical que afirma la pertinencia de aceptar la multiplicidad de lecturas correctas de una misma teoría me parece que puede ser morigerada al menos por dos razones: i) porque una enseñanza del derecho así entendida puede confundir dos áreas de conocimiento: la teoría jurídica y la historia del derecho; y ii) hay un caso en el que razonablemente puede hablarse de teoría correcta, y es la versión y corrección que efectivamente pueda proporcionar el propio autor de la teoría. En el caso de la Teoría Pura del Derecho, el primero llamado a hacerlo es el mismo Kelsen, quien se presentaría a sí mismo como el intérprete autorizado de su propia producción. En algunas ocasiones Kelsen realizó tal ejercicio y cuando lo hizo fue tajante y radical en señalar la lectura tergiversada de su obra:

Yo no he sostenido en ninguna parte y en ningún momento el disparate de que la derivación de las normas jurídicas positivas o la validez objetiva de ellas a partir de la norma básica sea “pura”, ni que el proceso legislativo no “supone referencias al plano de los hechos existenciales ni al de los valores”, lo que significaría que el legislador no tiene que tomar en consideración los hechos a que se refieren las normas por él creadas, ni los valores que él quiere establecer mediante ellas. Tampoco he sostenido que el “método para determinar el derecho”, en el que no juegan ningún papel el proceso de la “determinación de los hechos”, sea “puro”, como el profesor Stone imputa a la Teoría Pura del Derecho en la página 127. El postulado de la pureza no se refiere al proceso de creación y aplicación del derecho sino –como he mencionado antes– a la teoría jurídica, esto es, al conocimiento del derecho. No puede concebirse una interpretación más radicalmente equivocada de mi teoría².

2. Hans Kelsen, “El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho”, en *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, 3ª. Edición, traducción del inglés de R. Inés W. de Ortiz y Jorge A. Bacqué, México: Fontamara, 1995, p. 85. En este texto Kelsen no ahorra adjetivos para

En un segundo plano se encontrarían las correcciones de los cono- cedores profusos de la obra de Kelsen –quizá Kunz, Métall, Paulson–, quienes tendrían, siguiendo a Kennedy, los “criterios explícitos de valor o utilidad así como criterios más tradicionales de precisión” que permitirían juzgar la corrección de lecturas transformadoras, sean prestigiosas o no.

Insisto en que López se ve compelido a ese mismo ejercicio, lo cual le permite realizar una serie de distinciones de las lecturas locales –académica y pop, formalizadora y desformalizadora–. Esa misma lectura –y quizá transformación– de la TTD kelseniana hecha por López, constitutiva de su propia *regla de tanteo*, repito, no se escapa de la trampa que apareja una lectura transformada. Esta afirmación, por cierto, sólo es posible hacerla sobre la base de mi propia lectura –y quizá transforma- ción– de la lectura de Kelsen. En lo que sigue mostraré algunos ejemplos que sustentan mi afirmación.

Para poder exponer “la comprensión local de los argumentos de Kel- sen que buscaban ‘aclimatarlo’ al legalismo prekelseniano dominante en la región” y ejemplificar así “cómo se da el transplante y transformación de la teoría jurídica y el impacto que estas actividades tienen en la formación de una conciencia jurídica local” (p. 381), López describe en un primer momento los tópicos principales de cada capítulo de la primera edición de la *Teoría pura del derecho* –esto es, hace su propia lectura de Kelsen, que se supone conforme al estándar internacional– y a continuación muestra en qué consistió su transformación y utilización local³. Esta estrategia deja expuesto a López no sólo a la crítica de su apreciación estandarizada de Kelsen, sino especialmente al hecho de que sobre esa base –*regla de tanteo*– ha hecho su propia evaluación de la iusteoría local. En otros términos: una lectura eventualmente equivocada –transformadora– de

mostrar los errores en que incurre Julius Stone, profesor de la Universidad de Sydney: “Resulta casi increíble la afirmación del profesor Stone... la afirmación del profesor Stone... carece de fundamento... Nunca, ni siquiera en la más temprana formulación de la Teoría Pura del Derecho, expresé la desatinada opinión de que... el profesor Stone repite su infundada crítica... el profesor Stone entiende mal el término “pureza”... Resulta inadmisibles atribuir a un autor opiniones que ha abandonado expresamente”. Se sabe que, aunque con menos dureza, Kelsen objetó también las observaciones hechas a su teoría por Alf Ross y H. L. A. Hart.

3. Para defender mi tesis, es muy importante hacer notar que López no sólo presenta “una tabla en la que, capítulo por capítulo, expongo la comprensión local de los argumentos de Kelsen” (p. 381), esto es, la comprensión de otros sobre Kelsen, sino que presenta su propio entendimiento de Kelsen por lo general al comienzo de la exposición de cada capítulo, como no podría ser de otra forma, pues sólo así López puede hacer notar en lo que consistió la transmutación de la Teoría Pura.

López sobre Kelsen sería doblemente pecaminosa porque, de un lado, se aleja de la lectura estándar y, de otro, la iusteoría local estaría medida con una *regla de tanteo* espuria. Quizá hay dos escenarios donde es más notorio lo afirmado:

1. *En el tema de la norma básica.* Al explicar el contenido del capítulo 5 de la *Teoría pura del derecho* López afirma:

5. Constitucionalismo kelseniano: igualmente, los autores locales exageraron el énfasis en la teoría constitucional de Kelsen: para él, la Constitución era la piedra fundamental formal (pero no sustantiva) del sistema jurídico –a continuación, en el pie de página 103, “L” hace la siguiente cita de Kelsen: “la esencia de la ‘constitución’ consiste en la regulación de la creación de normas [...] vistos desde el punto de vista de la norma básica tanto un ordenamiento moral positivo como un ordenamiento jurídico positivo son un marco de referencia generativo, en cuanto que la norma básica solamente determina quién debe establecer las normas del ordenamiento moral o jurídico”. Esta restricción, continúa López, produjo como efecto el enorme debilitamiento de la posibilidad de utilizar la Constitución (y especialmente la Carta de Derechos) como límite sustantivo del contenido de las normas jurídicas de rango inferior. De otra manera: en Kelsen hay claramente control constitucional formal de la legislación pero no existe todavía la idea del poder normativo de la Constitución como se utiliza contemporáneamente (pp. 390-391).

Conforme a lo transcrito, López confunde en uno solo los dos sentidos de constitución otorgados y diferenciados por Kelsen desde sus primeros escritos: el de norma básica presupuesta y el de norma jurídica puesta.

Creo que la propia crítica de Kelsen hecha a Stone en el texto ya citado, me releva de cualquier agregado:

Yo he distinguido siempre claramente –y no sólo en la segunda edición de mi *Reine Rechtslehre*– entre la norma básica presupuesta en el pensamiento jurídico como constitución en sentido lógico-jurídico, y la constitución en sentido jurídico-positivo, y siempre he insistido en que la norma básica como constitución en sentido lógico-jurídico –no la constitución en sentido jurídico-positivo– no es una norma de derecho positivo, no es una norma “puesta”, es decir, creada por un acto real de voluntad de un órgano jurídico, sino una norma *presupuesta en el pensamiento jurídico* (...). Teniendo en cuenta la función específica de la norma básica presupuesta por el pensamiento jurídico, la llamo “constitución en un sentido lógico-jurídico”, por contraposición a la “constitución en el sentido del derecho positivo” (énfasis del texto).

Basta releer la cita 103 antes transcrita de Kelsen para ver que allí se está refiriendo al sentido de norma básica presupuesta –constitución en

sentido lógico-jurídico– y no al de constitución en sentido jurídico-positivo, que es el sentido usado por López en el análisis sobre “constitucionalismo kelseniano” igualmente transcripto. Este mismo error se refleja en el texto cuando López habla sobre las fuentes formales del derecho:

Entonces, la pirámide fue entendida como un sistema de derecho positivo. Su vértice, la Constitución, era concebida como un instrumento puramente formal, una Constitución que establecía la “regla de reconocimiento”, pero sin ningún contenido sustancial. Los procesos intensos de “constitucionalización” del derecho tendrán que esperar a la importación y transformación de teorías del derecho que empiezan a producirse a mediados de la década de los setenta y que se transplantarán a la región al tiempo que se adoptan nuevas constituciones (p. 388).

Nuevamente aquí se advierte un manejo indiscriminado –y entonces equivocado– de los dos sentidos de Constitución usados por Kelsen. Una cosa es la norma básica –que López asemeja a la “regla de reconocimiento” hartiana (p. 388)– y otra es la Constitución como fuente de derecho.

2. *En el tema la interpretación.* De manera equivocada, López afirma que “la teoría de Kelsen, sin embargo, postulaba agnosticismo total sobre la capacidad de dichos ‘métodos’ para determinar el significado de normas indeterminadas” (p. 392). Esta conclusión –*regla de tanteo*– le permitió a López juzgar previamente a los “nuevos positivistas kelsenianos”, quienes conservan “la vieja hermenéutica savigniana” y “descartan los extraños argumentos kelsenianos”, para lo cual toma como ejemplo la siguiente cita de Valencia: “Desde un punto de vista orientado hacia el derecho positivo, no hay un criterio en razón del cual una de las posibilidades dadas en el marco de la norma a aplicarse pueda ser preferida a la otra” (p. 391, nota 105). El error de López, que se presenta por partida doble, una consecuencia del otro, se explica del siguiente modo:

a) El agnosticismo de Kelsen sobre los cánones de interpretación no es respecto de su capacidad “para determinar el significado de normas indeterminadas”. Al contrario, allí radica la potencialidad de los métodos de interpretación: contribuyen a “determinar el significado de normas indeterminadas”. El problema no es la determinación del significado, sino la escogencia de una de tales interpretaciones. El escepticismo de Kelsen refiere la incapacidad de los métodos de interpretación para escoger el significado correcto, no para “determinar el significado de las normas indeterminadas”. A partir de este entendimiento es que Kelsen postula su tesis según la cual en derecho no hay una sola respuesta correcta, sino tantas cuantas posibilidades hermenéuticas existan. Por eso en Kelsen la interpretación es sólo una parte del proceso de aplicación del derecho, el cual es complementado con un acto de voluntad; precisamente

caracterizado por la escogencia de una de las posibilidades hermenéuticas previamente establecidas con la ayuda de los cánones de interpretación. Sólo esta escogencia es la que constituye (crea) la norma⁴.

Dicho de otro modo: en la aplicación del derecho –que es en lo que realmente está interesado Kelsen conforme a su tesis de la *Stufenbau*–, concurren dos momentos que deben ser analizados por separado: uno racional –el hermenéutico– y otro volitivo –el decisorio– y lo que a la postre crea derecho es el último, luego de escoger una de las posibilidades ofrecidas por el primero. Por eso es equivocada la mezcla que surge de la siguiente afirmación de López: “La interpretación jurídica, en ese sentido, es un acto de voluntad en el que el intérprete imprime su impronta personal y no simplemente un acto de conocimiento en el que se transparente un contenido jurídico preexistente que pretende ser imparcial y objetivo”. En cambio es correcta la afirmación inmediata siguiente: “No existe una manera racional de decidir dentro del marco interpretativo, ni existe la posibilidad de postular métodos válidos de interpretación” (p. 425).

b) Una primera consecuencia de esa apreciación errónea de López sobre la interpretación en Kelsen –*regla de tanteo*– es oponer el texto citado de Valencia a la tesis kelseniana, cuando lo que el mismo refleja es un total acuerdo con Kelsen. Cuando Valencia Zea afirma que desde el punto de vista positivista “no hay un criterio en razón del cual una de las posibilidades dadas en el marco de la norma a aplicarse pueda ser preferida a otra”, vemos una tesis que se aviene perfectamente al pensamiento de Kelsen, siempre que se admita mi versión sobre la interpretación en Kelsen y no la de López. Esta sola constatación resquebrajaría enormemente la imputación a Valencia de ser el artífice de una transformación y acomodamiento interesado de (parte de) la obra de Kelsen.

c) Una segunda consecuencia es, entonces, atribuirle a Nieto Arteta ser el gestor de un cambio radical en el entendimiento de la tesis kelseniana sobre la interpretación, pues ya Valencia lo habría señalado de manera correcta. Sin duda Nieto profundizó mejor y de forma más aguda en el tema, pero de ello no se sigue que “la presentación de Nieto es, casi punto por punto, una refutación del cuadro de interpretación de la *Reine Rechtslehre* que examinamos en el capítulo anterior” (p. 425). En realidad no existe en el libro tal refutación “punto por punto” porque, de un lado,

4. O como dice el director del Instituto Hans Kelsen de Viena: “El órgano llamado a fijar un acto jurídico tiene para eso dos tareas diferentes: *reconocer* en qué medida está determinado por el precepto jurídico superior, tarea que se cumple mediante una interpretación jurídico-científica, y luego *decidir* dentro del marco establecido. En consecuencia, han de separarse *interpretación* y *aplicación*” (énfasis del texto). Robert Walter, *La doctrina del derecho de Hans Kelsen*, traducción de Luis Villar Borda, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 62.

López no describe en parte alguna tal tesis a la que habría que enfrentar –entre otras cosas porque lo que afirma es que antes de Nieto, el capítulo sobre interpretación de la Teoría Pura fue “ignorado o menospreciado” (pp. 380 y 425-426)–, y de otro, porque como ya se sostuvo, lo dicho por López en el capítulo 4, sección 3.4 no corresponde con la interpretación jurídica sostenida por Kelsen.

d) En fin, me parece que sólo una lectura equivocada de Kelsen sobre la interpretación lleva a narrativas de este tipo:

Jueces y abogados partidarios de la visión clásica criticaron abiertamente la agenda política y las técnicas analíticas del *nuevo derecho* con argumentaciones bien conocidas, todas ellas extraídas del repertorio positivista: i) Los jueces no pueden crear derecho y deben limitarse a aplicarlo (p. 460).

La afirmación es equivocada si se tiene en cuenta que para Kelsen y Hart –positivistas por antonomasia– los jueces crean derecho.

Otros escenarios de menor peso –en el sentido de que la explicación de López se ve menos expuesta– pero igualmente demostrativos de los problemas de la transmutación que hace López de Kelsen y su correspondiente constitución de la *regla de tanteo* equivocada, son los dos siguientes:

i) López afirma que “la teoría del Estado (*Staatslehre*) de Kelsen es preservada en cuanto a que define el derecho como producto exclusivo del Estado” (p. 393). En realidad Kelsen jamás sostuvo tal postura y, por el contrario, siempre afirmó el carácter meramente ideológico de la separación Estado y derecho; de ahí que la noción de Estado de derecho le pareciese pleonástica, pues para Kelsen todo Estado es un Estado de derecho. Kelsen, en consecuencia, rechazó la tesis según la cual el Estado se constituía previamente al derecho y que éste fuere un producto de aquel.

Y continúa López así su exposición:

La tesis complementaria, por la cual el Estado es reducido al derecho resulta inmensamente más difícil de comprender porque aquí, de nuevo, se mezcla el sincretismo metodológico. Es muy difícil entender en realidad la pureza metodológica y comprender el Estado como un fenómeno puramente normativo sin pasar de inmediato a sus elementos fácticos (p. 393).

Sobre el punto lo primero que debe advertirse es que no resulta claro si se trata de una imputación a un autor local o es el propio entendimiento de López. En todo caso, me parece que la segunda parte de su afirmación es de su cosecha, pues a continuación señala lo siguiente:

Por tal razón, los detalles de la teoría kelseniana del Estado encaminados a superar y refinar la tradición normativista alemana en derecho

público son imposibles de detectar en contextos de recepción en donde tal tradición no existe. Por tal razón, la estricta reducción normativa del Estado también es omitida en derecho público.

Es decir, que la tesis kelseniana del Estado, tal como López la comprende y describe, fue obviada por los iusteóricos locales, según su propia constatación. Así, puede imputarse a López la afirmación que ahora vuelvo a citar a efecto de examinarla:

Es muy difícil entender en realidad la pureza metodológica y comprender el Estado como un fenómeno puramente normativo sin pasar de inmediato a sus elementos fácticos.

Al respecto baste decir que los “elementos fácticos” del Estado para Kelsen no existen, pues ni la población ni el territorio ni el poder pueden ser definidos sino normativamente. Así, la población no es más que el dominio de validez personal del orden jurídico estatal –la única diferencia entre un colombiano y un ecuatoriano es una norma jurídica–, el territorio es el dominio de validez territorial del sistema jurídico –los límites entre Colombia y Venezuela sólo son percibidos por una norma jurídica– y el poder no es otra cosa que la eficacia del orden jurídico estatal –las armas del Estado sólo pueden ser accionadas merced a la autorización que otorga una norma jurídica.

ii) Luego de citar a Kelsen en el tema de las lagunas del derecho, a propósito de su entendimiento sobre la interpretación jurídica, López concluye:

La posición de Kelsen, por tanto, exigía abandonar la pretensión de fundar un derecho justo. Los positivistas locales querían ciertamente ser positivistas, pero el precio de abandonar la justicia mediante la dura mirada kelseniana les parecía excesivamente alto (p. 393).

Como se sabe y se precisó, el tópico central de Kelsen sobre interpretación poco tiene que ver con el problema de la justicia, lo cual indica que dicha reflexión hace parte de otra previamente descrita por López sobre derecho y moral.

A propósito de la discusión sobre derecho y moral, López precisa:

Por consiguiente, la separación teórica entre derecho y moral es leída, sustantivamente, como fundamento del principio de derecho privado según el cual “todo lo que no está prohibido, está permitido” (p. 384).

En realidad, este principio corresponde más a la norma de clausura que utiliza Kelsen como argumento de su tesis según la cual no hay lagunas en el derecho. Como lo recuerda Nino,

según la Teoría pura cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo sistema jurídico positivo. Esto es así,

según Kelsen, porque todo orden jurídico incluye un principio, el llamado *principio de clausura*, que establece que “todo lo que no está prohibido, está permitido”⁵.

Dos comentarios marginales finales

No es muy claro el entendimiento que quiere atribuirse al período de *desformalización* de la obra de Kelsen, pues con ello López señala al menos dos cosas diferentes: se trata de una “lectura antihegémica de la obra de Kelsen”, en el sentido de “reconstruir un ‘Kelsen en Viena’ en directa oposición al ‘Kelsen en Bogotá’ del clasicismo jurídico” (tal como fue caracterizado en la recepción pop de su obra). O se trata de una “lectura alternativa que posicionó a Kelsen como un escritor antitradicionalista por oposición al significado que le había sido atribuido a su trabajo por las recepciones académica y pop más usuales”.

Si de lo primero se trata, bastaría con decir que la recepción académica de desformalización lucha contra apreciaciones académicas transmutadas de Kelsen. Si de lo segundo se trata, se tiene que el supuesto de la división del análisis propuesto entre la recepción académica y la pop es, precisamente, que son distintas, con lo cual se obviaría la discusión entre receptores académicos y receptores pop⁶.

Además, dicha formulación aparea un problema metodológico en la presentación, pues López no da cuenta del posible uso que los juristas pop hubiesen hecho de los análisis académicos locales de Kelsen. La recepción pop corresponde a una lectura directa de Kelsen, al parecer desestimando la lectura de los académicos nacionales. De modo que la *desformalización* hay que entenderla como aplicable únicamente entre los receptores académicos y no respecto de los receptores pop.

Pero aún así, la desformalización no se encuentra suficientemente sustentada. El ejemplo que López toma al efecto es el trabajo de Nieto Arteta. Pero no se ve un antes ni un después en Nieto respecto de su entendimiento de la obra de Kelsen –a pesar de que Nieto es considerado por López como representante tanto de la etapa de formalización (1940-1971) como de la etapa de desformalización (1971-2000) (pp. 351 y 354)–, entre otras razones porque el texto que realmente se analiza de Nieto es uno solo: “La interpretación de las normas jurídicas”.

Además, me parece que el análisis de Kelsen en Bogotá se hubiese

5. Nino Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 4a. edición, Barcelona: Ariel, 1991, p. 199.

6. Por cierto que la permanente yuxtaposición de estos supuestos en varios apartes del texto hacen a veces difícil la distinción y a veces, inútil.

visto mucho mejor con los aportes no referidos de Jesús María Carrillo, Cayetano Betancur y Benigno Mantilla, quienes al igual que Nieto Arteta establecieron importantes diálogos con la Teoría Pura del Derecho. Y si se trata de un análisis de la recepción latinoamericana, creo que el mismo se muestra incompleto al dejar por fuera las críticas hechas por Alchourrón y Bulygin a la teoría kelseniana.

Como es sabido, Carrillo escribió uno de los ensayos más interesantes sobre la Teoría Pura, *Ambiente axiológico de la teoría pura del derecho*, que no le mereció ningún análisis a López, quien por cierto se lo atribuyó de manera equivocada a Nieto Arteta (p. 396). Igualmente, un recorrido breve por el trabajo de Cayetano Betancur habría permitido ampliar el debate sobre la observación que López hace respecto de la tesis de Óscar Mejía sobre la existencia regional del neotomismo y el papel de la teoría pura del derecho frente al mismo (p. 396-397). De su parte, Benigno Mantilla es, después de Nieto Arteta, el analista colombiano más sobresaliente de la teoría pura del derecho, como lo muestran sus once ensayos relativos a Kelsen y a la teoría jurídica por él defendida⁷.

Por último, son conocidos al menos tres ensayos críticos relevantes escritos por Eugenio Bulygin, relacionados con algunas tesis sostenidas por Kelsen: *Normas y lógica*, *Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas*, *Sobre la estructura lógica de las proposiciones de la ciencia del derecho* y *Sentencia judicial y creación del derecho*⁸. Asimismo, debe referirse aquí un ensayo más, escrito conjuntamente con Carlos Alchourrón publicado en el mismo volumen, *Sobre el concepto de orden jurídico*, así como la crítica de estos dos autores argentinos al principio de clausura, expuesto desde la publicación de su *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (Buenos Aires, Astrea, 1975).

•

FECHA DE RECEPCIÓN: 29 / 04 / 2005
FECHA DE APROBACIÓN: 18 / 07 / 2005

7. Los ensayos fueron escritos entre 1961 y 2002 y se encuentran compilados en un libro recientemente editado: *Hans Kelsen. El jurista del siglo XX*, Medellín: Señal Editora, 2003.

8. Publicados en *Análisis lógico y derecho*, Madrid: CEC, 1991.