

INSUMOS PARA LA CIMENTACIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO COMERCIAL COLOMBIANO A TRAVÉS DE LA TEORÍA DEL TRANSPLANTE JURÍDICO

Itinerario de la superación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica nacional

JUAN JORGE ALMONACID SIERRA^{*1}

"No conozco el Derecho Civil, enseñé el Código de Napoleón"
(Jean Joseph Bugnet)

RESUMEN

En éste artículo se hace una crítica a la teoría del transplante jurídico del profesor Diego Eduardo López Medina, en el sentido de que dicha teoría no cubre la especificidad del derecho comercial. Para tal propósito, se identifican y sintetizan aquí algunos textos relevantes para la historia del derecho comercial colombiano.

Palabras clave: Historia del derecho, cultura jurídica, transplante jurídico, doctrina mercantil.

ABSTRACT

This article is a critique of the legal transplant theory put forth by Professor Diego Eduardo López Medina, in the sense that the theory does not cover the

1 Profesor de la cátedra de Derecho Comercial en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia y del módulo de Intervención del Estado en la Economía en la Maestría de Derecho Administrativo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Este artículo constituye un punto de partida de la tesis que estoy elaborando en el programa de Maestría en Derecho de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, en el que el primer borrador de este trabajo fue objeto de importantes y constructivas críticas, especialmente por parte de mis compañeros de estudios Jorge Elquin Toro Arias y Edgar Hernán Fuentes Contreras a quienes extendiendo un especial agradecimiento por sus acertadas sugerencias que contribuyeron en la configuración de la segunda versión del artículo que ahora se somete al examen de la comunidad académica en general.

specificity of commercial law. To do so, the author identifies and synthesizes certain historical texts relevant to the history of Colombian commercial law.

Keywords: History of law, juridical culture, juridical transplant, mercantile doctrine.

INTRODUCCIÓN.

LA PARADOJA DEL DERECHO COMERCIAL: PREPONDERANCIA EN LA ECONOMÍA E IRRELEVANCIA EN LA ACADEMIA

Al mudar al derecho comercial colombiano la máxima sobre la exégesis propuesta por Jean Joseph Bugnet, probablemente aquella adquiriría la siguiente estructura: "*no conozco el derecho mercantil, ni me enseñaron el Código de Comercio*". Esta dura realidad, que por supuesto tiene importantes salvedades como las inolvidables cátedras de títulos valores impartidas por el profesor Gustavo Cuberos Gómez en la Universidad Nacional de Colombia, se torna más delicada cuando la evaluación recae concretamente en la historia del derecho comercial colombiano, ya que la doctrina nacional se ha caracterizado por confinar la historia de este derecho a reducidos listados legislativos cronológicos.

Respecto de este abandono, en un reciente artículo de prensa Néstor Humberto Martínez Neira se mostró indignado por la indiferencia de la academia nacional y extranjera frente a la conmemoración del bicentenario del estatuto comercial napoleónico que desde su promulgación el 15 de septiembre de 1807 marcó la modernidad del derecho de los negocios al liberar al mundo empresarial del yugo de la forma del derecho romano, al proponer el consensualismo como la regla del contrato mercantil, al abrir el camino al principio de presunción de solidaridad pasiva y al construir un régimen de intereses de las obligaciones dinerarias que correspondiera a la realidad económica del costo del dinero. El ex Ministro de Justicia, con un tono resignado y a la vez retador, concluye su artículo advirtiendo que es probable que la historia, y ni siquiera los propios abogados, se hayan percatado de la importancia de esta obra que brilla con luz propia en el derecho y que más temprano que tarde habrá de reinar del todo mediante la comercialización definitiva del derecho privado, proceso que es el que cuenta y que una vez concluya este será su mejor homenaje (Martínez Neira, 2007: 14).

El artículo del profesor Martínez Neira refleja puntualmente la paradoja del derecho comercial, pues no obstante ser el derecho preponderante en los negocios, parece estar predestinado a permanecer a la sombra del derecho civil que persiste en ser considerado como el derecho hegemónico en la academia, subordinación que se puede constatar una vez más en el libro *la Teoría Impura del Derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* del profesor Diego Eduardo López Medina, texto en el que se hace una sugestiva narración sobre la conformación de la conciencia jurídica

"civilista" local que no cubre ni explica la especificidad de la historia del derecho comercial colombiano.

En efecto, pese a que en el trabajo de López Medina, en forma desprevenida se ha hecho alusión al "*derecho privado colombiano*" e incluso a la "*teoría privatista latinoamericana*" queriendo hacer referencia a algo más que al derecho civil, lo cierto es que no es posible pasar por alto que en este libro, al esquivar la reflexión sobre la singularidad y las particularidades del derecho comercial, se hace abstracción de que esta rama especializada del derecho tiene características estructurales que impiden subsumirlo en la lógica e historia del derecho común.

Hans Hattenhahauer reseña un ejemplo excepcional que evidencia la contradicción intrínseca que existe entre el derecho civil y el derecho comercial que impide la homologación de estas dos áreas del derecho. Justamente, al comentar el debate que mantuvo Anton Menger (1841-1906) con Karl Marx (1818-1883), el historiador del derecho de la Universidad de Kiel concluye que la tesis de Menger hizo reflexionar a los juristas más que las visiones del marxismo. De un lado, porque Menger resaltó que la victoria del espíritu mercantil o del "*derecho de tráfico*" sobre el ordenamiento de la propiedad o el "*derecho de cosas*" se debe al robustecimiento de la protección legal de la confianza, hasta tal punto que a la buena fe se le reconoció capacidad anuladora de la propiedad. Y de otra parte, porque Menger llamó la atención, sobre el hecho de que separar el derecho privado del derecho público no disimularía la peligrosa situación de la propiedad, puesto que aunque no se encontraran en el Código y por ende estuvieran sustraídas del campo visual de los especialistas en derecho privado, ya no era posible desdeñar la incidencia del aumento de las leyes provenientes del derecho público que al vaciar la propiedad debilitaban la posición del propietario (Hattenhauer, 1987: 121).

En el ámbito nacional, ya en 1943 Hernando Devis Echandía sostenía la tesis mucho más radical de que el derecho comercial es indiscutiblemente de interés general, que sus normas son derecho público y en consecuencia es un gran error considerarlas como de derecho privado y, que en la evolución de esta rama del derecho esa naturaleza pública integrada en el concepto del orden público económico predomina sobre los criterios privatísticos y la por tanto tiempo endiosada autonomía de la voluntad (Devis Echandía, 1995: 1 y 3).

Al no avistar la especificidad del derecho comercial, en la Teoría Impura del Derecho no se explora, por ejemplo, la suerte que corrieron en el derecho comercial colombiano los "*principios modernos*" abanderados por la revuelta local "*anti-formalista*" de 1920. De ahí que, el profesor López Medina haya perdido la oportunidad de percatarse de que, no obstante que fueron abatidos por la "*contra revolución*" del clasicismo jurídico civilista nacional, en el campo del derecho comercial local los por él denominados "*contra- principios del derecho privado*" fueron recepcionados sin mayor dificultad y han tenido un ininterrumpido desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal.

De ahí que sea ineludible abrir un gran signo de interrogación respecto del “*diagnóstico fatalista*” de López Medina, según el cual después de 1940 la conciencia jurídica clásica retomó el control casi absoluto de la teoría del derecho local estableciéndose un verdadero “*neoclasicismo*” en la cultura jurídica del país, en la que los clichés del antiformalismo (ciencia, realidad y principios), fueron superados cuando la imaginación y el entusiasmo de los juristas locales fueron absorbidos por el transplante de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen que cimentó su largo y complejo romance con la fe positivista (López Medina, 2004: 339 y ss).

El melancólico diagnóstico lopista podría empezar a cuestionarse evidenciando que desde tempranas épocas, sin mayor resistencia y fruto de trasplantes jurídicos que transitaron por senderos diferentes a los efectuados en el campo del derecho civil, se ha aceptado que dentro del núcleo dogmático del derecho comercial colombiano se encuentran los principios relacionados con la atenuación de la injustificada protección jurídica preferencial a las *res inmoviles*, la aceptación de la costumbre como fuente formal del derecho, la aplicación de la analogía para llenar las lagunas de la ley positiva, la represión del enriquecimiento sin causa y del abuso del derecho, el debilitamiento de la teoría *pacta sunt servanda* y el fortalecimiento la tesis de *rebus sic stantibus*, el beneplácito con las obligaciones unilaterales y precontractuales, el acogimiento de contratos inter-ausentes, la admisión de contratos atípicos, el amparo de regímenes de responsabilidad objetiva, la protección legal de la confianza representada en la buena fe exenta de culpa, la conservación y conversión del negocio jurídico para superar las anomalías del acto jurídico, etc.

El nostálgico dictamen de profesor López Medina igualmente podría verse cuestionado si se demuestra que incluso el “*anti-formalismo social*” también ha tenido acogida y desarrollo en el ámbito del derecho comercial, relación en la que es inevitable e impostergable el análisis de las obras elaboradas por la doctrina mercantilista de los centros de producción “*prestigiosos*” con el fin de reconstruir la teoría transnacional del derecho comercial (TTDC) y el estudio de los textos elaborados en la esfera local que no fueron incluidos en el magnífico estudio realizado por el profesor Diego Eduardo López Medina².

Llenar el vacío denunciado y acometer la labor propuesta excede de lejos la extensión de este artículo, en el cual se persiguen seis propósitos más austeros: (i) sintetizar el marco de la teoría del transplante jurídico utilizada para explicar la historia de un sistema de derecho, labor que se desarrolla en la sección primera del artículo; (ii)

2 En la producción local analizada por Diego Eduardo López Medina no se incluyeron, por ejemplo, las obras de Efraím de J. Navia (De los actos de comercio de 1897); de Pablo J. Bustillo (Lecciones de Derecho Mercantil Comparado de 1893 y Derecho Mercantil Comparado de 1909); de Luis A. Robles (Código de comercio terrestre de la república de Colombia de 1899); de Alejandro García (Historia del derecho comercial colombiano de 1905); de Antonio José Uribe (Derecho Mercantil Colombiano de 1907); de

resaltar el carácter "*impuro*" de la teoría jurídica originada en los centros de producción "*prestigiosos*", tomando como referente al derecho romano que ha sido considerada como la teoría transnacional del derecho más transplantada; (iii) abreviar la versión sobre la historia del derecho civil en Colombia elaborada con base en la teoría del trasplante jurídico, tarea que se realiza en el primer numeral de la tercera parte del trabajo; (iv) evidenciar los riesgos de caer en críticas "*lacerantes y masoquistas*" a la conciencia jurídica nacional y los efectos de estas críticas en la conformación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica local, tópicos que se explican en el numeral segundo de la tercera parte del artículo; (v) revelar el carácter limitado del relato de Diego Eduardo López Medina frente al derecho mercantil, específicamente en lo referente a la consolidación tardía del conceptualismo maduro en el derecho "*privado*" e (vi) identificar y reseñar algunos materiales producidos por la doctrina mercantilista nacional a partir de los cuales se pueda emprender la labor de cimentar la historia del derecho comercial colombiano a través de la teoría del trasplante jurídico. La cuarta parte del documento se ocupa de estos dos últimos objetivos. Quienes tengan un conocimiento previo y especializado sobre la teoría del trasplante jurídico y estén interesados solamente en el estudio de la recepción, intercambio, préstamo o copia con el derecho colombiano pueden omitir la lectura de la primera y segunda parte del artículo.

A través de los seis objetivos específicos enunciados y las cuatro partes del artículo descritas se persiguen dos grandes propósitos generales: (i) identificar, sistematizar y sintetizar algunos insumos relevantes para emprender posteriormente la construcción de la historia del derecho comercial colombiano a través de la teoría del trasplante jurídico; (ii) acentuar la importancia del principio de precaución de caer en críticas lacerantes a la doctrina local, principio inherente a la teoría del trasplante jurídico que contribuye a la superación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica nacional al hacer un llamado de atención a quienes censuran en vez de elogiar a los autores que, no pudiendo contrarrestar las monumentales limitaciones de su época, nos transmitieron obras cuya forma, estilo y método distan mucho de los actuales y rigurosos planes científicos.

Federico Rivas Frade (Lecciones de derecho mercantil y de economía política de 1921); de Nicasio Anzola (Curso elemental de derecho mercantil de 1926); de Manuel J Huertas González (Nociones generales de derecho mercantil de 1927); de Rodrigo González Piñeres (Código colombiano de comercio y leyes vigentes de 1928); de Felix Cortés (Comentarios al código de comercio terrestre de 1933); de Simón Bossa Navarro (Estudios de derecho sobre cuestiones de civil y comercial de 1935); de José Gabino Pinzón (Derecho comercial de 1957 e Introducción al derecho comercial de 1966); de Rafael Marriaga (Derecho comercial de 1961); de Abel Mercado (Derecho comercial parte general de 1964); de Enrique Gaviria Gutiérrez (Reflexiones sobre el derecho mercantil de 1968 y Derecho comercial de 1981); José Ignacio Narváez García (Derecho mercantil colombiano de 1971), Ramón E. Madrián de la Torre (Principios de derecho comercial de 1980) y de Jaime Alberto Arrubla Paucar (Contratos Mercantiles de 1995).

**PRIMERA PARTE:
TRASCENDENCIA Y ALCANCE DE LA TEORÍA
DEL TRANSPLANTE JURÍDICO**

Andrea Meroi asegura que mientras que la recepción, transplante, intercambio, préstamo o copia de un derecho a otro no es una novedad, la reflexión crítica acerca de este fenómeno si puede considerarse relativamente reciente; que a la hora de investigar cualquier institución jurídica es fundamental comprender las razones por las cuales ocurre la recepción jurídica, los efectos que produce y los límites con que tropieza; y que por ello es inaplazable conceptualizar y valorar esta realidad del mundo jurídico actual³.

1.1. EL TRANSPLANTE JURÍDICO: MECANISMO FUNDAMENTAL Y POLÉMICO PARA EXPLICAR LA HISTORIA DE UN SISTEMA DE DERECHO

Carlos Morales de Setién Ravina sostiene que el transplante jurídico ha sido calificado y considerado como un mecanismo fundamental de propagación de ideas jurídicas y como la forma más importante de cambio jurídico en la historia occidental, pero que, sin embargo, las formas de circulación de las ideas jurídicas no suelen ser objeto de estudio por los académicos del derecho, en general, ni por los del derecho privado, en particular, salvo que por escogencia profesional o por afición sean comparativistas o sociólogos del derecho (Satién, 2006).

Según Morales de Setién es posible iniciar una línea de investigación sobre el presupuesto de que todos sistemas jurídicos prestigiosos o no prestigiosos, modernos o antiguos, globalizados o nacionalmente aislados, se construyen a través del préstamo y en consecuencia tienen un carácter *"híbrido"* o *"bastardo"* que es necesario resaltar, versión que va en contravía de la teoría tradicional y mayoritariamente acogida para explicar la historia oficial del derecho, según la cual ciertos sistemas *"prestigiosos"* son los productores de normas y otros sistemas *"no prestigiosos"* fundamentalmente las *"imitan"*, adaptando en su caso, las teorías, instituciones, normas específicas e incluso códigos completos de los sistemas *"prestigiosos"*, *"desarrollados"* o *"avanzados"* (Cfr. Setién, 2006: 72).

Morales de Setién advierte que en todo caso no se debe pasar por alto que aquello que se transplanta no es aplicado exactamente igual en la cultura receptora, entre otras razones, por la conmensurabilidad del lenguaje y la posibilidad de que ciertos conceptos culturales pasen de una sociedad a otra, pues *"las instituciones se trasplantan de hecho y funcionan de hecho de manera similar en uno u otro país, especialmente cuando*

3 Meroi, Andrea A, "Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica", Revista del Centro de investigaciones de filosofía Jurídica y filosofía social, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/903/716>.

lo trasplantado son normas de *derecho privado* y el trasplante se da dentro de países con *economía de mercado* (Cfr, Setien, 2006: 72, 77 y 78).

Desde esta misma perspectiva P.G. Monateri concluye que los sistemas jurídicos son normalmente amalgamas de modelos recibidos de otros sistemas; que en el estudio de la difusión de las ideas jurídicas no se necesita simplemente un catalogo de las “*características*” que se han tomado prestadas, sino un examen de los instrumentos de selección y cooperación culturales a través de los cuales se construye y mantiene la unidad jurídica; y que la historia de un sistema de derecho es en gran parte la historia de los préstamos de materiales jurídicos tomados de otros sistemas jurídicos.

1.2. APROXIMACIÓN AL FENÓMENO DE RECEPCIÓN JURÍDICA DESDE LA PERSPECTIVA DE ALLAN WATSON

Morales de Setién destaca el trabajo titulado *Legal Transplants, An Approach to Comparative Law*, escrito por el comparativista y romanista Allan Watson en 1974, obra que ha sido objeto de una gran polémica por divulgar una explicación sobre el cambio legal que contradice al común de los juristas y sociólogos del derecho:

el cambio legal se produce fundamentalmente por el préstamo masivo de materiales jurídicos entre las distintas sociedades, y ese préstamo no obedece a necesidades sociales en la mayoría de los casos, sino a la decisión de las elites jurídicas de trasplantar ciertos elementos jurídicos de una cultura a otra, esencialmente como formas de legitimación social frente a los otros juristas y, en segundo lugar como formas de legitimación frente a la sociedad. Las elites jurídicas no efectuarían los préstamos en función de necesidades sociales concretas, sino en función principalmente de sus propias necesidades como grupo social (Satién, 2006)

Andrea Meroi igualmente resalta que la obra de Watson suscitó encendidas polémicas al desafiar la noción prevaleciente según la cual existe una estrecha relación entre el derecho y la sociedad en la que rige, planteando que frecuentemente las leyes de una sociedad no surgen como el resultado lógico de su propia experiencia sino que principalmente se “*piden prestadas*” de otras sociedades, razón por la cual el derecho de una sociedad funciona de manera muy diferente de la de aquella para la cual fue creado, circunstancia que exige a los historiadores y sociólogos del derecho tener en cuenta que la ley no puede ser usada como una herramienta para comprender a la sociedad sin una cuidadosa consideración de los “*transplantes legales*” caracterizados, entre otros, por los siguientes rasgos:

- a) *El transplante legal es la fuente más fértil de desarrollo jurídico;*
- b) *El derecho, como la tecnología, es en mucho fruto de la experiencia humana. Al igual que lo ocurrido con la rueda, importantes reglas legales son inventadas por un*

puñado de pueblos o naciones y, una vez inventadas, su valor puede prontamente ser apreciado y las reglas en sí mismas adoptadas para las necesidades de muchas naciones;

c) El trasplante de reglas legales es socialmente sencillo, razón por la cual son aceptadas por el sistema receptor sin grandes dificultades;

d) Si se quiere descubrir el “espíritu del pueblo” a partir de su derecho, no se debe observar el sistema en su conjunto sino los detalles a partir de los cuales difiere de otros sistemas;

e) El período de la recepción es a menudo un tiempo en que la ley transplantada es examinada minuciosamente. De ahí que sea también la oportunidad en que la ley se reforme o se sofistique. Eso brinda a la sociedad receptora una excelente oportunidad de convertirse en “donante”, a su turno;

f) La recepción es posible y aun fácil cuando la sociedad receptora es mucho menos avanzada material y culturalmente, aunque los cambios dirigidos a la simplificación y aun a la “barbarización” serán muy grandes;

g) La ley extranjera puede ser influyente inclusive cuando sea totalmente malentendida;

h) Una característica muy marcada entre los abogados es el no querer aparecer solos en sus decisiones. De ahí la fuerza de la doctrina del precedente en el derecho inglés, el hábito de los juristas romanos de citar a los colegas en apoyo y, hasta cierto punto, la frecuencia de los trasplantes;

i) Mucho más que otros pueblos europeos, los romanos y los ingleses han sido vitalmente importantes para el desarrollo de los campos tradicionales del derecho privado. La suprema contribución de los juristas italianos, franceses, holandeses y alemanes ha consistido más bien en la racionalización, sofisticación y adaptación de las reglas del derecho romano (Meroi, 83-85)

Respecto de la segunda edición del libro efectuada en 1993, Andrea Meroi recalca que al responder las críticas a su tesis, Watson sostiene que cuando observaba varios sistemas durante un largo período, la imagen que emergía era la de un préstamo continuo y masivo y la de la longevidad de las reglas e instituciones, y que la prevalencia del “préstamo” sugería una clave para entender patrones y cambios, ya que sistemas relacionados unos con otros a través de una serie de préstamos podrían, en sus similitudes y diferencias, indicar el ímpetu del crecimiento. Pero que estos mismos préstamos y longevidad lo persuadieron de que no había una relación tan simple entre sociedad y derecho, ya que si el derecho en gran escala era copiado de un lugar muy diferente y sobrevivía a tiempos muy diversos, escasamente podía ser tenido como “el espíritu del pueblo” en forma general, pues si reglas, principios y estructuras sobrevivían en condi-

ciones económicas, sociales y políticas muy diferentes, difícilmente podían reflejar de manera adecuada la base económica o de poder de una sociedad (Meroi, 86)

La profesora Merio afirma que para Watson no existe, aun en teoría, una simple correlación entre una sociedad y su derecho, pues para que una ley o institución exista, se pida prestada o sea cambiada o desaparezca, debe intervenir un acto oficial que puede consistir en leyes sancionadas por la legislatura, o en el trabajo de normadores secundarios como jueces, juristas o académicos. Aunque Watson reconoce que las diferentes fuentes de derecho tienen disímiles impactos en el cambio legal, hace hincapié en que en todos los tiempos y lugares la perspectiva de los normadores está afectada por su cultura jurídica particular, y que parte de esta cultura es la elección de sistemas considerados apropiados para transplantar, es decir la aprobación o el desdén por la ley foránea, cultura que debe ser entendida antes de erigir una teoría de derecho y de la sociedad, análisis a partir del cual Watson propone, entre otras, las siguientes conclusiones (Meroi, 87):

a) El principal criterio que determina qué reglas son “pedidas a préstamo” es la accesibilidad en la que influyen tres factores: (i) si el sistema legal es escrito; (ii) si está escrito en una forma relativamente fácil de entender (esto incluye el idioma); (iii) y si está inmediatamente disponible.

b) Otro criterio es el hábito y la moda: una vez que un sistema se utiliza como fuente, será nuevamente utilizado. Además, cuanto más sea utilizado, mayor será la tendencia de seguir haciéndolo.

c) La costumbre también puede transplantarse. Una regla que no se corresponde con el comportamiento acostumbrado en el lugar, puede ser adoptada y ser reconocida como derecho consuetudinario.

d) El “transplante” frecuentemente, o quizá siempre, implica transformación jurídica. Aun cuando la norma transplantada permanezca inalterada, su impacto en un medio social nuevo puede ser diferente. La inserción de una norma extranjera en otro sistema complejo puede provocar que ella opere de una manera renovada.

f) Debe enfatizarse el impacto de la cultura jurídica de la élite jurídica sobre el cambio legal. A menudo los gobiernos están poco interesados en la elaboración de normas; la legislación masiva, como la codificación, frecuentemente carece de un mensaje social específicamente diseñado para la sociedad a la que se dirige; mucho de la elaboración de normas se deja en manos de una élite jurídica subordinada, como la de los jueces o los juristas; y esos normadores subordinados tienden a elaborar normas conforme a la cultura jurídica que crean para sí mismos.

g) Finalmente, si el “préstamo” es la manera principal en que el derecho se desarrolla, y si la élite normadora está limitada por su cultura jurídica, y si esa cultura jurídica está restringida por aquello que la élite no conoce, de todo ello se sigue que

la calidad de la educación jurídica –incluyendo el Derecho Comparado– juega un poderoso rol en la reforma legal (Meroi, 87-88)

SEGUNDA PARTE: LA “IMPUREZA” DE LA TEORÍA JURÍDICA ROMANA

A continuación se resalta el carácter “impuro” de la teoría jurídica romana, considerada por muchos y por largo tiempo como la más importante teoría transnacional del derecho. Para tal efecto, me valgo y sintetizo el ensayo de P.G. Monateri, titulado “Gallo, el Negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental”⁴.

2.1. EL CARÁCTER “HÍBRIDO” O “BASTARDO” DEL DERECHO ROMANO

Carlos Morales de Setién Ravina afirma que su ensayo P.G. Monateri se vale del trabajo de Allan Watson para tres propósitos. Por un lado, maneja las ideas de Watson para amonestar las teorías usuales del cambio jurídico en los sistemas avanzados que lo ven como una evolución interna y autónoma en los sistemas “prestigiosos” como es el caso del derecho romano. De otra parte, intenta demostrar que el prestigio del que gozan los sistemas “prestigiosos” en virtud de su originalidad y capacidad interna de cambio se esfuma ante la evidencia de que provienen del intercambio jurídico y de que las formas de producción jurídica de los países más “evolucionados” no difieren en mucho de las formas de producción jurídica que tienen lugar en los países “atrasados”. Por último, pretende explicar que en la manera en la que ocurre el cambio jurídico en el sistema de derecho romano, el derecho no es producto del “genio jurídico” romano para adaptarse a las circunstancias cambiantes del mundo latino, sino más bien el resultado de las necesidades y estrategias de legitimación de las elites jurídicas romanas (Setién, 2006).

Por su parte, el propio Monateri aclara que dividió su ensayo en dos partes. La primera, consagrada a la reconstrucción de la conciencia histórica de la tradición jurídica occidental, mostrando la aparición de un modelo que se basa de manera más o menos explícita en las presunciones sobre la originalidad y la supremacía del derecho romano y en su capacidad de supervivencia y renovación. La segunda, destinada a reseñar algunos ejemplos significativos relacionados con el derecho de contratos, la concepción del Estado, la resolución de conflictos y el papel de las elites profesionales en la conformación de la

4 Monateri, P.G., “Gallo, el Negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental”, La Invención del Derecho Privado, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006. Traducción Carlos Morales de Setién Ravina. Este ensayo está conformado por 120 páginas y para facilitar su síntesis en un máximo de 7 páginas he seleccionado los apartes más ilustrativos y he omitido los pie de páginas en los que Monateri cita las amplísimas fuentes en que fundamenta sus afirmaciones y conclusiones, las cuales pueden ser consultadas directamente en el artículo objeto de la presente reseña que he realizado parafraseando muy de cerca a Monateri con el fin de que sea lo más fiel al pensamiento del autor.

cultura jurídica, con los cuales pretende hacer dudar de la visión que se tiene comúnmente de la tradición jurídica occidental, sección de la que se extracta únicamente lo concerniente a la *stipulatio* que corresponde al ejemplo seleccionado para demostrar el carácter mágico que rodeaba los contratos romanos, a la *compraventa* a través de la cual se revelan los auténticos defectos técnicos del pensamiento jurídico romano, y al *procedimiento para resolución de conflictos*, mediante la cual se evidencia la incapacidad del sistema legal romano para hacer respetar los derechos que otorgaba y para hacer cumplir las normas que lo componían (Monateri, 2006:100).

Antes de describir estas críticas, conviene anotar que con el fin de evitar confusiones, de manera explícita Monateri aclara que no está culpando al derecho romano de haber hecho en estos temas lo que hizo en el siglo II a.C., sino que lo que está señalando es simplemente que es bastante extraño elogiar el derecho romano como el único precursor de la justicia moderna, cuando las cosas se han movido exactamente en la dirección opuesta, dado que el derecho no ha evolucionado a partir de ese sustrato sino contra esas ideas (cfr, Monateri, 2006:196).

2.2. EL MITO SOBRE LA VIGOROSA CAPACIDAD DE AUTO-RENOVACIÓN DEL DERECHO ROMANO

P.G. Monateri comienza por citar varios trabajos de eminentes académicos que proponen claramente la idea de que al derecho romano no solo se le considera el fundamento de la teoría jurídica occidental, sino que ha sido, y continúa siendo, “una de las creaciones más elevadas del espíritu humano”. Estos académicos argumentan que el trabajo de los juristas romanos, incluso el de los antiguos, fue el que “sentó las bases no solo de la teoría jurídica romana, sino de la europea”, comprendiendo los países del *common law* los asuntos comerciales, y que la importancia del derecho romano reside fundamentalmente en el hecho de que como derecho altamente avanzado serviría como guía para todo el derecho moderno (Monateri, 2006:111).

Al criticar el “modelo ario” del derecho romano, Monateri observa que es necesario comprender adecuadamente la aparición súbita del historicismo legal alemán de principios del siglo XIX, y que por consiguiente no se debe perder de vista que el historicismo de Savigny pretendió reemplazar la teoría universalista del derecho natural que fue el paradigma que dominó el debate jurídico durante el periodo “ilustrado” en el siglo XVIII, que para Savigny y sus seguidores, el “culto” al derecho romano, que era un producto de la historia y no de la “naturaleza”, tenía que sustituir a la concepción racional universalista del derecho, y que con este trasfondo Savigny inició el proceso de elaboración de un derecho alemán nacional que terminó en 1900 con la codificación del derecho privado común para toda Alemania, empresa en la que la masa de textos legales romanos le brindó los ladrillos necesarios para la construcción “científica” de un derecho nuevo (Monateri, 2006:113,114 y 125).

Monateri recalca que el hábito de destacar la importancia del derecho romano llevó a concebir este derecho como algo más que un simple derecho positivo. El derecho

romano aparecía con una historia intelectual implícita, aunque era una historia peculiar. Para poder construir un derecho alemán sobre esa base, el derecho romano tenía que estudiarse como un sistema autónomo y completo, que a su vez pudiera ser elaborado y desarrollado de acuerdo a principios científicos dentro de un sistema legal moderno. Para Monateri este enfoque produce una “ideología” que se apoya en la singularidad de lo romano e implica una exclusión casi total de la importancia de los otros derechos antiguos, motivo por el cual, el *derecho comercial romano* y el derecho de obligaciones, no obstante que derivaban efectivamente del *derecho babilónico*, habitualmente son presentados como el producto típico de la jurisprudencia romana (Monateri, 2006: 115, 116 y 127).

Monateri llama la atención sobre como aunque los historiadores profesionales del derecho admitieron un número mayor y creciente de préstamos, rápidamente elaboraron cuidadosamente un nuevo modelo todavía más poderoso, en el que esos préstamos quedan insertos en el marco de un derecho romano “*en renovación permanente*”, con el fin de mostrar la continuidad y la grandeza de la tradición romana, modelo que se basa, ante todo, en la propia idea de tradición como un cuerpo vivo de concepciones e ideas, que tiene la capacidad de regenerarse: Según la teoría sobre las tradiciones que emplea Berman, hablar de una “tradición” de derecho en Occidente es llamar la atención sobre dos factores principales: el primero, que las instituciones legales se han desarrollado de manera continua a lo largo de generaciones y siglos, y que cada generación concientemente, aunque no siempre deliberadamente, ha construido sobre el trabajo de las generaciones previas dirigiéndolo hacia una meta específica; el segundo, que este proceso de desarrollo continuo se concibe como un proceso no de mero cambio, sino de crecimiento orgánico (Monateri, 2006: 139).

2.3. CONTINUIDAD O DISCONTINUIDAD: DOS VISIONES ALTERNATIVAS Y OPUESTAS PARA LA COMPRENSIÓN DE LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL

Para Monateri el “*curso*” de la historia, el relato de la actividad humana desde el pasado hasta el presente, es una ilusión, dado que el pasado es, en cierta forma, una invención del presente, y si se acepta esta noción estructural de la comprensión histórica se está en la posibilidad de valorar dos teorías alternativas y opuestas: un modelo de la historia como tradición y continuidad, y una aproximación opuesta de “*discontinuidad*” (Monateri, 2006: 141).

El acercamiento continuista siempre interioriza el cambio dentro de una tradición en “*desarrollo*” y las elecciones estratégicas tienden a ser presentadas más como respuestas a un contexto pasado, que impone fuertes restricciones, antes que como proyectos deliberados y finalistas de naturaleza más o menos política, cuyo objetivo sería diseñar el futuro. La debilidad de este enfoque, recalca Monateri, radica en que su fundamento reside en el deseo de ver una continuidad y en su resistencia a admitir el cambio. En efecto, cuando se acoge un enfoque continuista del derecho romano y de la tradición jurídica occidental se suele aseverar que cada nuevo préstamo individual del extranjero, o cada ruptura aparente con el pasado, es de hecho una renova-

ción de lo viejo, o una valoración original que transforma el elemento anterior en un logro puramente romano. Sin embargo, si se adopta una visión centrada en el país receptor, siempre es posible sostener que el genio también encuentra su expresión en la facilidad para absorber y asimilar las técnicas de afuera. Por tanto, advierte Monateri, debe quedar bien claro que no es un asunto de elogiar o desaprobar al sistema receptor, al cual no se le imprime ningún sello de inferioridad por haber tomado prestado, como frecuentan hacerlo los historiadores del derecho occidentales quienes acostumbran imponer esa mácula sobre el sistema receptor (Monateri, 2006: 142, 143, 148 y 149).

La explicación sobre la discontinuidad es especialmente importante en relación con el vínculo existente entre los derechos europeos modernos y el derecho romano clásico, respecto del cual tradicionalmente se afirma su descendencia directa, énfasis que obstaculiza una comprensión adecuada de las raíces del derecho civil moderno. Monateri subraya que han ocurrido demasiadas rupturas en la historia desde los tiempos romanos hasta hoy, que pueden suavizarse solamente mediante la idea "*metafísica*" de una tradición subyacente que evoluciona y en la que cambian los detalles pero se mantiene la esencia, interpretación que encuentra su nicho en los prejuicios y el interés propio que tienen los romanistas en defender el modelo continuista por razones estrechamente ligadas a su supervivencia como profesionales, mediante la estrategia fundamental de convertir en exóticas las culturas legales distintas de la occidental: "*el derecho babilónico, egipcio y asirio son exóticos, mientras que el derecho romano no lo es, aunque se basara en la esclavitud y en una gran cantidad de magia*" (Monateri, 2006: 150 y ss).

Respecto del modelo no continuista Monateri sostiene que el derecho romano proviene de una cantidad de fuentes distintas y que se desarrolló durante un periodo de varios siglos por personas que tenían diversos motivos y que recogieron, recompusieron, reescribieron y amplificaron lo ya existente con nuevos fines. El trabajo resultante no produce una tradición coherente y unificadora, desarrollada a partir de fuentes "*originales*", sino otra tradición producto de distintos sistemas institucionales y de diferentes paisajes culturales. Desde esta perspectiva, la "*renovación*" del derecho romano a lo largo de las distintas épocas no demuestra una capacidad excepcional del propio derecho romano, sino más bien la habilidad de los abogados posteriores, en particular de los especialistas en derecho civil, para adoptar nuevas normas y soluciones y vincularlas a la autoridad de los viejos textos romanos (Monateri, 2006: 152 y 153).

El cambio de enfoque que propone Monateri tiene dos consecuencias para la ideología del derecho occidental. La primera, que el derecho occidental es una tela hecha de retales no menos exótica que otras. La segunda, que el derecho occidental procede no sólo del derecho romano, sino también de otros derechos antiguos, lo que sugiere una visión más globalizada de su origen e instituciones. Es más, insinúa que el derecho "occidental" no es tan "occidental" como se ha hecho creer (Monateri, 2006: 153).

2.4. EL PRIMITIVISMO DISTINTIVO DEL DERECHO ROMANO EN MATERIA CONTRACTUAL

En la segunda parte de su trabajo, Monateri revela el carácter “*primitivo*” y “*defectuoso*” del derecho romano, destacando su exotismo y demostrando que sus particularidades originales son extrañas al pensamiento occidental. De los cuatro ejemplos desarrollados por Monateri, a continuación se reseñan los relativos a la magia que rodeaba los contratos romanos y la incapacidad del sistema legal romano para hacer respetar los derechos que otorgaba y para hacer cumplir las normas que lo componían.

La *stipulatio* es el ejemplo seleccionado por Monateri para evidenciar con claridad como lo exótico y lo mágico impregnan el derecho romano antiguo, al igual que infiltraban los otros derechos arcaicos. El carácter sagrado de la *stipulatio*, que es el más antiguo de los contratos romanos, se remonta al propio uso del verbo “*spondeo*”, derivado de un verbo griego que indicaba una especie de juramento que significaba “*hago una libación como ofrenda*”, juramento sagrado que se convirtió en un instrumento jurídico que exigía que las formalidades se siguieran con precisión y que suscitó la creencia en la magia de una palabra. Las partes tenían que estar cara a cara y musitar la siguiente pregunta y respuesta: “*¿Prometes?*” “*Si, prometo*”. Sólo podía usarse el verbo “*spondeo*”, pues ninguna otra palabra era eficaz y tenía efectos legales. Monateri insiste en que este formalismo verbal era puramente mágico y exótico en la medida en que aunque marcaba el final de las negociaciones no proporciona prueba del contrato y de sus términos, que es una de las funciones básicas del formalismo (Monateri, 2006: 167 y 168).

La *compraventa* es el otro ejemplo escogido por Monateri para revelar los auténticos defectos técnicos del pensamiento jurídico romano. Este era uno de los cuatro contratos consensuales que se tornaban válidos simplemente por el acuerdo de las partes, sin ningún requisito de forma, ventaja que se suele presentar como una de las “*grandes invenciones romanas*”, pero que en la práctica cesaba inmediatamente se tomaba conciencia de que el defecto principal de este contrato era la falta de garantías inherentes e implícitas de que la venta estaba libre de defectos latentes graves, excepto cuando la venta se hacía en mercado público y recaía sobre un esclavo o una bestia de carga. El comprador no podía confiar en el valor del título del vendedor y por eso para proteger sus intereses sólo podía recurrir a la *stipulatio*, encontrándose cara a cara con el vendedor para conjurar la magia que ya se ha descrito, o acudir a la *mancipatio*, otra ceremonia mágica que se requería para transferir la propiedad sobre la tierra con una garantía inherente contra la evicción (Monateri, 2006: 167, 168 y 169).

Este último rito consistía en una especie de venta simbólica que requería dos partes (el transferente y el receptor), cinco testigos, una balanza y un trozo de bronce, ceremonial que Monateri explica así:

El comprador tenía que estar cara a cara con el vendedor y recitar una especie de breve comedia en presencia de los cinco testigos. La ceremonia consistía en que el comprador debía agarrar la cosa que debía transferirse o una parte de ella para

simbolizar mágicamente su presencia y pronunciar la frase: "Afirmando que esta cosa es mía de acuerdo con el derecho de los romanos y fue comprada por mí con esta pieza de cobre y esta balanza de cobre". Tenía entonces que golpear la balanza con la pieza de cobre y dársela al transferente "a modo de precio". Obsérvese que la pieza de cobre no tenía conexión alguna con el precio real, aunque hubiera existido una venta previa. Se tenía que dar igualmente si no se estaba realizando la venta en ese momento. Era una pieza mágica. Es más, si las partes cometían algún error en esta comedia simbólica no se transfería ninguna propiedad. ¡Esa era la ceremonia en el derecho romano! Es bastante asombroso observar cómo los romanistas elogiaban el requisito de que los cinco testigos estuvieran presentes como un método para prevenir futuras disputas. (Monateri, 2006)

Para subrayar y percibir mejor el primitivismo y el exotismo del derecho romano, Monateri lo compara con otros derechos antiguos mediterráneos, en especial con el sistema creado en el helenismo, del que destaca la persistencia singular del derecho nacional egipcio que permitió que sus instituciones se mantuvieran en vigor incluso después de la constitución antoniana y que tuvieron influencia en la práctica durante la era romana, tal y como lo acreditan los estudios en los que se ha encontrado que muchas cláusulas contractuales, especialmente en el campo de las garantías a terceros, se copiaron de las instituciones egipcias.

Hasta ahora nos hemos referido al último período del derecho egipcio pero si miramos los tiempos anteriores a la luz de la literatura reciente, encontramos un sistema de contratos ya bien establecido aun antes de los periodos dinásticos. En efecto, desde finales del siglo XIX los especialistas han sabido que los documentos históricos han preservado un cierto número de contratos, que Erman ha descrito como formulados todos ellos dentro de la misma forma regular y estricta:

*Contrato concluido entre A y B
Por el que A debe dar "x" a B
Confirmado, B por la presente se declara satisfecho.*

En comparación con la práctica romana, esta forma se parece realmente a la de un contrato moderno. Es escrita, muestra reciprocidad y no hay magia. Sentimos que no es exótica, mientras que la stipulatio romana no tiene nada en común con nuestras concepciones legales. Este sentimiento crece si examinamos con detalle los documentos antiguos. Las cláusulas que tratan de la transferencia de propiedad tienen por lo general la siguiente forma:

*"Te lo he vendido a cambio de plata".
"Te lo he dado a cambio de plata".
"Te he dado la vaca junto con su retoño".*

Si un romano deseaba transferir la propiedad de una vaca, en lugar de redactar un documento según formas normalizadas, que fijaran claramente la reciprocidad del

acuerdo dentro de una disposición racional parecida a la moderna, tenía que estar cara a cara con la otra parte y recitar una especie de breve comedia en presencia de cinco testigos: la mancipatio. (...) Además, mientras que en el antiguo Egipto un documento escrito podía atestiguar fácilmente la transferencia de la posesión, si un ciudadano romano deseaba transferir un terreno, por ejemplo, ¡tenía que caminar dentro del terreno para tomar posesión! ¡Y la evolución por la cual no se tuvo ya que caminar más dentro del terreno de punta a punta, sino simplemente poner un pie en él, se considera un logro importante del genio romano para los negocios jurídicos! A la vista de esta comparación entre los dos sistemas, creo que los académicos del derecho antiguo son demasiado timoratos cuando afirman que la conceptualización egipcia del derecho no era "ciertamente" la misma que la romana, aunque el sistema legal egipcio fuera adecuadamente complejo para una cultura avanzada.

Lo que hemos dicho de Egipto podría afirmarse también de otros derechos antiguos del Cercano Oriente. Por ejemplo, encontramos un sistema bien desarrollado para calcular el interés y el interés compuesto en el derecho asirio, algo que nunca ocurrió en el derecho romano. También en el derecho asirio se encuentra un desarrollado sistema de anotación en tablillas de las deudas como instrumentos negociables para cubrir garantías. Además, las caravanas de comerciantes se organizaban como unidades de negocio únicas, donde todos los gastos, impuestos, pérdidas y beneficios de las ventas eran sumados y a continuación repartidos proporcionalmente entre los participantes, una conquista que sólo se consiguió en Europa durante la Edad Media. Hoy conocemos también la existencia de un sistema legal desarrollado en Sumeria, cuyo modelo básico de las transacciones contractuales se encuentra en los documentos legales sumerios del tercer milenio que sobreviven gracias las anotaciones cuneiformes en documentos arameos o demóticos.

La permanencia del derecho egipcio se vió favorecida por la política romana de respeto de la legislación de las ciudades autónomas como Alejandría, que posibilitó el desarrollo un sistema de reglas para resolver el conflicto entre los derechos aplicables, que en el campo de los contratos se definió a favor del lenguaje en el que el documento estaba redactado. De modo que, a pesar de no estar en consonancia con las necesidades de la sociedad, los defectos del derecho romano sobrevivieron porque los contratantes podían usar otros sistemas de derecho como el griego o el egipcio (Monateri, 2006: 171, 172 y 173).

En efecto, Monateri llama la atención sobre como las normas romanas sujetas a estas formalidades antiguas no eran el derecho del Imperio, debido a que, en conjunto, la legislación imperial rara vez se imponía sobre el derecho peregrino local, y a que estas normas ciertamente no era el derecho en que más se confiaba para las transacciones comerciales, especialmente en la regiones económicas más desarrolladas del antiguo mundo mediterráneo, como eran las costas africanas y el cercano oriente, lugares en los que se puede constatar el movimiento cultural del que surgió, en gran parte, un sistema mixto proveniente de la "romanización" gradual del derecho local compensada por una "helenización" similar del derecho romano. Al inicio de la crisis del siglo III

d.C., el derecho de la ciudad de Roma y de sus ciudadanos por primera vez se convirtió en el derecho del Imperio, y aunque a primera vista, eso podría haber significado una propagación del modelo romano a lo largo de todo el territorio, la historia fue justo al revés, pues debido a la enorme expansión del número de personas sujetas al derecho romano y las revueltas políticas del siglo III d.C., hubo un deseo extendido de “simplificación” y “certeza” que fue canalizado con la aparición de grandes juristas cuyos esfuerzos fueron motivados por el intento de terminar con las peculiaridades del derecho romano anterior, con toda su magia y su rigidez, y adaptarlo a una sociedad muticultural cosmopolita, energías que se concretaron en la publicación de libros jurídicos “elementales” que llegaron a ser aceptados como manuales de trabajo en los tribunales (Monateri, 2006: 171, 172 y 173).

Siguiendo a Taubenschlag, Monateri concluye que en cualquier caso, es posible establecer que en campos avanzados del derecho, como el derecho comercial, la influencia del derecho “helenístico” sobre el derecho romano fue “poderosa” y de “capital importancia”, influencia que puede observarse en el desarrollo de los principios en los contratos a favor de terceros y también en el hecho de que las normas sobre mandatos y prestaciones de servicios desarrolladas en el derecho grecoegipcio finalmente fueron elevadas por Justiniano al rango de derecho imperial. Para Monateri este proceso no fue una evolución orgánica sino una ruptura importante con el pasado, marcada por los tiempos revolucionarios de la Gran Crisis del siglo III d.C., y desde este punto de vista, la importancia aplastante que se le ha atribuido al derecho romano en las escuelas de derecho de Occidente parece especialmente ideológica y fuera de contacto con la realidad (Monateri, 2006: 173, 174 y 211).

2.5. LA INCAPACIDAD DEL SISTEMA LEGAL ROMANO PARA HACER RESPETAR LOS DERECHOS

En cuanto al *procedimiento para resolución de conflictos*, Monateri concluye que está contento de que sus derechos no sean protegidos por la justicia romana debido a que en la práctica el cumplimiento del derecho dependía de la mera fuerza social de las partes, en la medida en que el juicio romano consistía en una forma de buscar venganza con una ligera intervención de un magistrado para asegurar que ciertas formas mágicas fueran respetadas adecuadamente, pues lejos de ser “racional” en el sentido moderno de la palabra, en el área práctica del procedimiento, el derecho romano también estaba lleno de magia y exotismo a tal punto que el demandante tenía que proferir la forma apropiada de su queja mediante las palabras establecidas, so pena de perder el caso por usar palabras que no correspondían (Monateri, 2006: 191 y 192).

Supongamos que nuestra propiedad es la pequeña granja de nuestro abuelo. A un vecino rico le gusta esa propiedad y la invade con sus esclavos, que expulsan a los nuestros y los golpean salvajemente. ¿Cómo manejaría el derecho esta situación (hasta el año 200 a.C.)? Según el derecho romano, nuestro vecino es responsable por daños, una infracción perseguible a instancia de parte. Depende de nosotros, por lo tanto, presentar o no la queja ante un tribunal y hacer que el demandado compa-

rezca ante el tribunal. Así que tenemos que capturarlo, evitando o enfrentándonos a sus esclavos, arrestarlo y encerrarlo en el sótano hasta el día del juicio. Si no lo conseguimos, el juicio no puede empezar. Sólo podremos conseguirlo si nos hacemos clientes de algún patricio rico. Si nos sometemos a él, se convertirá en nuestro patrón y enviará sus esclavos para que capturen al vecino, y así el juicio podrá empezar. El magistrado no solucionará el caso, sino que designará una persona privada como árbitro. (...) Según el derecho romano de la época, un tribunal no podía dictar una orden de restitución de la propiedad. El tribunal sólo podía condenar al demandado a pagar daños. Por lo tanto, tendríamos que embargar (físicamente, por lo tanto con la ayuda de nuestro patrón) los bienes del demandado, venderlos en público, cobrarnos el valor de lo debido y darle el resto al vecino. (...) Después del siglo II a.C. los mecanismos que hemos descrito evolucionaron hacia el llamado "sistema formulista", dominante desde el año 150 a.C. hasta aproximadamente el siglo II d.C. Ahora el demandante tenía que enmarcar su queja dentro de un mandato judicial provisional (una fórmula) para solicitar al pretor que fallase a su favor. En cualquier caso, seguía siendo un problema del demandante conseguir llevar al demandado frente al tribunal. Una vez allí, el demandado podía aceptar la fórmula propuesta o podía discutir para que se modificase. Sólo cuando las partes estuvieran de acuerdo en un mandato como base para el pleito podía el pretor designar un árbitro y promulgar el decreto que concedía la jurisdicción. En principio, la condena era pecuniaria y su ejecución quedaba siempre en manos del demandante éxito. (Monateri, 2006: 190, 192 y 193).

De acuerdo con Monateri, sólo cuando perdió su carácter original a favor de rasgos más orientales por las distorsiones introducidas por las prácticas provinciales del Imperio tardío, el derecho romano se hizo eficaz, independientemente del poder político o social de las partes, pues sólo después de la Gran Crisis del siglo III, la maquinaria de la justicia cambió radicalmente hacia la *cognitio*, forma basada en la intervención del Estado en la que la totalidad del proceso quedó en manos de un funcionario imperial, quien respaldaba las citaciones a juicio y ante quien el demandante tenía que depositar su petición escrita. Ahora los testigos solicitados por las partes eran convocados bajo sanción, la ejecución del fallo se encontraba respaldada por el poder oficial y la sentencia no tenía que limitarse a daños pecuniarios, ya podía ordenar la restitución de la propiedad o un cumplimiento específico (Monateri, 2006:193,194 y 195).

TERCERA PARTE: LA HISTORIA DEL DERECHO CIVIL COLOMBIANO DILUCIDADA BAJO LA TEORÍA DEL TRANSPLANTE JURÍDICO

Anteriormente se indicó que Carlos Morales de Setién Ravina recalca que las formas de circulación de las ideas jurídicas no suelen ser objeto de estudio de los académicos del derecho, en general, ni de los del derecho privado, en particular, salvo algunas notables excepciones, dentro de las cuales destaca el libro *"Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana"* del profesor colombiano Diego Eduardo López Medina, en el que la preocupación principal es presentar una explica-

ción de la forma como ocurre el cambio en la *teoría privatista* latinoamericana (Setién, 2006: 69).

Respecto de este libro, Duncan Kennedy (2003) manifiesta que dos de las contribuciones que hace López Medina al conocimiento jurídico son, por una parte ofrecer un nuevo paradigma para explorar la relación entre los sitios de producción y recepción de la teoría jurídica, y por otra proveer una historia metodológicamente sofisticada de la teoría del derecho en Colombia, que seguramente influirá la manera en la que los colombianos entienden su situación constitucional presente y en la que los comparativistas en general conciben a Latinoamérica (Duncan, 2003: XI).

En cuanto al nuevo paradigma, Kennedy resalta que se trata de un *"modelo de influencia"* en tres pasos: i) los *"países prestigiosos"*, que son los *"sitios de producción"*, generan y practican una Teoría Transnacional del Derecho (TTD), una forma de escribir y debatir en la que los participantes son más o menos concientes de la presencia del otro, pero en gran medida ignoran la existencia de una audiencia de teóricos jurídicos en los *"países periféricos"* o *"sitios de recepción"*; ii) los juristas en la periferia estudian la TTD y producen, en casa, su *"teoría jurídica local"* de alcance nacional o regional y que consiste en trabajos académicos diseñados para otros teóricos locales, estudiantes y practicantes; y iii) la teoría jurídica local, a su vez influye en la *"teoría pop"* del derecho dominante localmente, esto es, en las ideas sobre el derecho en general que efectivamente están en el fondo de la mente de los abogados practicantes y de otros miembros de las elites locales cuando producen memoriales, documentos transaccionales como contratos y testamentos, decisiones judiciales y legislación (Duncan, 2003: XI).

Para Duncan Kennedy la idea rectora del libro de López Medina es que el proceso por el que los autores locales reciben la TTD involucra una *"transformación"* o *"transmutación"* de dicha teoría. Los juristas de la periferia están comprometidos en una práctica constante de selección, no solo entre los diversos productos de la TTD, sino también entre las posibles lecturas de los trabajos prestigiosos que estudian. Igualmente, Kennedy destaca que la noción de las *"lecturas transformadoras"* es tomada del crítico literario Harol Bloom, para quien los procesos de transformación son parte necesaria de toda lectura, dada la ambigüedad radical inherente a los textos canónicos, que unida a contextos periféricos caracterizados por ambientes *"hermenéuticos pobres"* en los que con frecuencia los autores locales solo tienen acceso a porciones incompletas del trabajo primario de un autor y a su literatura secundaria y están excluidos de los intercambios orales como las conferencias o las discusiones en seminario a través de los cuales las figuras dominantes en los sitios de producción disciplinan a quienes se desvían de las lecturas canónicas, permiten que las obras canónicas sean leídas, transformadas, canibalizadas y recombinadas en los sitios periféricos de recepción (Duncan, 2003: xii y ss).

3.1. ESTRUCTURACIÓN Y HEGEMONÍA DEL FORMALISMO JURÍDICO EN COLOMBIA

El profesor Diego López al presentar el panorama general de los transplantes teóricos y la transformación local que dieron origen a la conciencia jurídica colombiana,

sostiene que a lo largo de los siglos XIX y XX el formalismo local se conformó mediante la mezcla compleja proveniente de tres trasplantes iusteóricos distinguibles: primero, la recepción del Código de Napoleón y la tecnología formalista de lectura del mismo predominante en Francia en el siglo XIX, bautizada por sus críticos como la escuela de la exégesis; segundo, el trasplante de los métodos de los romanistas y privatistas alemanes del XIX representados en las propuestas metodológicas de Karl Friedrich von Savigny y la primera etapa intelectual de Rudolf von Ihering; y tercero, la recepción, transformación y asimilación de la más influyente de las teorías positivistas europeas: la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen expresiones de formalismo que *"dieron forma a las estructuras teóricas de la cultura legal nacional y llegaron a asociarse en las mentes de los operadores jurídicos hasta constituir un continuo, a pesar de sus asimetrías internas, que sigue siendo, por mucho, la más importante, potente y natural de las teorías subyacentes a la conciencia jurídica local"* (López, 2004: 129 y 130).

López Medina reserva las expresiones *"clasicismo jurídico"* o *"clasicismo prekelseniano"* a los dos trasplantes decimonónicos: la exégesis francesa y el conceptualismo alemán. Dicho clasicismo que comenzó en el periodo comprendido entre 1855 y 1886 con la diseminación gradual de un código civil a la francesa que prosperó entre la última década del siglo XIX como una tradición académica de enseñanza y escritura con la publicación de comentarios y tratados que explicaban el código. Apenas vino a ser confrontado por una comprensión antiformalista del derecho en la década de los treinta. Alrededor de las décadas de los cuarenta y cincuenta recobró mucho de su vigor hasta el punto que aún hoy, continúa amoldándose de manera muy plástica a las necesidades iusteóricas de la mayoría de los autores, analistas y estudiantes del derecho (López, 2004: 132).

Con insistencia Diego López repite que el clasicismo, como tipo de formalismo legalista, se constituyó como una teoría del derecho especialmente interesada en resolver los problemas prácticos que genera la aplicación e interpretación de un nuevo código civil; que esta teoría terminó siendo aceptada como la estructura evidente para todos los demás campos del derecho que se organizaban en torno a códigos, pues paulatinamente se olvidó que era una *"teoría"* entre muchas otras posibles para la comprensión del código; y que la supremacía de esta teoría se *"naturalizó"* de tal manera que llegó a constituir la manera inevitable de comprender el derecho (López, 2004: 133).

3.1.1. Declaración de independencia jurídica de la *"madrastra"* España

En la Teoría Impura del Derecho, Diego López es enfático en aseverar que en Colombia la conciencia jurídica contemporánea comienza con la importación del Código Civil francés de 1804; que la abigarrada historia política del país solo parece encontrar un relativo punto de reposo en los sucesos constitucionales y legales de 1885 a 1887 que corresponden a los años fundacionales de la vida jurídica contemporánea del país; que el establecimiento del código civil fue usado para declarar independencia jurídica definitiva frente España; que el código civil nacional pretendió hacer *"tabula"*

rasa” con la historia jurídica anterior dado que se constituyó en punto de partida completamente nuevo para el derecho estatal que buscaba una identidad jurídica estable; que el código civil fue proyectado como el punto de partida de derechos nacionales completamente nuevos, con su correspondiente conjunto de nueva teoría, dogmática y práctica forense; y que para el abogado colombiano contemporáneo el código civil marca la línea más antigua donde comienzan los materiales jurídicos relevantes en su conciencia, razón por la cual sus insumos jurídicos primarios son leyes positivas bajo la forma de códigos, en especial el código civil y su manual iusteórico de uso, la Ley 153 de 1887, que fue y todavía es, en cierto sentido, la ley por excelencia, el nuevo *ius commune*, y por tanto, el comienzo histórico de nuestra conciencia jurídica (López, 2004; 135 y ss).

La posibilidad de crear una identidad jurídica nacional como extensión de España y de la cultura hispánica fue implacablemente desconocida, debido a que una vez lograda la codificación nacional los derechos criollos fueron vengativamente anti-historicistas respecto de la tradición jurídica hispana o precolombina como lo corroboran autores del periodo de Independencia que justificaron la insurrección local al describir metafóricamente a España, no como la madre caritativa y amorosa que se suponía debía ser para sus colonias, sino como una madrastra perversa y voraz que explotaba cruelmente al Nuevo Mundo. En este contexto el objetivo fue extirpar cualquier rastro de influencia española en el derecho civil común para adoptar ahora una nueva hermandad con el Código francés, tendencia que Diego López ejemplifica a través del autor colombiano Eduardo Rodríguez de Piñeres, quien en su texto *Derecho Usual*, busca liberar el derecho local de los vestigios del derecho antiguo aún presente en los conceptos y prácticas hispánicos sobrevivientes, amonestando a los practicantes para que abandonen el uso de los conceptos del derecho privado español en la redacción de los contratos y otros documentos legales (López, 2004: 136,137).

En cuanto al derecho antiguo el relato *lopista* resalta que si bien es cierto que antes de la promulgación del Código de Bello los nuevos estados-nación suramericanos habían tenido ya tres siglos de vida institucional y legal como colonias hispánicas, y antes de eso, siglos, quizá milenios en algunos casos, de cultura y organización política precolombina, también es verdad que el primer cuarto de siglo XIX ofreció el escenario propicio para la descolonización del continente y la ruptura de las ataduras formales con España, proceso que fue largo y penoso, razón por la cual durante décadas enteras fue preciso aceptar el valor extendido de derecho privado español, ya que las elites jurídicas nacionales no tuvieron la experticia o la energía necesarias para crear, en oposición colonial, un derecho nacional. Sin embargo, López igualmente destaca que es perfectamente razonable pensar que al menos algunas concepciones provenientes de la historia jurídica anteriores al código y a la Constitución de la Regeneración hayan tenido fuerza suficiente para permanecer, así sea de forma implícita, dentro de las ideas generales acerca de cómo los operadores jurídicos nacionales conciben el derecho: “*Tiene que ser, repito, que algunas trazas iusteóricas de la etapa precodificada hayan, de algún modo, penetrado y estén todavía presentes en la cultura legal poscodificada de Colombia*” (López, 2004: 135 y ss).

3.1.2. La nueva dependencia genética y parasitaria surgida de la “hermandad” con Francia

Al caracterizar el trasplante decimonónico de la exégesis francesa, Diego López revela que la nueva hermandad con Francia recreó la dependencia genética e histórica del derecho civil nacional con el derecho romano; que prueba de ello es que en todos los currículos legales tradicionales la verdadera introducción al derecho civil se hace por vía del derecho romano que es enseñado, no tanto como historia del derecho privado, sino como introducción dogmática del derecho privado; que la vida del Código de Bello comienza como trasplante de su progenitor francés y como tal es continuamente interpretado como un objeto cultural parasitario del mismo, manteniendo su estructura conceptual fundamental y, en la mayoría de los puntos, convergencia muy significativa de reglas; y que la dependencia genética pronto se convirtió en parasitismo cultural que marcó una profunda y prolongada tendencia en el periodo posterior de aplicación práctica, evolución normativa, y teorización jurisprudencial del código civil, la recepción idiosincrásica de libros y autores de la cultura jurídica europea del siglo XIX imperfectamente comprendidos debido a los ambientes hermenéuticos pobres surgidos de condiciones materiales restrictivas que agobiaron a América Latina y que produjeron un trasplante legal y teórico incompleto y “lecturas de superficie” que en estas lecturas de superficie se sobrevaloraba el contenido doctrinal de dichos libros, mientras se ignoraba sus componentes más “teóricos” o “ideológicos”, como por ejemplo su significado teórico y filosófico, su identidad generacional o histórica, sus opciones de género o estilo literario o su explícita dirección socio-política (López, 2004: 138,141,142).

El material importado de Francia fue objeto de la exégesis que, según López Medina, corresponde a una subteoría de interpretación de la ley que ha sido igualada a formas muy estrictas de textualismo o literalismo hermenéutico en las que el código civil es concebido como un documento claro, completo y coherente, presupuestos que generaron la creencia de que los jueces no tienen necesidad de interpretar y complementar el derecho vigente y la convicción de que su deber político frente a la ley era respetarla de la manera más obediente posible, doctrina que encontró su expresión cumbre en la máxima *“No conozco el Derecho Civil, enseño el Código de Napoleón”*, expresada por Bugnet y popularizada por Bonnecase, hasta tal punto que los profesores no solo se sentían orgullosos de recordar a sus estudiantes que ellos enseñaban el código civil y no un pretendido o inexistente derecho civil, sino que sus libros terminaron siendo una especie de ediciones comentadas del código civil (López, 2004: 155,156,161 y 162).

Bajo el influjo de la escuela de la exégesis los primeros tratadistas locales prefirieron permanecer muy cercanos al texto de la Ley, casi parafraseándola en exclusiva, circunstancia que ayudó a crear la idea de que el clasicismo jurídico local era únicamente una forma de exégesis textualista, método respecto del que Diego López recuerda que José J. Gómez en forma elocuente expresaba que *“fuimos herederos universales de la escuela exegética francesa, y aún lo somos. Exegéticamente estudiaron derecho nuestros mayores y exegéticamente nos lo enseñaron a nosotros y como jueces y abogados no hemos podido menos que aplicarlo y pedirlo exegéticamente”* (López, 2004: 154 y 156)

3.1.3. El escape hacia la “*tutoría*” intelectual germana

Unos de los apartes más interesantes y agudos del relato *lopista* es el referente a la lucha entre el “*comentario*” y el “*tratado*” como estilos de análisis jurídico. En este aparte al narrar el desplazamiento desde la debilitada teoría francesa hacia los “*tutores*” o “*curadores*” civilistas de origen alemán, se subraya que la conciencia jurídica dominante en Colombia comienza a formarse en un momento en que la exposición lineal del código está siendo criticada en Europa. Dicha crítica alude al hecho que la estructura clásica del derecho privado establecida por Gayo y reproducida en líneas generales en el código civil se veía cuando menos, casuística y abiertamente contingente, y en consecuencia era difícil seguir justificándola sobre bases “*racionales*” y no meramente “*tradicionales*”. Igualmente se resalta que la nueva unidad de análisis es el “*concepto*”, una idea o principio jurídico fundamental cuya plena fisonomía solo se capta si se recorren distintas normas esparcidas a lo largo del código, puesto que para los civilistas alemanes la cuestión radicaba en explicar el derecho civil como un cuerpo de conocimiento científico e histórico independiente y superior al código civil y en exponer el “*espíritu*” del derecho civil, descubriendo sus “*principios generales*” que igualmente eran anteriores y superiores a las reglas concretas del código. De modo que la polémica en derecho civil sobre el género literario de exposición tiene como trasfondo básico el establecer si la unidad cardinal para el análisis jurídico científico es el artículo del código y su correspondiente comentario, o las abstracciones normativas de orden superior independientes de los textos positivos que orientan el derecho civil expuestos en tratados intelectualmente más exigentes que los comentarios (López, 2004: 162, 163, 164 y 169).

Un “*principio*”, instruye Diego López, es una idea jurídica que gravita sobre un número más o menos grande de disposiciones legales, las organiza en una narrativa coherente, y, finalmente les brinda una cierta clase de justificación legal y/o política. Esta era la forma propia de pensar de la Pandectística alemana frente a la que la exégesis francesa resultaba lineal, mecánica y excesivamente positivista o legocéntrica. La Pandectística alemana reconoce que para estructurar los conceptos jurídicos, resultan tan necesarios los estudios jurídicos interdisciplinarios con contenidos filosóficos e históricos, como el análisis de las disposiciones del mismo código; metodología a través de la cual los alemanes pasaron de los contratos y obligaciones particulares a una teoría general del contrato, y luego, todavía más comprensiva, a una teoría general del “*acto o negocio jurídico*”, que a finales del siglo XIX y comienzos del XX serviría como modelo para la formación de las teorías no exegéticas del “*acto administrativo*”, el “*acto de comercio*” y otros análogos (López, 2004: 170 y 171).

En cuanto a los primeros “*tratados*” locales, Diego López refiere que mientras en las aulas de clase los profesores seguían empleando el riguroso comentario del texto, en la doctrina impresa, de los que seguramente eran la vanguardia de la profesión, era ya evidente la crisis de la exégesis y los remedios que se ofrecían para superarla mediante la utilización de la jurisprudencia conceptualista importada de Alemania. En estos trabajos dogmáticos resalta la marcada brecha entre el diseño teórico y la realización

efectiva de los mismos, ya que aunque algunos autores locales ampulosamente anunciaron la elaboración de “*tratados*” de derecho civil terminaron elaborando libros que se mantienen equidistantes entre el puro comentario y la construcción científica conceptualista. En dichos textos, aunque se respeta y sigue el orden de los libros y títulos del código, en vez de reorganizar la exposición de los principios de derecho civil de manera lógica y sistemática, se evidencia cierto grado de libertad de movimiento dentro del respectivo libro o título para identificar el principio subyacente a las distintas soluciones normativas, gestos que pueden verse como pasos preliminares hacia un **conceptualismo maduro en el derecho privado** que se irá consolidando gradualmente a lo largo del siglo XX y que culminará en 1998 con la publicación del libro *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico* de Guillermo Ospina Fernández en el que se describe la naturaleza lógica y científica del concepto de “acto jurídico” (López, 2004: 168 y 169).

3.1.4. La nueva insurrección jurídica de la mano del vanguardismo teórico Norteamericano: Dworkin en la ciudadela blanca

Si Eduardo Zuleta Ángel en los años treinta del siglo pasado confesó que “*la verdad es que afrancesados éramos todos*”, finalizando la primera década del siglo XXI debemos reconocer que ahora “*la verdad es que ‘agringados’ somos todos*”. En efecto, en la actualidad forzoso es admitir que la fijación de la teoría local del derecho con Ronald Dworkin ha influenciado la cultura jurídica nacional hasta tal punto que el comentario irónico que en 1975 hicieron Kenneth Karst y Keith Rosen sobre la perplejidad que les producía las delegaciones de estudiantes latinoamericanos de derecho, porque el único tema del que querían hablar era de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, resulta aplicable especialmente respecto del Imperio de la Justicia y Los derechos en Serio de Ronald Dworkin, autor de moda que ha logrado consolidar una sostenida devoción hasta en las aulas de la Universidad Nacional de Colombia.

En efecto, López Medina concluye su extraordinario libro caracterizando el antiformalismo contemporáneo como una reacción frente a “*neoclasicismo*” que se estableció en la cultura jurídica del país después de 1940, luego de que la imaginación y el entusiasmo de los juristas locales fueron absorbidos por el transplante “pop” de la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen que cimentó su largo y complejo romance con la fe positivista que cultivó una cultura formalista, dogmática y lego-centrista que proscribió las convicciones críticas hasta 1990, año en el que el reinado del positivismo fue cuestionado por la segunda revuelta antiformalista apoyada en una literatura más reciente, sofisticada, persuasiva, poderosa e influyente estructurada durante las décadas de los sesenta y setenta por autores anglosajones como H.L.A. Hart y Ronald Dworkin popularizados en la conciencia jurídica local por autores del estilo de Carlos Gaviria, Cesar Rodríguez, Mauricio García, Rodolfo Arango y Rodrigo Uprimny (López, 2004: 402, 411 y 416).

El profesor López Medina recalca que la nueva generación de teoría antiformalista del derecho tenía su propio memorial de agravios contra la hegemonía de las convicciones

neoclásicas y la presentación de nuevos argumentos iusteóricos se hizo de la mano de la importación de productos recientes de la TTD que insistían sobre la presencia de altos niveles de indeterminación semántica y moral en el derecho, así como de la muy frecuente ocurrencia de lagunas o vacíos en la aplicación del mismo, criticaban el desprecio de los positivistas por el contenido moral y político del derecho, así como su ínfima preocupación por el ideal de justicia entendido tanto como una propiedad de casos individuales, como una característica integral del sistema jurídico; examinaban y enfatizaban el papel de las normas constitucionales en casos surgidos de la aplicación del derecho legislado; teorizaban sobre la influencia que tienen los valores políticos y constitucionales en la configuración de todas las áreas del derecho; y por último, exploraban en detalle los aspectos del razonamiento y la argumentación jurídica sin creer, como lo hacían los positivistas, que el asunto se resolvería mediante consulta de algunas pocas y antiguas reglas de derecho legislado que pretendían agotar los problemas de metodología del derecho (López, 2004:409).

El relato del profesor López Medina prosigue indicando que las preocupaciones de esta nueva generación eran similares a algunos temas que ya se habían discutido en la teoría local del derecho, con la diferencia de que estos temas se estaban discutiendo en un nuevo lenguaje teórico que recogía la tradición anglosajona, hasta entonces poco influyente en la formación de la iusteoría local, en la que se manifestaban los procesos de judicialización de la política y constitucionalización del derecho, razón por la cual, los nuevos antiformalistas tuvieron la necesidad de preparar las ideas iusteóricas que le dieron sentido a un cambio jurídico-positivo de gran envergadura, suministrándoles la Constitución de 1991 una inmensa cantidad de nuevos textos, doctrinas e instituciones que exigían profundos cambios en la concepción y análisis tradicionales del derecho, que hizo que desde entonces la controversia iusteórica en Colombia haya girado alrededor de los siguientes temas: el papel que debe jugar la rama judicial dentro del sistema jurídico y político, muy especialmente la nueva Corte de Oro de los años noventa, la Corte Constitucional; la proporción en la que el sistema jurídico está conformado por reglas y principios y, en consecuencia, la validez en la argumentación de mecanismos de subsunción de hechos en reglas o alternativamente de ponderación de intereses o derechos en conflicto; la naturaleza de los principios jurídicos si se acepta su existencia; y la derrotabilidad de reglas a través de principios y derechos fundamentales (López, 2004:410, 412 y 417).

3.2. POSTURA FRENTE A LOS CONATOS DE ORIGINALIDAD DEL CLASICISMO JURÍDICO LOCAL Y DE LAS ELITES JURÍDICAS COLOMBIANAS CONTEMPORÁNEAS: ¿REPRIMENDA, INDULGENCIA O AMBIVALENCIA?

En esta sección se reseñan los riesgos de caer en críticas “*lacerantes y masoquistas*” a la conciencia jurídica nacional y los efectos de estas críticas en la conformación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica local, enfatizando la postura ambivalente que asume el profesor Diego Eduardo López Medina dependiendo de si los intentos de originalidad provienen del clasicismo jurídico local o de las elites jurídicas colombianas contemporáneas que lidera.

3.2.1. Reprimenda a los conatos de originalidad del clasicismo jurídico local

La Teoría Impura del Derecho da cuenta de los intentos para probar que don Andrés Bello se las arregló para crear su versión de Código Civil francés con tanta originalidad como para que se le considere como un verdadero trabajo legislativo independiente, pretensión de innovación que se ha tratado de demostrar afirmando que Bello recabó información abundante de fuentes provenientes de los códigos civiles de Austria, Lousiana, Sicilia, Presia y Cerdeña e hizo uso extensivo de algunos de los primeros grandes comentarios del Código Civil francés, entre los que se encuentran especialmente el *Curso de Derecho Civil* de Delvincourt (París, 1824) y los tratados disponibles de derecho privado, desde el viejo Derecho Romano de Pothier hasta, el por entonces muy nuevo e influyente, *Sistema de Derecho Romano Actual* de K.F. von Savigny, fuentes que acreditan que el Código de Bello no puede considerarse como una simple copia de su contraparte francesa, sino como un complejo *collage comparatista* ajustado a las exigencias y características particulares de la sociedad hispanoamericana (López, 2004: 138 y ss).

Al respecto Diego López afirma que aun cuando desde luego hay diferencias de detalles en algunos puntos dogmáticos que los civilistas latinoamericanos no dejan de señalar como prueba de la originalidad del código local, estamos ante una *"afirmación meramente retórica de originalidad"* o una *"originalidad aparente"*, que parte de la necesidad evidente de establecer una tradición jurídica nacional fuerte que no fuera considerada como el resultado de la simple copia o transplante, *"afirmación chauvinista de originalidad"* que no pasó de ser una simple alocución en los cursos introductorios de derecho ampliamente desmentida por las formas hegemónicas de enseñanza y la práctica del derecho privado (López, 2004: 138 y ss).

En la narración lopista también se destaca la conferencia celebrada el 17 de febrero de 1938 en la Sociedad de Legislación Comparada de París, en la que Eduardo Zuleta Angel tuvo una *"rara oportunidad"* de proponer sus propios puntos de vista ante los grandes maestros europeos, ante quienes trató de demostrar que la ciencia jurídica local mantenía el paso respecto de los desarrollos europeos, sosteniendo que la teoría antiformalista y sus nuevos contraprincipios fueron perfectamente desarrollados dentro del estricto marco de los materiales jurídicos positivos vigentes en Colombia, sin necesidad de transplante teórico europeo. Frente a esta pretensión de originalidad López Medina resalta que, en su *"clímax de creatividad"*, Zuleta Angel producirá una *"interpretación nacionalista chauvinista"* del Código de Bello tendiente a afirmar la superioridad sobre el Código Napoleón, tesis que resaltaba el alto valor de los productos jurídicos locales permitiendo compararlos, sin ningún complejo, a los últimos desarrollos de la ciencia europea (López, 2004: 298 y 299).

3.2.2. Verificación de la crítica *"lacerante y masoquista"* a la conciencia jurídica civilista colombiana

A la vez que describe y elogia el libro Teoría Impura del Derecho, Duncan Kennedy efectúa una penetrante crítica dirigida a explicar por qué dos de sus elementos cruciales,

los conceptos de TTD y de *"lecturas transformadas"*, tienen problemas, que aunque no amenazan de manera alguna el valor de la obra en su conjunto, encierra el peligro de hacer una lectura que encaja fácilmente dentro de un estilo particular de *"auto-crítica lacerante"* que practican las elites locales en contra de su propio *"retraso"*, lectura que obtiene un *"giro masoquista"* de su imagen implícita de la TTD y de los términos *"lectura transformada"* y *"contexto hermenéutico pobre"* (Duncan, 2003: xvi).

Kennedy hace un llamado de atención sobre como la imagen implícita de la TTD como un cuerpo de obras desinteresadas, verdaderas e inherentemente valiosas en comparación con la teoría jurídica local, puede verse reforzada en el lector desatento por los múltiples sentidos en que se usa la expresión *"lectura transformada o transmutada"*, la cual, en algunos casos se refiere a un error del tipo *"cognitivo"*; a veces denota una presentación incompleta de la teoría canónica del autor, en la que se quedan por fuera por una u otra razón partes importantes de la teoría que modificarían sustancialmente el sentido de la obra del autor que el receptor local está tratando de apropiarse; y en un tercer sentido hace referencia a la canibalización del trabajo del autor prestigioso por parte del receptor local, quien sin señalar lo que ha tomado del trabajo transplantado lo combina con elementos de otros trabajos prestigiosos, para cumplir sus objetivos dentro del escenario periférico (Duncan, 2003: xvii y xviii).

De ahí que Kennedy advierta que está bien llamar a este proceso *"transformación o transmutación"*, mientras no castigue indebidamente a los autores locales con acusaciones implícitas de *"error académico"*, y que la idea de *"transformación"* resulta legítima mientras se mantenga en mente que los procesos de transformación y transmutación son idénticos dentro de la misma TTD (Duncan, 2003:xviii).

En cuanto a las interpretaciones que Diego Eduardo López Medina hace de los autores colombianos, Duncan Kennedy advirtió que otros estarán mejor calificados para juzgarlas y que todo lo que él podía decir sobre este aspecto es que parece bien sustentado y que es coherente (Duncan, 2003: xv).

Sin ser la persona llamada a responder los reproches efectuados a nuestros ancestros jurídicos civilistas, defensa que le corresponde asumir a sus herederos cognados y testamentarios, me he tomado el atrevimiento de sintetizar la percepción que desde mi condición de *"efebo jurídico"* y *"lector débil"* me ha quedado del fascinante relato de Diego Eduardo López Medina y desde la perspectiva de la lejana *"cuarta capa interpretativa"* en la que me encuentro he concluido que el peligro de caer en una *"auto-crítica lacerante y masoquista"* se ha concretado, pues aunque desde el preámbulo de la narrativa lopista se advierta que nuestros teóricos locales hicieron lecturas transformadoras en el sentido *"bloomiano"* y que por tal razón no incurrieron simplemente en *"errores"* de comprensión del significado de los textos transplantados: las continuas y variadas expresiones descalificadoras de los autores locales terminan creando en el inconciente jurídico nacional cierto complejo de inferioridad respecto al derecho de otras latitudes.

En efecto, locuciones tales como *"teoría pop"*, *"ambientes o contextos hermenéuticos pobres"*, *"transplante legal y teórico incompleto"*, *"lecturas de superficie"*, *"mala lectura"*, *"lecturas locales vulgares"*, *"barbarización del conocimiento"*, *"carencia de experticia o energía necesarias para crear un derecho nacional"*, *"parasitismo cultural"*, *"pretensión meramente retórica de originalidad"* o *"afirmación chauvinista de originalidad"*, están marcadas por un profundo complejo de inferioridad que se refleja en el hecho de que demeritan las instituciones jurídicas locales, suponiendo implícitamente que las teorías foráneas son inherentemente valiosas en comparación con la teoría jurídica nacional.

Frente a esta clase de críticas, y como guía metodológica de precaución para los trabajos que se emprendan en el futuro sobre la historia del derecho comercial colombiano, conviene recordar que en 1903, es decir con mucha anticipación a Watson, Monateri y Kennedy, el profesor español Faustino Alvarez del Manzano, al comentar tres obras de escritores de derecho mercantil de la Edad Moderna, llamó la atención a quienes censuran en vez de elogiar a los autores que, no pudiendo neutralizar las colosales limitaciones de su época, nos legaron las primicias del estudio del derecho comercial en obras cuya forma, estilo y método distan mucho de los actuales y rigurosos planes científicos.

La influencia del Derecho canónico se deja sentir en el fondo de estas tres originalísimas obras, cuya forma no responde a un riguroso plan. Suele ser esto motivo de censuras para algunos, que, al parecer, quisieran encontrar á mediados del siglo XVI obras perfectas de Derecho mercantil. Pero si en aquellos tiempos el Derecho canónico constituía una de las principales bases de la educación jurídica, y la Economía, donde deben buscarse los principios fundamentales para el estudio jurídico-mercantil, no había aparecido aún con su carácter científico, ¿cómo era posible que Villalón, ni Saravia, ni Mercado, ni ninguno de los escritores de su época, dejando de respirar la atmósfera en que vivían, y adelantándose trescientos años á su siglo, fijaran desde luego la naturaleza de una ciencia que alboreaba entonces, y que, precisamente por su índole especial, tenía que luchar en su desenvolvimiento con formidables obstáculos?; y si todavía el espíritu analítico apenas había penetrado en el derecho, ¿qué plan sistemático podía haber en las primeras obras de Derecho mercantil? La crítica imparcial, trasladándose a principios de la Edad Moderna, podrá lamentarse de influencias extrañas y de defectos de forma; mas no censurar, sino elogiar, á quienes, no pudiendo contrarrestar aquéllas ni liberarse de éstos, nos legaron las primicias de un estudio que llevaba al seno de la enciclopedia jurídica una nueva ciencia.⁵

5 Las tres obras a que se refiere el profesor Alvarez del Manzano son: el "Provechoso tratado de cambios y contrataciones de mercaderes y reprobación de la usura" de Cristóbal de Villalón (Valladolid, 1542); la "Instrucción de mercaderes" de Saravia de la Calle (Medina del Campo 1547) y la "Summa de tratos y contratos" de Fray Tomás de Mercado (Sevilla 1587). Alvarez del Manzano, Faustino, *Curso de Derecho Mercantil, Filosófico, histórico y vigente (Español y extranjero)*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1903, Segunda Edición, Tomo I, pp. 429, 430.

3.2.3. Convocatoria a franquear el “*complejo de inferioridad*” de las elites jurídicas colombianas contemporáneas

Tres años después de haber publicado su libro *Teoría impura del derecho*, parece que Diego Eduardo López Medina no solo aceptó la crítica que le hizo su director de tesis, sobre los riesgos de incurrir en lecturas o interpretaciones “*masoquistas*” de los trabajos elaborados por los autores locales en condiciones ciertamente poco favorables, sino que adicionalmente acogió la advertencia metodológica de Monateri, en el entendido que debe quedar claro que no se trata de desaprobación al sistema receptor imprimiéndole un sello de inferioridad o imponiéndole esa mácula por haber tomado prestado teorías, normas específicas e incluso códigos completos, solo que en esta ocasión la indulgencia *lopista* frente a los conatos de originalidad se predica de las elites jurídicas colombianas contemporáneas de las cuales él no sólo hace parte, sino que se perfila como uno de sus transplantadores más fuertes.

En efecto, apoyándose en un breve artículo de prensa de Jorge Esquirol, el profesor López Medina resaltó que las instituciones político-jurídicas de América Latina están marcadas por un profundo complejo de inferioridad que se refleja en el hecho de que sistemáticamente se demeritan suponiendo que, a diferencia de sus equivalentes de países prestigiosos, son disfuncionales, politizadas e ineficaces, visión distorsionada que tiene como origen la idealización del “primer mundo” jurídico al que se le atribuye la capacidad de solucionar mágicamente los múltiples problemas que son irresolubles en América Latina, dado que en esos países el derecho es un intermediario técnico y neutral aislado de los largos tentáculos de la política que desnaturalizan las instituciones jurídicas latinoamericanas, perspectiva impoluta que, además, parece ser la causa directa del bienestar económico que disfrutaban esas sociedades (López, 2007: 14).

La idea de que el derecho latinoamericano es “fallido” se ha enraizado en la imaginación tanto de legos como de los profesionales del derecho, quienes consideran que el sistema jurídico local no tiene “éxito” porque además de que está mal diseñado para alcanzar los objetivos que dice tener, los operadores jurídicos, particularmente los jueces y funcionarios públicos, son marcadamente ineficientes y corruptos y la eficacia de las instituciones jurídicas está minada por los niveles exorbitantes de impunidad. En la formulación más radical de esta idea se llega a afirmar que el derecho de América Latina tiene deficiencias tan serias que en realidad no cumple con los requisitos mínimos exigidos por el “rule of law” (López, 2007: 14).

Al aplicar este marco al caso colombiano, el profesor Diego López advierte y concluye que es tonto pretender que todo funciona bien; que es tan irreal sostener que el sistema jurídico del país es inmaculado, como aceptar que en toda comparación siempre sale perdiendo; que dado que la comparación en derecho siempre ha sido enormemente disímil, es hora de evidenciar el falso espejismo que hay en la creencia ingenua de que siempre hay un sistema superior o plenamente desarrollado que resuelve los problemas con independencia de las interferencias políticas; y que los colombianos debemos emprender estudios serios e integrales de derecho comparado en los que se abandone

el complejo de inferioridad como la principal característica de nuestro interés por el derecho de otras latitudes (López, 2007: 17).

CUARTA PARTE: EXPRESIONES TEMPRANAS DEL CONCEPTUALISMO EN EL DERECHO COMERCIAL LOCAL

Además de lo indicado en la introducción de este documento, unos pocos ejemplos explican y evidencian el carácter limitado del relato *lopista* frente al derecho mercantil. De un lado, la dependencia genética del derecho romano, ampliamente explorada y explotada por López Medina, parece no tener cabida en la historia del derecho comercial por cuanto en esta área jurídica desde siempre se ha aceptado y resaltado que Roma no desarrolló un derecho mercantil que sirva como referente para el análisis del derecho comercial moderno.

De otra parte, la formación consuetudinaria del derecho comercial y el consecuente papel relevante que tiene la costumbre como fuente del derecho mercantil plantean serios obstáculos para adaptar la versión de López sobre la importancia que tuvo en la evolución de la conciencia civilista el conflicto por la hegemonía de las fuentes del derecho: Ley versus Costumbre.

Igualmente, la narrativa de López referente a la pugna entre el *"comentario"* y el *"tratado"* como estilos de análisis jurídico y la consolidación gradual y tardía del conceptualismo maduro en el derecho privado mediante la elaboración de la teoría general del *"acto o negocio jurídico"* que posteriormente serviría como modelo para la formación de las teorías del *"acto administrativo"*, el *"acto de comercio"* y otros análogos, podría verse en la necesidad de ser ajustada a partir del estudio de la doctrina mercantil nacional que hasta la fecha no ha sido sometida al escrutinio de la teoría del trasplante jurídico.

A continuación se reseñan dos interesantes trabajos de la doctrina mercantilista nacional de finales del siglo XIX, a partir de los cuales en estudios futuros se podría explorar la hipótesis de que en el ámbito del derecho comercial el conceptualismo tuvo expresiones tempranas sustentadas en teorías foráneas que están por establecerse⁶.

4.1. EL PRIMER TRATADO DE DERECHO MERCANTIL COLOMBIANO

Mientras que en 1908 Don Antonio José Uribe ya hacía expresa referencia a la obra de Pablo J Bustillo, en 1985 el destacado tratadista mercantilista nacional José Gabino

6 En principio estas influencias foráneas incluyen los trabajos de Rambaud-Fodéré (Droit commercial et réponses), F.J. Zabola (Elementos de derecho internacional privado), H. Biot (Traité théorique et pratique de droit commercial), Elmore (Legislación Comercial), Pardessus (Droit Commercial), Lyon-Caen y Renault (Traité de droit commercial), Cohendy y Darras (Code de Commerce annoté) y Huvelin (L'histoire du droit commercial).

Pinzón desconocía que Bustillo fue el primer colombiano que publicó un tratado de derecho mercantil y le concedía este honor a Don Felix Cortés, quien es calificado por Pinzón como “*el primer tratadista nacional de la materia*” por haber publicado en 1933 el libro “Comentario al Código de Comercio Terrestre” (Uribe, 1908:19 y 20)^{7/} (Pinzón, 1985:vii).

Por su parte, en 1908, al realizar el prólogo del libro de Pablo J Bustillo titulado *Derecho Mercantil Comparado*, Simón Bóssa destacó que solo doce años atrás se notaba que en el país la ciencia del derecho se desenvolvía con vida propia desde el punto de vista de sus tradiciones legales y que era innegable que a Pablo J Bustillo le correspondió el honor de figurar entre los precursores de ese movimiento progresista, pues si bien es cierto que en 1898 don Antonio José Uribe publicó su importantísimo *Tratado de Derecho Civil Colombiano*, escrito en colaboración con el profesor francés Mr. Champeau, y que el doctor Fernando A. Vélez llevaba bastante adelantado su interesante estudio sobre el mismo derecho, desde varios años antes el doctor Bustillo venía dedicado ya a servir al derecho nacional en un campo inexplorado hasta entonces: el de la legislación comercial (Bóssa, 1908: vi).

En cuanto al origen del libro y la manera como se llevó a cabo, Simón Bóssa resaltó que el autor tuvo a su cargo la Cátedra de Derecho Mercantil en el Colegio Fernández de Madrid, creado en reemplazo de la Universidad de Bolívar; que fue en este centro de instrucción superior en el que ideó su obra y trazó el plan con el cual debía ejecutarla; que sus labores académicas y judiciales le pusieron de manifiesto las numerosas deficiencias de nuestras leyes de comercio, comprendiendo que para explicarlas no era suficiente la mera recitación de ellas, seguir paso a paso el orden de materias en nuestros códigos terrestre y marítimo y agregar ligeros comentarios sobre cada artículo; que el profesor Bustillo se convenció que debía emprender un trabajo más amplio: de concordancia con nuestro derecho positivo, de comparación frente a legislación mercantil de otros países y de recopilación escrita de las conferencias que dictaba en las aulas, dentro de un plan de cortas proporciones pero bien elegido, que le brindó elementos suficientes para el libro, cuya primera parte, **nueve lecciones**, vio la luz por primera vez en el periódico **El Anotador Jurídico** de la ciudad de Cartagena a mediados de 1893, trabajo que fue acogido con tanto entusiasmo, que el autor tuvo que reunirlos en un volumen de 174 páginas con el título de **Lecciones de Derecho Mercantil Comparado**, teniendo la satisfacción de que fuera adoptado como texto de enseñanza en la Universidad Nacional (Bóssa, 1908: vi).

7 Mediante el Acuerdo No 222 del 16 de diciembre de 1997, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura dispuso que el edificio en el que funciona los Tribunales Superior del Distrito Judicial de Cartagena y Contencioso Administrativo de Bolívar se identificará con el nombre de Pablo J. Bustillo, destacado jurista bolivarense quien, además de ser el primer colombiano que publicó un tratado de derecho mercantil, fue Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y Gobernador de los Departamentos de Atlántico y Bolívar.

Sobre la edición de 1909, Simón Bossa indicó que después de la larga interrupción de la guerra civil, el autor ofreció al público una nueva edición en un solo tomo confiada a una casa editorial española en la que introdujo ampliaciones y correcciones sustanciales que hicieron que la obra fuera más extensa y nutrida. En esta nueva edición se abordaron todas las materias del código de comercio terrestre complementadas con las de idéntica índole del código marítimo, ofreciendo de este modo en cada una de ellas un todo o conjunto armónico, que brinda la ventaja de enseñar en breves páginas, sobre cada asunto, todo cuanto está regulado por unos mismos principios, presentando fácilmente las relaciones y dependencias que guardan entre sí los textos de nuestras leyes mercantiles (Bóssa, 1908: vii).

Simón Bossa igualmente acentuó la labor de comparación con las leyes comerciales de Francia, España, Italia, Bélgica, Chile y Venezuela en cuyas prácticas y doctrinas suele hallarse abundante enseñanza que patentiza las imperfecciones y vacíos de nuestros usos y leyes mercantiles y facilita notablemente la empresa de interpretarlas y aplicarlas, con lo cual se presta importantísimo servicio al progreso de la ciencia jurídica al evitar en lo posible la incertidumbre del derecho proveniente del lenguaje de las leyes que se caracteriza por ser lacónico y casi siempre oscuro, deficiente y vago (Bóssa, 1908: viii).

Para Simón Bossa resulta perfectamente claro que para desentrañar bien el sentido y alcance preciso de sus textos y explicarlos con acierto, aclarándolos hasta hacerlos enteramente comprensibles del público indolente, el comentarista tiene que penetrar en una delicada labor de orden histórico y filosófico, que mediante el empleo de un criterio ilustrado y sereno, le permita descubrir y fijar lo que la ley quiere decir. Esa tarea delicada y difícil, en busca del pensamiento verdadero del legislador, se remonta al examen de los orígenes de la ley; implica la exposición de sus fundamentos y motivos; comprende la determinación del significado de las palabras de que el legislador se vale y requiere, en fin, que para explicar mejor las fórmulas de la ley se comparen y relacionen (Bóssa, 1908: viii).

Nuestro comentarista de 1908 es conciente de que el extenso y complejo programa iusteórico de Savigny no cabe en las modestas proporciones del libro de Pablo J. Bustillo, pero aclara que a pesar de ello, esta obra llena muchas de las condiciones anteriores en forma breve y sencilla, que permite el rápido y concienzudo estudio de cualquier cuestión, sin divagaciones enojosas, sin prescindir tampoco de la indispensable teoría científica, pero ahorrando al lector, como no acontece en las obras de largo aliento, la pesadez y vaguedad y las contradicciones inherentes a las largas exposiciones doctrinales (Bóssa, 1908: vi).

4.2. LA TEORÍA DEL “ACTO DE COMERCIO” EN 1897

En los Anales de Jurisprudencia, órgano de difusión de la Sociedad Colombiana de Jurisprudencia, en junio de 1897 Efraím de J. Navia publicó una monografía titulada *“De los actos de comercio”*, en la que al igual que en el trabajo de Pablo J. Bustillo, en lugar de

seguir paso a paso el orden de esta materia en el código de comercio y agregar ligeros comentarios sobre cada artículo, el tema es acometido como una teoría general que empieza por abordar definiciones metajurídicas de lo que es comercio; prescinde del sujeto que realiza las operaciones mercantiles y considera el objeto de comercio, es decir, los actos comerciales en sí; analiza los tres sistemas que proponen y exponen los comentadores de esa época para establecer cuáles actos son mercantiles; y finalmente examina las disposiciones del Capítulo 2º, Título 1º, Libro 1º del Código de Comercio vigente en 1897 (Navia, 1897: 239).

Efraím de J. Navia se lamenta de que pese a la importancia de contar con una definición que haga conocer, por caracteres inequívocos, cuáles son los actos que pueden llamarse de comercio, las legislaciones positivas no han intentado darla, y todas las que se conocen se contentan con hacer una enumeración, más o menos completa, de ellos, empleando al efecto ya un sistema, ya otro, para llegar al fin a sentar como principio que tales enumeraciones son declarativas y no limitativas, y dejando así un campo casi indefinido al criterio de quien tiene que hacer la clasificación (Navia, 1897: 239).

El comercialista local de finales del siglo XIX explica que Pardessus divide en dos clases los actos de comercio: los que lo son por sí mismos, independientemente de la calidad o profesión de la persona que los ejerce, y los que son reputados tales por una presunción basada en dicha calidad, ya se mire en ambas partes contratantes, ya en una sola. Igualmente, aclara que algunos expositores admiten igual clasificación, con diferentes nombres, tal y como es el caso del señor Elmore, quien introduce un tercer modo de considerar los actos como de carácter comercial. Según él, tres son los sistemas adoptados: el objetivo, o sea el primero que reconoce Pardessus; el subjetivo, esto es, el segundo admitido por este comentador, y el mixto, o sea la combinación de uno y otro. Deriva el objetivo la naturaleza del acto de su propia esencia: la hace depender el segundo del sujeto que lo realiza; y, adoptando el tercero un término medio, admite aquel criterio sin rechazar éste. Hay, como se ve, diferencia suma entre los sistemas objetivo y subjetivo, y aunque llegan a un mismo fin, se extreman tanto, que el uno reputa causa lo que el otro considera como efecto (Navia, 1897: 239).

Al tomar partido Navia concluye que el sistema mixto es inútil y que el primer sistema, el objetivo, es el único aceptable, respecto del cual insiste que dos son las condiciones que han de coexistir en todo acto de la industria humana para que pueda llamarse de comercio, siendo, por otra parte, necesario en casi todos ellos, que se procure la movilización de los valores. Estas condiciones son: multiplicidad e intención de lucrar (Navia, 1897: 240, 301).

En cuanto a la multiplicidad el profesor Efraím de J. Navia destaca que para un acto aislado no habría necesidad de establecer un fuero especial, ni de prescindir de las disposiciones comunes, así sustantivas como adjetivas, por más que se hiciera con el fin de especular, y aun cuando con él se facilitara la circulación de los valores. Es, pues, necesario para que haya actos de comercio, que quien vende una cosa lo haga con intención de comprar otra, o que quien compra se proponga vender, sin que sea preciso

que esa actitud e intención existan en ambas partes, pudiendo muy bien realizarse en una de ellas (Navia, 1897: 240, 241).

Sobre la intención de lucrar, el comercialista local de 1897 dictamina que sí es cierto que la sucesión indefinida de los actos es la que tiende a determinar su carácter comercial, no lo es menos que sin el propósito de lucro no se les podría dar, en grado absoluto, este calificativo; a paso seguido observa que al tratar la intención del agente, ya en orden a la multiplicidad o repetición de los actos, ya en lo que se refiere al lucro, la intención no es tal, jurídicamente hablando sino cuando se traduce en manifestaciones del deseo, pues el intento que solo se perfecciona y permanece en el alma únicamente es asumido por la ley moral y el legislador nada tiene que ver con él; y al indagar sobre la razón filosófica de esta última exigencia, deduce que ella puede encontrarse en lo que de ordinario acontece pues es condición de todo acto humano que el agente se proponga un fin y no es de presumirse que el hombre en sus negocios quiera moverse y agitarse solamente. Además, versando las operaciones mercantiles sobre intereses pecuniarios, el fin no puede ser otro que el lucro o ganancia (Navia, 1897: 241).

CONCLUSIONES PRELIMINARES

El transplante jurídico ha sido considerado como un mecanismo fundamental de propagación de ideas jurídicas y la forma más importante de cambio jurídico en la historia occidental.

Mientras que la recepción, transplante, intercambio, préstamo o copia de un derecho a otro no es una novedad, la reflexión crítica acerca de este fenómeno puede considerarse relativamente reciente.

El derecho romano, que ha sido considerado como la teoría transnacional del derecho más transplantada, tiene un carácter "*impuro*", al igual que toda teoría jurídica originada en los centros de producción "*prestigiosos*".

En la *Teoría Impura del Derecho, La transformación de la cultura jurídica latinoamericana* se puede constatar que el profesor Diego Eduardo López Medina incurrió en el riesgo de caer en críticas "*lacerantes y masoquistas*" a la conciencia jurídica nacional, sin dimensionar los efectos nocivos de estas críticas en la conformación del complejo de inferioridad de la teoría jurídica local.

En el citado libro *la Teoría Impura del Derecho*, el profesor Diego Eduardo López Medina presenta una sugestiva narración sobre la conformación de la conciencia jurídica "*civilista*" local que no cubre ni explica la especificidad de la historia del derecho comercial colombiano.

El relato *lopista* tiene un carácter limitado frente al derecho mercantil, tal y como lo muestra los trabajos de la doctrina mercantilista nacional de finales del siglo XIX que

evidencian que en el ámbito del derecho comercial el conceptualismo tuvo expresiones tempranas sustentadas en teorías foráneas que están por establecerse.

El desarrollo de la historia del derecho comercial se ha visto negativamente afectado por la paradoja de que no obstante ser el derecho preponderante en los negocios, parece estar predestinado a permanecer a la sombra como un apéndice del derecho civil que persiste en ser considerado como el derecho hegemónico en la academia.

La singularidad y las particularidades del derecho comercial evidencian unas características estructurales que impiden subsumirlo en la lógica e historia del derecho común.

Desde tempranas épocas, sin mayor resistencia y fruto de trasplantes jurídicos que transitaban por senderos diferentes a los efectuados en el campo del derecho civil, los “*principios del antiformalismo*” fueron recepcionados y han tenido un ininterrumpido desarrollo dentro del núcleo dogmático del derecho comercial colombiano.

Es impostergable el análisis de las obras elaboradas por la doctrina mercantilista de los centros de producción “*prestigiosos*” con el fin de reconstruir la teoría transnacional del derecho comercial (TTDC) y el estudio de los textos elaborados en la esfera local que no fueron incluidos en el magnífico estudio realizado por el profesor Diego Eduardo López Medina.

BIBLIOGRAFÍA

- Alvarez del Manzano, Faustino, *Curso de Derecho Mercantil, Filosófico, histórico y vigente (Español y extranjero)*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1903, Segunda Edición, Tomo I.
- Bóssa, Simón, Prólogo del libro *Derecho Mercantil Comparado* de Pablo J Bustillo, Toribio Taberner Editor, Barcelona España, 1909.
- De J Navia, Efraím, “De los actos de comercio”, *Anales de Jurisprudencia*, órgano de la Sociedad Colombiana de Jurisprudencia, Tomo II, Imprenta de “la luz”, Bogotá, 1897.
- Devis Echandía, Hernando, Prologo del libro *Contratos Mercantiles* de Jaime Alberto Arrubla Paucar, Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1995.
- Duncan Kennedy, Prólogo del libro *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis S.A., Bogotá, 2004.
- Hatterhauer Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*, Introducción histórica-dogmática, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1987. Traducción Gonzalo Hernández. Capítulo VII, La propiedad. Páginas 111 a 129.
- López Medina, Diego Eduardo, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis S.A., Bogotá, 2004.
- López Medina, Diego Eduardo. “El complejo de inferioridad”, en *Ámbito Jurídico*, Año X, No. 223, 23 de abril al 6 de mayo de 2007.

- Martínez Neira, Néstor Humberto. "El bicentenario del 'Code de commerce' napoleónico", *Ámbito Jurídico*, Año X, No. 230, 30 de julio al 12 de agosto de 2007.
- Meroi, Andrea A, "Marcos teóricos sobre el fenómeno de recepción jurídica", <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/903/716>.
- Monateri, P.G., *Gallo, el Negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica occidental*, Traducción Carlos Morales de Setién Ravina, La Invención del Derecho Privado, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006.
- Morales de Setién Ravina, Carlos, *La Invención del Derecho Privado*, Colección Nuevo Pensamiento Jurídico, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2006.
- Pinzón, José Gabino, *Introducción al Derecho Mercantil*, Editorial Temis S.A. Bogotá, 1985.
- Uribe, Antonio José, *Derecho Mercantil Colombiano*, Edición Especial, R.v. Decker's Verlag, Berlin SW. 19. 1908.