

Pontificia Universidad Javeriana

From the SelectedWorks of Jorge Gonzalez-Jacome

Spring May, 2006

El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial

Jorge Gonzalez-Jacome, *Pontificia Universidad Javeriana*



SELECTEDWORKS™

Available at: http://works.bepress.com/jorge_gonzalez_jacome/8/

EL USO DEL DERECHO COMPARADO COMO FORMA DE ESCAPE DE LA SUBORDINACIÓN COLONIAL

JORGE GONZÁLEZ JÁCOME*

*“The present curriculum, I put my fist in ‘em,
eurocentric every last one of ‘em.
See right through the red, white, and blue disguise.
With lecture I puncture the structure of lies. Installed in our minds
and attempting to hold us back. We’ve got to take it back. Holes in our
spirit causing tears and fears, one-sided stories for years and years.
I’m inferior? Who’s inferior? We need to check the interior
of the system that cares about only one culture.
And that is why we gotta take the power back.”*

rage Against the Machine – We gotta take the power back

Fecha de recepción: 13 de marzo de 2006
Fecha de aceptación: 23 de marzo de 2006

* Profesor investigador de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. El presente artículo se inscribe en la línea de investigación “Globalización y desarrollo del derecho internacional” del Centro de Estudios de Derecho Internacional Francisco Suárez, S.J. Quisiera agradecer a CAROLINA OLARTE BÁCARES y RAFAEL PRIETO SANJUÁN los comentarios y revisiones hechas a este texto. Cualquier imprecisión contenida en él es de absoluta responsabilidad del autor.

RESUMEN

La cultura jurídica colombiana no ha hecho un uso productivo de las metodologías disponibles en derecho comparado. Nuestra doctrina nacional ha entendido el término *derecho comparado* como un contraste entre dos o más normas que pertenecen a distintos sistemas jurídicos nacionales sin reparar que este tipo de comparaciones contribuye para perpetuar viejas ideas colonialistas. Este fenómeno es evidente cuando la doctrina legal colombiana compara nuestras disposiciones jurídicas con aquellas que se profieren en lo que podría llamarse *países del primer mundo*. Bajo esta perspectiva parecería que el derecho viaja desde los países *civilizados* hacia los *salvajes*. Así las cosas, creo que una mirada alternativa al derecho comparado puede ser una herramienta útil como si para dejar de mirar los sistemas jurídicos estuvieran jerarquizados en donde los *colonizadores* continúan sometiendo al colonizado. Este artículo critica la forma como nuestra doctrina ha entendido el derecho comparado, presenta las ventajas que traería abandonar estas formas de comparación, propone una manera alternativa de usar el derecho comparado y revisa las implicaciones que ello puede tener para hacer, por ejemplo, lecturas alternativas de la eficacia del Derecho Internacional Humanitario en Colombia.

Palabras clave: derecho comparado, colonialismo, derecho internacional, trasplantes legales, formantes legales, patrones de derecho, pluralismo jurídico, metodología, crítica del derecho.

COMPARATIVE LAW AS AN ESCAPEWAY FROM COLONIAL SUBORDINATION

ABSTRACT

The Colombian legal culture has not been able to make a fruitful use of the available methodologies in the area of comparative law. National doctrine has understood comparative law as a contrast between two legal provisions that belong to different legal systems without being aware that this kind of comparison is contributing to perpetuate old colonialist ideologies. This phenomenon is visible when Colombian doctrine compares our legal provisions with those issued in what might be called countries of the first world. Under this perspective, it appears that law travels from the civilized world to the uncivilized. Therefore, I think that an alternative look upon comparative law can be a useful tool in order to stop looking upon legal systems within a hierarchy in which the colonizer subjects de colonized. This article criticizes the way our doctrine has understood comparative law, explores the advantages that an alternative use of this methodology will bring to our legal culture, shows one way in which comparative law can be reoriented, and explains the consequences that this approach could imply in an area as International Humanitarian law.

Keywords: Comparative law, colonialism, international law, legal transplants, legal formants, patterns of law, pluralism, methodology, legal critique.

SUMARIO

Introducción

1. Las formas de hacer comparaciones en la doctrina nacional
2. La importancia de dar un paso adelante en nuestra forma de hacer comparaciones
3. Una comparación más allá de las normas
4. El derecho internacional trasplantado a las legislaciones internas. Dos visiones en torno a la aplicación del DIH en Colombia
5. Propuesta teórica a manera de reflexión final

INTRODUCCIÓN

En noviembre de 2005, y gracias a la organización del Centro de Estudios de Derecho Internacional Francisco Suárez de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, se llevó a cabo por segundo año consecutivo el Concurso Iberoamericano de Derecho Internacional y Derechos Humanos, Francisco Suárez, S.J. En el transcurso de una semana, diferentes equipos de estudiantes de universidades de Ecuador, Venezuela, México y Colombia se enfrentaron entre sí en audiencias simuladas; su objetivo era la presentación de argumentos que a cada equipo le había correspondido de conformidad con un *rol* predeterminado dentro de un caso dado a conocer con la debida antelación. Los argumentos se presentaron ante un grupo de personas que el concurso había designado como jueces para cada una de las audiencias; estas personas debían escuchar la argumentación en cada una de las rondas, con el fin de calificar a los equipos para determinar su eliminación o no. Además, los jueces asumían la tarea de preguntar de manera incisiva a los equipos participantes con el fin de verificar la versatilidad de las

posiciones que a cada uno de los equipos le había correspondido asumir.

Llegada la audiencia final, se enfrentaron los equipos de la Pontificia Universidad Javeriana-Bogotá y la Universidad Católica-Ecuador. En un punto de esta audiencia final, una de las participantes se encontraba ante un complejo argumento sobre la posibilidad de llevar reclamos de violación de derechos humanos contra personas jurídicas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En medio de una sucesión de preguntas que los jueces hacían a esta participante al respecto, hubo una de ellas que llamó especialmente la atención de algunos de quienes asistíamos como espectadores a la audiencia. Se preguntó a la participante si tenía alguna información de cómo en los “sistemas de derecho comparado” se había regulado el tema que ella estaba tratando de exponer ante un incisivo grupo de jueces.

La pregunta llamó especialmente mi atención en primer momento, porque dudé enormemente sobre la pertinencia de una cuestión de éstas en un concurso donde a los participantes se les había establecido que el marco normativo aplicable era el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo, esa objeción a la pregunta no es la que quisiera profundizar porque no creo que pueda salir algo productivo de ello. Superando esta incomodidad inicial con la pregunta hecha, creí que la pregunta ameritaba una reflexión adicional. Sentí una gran inconformidad con el término “sistemas de derecho comparado” porque creo que envuelve una categorización del derecho comparado como sistema; resulta que es difícil pensar en ello como un sistema, cuando a lo sumo existen posiciones en el sentido de considerarla como una metodología de análisis para aproximarse al fenómeno jurídico¹. Pero sistema, con

1 KIEKBAEV, DJALIL, “*Comparative law: method, science or educational discipline?*” *7.3 Electronic Journal of Comparative Law* en: <http://www.ejcl.org/73/art73-2.html>, septiembre de 2003 (recuperado el 31 de enero de 2006).

todas las implicaciones que ello trae para un abogado que ha estudiado el positivismo jurídico, sin duda no lo es².

Sin embargo, no quisiera quedarme discutiendo una cuestión terminológica y hacer simplemente una precisión conceptual. Para ello me bastaría hacer un listado bibliográfico sobre la forma de aproximación al derecho comparado como metodología en diferentes latitudes y discutir directamente con quien hizo la pregunta. Supongamos, igual, que hubo una especie de *lapsus* en la articulación de la misma por parte del juez y no quería decir “sistemas de derecho comparado”, sino que quería preguntar si la participante conocía de las soluciones en otros ordenamientos jurídicos sobre el tema que estaba resolviendo. Allí es donde surge la pregunta que quiero plantear en las siguientes páginas y que se podría formular así: ¿Para qué estamos usando el derecho comparado en Colombia?³. Luego de formulada la pregunta en la audiencia final, quienes estábamos en el auditorio nos quedamos sin saber a qué conducía este cuestionamiento; al ser una pregunta que desbordaba las competencias que se les pedía a los participantes del concurso, ella no pudo ser contestada y ahondó mi curiosidad por la pertinencia de la misma.

-
- 2 Sistema, bajo la perspectiva con la que se trabaja en las escuelas de derecho, hace referencia a un conjunto de normas que tienen una pretensión de completud, plenitud y coherencia. Esta categoría de “sistema” se ha usado para describir, a lo sumo, ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales, pero hacer referencia a ello cuando se comparan dos sistemas nacionales o internacionales es a todas luces contraintuitivo. Véase, respecto de las implicaciones del “sistema”, a: BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1992.
 - 3 A pesar del carácter latinoamericano del concurso quisiera no hacer una generalización de la forma como en otras culturas jurídicas distintas a la colombiana se ha usado el derecho comparado. Sin embargo, tengo la intuición de que esta reflexión es pertinente para otros países latinoamericanos donde gran parte del derecho ha sido traído desde países de “primer mundo”, “desarrollados” u “occidentales”.

Por lo pronto, quisiera sostener que en nuestra doctrina jurídica el uso de las metodologías disponibles en el derecho comparado ha sido prácticamente nulo. Nuestra doctrina ha hecho visitas a ordenamientos jurídicos ajenos con el fin de hacer un capítulo que muestra la erudición del autor, perdiendo una potencialidad crítica enorme al no usar las metodologías que hay disponibles para hacer comparaciones. Podría sospecharse que la pregunta que hacía el juez a la participante no la iba a sacar del atolladero argumentativo en el que se encontraba; la impresión que tuve era la de una típica pregunta que los profesores de derecho *hacemos* a nuestros estudiantes en las pruebas orales para que nos repitan un conocimiento que les hemos transmitido con el fin de autolegitimarnos. De allí que crea que la forma como nuestra doctrina del derecho colombiano ha abordado la comparación es una vía poco fértil.

En este sentido este artículo trata de hacer una advertencia sobre los efectos que una desprevenida forma de hacer derecho comparado está causando en nuestra academia jurídica: esto es, que se está contribuyendo a la legitimación de un orden geopolítico en donde a los países periféricos se les atribuye poca posibilidad creativa en el mercado de las ideas jurídicas⁴. Para movernos de allí propongo una reflexión inicial para hacer un comparativismo activo con el fin de realizar análisis que muestren contrastes, no solamente normativos, sino culturales. Creo que un uso del derecho comparado de esta manera iría en beneficio de utilizarlo como una forma de aproximación al derecho que permita sacudirse de vestigios coloniales que siguen viajando a través de las transferencias de normas jurídicas catalogando a países como Colombia de poco creativos para inventar soluciones y de “ineficaces” al momento de aplicar instituciones.

Con el fin de explorar estas inquietudes que se plantean, el presente trabajo contará con cinco partes. En la primera de ellas se

4 LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2004.

elaborará una crítica tratando de establecer los vicios en los que ha caído la doctrina nacional al hacer comparaciones. Hecha esta crítica, en la segunda sección del texto defenderé las razones por las cuales sería útil abandonar estas formas tradicionales de hacer las comparaciones, para pasar en la tercera parte a exponer las herramientas que se podrían usar para renovar nuestra práctica del derecho comparado. En la cuarta parte se revisará cuáles serían las consecuencias de utilizar las herramientas de derecho comparado descritas en la sección anterior tomando como ejemplo las lecturas sobre la eficacia del DIH en Colombia. En la quinta y última parte del texto se plantean algunas reflexiones finales.

1. LAS FORMAS DE HACER COMPARACIONES EN LA DOCTRINA NACIONAL

No es algo fuera de lo común encontrarse en los textos de doctrina jurídica nacional, referencias que sus autores hacen a la manera como en ordenamientos jurídicos distintos al colombiano se resuelven temas particulares. Algunos ejemplos tanto en derecho público como en privado, pueden mostrar la forma como la doctrina jurídica nacional ha establecido una manera poco fértil de hacer las comparaciones entre diferentes ordenamientos jurídicos. A través de los ejemplos que siguen quisiera mostrar las tendencias dominantes aplicadas en Colombia al momento de hacer comparaciones y las razones por las cuales sus efectos, aparte de mostrar la probable erudición de su autor, no aportan cuestiones productivas al debate jurídico. En derecho privado es usual la conexión existente entre la doctrina nacional y una multiplicidad de autores franceses en la medida en que la adopción de un Código Civil hacia la segunda mitad del siglo XIX tuvo como efecto la transferencia de la teoría jurídica que lo sustentaba⁵. De allí que nos encontramos con referencias

5 Ibidem, págs. 145 y pág.

permanentes a soluciones dadas por el ordenamiento jurídico francés a problemas tratados por el ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, en materia de bienes, al momento de explicar el título y el modo para la transferencia de los derechos reales, se hace una referencia a la forma como otros ordenamientos jurídicos han resuelto este asunto. Si bien se señala que en Colombia para que se adquiriera un derecho real, y específicamente el de dominio como el más importante de ellos, deben coexistir dos actos que se acuñan bajo los nombres de título —por ejemplo la suscripción de un contrato de compraventa— y el modo —por ejemplo la tradición, ocupación o prescripción—, en Francia no ocurre ello.

“Para los franceses el título es suficiente en orden a la adquisición del derecho real. Juan vende a Pedro una nevera. Como el contrato de compraventa de bien mueble se perfecciona por el consentimiento de las partes, Pedro comprador, es propietario desde ese momento sin que interese para nada la tradición [...]. Por ello en este sistema no existe la compraventa de cosa ajena como título justo y si alguien pretendiéndose propietario sin serlo, enajena, dicha compraventa estaría impregnada de nulidad”⁶.

En este punto del texto de VELÁSQUEZ se salta a analizar la forma como otros sistemas lo han resuelto para finalmente llegar al análisis colombiano para explicar que en nuestro ordenamiento jurídico se exige la coexistencia de título y modo para que el dominio quede constituido en cabeza de una persona. Además, señala, dicha solución “se aplica en países como Austria, Holanda, Suiza y URSS”⁷. De esta exposición podemos ver cómo el autor acude a Francia con el fin de explicar un sistema que se ha convertido en un lugar obligado para nuestra doctrina del derecho civil y a mostrar que la decisión

6 VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO, *Bienes*, Temis, Bogotá, 1996, págs. 171-172.

7 *Ibidem*, pág. 174.

del legislador colombiano no es única en el mundo sino que se aplica también en otros países que podríamos llamar “de primer mundo”. Al respecto podrían analizarse dos cuestiones defectuosas compartidas por nuestra doctrina nacional al momento de la comparación:

1. La insensibilidad ante la posibilidad de explorar las razones por las cuales se dan distintas respuestas a problemas sociales en los ordenamientos jurídicos, y
2. El descuido con el que ha sido tratado el derecho comparado al ser considerado como un apéndice de erudición en los textos doctrina nacional.

En cuanto al problema de la insensibilidad, llama poderosamente la atención que no se explique la razón de ser de la dualidad de título y modo en Colombia y la no existencia de una teoría de este estilo en otro ordenamiento como el francés. Es llamativo en la medida en que Colombia ha sido un país con un problema en la titulación del dominio sobre las tierras y en ello se basa parte de nuestro conflicto armado⁸. Probablemente en la razón de los diversos sistemas para establecer los pasos en la adquisición del dominio se podrían ver motivaciones políticas que llevaron a tomar una u otra decisión de regulación. En parte, el derecho de bienes tendría mucho que decirle al país sobre el conflicto de tierras. Sin embargo, la forma expositiva es áridamente descriptiva y se limita a mostrar que hay países que lo han regulado de diferentes formas. Lo único que aporta esta perspectiva es la idea de que la solución colombiana no es la única necesaria pero no sabemos por qué.

8 Véase al respecto: MARULANDA, ELSY, *Colonización y conflicto: las lecciones del Sumapaz*, Tercer Mundo, Bogotá, 1991 y LEGRAND, CATHERINE, *Colonización y protesta campesina*, Universidad Nacional, Bogotá, 1988.

Los casos en los cuales se presentan diferentes opciones de regulación para una misma institución y un análisis que no profundiza las preguntas por la razón de la existencia de esos tipos de regulación no se agotan con este ejemplo. En temas con alta sensibilidad social como la propiedad, aparecen otros igualmente relevantes como las relaciones de igualdad o subordinación existentes entre el hombre y la mujer en el matrimonio. El tema es especialmente sensible en la medida en que la discriminación por razones de género ha sido una realidad en los países latinoamericanos y en todas las clases sociales⁹. La sensibilidad social del tema me parece irrefutable. Al llegar a exponer nuestra doctrina su posición sobre el apellido de la mujer casada, se ha acudido a hacer comparaciones irreflexivas con respecto a las implicaciones del tema:

“Ahora bien, ¿la mujer casada tiene el derecho o el deber de llevar el apellido del marido, o sólo tiene el derecho, o sólo el deber, o no tiene ni el uno ni el otro? En algunas legislaciones agregar el apellido del marido precedido de la preposición o partícula *de* al apellido de la mujer que se casa es un derecho-deber que consagra la ley positiva como la italiana, la argentina, la colombiana, esta última durante el lapso comprendido entre 1939 y 1970. En otras legislaciones, como las de los países anglosajones la mujer que se casa pierde su apellido paterno para adoptar el del marido, por disposiciones de la ley, y esto no implica demérito ni que se rebaje el estatus femenino. En Francia, según RIPERT y BOULANGER, hay regiones en donde el marido toma el apellido de la esposa y viceversa”¹⁰.

La anterior cita, además de dejar en evidencia problemas de discriminación por razones de género en la construcción del derecho¹¹, pierde la oportunidad de hacer una comparación entre

9 Véase <http://www.ispm.org.ar/violencia/images/hechos/los-hechos.html> (recuperado el 15 de febrero de 2006).

10 ANGARITA GÓMEZ, JORGE, *Lecciones de derecho civil. Personas y representación de incapaces*, Temis, Bogotá, 1994, págs. 115-116.

11 Al respecto véase a WEST, ROBIN, *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999.

las diferentes sociedades que han adoptado la adopción del apellido del marido para la esposa. ¿Por qué en Francia la cuestión podía ser invertida? Es decir, ¿por qué el marido podía adoptar el apellido de la esposa y en Colombia o en los países anglosajones no? ¿Por qué se añade la preposición “de” en países latinos —Italia, Argentina y Colombia?—. Queda la sensación de que a través de la comparación se podría indagar de una manera más profunda estas preguntas y podríamos conocer más sobre la cultura jurídica¹² de los países envueltos en la comparación sobre la discriminación por razones de género.

Lo mismo podríamos decir ante un tema que ha sido objeto de polémica en Colombia que llevó a la expedición de la Ley 54 de 1990 sobre el régimen de los compañeros permanentes. En los textos tradicionales de derecho de familia se trataba este problema como un tema de concubinato y al respecto se dice que la doctrina civil francesa señalaba tres posiciones: la confianza de que el problema se debía resolver —prohibiéndolo— de acuerdo con una simple aplicación de los principios generales del Código Civil; una posición proactiva que indicaba que se regulara el concubinato prohibiéndolo pero protegiendo a los terceros; y una tercera en la cual no se le daría al concubinato una categoría de conducta con efectos jurídicos sino un simple hecho social¹³.

El problema tiene enorme sensibilidad social igualmente. La proliferación de hijos de madres solteras y de padres que abandonan a la mujer cuando saben que está embarazada sigue siendo alto y la Ley 54 de 1990 quería dar efectos patrimoniales a uniones no matrimoniales para que no quedaran las madres e hijos perjudicados. Sin embargo, los ejemplos de solución en Francia son traídas en

12 Hablo de cultura jurídica porque me quiero distanciar expresamente de los análisis que se preocupan exclusivamente de los sistemas jurídicos. Así, hablar de cultura jurídica no se refiere solamente a los enunciados normativos que componen un ordenamiento sino a factores políticos, económicos, sociales que influyen en la forma como una comunidad percibe sus propias instituciones jurídicas.

13 SUÁREZ FRANCO, ROBERTO, *Derecho de familia*, t. I, Temis, Bogotá, 1998, pág. 440.

esta edición del libro, nuevamente, de forma acrítica sin reparar en diferentes cuestiones. Por ejemplo, ¿por qué la sociedad francesa era tan crítica del concubinato si, en apariencia, es una sociedad que pregona la libertad y la igualdad? Si la respuesta era restrictiva en Francia, ¿de qué nos sirve esa comparación si queremos abrir la posibilidad para la legalización de ciertas uniones en nuestro país? ¿Cuál es el problema en Francia que lo hace comparable con Colombia?

Ahora bien, en esta última cita se puede apreciar igualmente que hay evidencia de una segunda tendencia de las que hablamos más arriba y es la referente al descuido con el que la doctrina ha tratado la comparación y el hecho de que la haya dejado como un apéndice de erudición que nos deja muchas preguntas sospechosas. El hecho del descuido que teje un manto de duda es que se haya usado un texto de 1965¹⁴ para mostrar la posición de la doctrina francesa en torno a la unión libre cuando la edición del libro de la doctrina nacional era de 1998. ¿Por qué no pensar —como seguramente ocurrió— que después de la revolución sexual de la década de los sesenta el tema fuese regulado de una forma distinta? En estricto sentido podría decirse que para 1998 encontrar solamente esas tres posiciones dentro de la doctrina del derecho civil francés sería sospechoso en razón al cambio cultural causado por la revolución sexual de la segunda mitad del siglo XX. Ello nos muestra cómo la doctrina nacional no ha sido cuidadosa en el tratamiento de sus comparaciones evidenciando un excesivo textualismo para hacer los contrastes.

Lo mismo podemos decir en el ejemplo que teníamos más arriba sobre el derecho civil-bienes¹⁵. De la exposición del autor, es llamativo el hecho de que para ser un libro publicado en 1996, aún tuviera una referencia al sistema jurídico de la URSS. Siete años antes había iniciado un proceso de desintegración de esta forma federada de gobierno y podría haber unas dudas de cómo se movió

14 Véase *ibídem*, pág. 440. *Supra* nota 6.

15 Véase *supra* nota 5.

el derecho en los procesos separatistas de la URSS. La afirmación parece desactualizada para 1996 y además siembra un manto de duda sobre el cuidado que el autor ha tenido al momento de hacer la comparación. Si la edición era de 1996 y se dice en la primera página del libro que la información allí consignada había sido actualizada, lo mínimo para decir en este punto es que probablemente la comparación no fue revisada con el debido cuidado dando fe de que el derecho comparado ha sido tratado como algo secundario y como un apéndice de relleno de información desprevenida.

Casos de ediciones posteriores a 1991 con una referencia a la URSS no se agotan allí. En uno de los textos cardinales para la enseñanza del derecho comercial en Colombia en 1998, aparece una referencia de este estilo, cuando al explicar la sociedad por responsabilidad limitada se señaló que dicha figura societaria había sido regulada en el Código Civil de la URSS pero que “al parecer no *ha* tenido acogida”¹⁶. Se resalta el hecho de que el autor conjugue esta afirmación en el presente —1998— y se la atribuya a un sujeto que para el momento no existe. Estos tres ejemplos pueden catalogarse como una falta de conciencia histórica por parte de los autores al momento de escribir o revisar sus ediciones hasta el punto de no importarles la existencia de referencias anacrónicas respecto de ordenamientos jurídicos foráneos; no es extraño que algunos proyectos para la reconstrucción de los estudios jurídicos en América Latina hayan clamado por un estudio más detenido de la historia¹⁷.

Por último, una tercera tendencia que podemos encontrar en la comparación que hasta ahora hemos señalado es que los ordenamientos jurídicos que se comparan con Colombia son países europeos occidentales en su mayoría: Italia, Francia, Suiza, Austria.

16 NARVÁEZ GARCÍA, JORGE IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano: teoría general de las sociedades*, Legis, Bogotá, 1998, pág. 89 (bastardilla fuera de texto).

17 Véase a GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO; RODRÍGUEZ, CÉSAR A., *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA, Bogotá, 2003.

En otros casos se habla de derecho anglosajón y de las citas acá presentadas solamente hay un ordenamiento que podría tener una conexión al menos lingüística y de experiencia colonial con Colombia: Argentina. Esta es una tercera tendencia de nuestras comparaciones que me parece prudente mencionar ahora con el fin de mostrar los efectos de la poca crítica y descuido con el que se ha hecho la comparación: establecemos un lazo de filiación con una cultura occidental la cual se presenta como un polo de superioridad cultural.

Para ejemplificar lo anterior se puede mostrar cómo algunos de nuestros textos tradicionales en el tema de obligaciones y contratos trataron el tema de la teoría de la imprevisión¹⁸. Uno de nuestros doctrinantes, negándose a aceptar la aplicación de esta teoría por deformar los célebres principios de la teoría de las obligaciones, señaló:

“Entre las causas de extinción previstas en los distintos códigos civiles contemporáneos (art. 1625 del colombiano; 1567 del chileno; 1234 del francés; libro 12, sección 3 del alemán y así sucesivamente), no hay ninguna que permita inferir que comprende la dificultad o el costo excesivo de ejecución del objeto. Y ello es así porque, como ya lo hice notar, la mayoría de las legislaciones civiles contemporáneas tienen indiscutible origen romano, que los legisladores no han querido desarraigar, habida cuenta de que ese sistema jurídico contiene las más sabias y justas soluciones de los problemas que han surgido y seguirán surgiendo en toda época”¹⁹.

Las implicaciones de una afirmación de este estilo son enormes para la conformación de la cultura jurídica y en parte nos explica por qué el destino de la comparación en Colombia ha tenido como lugar favorito países europeos occidentales. Roma parece ser un

18 Esta es una figura jurídica regulada en el artículo 868 de nuestro Código de Comercio. Esta figura trata sobre la imposibilidad sobreviniente que puede radicar en uno de los contratantes que se ha obligado en un contrato de ejecución sucesiva. Cuando ello ocurra el juez podrá resolver el contrato o ajustar sus prestaciones.

19 URIBE-HOLGUÍN, RICARDO, *De las obligaciones y de los contratos en general*, Temis, Bogotá, pág. 124.

lugar que trata de ser respetado; pero mi crítica no es de Roma en general sino de la posibilidad de que aparezca un argumento en donde haya un ordenamiento jurídico que está por encima de todos por ser perfecto. Si ello es así, cualquier variación a él será visto como una aberración o como un defecto, razón por la cual habría que trabajar por la adecuación de un sistema jurídico “x” con el fin de que se acople al modelo de perfección. La comparación hecha de esta forma tenderá a ser una forma de verificación para saber qué tan avanzados o atrasados estamos de acuerdo a los sistemas *verdaderamente* desarrollados.

Propongo el abandono de esta forma de comparación a la cual le hemos encontrado al menos tres vicios. Una forma de abandonarla es señalando que hay algo más que una comparación de tipo formal entre normas jurídicas al momento de abordar las metodologías de derecho comparado. Para ello es necesario hacer reflexiones en torno a las configuraciones políticas y sociales que influyen en la conformación de las culturas jurídicas. A ello no se han dedicado, por regla general, los textos de clase de la doctrina jurídica nacional.

2. LA IMPORTANCIA DE DAR UN PASO ADELANTE EN NUESTRA FORMA DE HACER COMPARACIONES

Teniendo en cuenta que las tendencias de nuestra doctrina al momento de hacer comparaciones han adolecido de algunos vicios que hemos explorado en la anterior sección, es conveniente empezar a dar unas luces hacia donde creo que una disciplina de derecho comparado se debería mover. La tendencia de la doctrina nacional, al estar marcada por una falta de sentido crítico que ha redundado en la percepción de ordenamientos perfectos e imperfectos ha dejado a un lado esa relación que existe entre las instituciones jurídicas, la política y la sociedad. Ello se deriva del hecho de que las comparaciones se limitan a revisar algunas construcciones normativas de un determinado ordenamiento jurídico en contraste con otras; el análisis se vuelve enteramente textual al comparar dos disposiciones jurídicas.

Si la intención de este texto es articular un debate para hacer derecho comparado desde un país como Colombia, es importante advertir que esta metodología nos debería servir no solamente para conocer más acerca de otros derechos sino de nuestro propio ordenamiento jurídico²⁰. Así las cosas, hacer derecho comparado se puede convertir en un ejercicio que permita una colaboración interdisciplinaria con el fin de hacer un debate más productivo²¹.

Durante el primer semestre de 2005 tuve la oportunidad de dictar la cátedra de derecho comparado en la Universidad de los Andes – Bogotá. Como una reflexión inicial para los estudiantes y el profesor decidí adoptar un proyecto que prácticamente calqué de una inquietud de WILLIAM TWINING quien se había empeñado con sus estudiantes en cartografiar el derecho²². El ejercicio que TWINING relata haber encargado a sus estudiantes era el de hacer un mapa a través del cual se expresaran con colores las diferentes familias jurídicas existentes en los estados nacionales. Así, se utilizaría un color para los estados que tuvieran una tradición de derecho civil y otro para los de *common law*.

La propuesta hecha a mis estudiantes fue distinta a la de TWINING pero directamente inspirada en su idea de cartografiar el derecho. La discusión del curso había iniciado cuestionando qué quería decir “tradición jurídica occidental”, tradición de la cual hemos sentido que nuestro derecho positivo es heredero. Para resolver dicha cuestión decidimos explorar dos posiciones:

20 LÓPEZ MEDINA (2004), ob. cit., pág. 71.

21 Es de anotar que de conformidad con lo señalado por MICHEL FOUCAULT, los saberes independientes van creando sus límites con el fin de establecer un campo político que no debe ser permeado por otros saberes. Así, las disciplinas no son necesariamente imposibles de reconciliar, sino que han sido creadas para que se legitimen ciertas posiciones de poder al interior de un saber. Véase: FOUCAULT, MICHEL, *Power/Knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977*, Pantheon Books, New York, 1980, pág. 80 y sigs.

22 TWINING, WILLIAM, “Cartografiar el derecho”, en: TWINING, WILLIAM, *Derecho y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003, págs. 161-207.

1. Se señalaba que era una tradición que había surgido en la época medieval fruto del hallazgo de un *Digesto* en Bolonia en el siglo XI y que se empezó a construir en las universidades relacionándose con otros cuerpos normativos (derecho canónico, feudal, real, etc.)²³;
2. La tradición jurídica occidental es una invención europea que ha tratado de encontrar sus orígenes en el derecho romano como un producto de una civilización que ha invocado la existencia de una superioridad cultural con respecto al resto de las civilizaciones²⁴.

Con el fin de continuar con la idea de cartografiar el derecho les pedí a los estudiantes que elaboraran un mapamundi en donde se representara qué parte del mundo podíamos denominar “occidente”. En segundo lugar les pedí que en ese mismo mapa de “occidente” expresaran, a través de colores o flechas, el flujo del derecho, es decir, que trataran de darle movimiento a ese mapa a través de la pregunta sobre la dirección en el viaje del derecho. Teniendo en cuenta que históricamente el proyecto era inmenso les dije que trabajaran la modernidad, entendida ella como la fase que se abre con el descubrimiento de América y que se extiende hasta el siglo XX²⁵.

Dentro de los mapas que presentaron los estudiantes, todos ellos incluyeron a América dentro del mundo occidental. En algunos mapas había territorios invisibles, preferiblemente Asia y África; sin embargo, algunos mapas hacían aparecer países asiáticos en razón a mi segunda inquietud. Si la pregunta es cómo había viajado el

23 BERMAN, HAROLD, *La formación de la tradición jurídica occidental*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

24 MONATERI, P.G., “*Black Gaius: a quest for the multicultural origins of the ‘Western legal tradition’*”, en: *51 Hastings Law Journal* 479 (2000).

25 Para esta periodización de la modernidad véase: BERMAN, MARSHALL, *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, México, Siglo XXI, 1995.

derecho, las flechas de los mapas eran bastante claras: había viajado, en principio, de Europa occidental hacia diferentes lugares del globo a través de la experiencia colonial. Y de hecho así aparecía en el mapa América o India; gracias a una conexión de estos lugares con España, Francia o Inglaterra, especialmente. De allí que una de las primeras cuestiones que se abordó en el curso de derecho comparado fue el hecho de que una de las formas a través de las cuales se ha ido formando el ordenamiento jurídico de diferentes países ha sido la experiencia colonial. Al menos ese ha sido el caso americano en donde las estructuras jurídicas anteriores al descubrimiento han sido prácticamente borradas y son de poco interés en los currículos universitarios²⁶.

Una reflexión como la planteada hasta este punto permite hacer unas aproximaciones de otro tipo con respecto a lo que tradicionalmente se ha entendido por derecho comparado y se estaría vinculando, al menos superficialmente, una connotación histórica para entender la manera como se han ido consolidando los ordenamientos jurídicos. De esta manera, la comparación no debe agotarse en el descubrimiento de la existencia de dos normas en dos ordenamientos jurídicos que se toman para hacer el contraste. En la medida en que la forma como viaja el derecho ha tenido que ver con una experiencia política fundamental como lo es el fenómeno colonial, la reflexión podría incluir esa variable para países como Colombia. Una comparación con poca reflexión respecto de este problema específico y con la falta de rigor que se ha denunciado más arriba puede seguir ahondando y martillando la experiencia colonial en el siguiente sentido: las flechas de flujo de derecho denotan que hay un lugar pasivo y otro activo; uno quieto y el otro en movimiento. Así, si la flecha se origina en Europa y su destino es Colombia, muestra una posición activa desde el lugar que se mueve y una posición de inacción del lugar al cual llega. Por ejemplo, se

26 Véanse los currículos de derecho posteriores a la independencia de América Latina en PÉREZ PERDOMO, ROGELIO ENRIQUE, *Los abogados de América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

diría que hay una solución correcta que desde Roma ha viajado a otros lugares los cuales la han recibido para simplemente aplicarla²⁷.

La experiencia colonial ha dado pie para que se haya construido una de las críticas tradicionales en torno al discurso de los derechos humanos cuando se señala que éste simplemente ha expresado una forma particular de cultura occidental judeocristiana. El deseo expansionista de esta cultura ha llevado a destruir la posibilidad de aceptar otras empezando a construir un camino hacia la homogenización cultural en el mundo, utilizando al derecho como una de sus herramientas²⁸. Esta consecuencia política se desprende de la forma de hacer derecho comparado que criticamos más arriba. En dicha forma de llevar a cabo las comparaciones, la validez universal de la cultura europea no se pone en duda, lo cual genera una perspectiva de inferioridad de algunas culturas jurídicas —usualmente no europeas—; perdemos de vista que ese objeto de comparación no ha sido sino una cultura local más que se ha globalizado, entre otras, a través de la experiencia colonial.

“Bajo las condiciones de la economía mundial capitalista y del sistema interestatal moderno, parece haber espacio sólo para culturas globales parciales: parciales en uno de dos sentidos: en términos de los aspectos de la vida social que cubren, o en términos de las regiones del mundo que comprenden. SMITH, por ejemplo, habla de la ‘familia de culturas’ europea, que consiste en motivos y tradiciones culturales y políticos que se superponen y trascienden las fronteras (el derecho romano, el humanismo renacentista, el romanticismo y la democracia)”²⁹.

Si estas tradiciones culturales viajan a través de la experiencia colonial, es necesario decir que por ella no solamente quisiera entender el proceso a través del cual hubo una sumisión efectiva,

27 Véase *supra* nota 17.

28 STEINER, HENRY J.; ALSTON, PHILIP, *International Human Rights in context*. OUP, Oxford, 2000, pág. 367.

29 SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 1999, págs. 46-47.

por ejemplo de España con respecto a Colombia, sino un proceso más complejo. Es decir, que no solamente se refiere al viaje del derecho a través de la experiencia material de dominación —un control efectivo como el de España en Indias—, sino también formas más sutiles, pero no por ello menos efectivas, de control. Una de ellas es lo que se conoce como imperialismo cultural. Ello implica:

“una esfera general cultural, así como prácticas sociales específicas, políticas, ideológicas y económicas [...] apoyados por impresionantes formaciones ideológicas que incluyen la convicción de que ciertos territorios y pueblos *necesitan* y ruegan ser dominados, así como nociones que son formas de conocimiento ligadas a tal dominación: el vocabulario de una cultura imperialista clásica está cuajada de palabras y conceptos como ‘inferior’, ‘razas sometidas’, ‘pueblos subordinados’ ‘dependencia’, ‘expansión’ y ‘autoridad’”³⁰.

Así las cosas, un análisis de derecho comparado que tenga en mente esta perspectiva puede llegar a ser mucho más crítico que la forma como tradicionalmente éste se ha abordado. Siendo conscientes de la experiencia colonial, nos moveríamos a decir que el lugar pasivo, inmóvil y prácticamente vacío que se le atribuye al sujeto colonizado se puede transformar por otra visión de lo que ocurre en los lugares que han sido colonias. La reacción a nivel de movimientos sociales³¹ en contra del colonizador da testimonio de que el lugar colonizado no es un espacio vacío y salvaje sino que esa ha sido la forma como lo ha caracterizado la narrativa colonial³², igualmente podemos decir que la aplicación del derecho en el lugar colonizado no se ha dado a través de una recepción pasiva de lo

30 SAID, EDWARD, *Cultura e imperialismo*, Anagrama, Barcelona, 1998, págs. 43-44.

31 Quiero decir acá que se podrían encontrar evidencias de resistencias aborígenes en el Perú o México en contra de la colonización y conquista de América. Una de las más famosas es la de los incas contra PIZARRO en el Perú. También la visión del colonizado se encuentra en FANON, FRANTZ, *The wretched of the Earth*, Grove Press City, New York, 1968.

32 Esta visión aparece en: FONTANA, JOSEP, *Europa ante el espejo*, Crítica, Barcelona, 1992.

producido por la cultura europea-occidental³³. La cuestión está en preguntarse cómo usar el derecho comparado para sacudirnos de la invisibilización que han tenido los lugares colonizados.

Teniendo en cuenta la reflexión anterior, propondría analizar dos cuestiones que pueden empezar a aclarar el camino para incorporar factores como la experiencia colonial al análisis del derecho comparado. En primer lugar, el derecho comparado debe abandonar la idea de que su proyecto exclusivo es el contraste formal entre dos normas; la cultura jurídica de una sociedad no se construye solamente a partir de reglas o normas jurídicas³⁴. Relacionado con lo anterior, debemos reflexionar cuál es la relación entre el derecho y la sociedad en la medida en que hemos afirmado que el viaje de instituciones jurídicas no tiene como presupuesto la aplicación de ellas en el vacío. Esta reflexión es importante en la medida en que si la sociedad tiene algo que ver con la determinación de los efectos de las normas jurídicas, culturas jurídicas como la colombiana pasarían de ser un lugar inanimado a uno donde hay experiencias para contar. A estas dos reflexiones dedico la próxima sección con el fin de analizar, en la cuarta y última, las complejidades del derecho comparado en un mundo marcado por el pluralismo de los campos jurídicos.

3. UNA COMPARACIÓN MÁS ALLÁ DE LAS NORMAS

Los análisis de los textos jurídicos nos han mostrado una comparación muy simple entre disposiciones normativas que no permiten incorporar otros elementos que pueden hacer el debate del derecho comparado algo mucho más productivo. Así las cosas, la primera movida que se podría hacer es replantear lo que tradicionalmente se ha denominado las “fuentes formales”³⁵ del derecho. Gran parte de la formación de

33 LÓPEZ MEDINA (2004), ob. cit., págs. 1-69.

34 Uso indistintamente los términos normas y reglas a pesar de la objeción que algunos teóricos harían. Para efectos de este artículo no quisiera entrar en esta discusión.

35 En Colombia podría decirse que ha existido predominantemente una tendencia a memorizar leyes. Los currículos de derecho han terminado formando las materias

los abogados en Colombia tiene que ver con el exhaustivo conocimiento—y a veces memorización—de disposiciones legales, constitucionales o jurisprudenciales; naturalmente si este es el derecho, resulta complejo que el abogado colombiano pueda incorporar análisis de tipo cultural como el que estamos tratando de hacer. De allí que la visión que proponemos trata de moverse un poco de la idea tradicional de las fuentes formales de derecho; para la teoría jurídica, las fuentes formales de derecho son las formas a través de las cuales se expresa un acto jurídico que le da la posibilidad de ser norma jurídica vinculante en una comunidad.

Adoptando la teoría que expone H.L.A. HART, diríamos que las fuentes formales del derecho son aquellas normas respecto de las cuales su validez está determinada por cumplir con unos requisitos que da la regla de reconocimiento que funciona como un criterio supremo y último para identificar la validez de las normas³⁶. Por ejemplo, en esta teoría tradicional se diría que un acuerdo del Concejo de Bogotá sobre el espacio público es una fuente formal de derecho, es decir una norma jurídica vinculante, en la medida en que está avalada por una disposición legislativa que autoriza al Concejo para que expida este tipo de reglas. A su vez, dicha ley resulta válida gracias a una disposición constitucional que autoriza al Congreso para regular lo que el Concejo de Bogotá debe hacer. Finalmente, para cerrar el sistema, HART señalaría que la Constitución es válida porque hay un criterio último y superior, llamado la regla de reconocimiento, que la comunidad acepta y usa para determinar la validez de las norma particulares; adaptando su teoría para el caso

con el fin de aprender una compilación legislativa particular. Por ejemplo, los cursos de derecho procesal se estructuran alrededor del aprendizaje del código (procesal civil, procesal penal o procesal laboral). Recientemente, en áreas como el derecho constitucional se ha convertido en un lugar donde el aprendizaje de la jurisprudencia resulta esencial en razón a la discusión sobre el establecimiento del precedente jurisprudencial. Respecto a las fuentes formales en Colombia véase: LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000.

36 HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 133.

colombiano³⁷ la regla de reconocimiento se podría formular al estilo de “lo que la Constitución dice es derecho”³⁸.

Si esta es la mayor preocupación teórica del abogado, podemos ver que no hay cabida para cuestiones culturales que también son determinantes en la formación del derecho en una comunidad. Una de las formas de moverse de esta teoría sería replantear que las fuentes formales no son las únicas que determinan el cambio en una cultura jurídica y, sobre todo, actuar coherentemente con este postulado. Así, el objeto de estudio del derecho sería permeado³⁹ permanentemente por la presencia de materiales distintos de las fuentes formales; para ello puede ser más útil hablar de formantes legales⁴⁰.

El término de formantes legales fue acuñado por RODOLFO SACCO como una forma de criticar la metodología tradicional de hacer derecho comparado. En primer lugar, SACCO cuestiona duramente el hecho de que la primera estrategia de un comparatista sea la identificación de una regla jurídica de los diferentes países respecto de los cuales se va a hacer la comparación; no se debería buscar simplemente *la regla* sino las múltiples reglas que funcionan en un orden jurídico influenciando una cuestión particular. Los abogados

37 Digo adaptando porque su teoría toma ejemplos del derecho inglés pero esto no le resta su pretensión descriptiva de la forma como se constituyen todos los ordenamientos jurídicos en el mundo.

38 Para una adaptación de esta teoría al caso colombiano véase RODRÍGUEZ, CÉSAR, “Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. HART y R. DWORKIN”, en: HART, H.L.A. y DWORKIN, RONALD, *La decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997, págs. 54 y pág.

39 Digo permeado en la medida en que los estudiantes de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Javeriana perciben que en los primeros semestres, cuando hay análisis culturales más ricos en asignaturas obligatorias como historia del derecho, se enseñan cuestiones introductorias pero que una vez se superan esos semestres, arranca la formación en “derecho-derecho”. De allí que crea que el análisis cultural no permea adecuadamente la disciplina jurídica; sólo se ven materias aisladas que se perciben como introductorias.

40 SACCO, RODOLFO, “*Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law*”, en: *39 American Journal of Comparative Law* 1 (1991).

tienden a hacer comparaciones simplistas identificando una sola regla en diferentes ordenamientos jurídicos porque asumen erróneamente que ellos son sistemáticos y coherentes. Esta asunción lleva a pensar que los órdenes jurídicos responden con una sola norma a la solución de una situación pero ello no es así en la medida en que las fuentes del derecho se encuentran en conflicto en los ordenamientos jurídicos⁴¹.

Un ejemplo nos puede servir para ilustrar este punto. Supóngase que alguien estuviera intentando revisar si en Colombia son justiciables los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). También asumamos que el ordenamiento jurídico del país de donde ella está haciendo la investigación regula dicho tema en un artículo particular de la Constitución Política. Así las cosas, nuestra investigadora tomará la Constitución colombiana y empezará a rastrear si en los artículos de dicho texto se puede observar la justiciabilidad de los DESC. En una rápida lectura del artículo 86 y del título II de la Constitución, podría llegarse a la conclusión que en Colombia solamente son justiciables los derechos fundamentales —así lo dice textualmente el artículo 86—. Nuestra investigadora podría equivocarse en este punto si su comparación se remite solamente a textos constitucionales; ella no habrá hecho una comparación precisa. Para que ello ocurra se debe tener en cuenta que, en Colombia, una de las fuentes primordiales para conocer sobre la protección de los derechos es la jurisprudencia de la Corte Constitucional. La investigadora deberá comparar no solo entre la norma de la Constitución de uno y otro país, sino en una multiplicidad de materiales jurídicos que influyen en la forma como una cultura jurídica lidia con un problema. Probablemente la lectura textual de la Constitución no está de acuerdo con la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional⁴².

41 *Ibidem*, págs. 21-22.

42 La protección de los DESC en Colombia ha sido un importante tema debatido en la Corte Constitucional desde sus primeros pronunciamientos en 1992. Una de sus primeras sentencias —Corte Constitucional T-002/1992, A. MARTÍNEZ— lidió con ese problema, aunque no de forma definitiva. A partir de Corte Constitucional, T-

Así las cosas, las visiones de las fuentes formales que se encuentran en unidad y coherencia en un sistema jurídico gracias a la existencia de una regla de reconocimiento⁴³, una ley fundamental⁴⁴ o una suerte de principios⁴⁵ no se compadecen de la práctica real de los abogados en un sistema jurídico. De allí que convenga mejor referirse a formantes legales y no de fuentes del derecho en un sentido tradicional. En palabras de SACCO:

“Los formantes legales de un sistema jurídico nunca están en una completa armonía. Sin embargo, las fuentes del derecho son usualmente explicadas con el fin de sugerir que ellas proveen una respuesta única a cada problema jurídico. [...] A pesar de que la falta de armonía entre los formantes legales del sistema es evidente en Francia, la constitución francesa preserva los ideales del siglo dieciocho de acuerdo a los cuales las reglas legales vinculantes sólo pueden ser creadas por el legislativo. Se pensaría que en Francia esta disposición constitucional agota la explicación del proceso de creación de las normas. Sin embargo, en Francia y en muchos otros lugares, el derecho civil evoluciona incesantemente, conduciendo a que se produzcan decisiones judiciales innovadoras. Incluso en Francia los juristas reconocen la contribución hecha por el derecho jurisprudencial [...]. Las discusiones del derecho privado reconocen esta contribución a pesar de que en el derecho constitucional generalmente es negada⁴⁶”.

Esta hipótesis de SACCO no solamente vuelve más complejo el oficio del derecho comparado en la medida en que mostraría que para conocer un sistema jurídico no solamente es necesario conocer

406/1992, C. ANGARITA se desarrolló la tesis de la conexidad con el fin de señalar que los DESC sí son justiciables si la violación de uno de ellos afecta un derecho catalogado como fundamental. Esta ha sido la posición de la Corte desde entonces aunque recientemente al interior de dicha corporación han existido nuevas aproximaciones. Véase por ejemplo la aclaración de voto de RODRIGO UPRIMNY en Corte Constitucional T-1207/2001, R. ESCOBAR y la forma como se han manejado estos derechos en el caso de Corte Constitucional T-025/2004, M. CEPEDA.

43 Al estilo de HART: véase *supra* nota 32.

44 KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979.

45 DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1992.

46 SACCO (1991) ob. cit., pág. 343.

sus reglas jurídicas particulares sino también la interpretación que se da a las mismas. Todo aquello que influya o determine la interpretación de la norma se puede convertir en un formante legal; éstos son definidos como cualquier material que determine en algún grado la forma como una cultura jurídica percibe su propio derecho⁴⁷.

Así, una interpretación doctrinal que no sea adoptada por las cortes pero difundida en el gremio profesional puede determinar la forma como una cultura jurídica percibe una regulación particular y en ese sentido la doctrina, aunque no adoptada por las cortes, se puede convertir en un formante legal. Por ejemplo, en Colombia se regula la lesión enorme en el Código Civil pero es una figura criticada por la doctrina. La lesión enorme se da solamente en casos de compraventa cuando el vendedor vende la cosa por un precio inferior a la mitad del valor comercial o cuando el comprador paga más del doble de dicho valor. En uno y otro caso se afecta respectivamente al vendedor y al comprador dejando la opción de rescindir el contrato. La doctrina ha criticado esta figura señalando que es un criterio matemático y retrógrado porque puede existir una lesión para un contratante sin que se cause solamente el daño en la cuantía presupuesta por el Código Civil⁴⁸. Esta percepción que es casi unánime en la doctrina del derecho civil nos puede también decir mucho de las consideraciones morales sobre la injusticia de las regulaciones que va mostrando una cultura jurídica y nos podría predecir un cambio en la forma como los jueces o los legisladores podrían en un futuro interpretar esta institución.

Los formantes legales, entonces, nos abren un panorama de una multiplicidad de materiales e ideologías que deben ser objeto de estudio del comparatista que quiere hacer mejores descripciones de las prácticas jurídicas de una comunidad. En otras palabras, desplazándonos de la idea de las fuentes formales como el lugar

47 *Ibidem*, págs. 345-350.

48 OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá, 1998.

donde podemos leer los cambios jurídicos que se presentan en una sociedad, se pueden incorporar elementos tradicionalmente vistos como extra-jurídicos al análisis. Si la norma jurídica no es el centro de la comparación sino uno más de los factores que contribuyen a la determinación del derecho en la sociedad, esto nos arroja a una forma distinta de concebir lo que hemos llamado en nuestro medio “derecho comparado”. Si lo importante son los formantes legales y no solamente las fuentes del derecho, entonces la pregunta no debe ser cómo otros ordenamientos jurídicos han regulado una figura —lo cual podría estar buscando una respuesta en una norma particular—, sino qué lleva a que en un ordenamiento jurídico se regule una situación de determinada manera⁴⁹ y se aplique una determinada solución. Allí se tendría que tener un conocimiento, en algún grado, de las diferencias que se dan en la manera como las sociedades conciben su propio derecho.

Es necesario advertir en este punto que no estoy haciendo una presentación neutral de las posibilidades de derecho comparado. En este punto estoy señalando que la comparación de simples normas legales no arroja los mejores resultados en la disciplina comparatista. Sin embargo, hay quienes han sostenido que ello sí es adecuado y para ello han mostrado ejemplos históricos. Partiendo del derecho romano han mostrado que hay instituciones jurídicas que han estado presentes a lo largo de la historia en los ordenamientos jurídicos europeos, prácticamente sin modificación desde el derecho romano hasta el siglo XX. De allí que se afirme que no haya una relación entre la sociedad y sus instituciones jurídicas⁵⁰. No obstante lo

49 Otra forma de plantearlo desde una perspectiva funcionalista es identificando el problema que una sociedad trata de resolver y eso hace que la comparación abandone una perspectiva formal exclusiva. La pregunta no es por la norma sino por el problema que se intenta resolver. Es menos incisiva que la propuesta de SACCO al preguntarse por qué se da una respuesta distinta. Ese último “por qué” nos lleva a rastrear elementos culturales más amplios que la propuesta funcionalista plana. Al respecto véanse ZWEIGERT, KONRAD; KÖTZ, HEIN, *Introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

50 Quien ha desarrollado ampliamente esta tesis es WATSON, ALAN, *Legal transplants: an approach to comparative law*. Athens, Georgia University Press, 1993.

anterior, la hipótesis de SACCO es más interesante para seguir que la anterior, en la medida en que le diría a este último que, a pesar de la existencia de las mismas normas jurídicas en dos ordenamientos distintos en diferentes momentos históricos, la misma norma puede ser interpretada de manera distinta y llevar a resultados diversos gracias a que en las sociedades hay distintos formantes legales.

Así las cosas, la clasificación que tradicionalmente ha dividido los sistemas jurídicos en las tradiciones del derecho civil, *common law* y sistemas residuales⁵¹, nos dicen poco sobre los formantes legales, que son nuestra forma de gobernos más allá de las normas legales. Estas clasificaciones tradicionales parecen enfocarse en las fuentes formales del derecho que no necesariamente agotan el conocimiento de los ordenamientos jurídicos objeto de comparación; así, en el *common law* se identifica que las fuentes fundamentales son la costumbre y la jurisprudencia mientras que el derecho civil es el lugar de la legislación. De esta forma, los formantes legales, al preguntarse cómo pueden clasificarse de una manera distinta los ordenamientos jurídicos poniendo en el centro la pregunta de por qué un ordenamiento da una solución a determinado problema, abre la posibilidad de incorporar diversos elementos, no sólo normativos, al examen jurídico.

De esta forma, se ha tratado de señalar que una taxonomía alternativa para la clasificación de los sistemas jurídicos es señalar que en todas las sociedades hay tres patrones que afectan el comportamiento individual: el derecho, la política y la tradición —entendiendo esta última como las creencias religiosas—. Todos estos factores se encuentran en juego en las organizaciones humanas actuales y en algunas de ellas hay uno que pesa más que otro. Es decir que hay uno de ellos que será preponderante en una organización pero no quiere decir que elimine a los otros dos sino que el predominante será la forma de caracterizar de una mejor

51 MERRYMAN, JOHN HENRY, *La tradición jurídica romano-canónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

manera una determinada cultura jurídica. Igualmente, en un país, en una rama del derecho —por ejemplo el derecho tributario— puede pesar más el factor político que la tradición mientras que en otra área —como el derecho de familia— la tradición puede ser más importante⁵².

Aplicando la idea de los formantes legales, UGO MATTEI ha establecido lo que se denominaría los patrones de derecho. Éstos quieren indicar que hay sociedades donde se ha distinguido de manera muy clara el derecho, de lo político y de lo religioso. Generalmente, las sociedades europeas occidentales se precian de que ello sea así en su cultura jurídica. Así, una de las características más importantes de este patrón es el hecho de que se sostiene que las decisiones que toman los operadores están principalmente determinadas por el derecho, asumiendo que éste es el vehículo más importante para el ordenamiento de la sociedad. Por su parte, se ha señalado que el *patrón de lo político* se caracteriza por el hecho de la imposibilidad de la separación de lo político y lo jurídico de tal forma que las decisiones que se toman están fuertemente influenciadas por el poder político. En muchas ocasiones estas influencias de “lo político” se ha catalogado como corrupción desde ordenamientos jurídicos donde es dominante el *patrón de derecho*. El tercer patrón consiste en la *tradición* que se refiere a aquellos ordenamientos jurídicos en donde no se ha dado una división entre el derecho y las creencias religiosas, a tal punto que se justifica la existencia de las instituciones jurídicas sobre una base ética⁵³.

Para aclarar el funcionamiento de estas categorías se plantea el siguiente ejemplo. Supongamos que en un ordenamiento jurídico ha estado penalizado el aborto, castigando con una pena de prisión de 3 años a la madre y al médico tratante que la asista. En esta sociedad se trata de establecer si esta norma es constitucional o no

52 MATTEI, UGO, “*Three patterns of law: taxonomy and change in the world’s legal systems*”, en: *45 American Journal of Comparative Law* 13 (1997).

53 *Ibidem*, págs. 24-40.

dada la aprobación de un tratado internacional por este país donde se prohíbe toda forma de discriminación contra la mujer. Si en este país es predominante el *patrón de derecho* podría decirse que los jueces decidirán únicamente tratando de precisar el alcance de lo que quiere decir la “prohibición de toda forma de discriminación contra la mujer”. Si lo que influye de una manera determinante es el *patrón de lo político*, podría señalarse que dependiendo del partido político que ha ayudado a los jueces a desempeñar su cargo la decisión se tomará en uno u otro sentido. Así, un juez que ha tenido el apoyo de un partido conservador antiaborto, tomará una decisión motivada en el compromiso político que tiene con este partido. Por último, en un país donde predomina el *patrón de la tradición* lo que se tratará de hacer será revisar una forma de interpretación de la “prohibición de toda forma de discriminación contra la mujer” que no vulnere la base cristiana, judía o musulmana de la sociedad que da validez a todo el ordenamiento jurídico.

Los tres patrones se presentan simultáneamente en una sociedad y alguno de ellos podrá predominar en lugar de otro. Sin embargo, esto nos muestra una perspectiva importante a la luz de algunas realidades en el derecho actual. Si aceptamos —como ha sido aceptado en la literatura del derecho comparado— que las instituciones jurídicas viajan en la actualidad cruzando las fronteras de los estados nacionales, la recepción de ellas en una cultura jurídica estará influenciada por el patrón dominante. En segundo lugar los viajes de instituciones jurídicas se pueden dar de un país a otro o de regulaciones internacionales que deben ser adoptadas en el orden interno: viajar de un ordenamiento jurídico internacional a un sistema jurídico nacional. Así las cosas, en un mundo caracterizado por el pluralismo jurídico prever un conjunto de posibilidades que se pueden dar cuando instituciones del orden internacional chocan con las nacionales, daría unas ventajas para lo que tradicionalmente se ha catalogado como periferia. Podría empezar a analizarse que el derecho internacional, por ejemplo en Colombia, no está caracterizado por una ineficacia por ser una cultura jurídica precaria

e inferior⁵⁴, sino que su eficacia depende de la forma como juega con los diversos patrones que moldean el cambio jurídico en una sociedad —derecho, política o tradición—. A ello nos dedicamos en la siguiente sección y creo que puede ser útil el aporte de la metodología del derecho comparado para el estudio del derecho internacional.

4. EL DERECHO INTERNACIONAL TRASPLANTADO A LAS LEGISLACIONES INTERNAS. DOS VISIONES EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL DIH EN COLOMBIA

Quienes se han dedicado al estudio de la globalización del derecho han señalado que gracias a este fenómeno es imposible entender el derecho simplemente como aquellas normas que son producidas por el Estado nación. Para estas visiones el derecho se produce por una multiplicidad de actores sociales y de allí que se hable de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. Es más, desde perspectivas históricas se puede señalar que el proceso a través del cual se empezó a entender que el Estado nacional era el único productor del derecho fue un proceso violento unificador que se empezó a dar con las monarquías absolutas europeas⁵⁵. Es importante entonces advertir que el Estado nación no es el único lugar legítimo desde donde se producen normas jurídicas vinculantes.

“El Estado-nación ha sido la dimensión espacio-temporal más importante del derecho durante los últimos doscientos años, particularmente en los países centrales del sistema mundial. Sin embargo, su importancia fue posible sólo porque las otras dos dimensiones espacio-temporales, la local y la

54 La ineficacia del derecho ha sido catalogado como un rasgo distintivo de la cultura jurídica latinoamericana según GARCÍA y RODRÍGUEZ (2003), ob. cit.

55 Al respecto véase a HESPANHA, ANTONIO MANUEL, “La revolución y los mecanismos del poder (1820-1851)”, en: PETIT, CARLOS, *Derecho privado y revolución burguesa*, Marcial Pons, Madrid, 1990, págs. 15-51.

transnacional fueron declaradas inexistentes formalmente por la teoría política liberal hegemónica⁵⁶.

Así las cosas, es comúnmente aceptado que el orden internacional, aquél conformado, entre otras fuentes formales, por los tratados internacionales, conforma un orden jurídico distinto al de cada Estado-nación⁵⁷. Esos tratados se incorporan en el orden interno y hacen parte de él a pesar de que su proceso de formación no se da en el ámbito territorial-estatal. Cuando esas disposiciones que forman parte del orden internacional intentan ser aplicadas en un orden estatal una vez se cumplen los requisitos que se imponen en el derecho interno, aquéllas no son aplicadas en el vacío. Es decir que ellas tienen que entrar a jugar con una multiplicidad de prácticas que ya existen en un determinado orden. De ahí que las preocupaciones que se señalaron en la sección anterior sobre el derecho comparado pueden ser productivas al momento de entender que, en un país como Colombia, no necesariamente se debe agotar el análisis sobre la aplicación del derecho internacional con la idea de la ineficacia de sus instituciones.

La perspectiva importante que adoptaremos sobre las hipótesis desarrolladas por ALAN WATSON —autor inaugural en lo que se refiere al tema de los trasplantes legales— es que gran parte de los ordenamientos jurídicos en el mundo cambian gracias al préstamo de instituciones que están en un permanente viaje⁵⁸. A ello se les ha llamado los trasplantes legales y generalmente usado para hablar del paso de instituciones de un país a otro⁵⁹. Para efectos del presente texto hablaremos de préstamos o de trasplantes no solamente para describir un proceso que ocurre entre dos países, sino que se puede

56 SANTOS (1999), ob. cit., pág. 19.

57 TWINING (2003), ob. cit., pág. 165.

58 WATSON (1993), ob. cit.

59 Véase por ejemplo a MOSQUERA VALDERRAMA, IRMA JOHANNA, “*Legal transplants and comparative law*”, en: *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n° 2, Bogotá, diciembre 2003, pág. 264.

usar para describir el viaje de una norma o institución de derecho internacional hacia ordenamientos territoriales-estatales. Podría decirse bajo esta perspectiva que el derecho internacional viaja y al momento de ser aplicado en el orden interno tiene que empezar a jugar con otras normas y prácticas que conforman la cultura legal de un determinado país. Allí es donde los patrones señalados por MATTEI y derivados de las hipótesis de SACCO sobre los formantes legales pueden ser útiles.

Para revisar cómo estas herramientas nos pueden dar una nueva visión sobre el grado de eficacia del derecho internacional al momento de ser aplicado en el ordenamiento interno nos valdremos de un ejemplo que tiene relevancia en el marco colombiano. Uno de los casos que más ha preocupado a la opinión pública en los últimos años en nuestro país es, quizás, el de la aplicación de las normas de la guerra o el derecho internacional humanitario —en adelante DIH— en el conflicto armado interno por el que atraviesa nuestro país. Gran parte de las exigencias que se le ha hecho a las partes en conflicto gira alrededor del respeto a aquellas personas que no participan en las hostilidades, señalando que en gran parte el problema del conflicto colombiano es la falta de compromiso en la aplicación de las normas que protegen a estas personas. Los informes sobre la guerra en Colombia realizados por dos de las ONG más importantes en materia de derechos humanos han sido reiterativas en este sentido como pasamos a ver.

Para 1998, Human Rights Watch —en adelante HRW— hizo un diagnóstico sobre la guerra en Colombia y llegó a algunas conclusiones sobre la aplicación del DIH en el conflicto armado interno. En su momento se señaló, lo siguiente:

“Todas las partes manipulan activamente el concepto de derecho internacional humanitario con fines claramente políticos o estratégicos. Existe también un profundo desacuerdo sobre los términos utilizados en el derecho internacional humanitario para definir a los que no participan directamente en las hostilidades y los llamados objetivos militares. Aunque parte de ese desacuerdo puede ser motivo de un legítimo debate, la resistencia a acatar los principios del derecho internacional humanitario en Colombia refleja la intención de justificar las violaciones constantes,

deliberadas y atroces a las normas mínimas necesarias para la protección de la vida humana⁶⁰.

En este aparte del informe realizado por HRW se puede hacer una reflexión en torno a la visión que esta ONG tiene sobre la aplicación de un área del derecho internacional —el DIH— en Colombia. Para HRW el problema es la manipulación que se ha hecho del DIH con fines políticos y estratégicos por las partes en el conflicto lo cual, de acuerdo a este informe de HRW, no debería suceder.

Por su parte, Amnistía Internacional —en adelante AI— se ha expresado de una manera similar al caso del conflicto armado aunque matizado por algunas cuestiones. AI ha enviado algunas comunicaciones a los actores armados urgiéndolos a respetar el DIH y han señalado que los actores en el conflicto armado colombiano gozan de una absoluta falta de voluntad política de respetar estas normas. Las cartas que AI envió a las FARC en el año 2002 cuando estaban aún en la memoria colectiva los dolorosos acontecimientos ocurridos en Bojayá (Chocó) acusaban a este grupo de no tener la voluntad política de aplicar las normas del DIH⁶¹. Igualmente, en otros lugares se ha señalado que el Estado colombiano no ha aplicado las normas del DIH, en razón a que sus fuerzas de seguridad no han respetado los derechos de las personas que no participan de las hostilidades⁶².

De cada una de estas posiciones se puede ver que la preocupación compartida es que en Colombia no se respeta el DIH por las partes

60 Human Rights Watch, *Guerra sin cuartel. Colombia y el derecho internacional humanitario*, <http://www.hrw.org/spanish/informes/1998/guerra.html> (recuperado enero 18 de 2006).

61 Amnistía Internacional, *Carta a Manuel Marulanda Vélez*, en: <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR231242002?open&of=ESL-COL> Londres, noviembre 8 de 2002 (recuperado enero 18 de 2006).

62 Amnistía Internacional, *Informe 2005: Colombia*, <http://web.amnesty.org/report2005/col-summary-esl>, 2005 (recuperado diciembre 16 de 2005).

en conflicto y ello ha sido una de las cuestiones más preocupantes del conflicto colombiano. La forma como estas dos ONG relatan la situación del cumplimiento del DIH en Colombia dejaría ver que hay un cuerpo de derecho que no influye en la conducta de las partes en conflicto. En últimas, el viejo lastre de la ineficacia del derecho internacional en lugares alejados de los centros de producción jurídica, mayoritariamente eurocéntricos en el caso de derechos humanos.

Sin embargo, la posición de HRW es llamativa si se hace un análisis desde teoría jurídica y derecho comparado. Su posición crítica y censura que el DIH se manipule por los actores envueltos en el conflicto para fines políticos. De allí se diría que para HRW, hay un imaginario teórico donde la aplicación del DIH no va a estar influenciado por factores políticos. Si bien esta posición puede ser una defensa de un imperativo moral que se consagra en el DIH, desconoce al menos cincuenta años de teoría jurídica desarrollada, entre otros, por los estudios jurídicos críticos que se encargaron de mostrar el problema de la indeterminación del derecho⁶³. Pretender que el derecho es un campo neutral que se aplica de forma pura a cada una de las situaciones y que no va a estar motivada por estrategias políticas de quienes lo aplican es, cuando menos, ingenuo. Es comprensible la gravedad que ello pueda acarrear en un área del derecho que intenta proteger la vida de las personas, pero también es importante que se revisen diagnósticos ingenuos sobre la manipulación del DIH. Por supuesto que el derecho podrá ser manipulado por las partes en conflicto y si acaso se podrán reducir las posibilidades de respuesta que las normas dan a un problema, pero difícilmente se podrá reducir hasta una única posibilidad.

Así las cosas, si la crítica de HRW sobre la aplicación del DIH en Colombia es que el mismo es usado para fines políticos, diríamos que en la aplicación del derecho internacional al conflicto armado

63 Para una mirada resumida al movimiento de los estudios jurídicos críticos en Estados Unidos puede verse KENNEDY, DUNCAN, “Nota sobre historia de CLS en Estados Unidos”, en: *11 Doxa* 283 (1982).

colombiano pesa de manera predominante el factor político del que nos hablaba MATTEI. De tal forma que en la aplicación de estas normas a nuestro país se debería tener en cuenta que las múltiples interpretaciones que se pueden dar al mismo tendrán objetivos políticos. Hay un grupo de instituciones de un ordenamiento jurídico internacional que empezaron a ser aplicadas al ordenamiento interno, especialmente a partir de 1994 cuando se declaró la constitucionalidad de la ley aprobatoria del Protocolo II facultativo a los convenios de Ginebra sobre los conflictos internos⁶⁴. A partir del fin de la bipolaridad mundial empezó un movimiento importante en materia de la extensión de los derechos humanos y de allí que gran parte de las guerras se humanizaron; esto es importante para afirmar que, a pesar de la existencia de tratados internacionales con respecto a la conducción de hostilidades de mucho tiempo atrás, podría afirmarse que a partir de la década de los noventa del siglo pasado empezó la interrelación fuerte entre orden interno y el internacional —al menos en América Latina—⁶⁵. El choque de los ordenamientos es algo relativamente novedoso y genera conflictos que, de acuerdo con MATTEI, debería tener en cuenta el patrón político para medir mejor su eficacia.

Así las cosas una lectura alternativa a las de AI y HRW sería la de revisar cuál es la posición de los actores armados sobre el conflicto armado con respecto a la aplicación del DIH reconociendo dos cuestiones:

1. que no hay una sola posibilidad sobre los resultados que arrojaría la aplicación de las normas del DIH y

64 Véase la sentencia Corte Constitucional C-225/1995, A. MARTÍNEZ.

65 Véase al respecto: DEZALAY, YVES; GARTH, BRYANT, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos*, ILSA, Bogotá, 2002, págs. 199-222.

2. que el patrón político es determinante al momento de hacer una evaluación de la eficacia del DIH en Colombia. Es decir, el patrón de lo político no es exógeno al derecho sino que hace parte del mismo y por ello determinará en buena parte la forma como se aplican e interpretan las normas jurídicas.

Este estilo de aproximaciones ya se ha hecho en Colombia pero poco se ha ahondado en dicho estudio. En un artículo sobre la interpretación del artículo 3 común a los convenios de Ginebra⁶⁶ se reconoce la idea de que el derecho representa un sinnúmero de mecanismos que pueden ser manipulados políticamente con el fin de hacer valer una posición determinada. En otras palabras, el DIH no representaría un material neutral que una vez se aplica a la sociedad esta se ordena, sino que es un lugar más en donde se lucha el conflicto político y por eso su aplicación está atravesada por dicho factor; el derecho es un lugar más de lucha pero habría poca fe en que él mismo sea la herramienta pacificadora⁶⁷.

Bajo esta aproximación se desecha la idea de la aplicación pura del DIH y se estudia la posición que cada uno de los actores armados tenía en 1999 sobre la interpretación del artículo 3 común a los convenios de Ginebra. Así las cosas FARC, ELN, Autodefensas Unidas de Colombia y gobierno nacional hicieron una glosa de dicho texto normativo en donde se puede apreciar que cada uno de ellos tiene una forma distinta de aproximarse al texto. Por ejemplo, según este trabajo, el artículo 3 común no aplicaba para esa época como

66 BARRETO, FRANCISCO, LÓPEZ, JUAN CAMILO; SANDOVAL, CLARA, “Interpretación del artículo 3 común a los convenios de Ginebra. Una panorámica de la guerra que se vive en el derecho humanitario”, en: GUARDIOLA RIVERA, ÓSCAR EDUARDO (et. al.), *La otra guerra. El derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz*. Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Plaza & Janés, Bogotá, 1999, págs. 311-352.

67 En nuestro medio, el estudio inaugural que llevó a cabo este tipo de aproximación crítica al derecho se puede ver en VALENCIA VILLA, HERNANDO, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*, CEREC, Bogotá, 1987.

texto normativo para las FARC porque se señalaba que el mismo solamente aplicaba para los conflictos de carácter internacional; sin embargo, señalaban que el grupo armado tenía normas propias que coincidían con principios humanitarios⁶⁸. Igualmente, se puede apreciar cómo para el caso del ELN había una minuciosa exégesis del texto legal⁶⁹. Sin pretender reproducir lo que se señala en dicho texto —y por ello remitiría al lector a dicho estudio—, creo que esta forma de aproximarse al problema del DIH representa un camino más fértil si además se combina con las estrategias del derecho comparado disponible, tal como lo hemos insinuado.

5. PROPUESTA TEÓRICA A MANERA DE REFLEXIÓN FINAL

Dentro de las estrategias de derecho comparado disponibles que comentamos en la sección anterior hablamos de los formantes legales como cualquier factor que influye en la creación del derecho. MATTEI, adoptando dicha metodología, optó por identificar tres patrones que influyen en la creación del derecho. Por su parte, si recogemos la idea del pluralismo jurídico que más arriba adoptamos con SANTOS, se podría decir que en las interpretaciones de los actores armados está sucediendo un ejercicio creativo cuyo análisis no se agota con el simplista realizado por HRW o AI. Resumiendo lo que hemos estado señalando a lo largo del artículo se podría decir que no hay solamente algunos lugares restringidos donde se crea el derecho; la perspectiva de los formantes legales nos abre el panorama para señalar que el acto creador del derecho no sólo se da en un parlamento, en un juzgado o en el tratado internacional. Estas aproximaciones nos sirven para señalar que el derecho se crea en diferentes lugares.

68 BARRETO, LÓPEZ, SANDOVAL (1999) ob. cit., pág. 339.

69 *Ibidem*, pág. 345.

Así las cosas, la interpretación de organismos internacionales es una más de las que existe en nuestro medio para la aplicación del DIH. Si la creación e interpretación —si es que hay diferencia cualitativa entre estas dos cuestiones— del derecho no está restringida a unos cuantos, ello querría decir que no hay un derecho superior al cual deberían ser acoplados los demás derechos. Es decir que se estaría luchando contra las pretensiones que intentan universalizar los conceptos del Estado nacional o de la comunidad internacional haciéndolos ver como una perspectiva particular más que se ha logrado asentar dentro del panorama político. Sin embargo, dicho particularismo que se ha globalizado, no puede ocultar que hay otras perspectivas que retan las interpretaciones de estos aparatos políticos y que no deben ser ocultadas sino permitirseles la entrada a un debate político del cual deben salir triunfantes si quieren seguir siendo una perspectiva hegemónica. Ello podría servir de experiencia para dejar de pensar en la comparación entre ordenamientos jurídicos desde una perspectiva vertical donde hay unos civilizados y otros que no lo están.

Las metodologías de derecho comparado, entonces, pueden servir al derecho internacional para entender, en un mundo atravesado por el pluralismo jurídico, que debería dejar de mirarse el mundo jurídico como un grupo de ordenamientos aislados los cuales se acoplan a los superiores. La pregunta del derecho comparado sobre los factores determinantes de cambio en la sociedad abordados al estilo de MATTEI nos enseña que cuando el derecho internacional empieza a permear el derecho de un Estado-nación, el mismo no puede pretender una aplicación pura y única. De la misma forma como en Francia la interpretación del Código Civil escapó a las pretensiones originalistas de la escuela de la exégesis, igual pasa con el derecho internacional. Su fundamento teórico no es tan distinto. En el caso del conflicto armado colombiano el DIH ha entrado a jugar con unas percepciones políticas muy arraigadas dentro del conflicto colombiano lo cual no necesariamente hablaría de su ineficacia. Todos los actores armados han tenido que lidiar con la incorporación del DIH al ordenamiento jurídico colombiano y ello ya es un efecto.

Dadas estas reflexiones, se puede señalar que preguntar sobre el derecho comparado tiene que moverse de perspectivas sumisas, conservadoras y simplemente eruditas a adoptar las metodologías para sacudirse de la idea de algunos lugares reducidos de producción de derecho. Ello en provecho de nuestra posición geopolítica latinoamericana y con el fin de construir una nueva forma de aproximación al derecho comparado que no nos haga preguntar simplemente por las soluciones que otros sistemas jurídicos han dado a una determinada cuestión.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS, ARTÍCULOS Y PÁGINAS WEB

- Amnistía Internacional, *Informe 2005: Colombia*. <http://web.amnesty.org/report2005/col-summary-esl>, 2005 (recuperado diciembre 16 de 2005).
- Amnistía Internacional, *Carta a Manuel Marulanda Vélez* en: <http://web.amnesty.org/library/Index/ESLAMR231242002?open&of=ESL-COL> Londres, noviembre 8 de 2002. (recuperado enero 18 de 2006).
- ANGARITA GÓMEZ, JORGE, *Lecciones de derecho civil. Personas y representación de incapaces*, Temis, Bogotá, 1994.
- BARRETO, FRANCISCO; LÓPEZ, JUAN CAMILO; SANDOVAL, CLARA, “Interpretación del artículo 3 común a los convenios de Ginebra. Una panorámica de la guerra que se vive en el derecho humanitario”, en: GUARDIOLA RIVERA, ÓSCAR EDUARDO (*et. al.*) *La otra guerra. El derecho como continuación del conflicto y lenguaje de la paz*, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Plaza & Janés, Bogotá, 1999.
- BERMAN, HAROLD, *La formación de la tradición jurídica occidental*, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.
- BERMAN, MARSHALL, *Todo lo sólido se desvanece en el aire*, Siglo XXI, México, 1995.

- BOBBIO, NORBERTO, *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid, 1992.
- DEZALAY, YVES; GARTH, BRYANT, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los estados latinoamericanos*, ILSA, Bogotá, 2002.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1992.
- FANON, FRANTZ, *The wretched of the earth*, Grove Press City, New York, 1968.
- FONTANA, JOSEP, *Europa ante el espejo*, Crítica, Barcelona, 1992.
- FOUCAULT, MICHEL, *Power/Knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977*, Pantheon Books, New York, 1980.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO; RODRÍGUEZ, CÉSAR (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*. ILSA, Bogotá, 2003
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- HESPANHA, ANTONIO MANUEL, “La revolución y los mecanismos del poder (1820-1851)”, en: PETIT, CARLOS, *Derecho privado y revolución burguesa*, Marcial Pons, Madrid, 1990.
- Human Rights Watch, *Guerra sin cuartel. Colombia y el derecho internacional humanitario*, <http://www.hrw.org/spanish/informes/1998/guerra.html> (recuperado enero 18 de 2006).
- KELSEN, HANS, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979.
- KENNEDY, DUNCAN, “Nota sobre historia de CLS en Estados Unidos”, en: *11 Doxa* 283 (1982).
- KIEKBAEV, DJALIL, “Comparative law: Method, science or educational discipline?”, *7.3 Electronic Journal of Comparative Law* en: <http://www.ejcl.org/73/art73-2.html>, septiembre de 2003 (recuperado el 31 de enero de 2006).
- LEGRAND, CATHERINE, *Colonización y protesta campesina*, Universidad Nacional, Bogotá, 1988.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2000.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO, *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Legis, Bogotá, 2004.

- MARULANDA, ELSY, *Colonización y conflicto: las lecciones del Sumapaz*, Tercer Mundo, Bogotá, 1991.
- MATTEI, UGO, “Three patterns of law: taxonomy and change in the world’s legal systems”, en: *45 American Journal of Comparative Law* 13 (1997).
- MERRYMAN, JOHN HENRY, *La tradición jurídica romanocanónica*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.
- MONATERI, P.G., “Black Gaius: a quest for the multicultural origins of the ‘Western legal tradition’”, en: *51 Hastings Law Journal* 479 (2000).
- MOSQUERA VALDERRAMA, IRMA JOHANNA, “Legal transplants and comparative law” en: *International Law*, n° 2, Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas - Javegraf, Bogotá, diciembre 2003.
- NARVÁEZ GARCÍA, JORGE IGNACIO, *Derecho mercantil colombiano: Teoría general de las sociedades*, Legis, Bogotá, 1998.
- OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA, EDUARDO, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Temis, Bogotá, 1998.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO ENRIQUE, *Los abogados de América Latina*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- RODRÍGUEZ, CÉSAR, “Teoría del derecho y decisión judicial. En torno al debate entre H.L.A. HART y R. Dworkin”, en: HART, H.L.A.; DWORKIN, RONALD, *La decisión judicial*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997.
- SACCO, RODOLFO, “Legal formants: a dynamic approach to Comparative Law”, en: *39 American Journal of Comparative Law* 1 (1991).
- SAID, EDWARD, *Cultura e imperialismo*, Anagrama, Barcelona, 1998.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, ILSA, Bogotá, 1999.
- STEINER, HENRY; ALSTON, PHILIP, *International Human Rights in context*. OUP, Oxford, 2000.
- SUÁREZ FRANCO, ROBERTO, *Derecho de familia*, t. I, Temis, Bogotá, 1998.

- TWINING, WILLIAM, “Cartografiar el derecho”, en: TWINING, WILLIAM, *Derecho y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2003.
- URIBE-HOLGUÍN, RICARDO, *De las obligaciones y de los contratos en general*, Temis, Bogotá, 1979.
- VALENCIA VILLA, HERNANDO, *Cartas de batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*, CEREC, Bogotá, 1987.
- VELÁSQUEZ JARAMILLO, LUIS GUILLERMO, *Bienes*, Temis, Bogotá, 1996.
- WATSON, ALAN, *Legal transplants: an approach to comparative law*, Athens, Georgia University Press, 1993.
- WEST, ROBIN, *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre, Bogotá, 1999.
- ZWEIGERT, KONRAD; KÖTZ, HEIN, *Introduction to comparative law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA UTILIZADAS

- Corte Constitucional, T-002/1992, A. MARTÍNEZ.
- Corte Constitucional, T-406/1992, C. ANGARITA.
- Corte Constitucional, C-225/1995, A. MARTÍNEZ.
- Corte Constitucional, T-1207/2001, R. ESCOBAR.
- Corte Constitucional, T-025/2004, M. CEPEDA.