

LA TEORÍA IMPURA DEL DERECHO DE DIEGO LÓPEZ MEDINA

LUIS IGNACIO BETANCUR

La *Teoría Impura del Derecho* es una verdadera *opus* que deberá convertirse en lectura obligada de juristas y de quienes se ocupan de las políticas públicas. Es profunda, erudita, cuidadosa y desafiante, cualidades que no siempre van juntas.

Es a la vez filosofía e historia y pone en perspectiva el desenvolvimiento de cómo se ha entendido el Derecho en los países “centrales” y en los nuestros, resaltando que es un error menospreciar lo que JUAN CAMILO RESTREPO denominó el “mestizaje” al comentar el libro recientemente en *Ambito Jurídico*. Particularmente sugestiva es la transposición que el autor hace del enfoque sobre las “malas lecturas” de la literatura a lo jurídico y que uno podría extender de igual manera a las transmutaciones de la música entre culturas.

El papel de los jueces marca una importante diferencia entre los países propensos a la libertad y los que prefieren el camino a la servidumbre, parodiando a HAJECK. Desconocer, como KELSEN, la autonomía de la voluntad y el derecho consuetudinario, condujo a nuestros países no solo al legocentrismo y a la rigidez de la Pirámide, sino a algo más grave, a consagrarnos al Estado como si fuera el Sagrado Corazón de Jesús. No obstante, pese a los esfuerzos de LÓPEZ MEDINA y a los de NIETO ARTETA, KELSEN en Viena o en Bogotá es como es: apereza la construcción del Derecho. Pretender leerlo de otra manera recuerda la pretensión de algunos escolásticos de que en SANTO TOMÁS

ya está todo, de DESCARTES a LOCKE y de KANT a HUSSERL.

La obra estimula a que los jueces jueguen el papel activo de crear Derecho. Aunque sería más adecuado hablar de “descubrirlo” que de crearlo, es crucial señalar que esto es válido para las reglas aplicables a las relaciones entre particulares.

Pero pretender que eso mismo opere para las relaciones del Estado con los particulares y para la organización del aparato gubernamental, sí parece una enorme distorsión que encierra peligrosas consecuencias.

En esta materia ya tenemos la experiencia del derecho administrativo y de la escuela del servicio público, creada desde la jurisprudencia, que en buena parte ha impuesto cargas insoportables al Estado.

Asignar a las cortes ese papel, particularmente en lo que se refiere a la tributación y el gasto público, tiene dos problemas fundamentales. Echa por tierra el principio de que no haya impuestos sin representación, piedra angular de la democracia, e ignora que la estabilidad macroeconómica es un bien público que hay que preservar precisamente en beneficio de toda la población, incluyendo los más débiles.

Por malos que sean los legisladores y pese a todas las imperfecciones de los mecanismos electorales, siempre es mejor que sean ellos los elegidos popularmente, quienes se ocupen de crear derecho en estas materias y, con su venia, por las autoridades dentro de límites previamente determinados por la ley. Una

corte de juristas no tiene ni tiene por qué tener los conocimientos para representar a toda la sociedad. Las políticas de intervención del Estado y muy especialmente la imposición de cargas presupuestales y la forma como se repartan, no pueden dejarse en manos de un solo grupo, por selecto que sea. Igual crítica sería válida si la función se atribuyera a una Corte de economistas.

Invocar que solo si los jueces siguen con el activismo que, por ejemplo, tiene nuestra Corte Constitucional, se protege a los más vulnerables es cuestionable y peligroso, porque no hay una única vía para lograr el bienestar general y equitativo. Uno puede pensar que, por ejemplo, la extensión universal de la lista interminable de derechos fundamentales de primera, segunda y más generaciones crea tal irresponsabilidad fiscal que, a la larga, compromete la estabilidad misma de un país y adormece el esfuerzo individual. Que, siguiendo a Rawls, lo que el Estado sí tiene que hacer es equilibrar con el gasto en salud y educación las oportunidades, sin ignorar que en todo caso habrá

siempre diferencias que el Estado no puede ignorar. Sin embargo, hay razones para pensar que el Estado de Bienestar y dirigista conduce más rápidamente a la equidad a costa de la eficiencia. Y hay múltiples variantes con ventajas y desventajas.

Pero la escogencia de una u otra vía debe ser del resorte de los legisladores y los gobernantes elegidos popular y periódicamente, para que puedan evaluarse las políticas adoptadas a la luz de la experiencia y la gente pueda expresar sus preferencias.

Lo verdaderamente importante es que los más pobres tengan, efectivamente, capacidad de participar en el diseño de las políticas públicas y que exista tolerancia real por todas las opiniones. Reemplazar la representación popular por cualquier grupo de sabios es tan perverso como cualquier otro “legocentrismo” totalitario.

Todo lo cual realza la trascendencia de esta *opera magna*, sobre la cual debería haber una amplia discusión académica y política.