

Transplantes jurídicos: un debate enriquecedor

Legal Transplants: an Enriching Debate

Urbano Sonzini Astudillo¹

Resumen

El presente ensayo busca introducir al lector en el análisis del llamado fenómeno de los «trasplantes jurídicos» mediante la presentación y comparación de las posturas y visiones que a su respecto han adoptado distintos *iusfilósofos*, juristas y políticos a lo largo del tiempo. Este extendido fenómeno de índole jurídica, política y social, ha tenido desde siempre una trascendencia y una influencia mayúscula tanto en nuestra práctica jurídica como en la discusión político-legislativa nacional, mas no ha motivado una atención equivalente en el ámbito doctrinario y académico local. Por ello, este trabajo pretende atraer la atención de los operadores jurídicos sobre el fenómeno de los también llamados «préstamos jurídicos» para, así, intentar generar en torno a esta realidad un debate que redunde en el enriquecimiento de la discusión político-jurídica.

Palabras clave: transplantes jurídicos - préstamos jurídicos - efecto de mutación

Abstract

This paper aims to introduce the reader to the analysis of the so-called «legal transplantation» phenomenon by exposing and comparing the postures and ideas that different philosophers, jurists and politicians have adopted regarding this matter. This widespread phenomenon -of legal, political and social nature- has always exercised a major influence on both our legal practice and our national political and legislative debate. However, it has not drawn an equivalent attention in the local academic and doctrinal field. Therefore, this work attempts to attract the attention of legal operators to the phenomenon of the also called «legal borrowings» in order to

Citar: Sonzini Astudillo, Urbano. «Transplantes jurídicos: un debate enriquecedor». *Cuadernos Universitarios* [Salta, Argentina], núm. 10, 2017: 49-61.

¹ Universidad Católica de Salta, Facultad de Ciencias Jurídicas, Carrera de Derecho, Cátedra de Filosofía del Derecho, Ayudante Docente Adscripto. Poder Judicial de Salta, Juzgado Civil y Comercial de Primera Nominación, Secretario.

try to generate a debate about it that enriches the political and legal discussion.

Key words: legal transplants – legal borrowings – mutation effect.

Introducción

La incorporación de reglas e instituciones jurídicas de origen extranjero al ordenamiento legal argentino ha sido una práctica sumamente común a lo largo de toda nuestra historia legislativa y judicial y en prácticamente todos los ámbitos del derecho, tanto público como privado. Esta extendida praxis, sin embargo, no ha evidenciado un correlato semejante en el frente doctrinario; en efecto, pese a la gran relevancia que en nuestro país ha tenido en la originación de normas jurídicas y en el desarrollo de la jurisprudencia, el llamado fenómeno de la «trasplatación legal» no ha suscitado mayormente el interés de la doctrina vernácula, siendo hasta la actualidad una cuestión poco tratada por los estudiosos locales².

Mediante este trabajo buscaré presentar y analizar someramente el panorama doctrinario actual en relación al fenómeno de la «trasplatación legal» y al muy relacionado «efecto de mutación». Así, empezaré por intentar definir y explicar el concepto de trasplatación legal; luego analizaré brevemente la polémica en torno a la existencia, conveniencia y utilidad de los trasplantes legales en la realidad, para después pasar a presentar y estudiar sucintamente el llamado «efecto de mutación»; finalmente, trataré de aplicar los conceptos analizados previamente a la reali-

dad específica de la trasplatación de normas constitucionales.

Acerca del concepto de trasplatación legal

En el plano de la realidad los sistemas jurídicos no surgen ni existen aisladamente, sino que, por el contrario, la mutua y recíproca influencia que unos ejercen sobre otros contribuye en gran medida a su formación, desarrollo y caracterización. Es decir, los ordenamientos jurídicos de los diferentes países se influyen y afectan permanentemente entre sí a través del intercambio de experiencias, ideas y modelos, lo que generalmente termina por cambiarlos y modificarlos en su contenido y configuración. En tal sentido, el estudio de los trasplantes legales, a veces también llamados «préstamos legales», en el marco del derecho comparado, apunta principalmente a entender y explicar la compleja dinámica que presentan estos procesos de transferencias interjurisdiccionales³.

La trasplatación legal es usualmente definida por los investigadores, en términos generales, como el proceso mediante el cual leyes, reglas e instituciones jurídicas originadas y desarrolladas en el marco de un determinado sistema legal son luego adoptadas e implementadas en otro distinto, ya sea de ma-

² Cfr. Rosenkrantz, C. F. (2005). En contra de los «préstamos» y de otros usos «no autoritativos» del derecho extranjero. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, N° 1, 71-95.

³ Cfr. Perju, V. (2012). Constitutional transplants, borrowing and migrations. En Rosenfeld, M.; Sajo, A. *The Oxford Handbook on Comparative Constitutional Law* (1304-1327), Oxford, Oxford University Press.

nera voluntaria o por imposición externa⁴. Estos procesos pueden darse de múltiples maneras y pueden diferir grandemente entre sí en cuanto a su materia y su extensión. En efecto, desde el punto de vista de la materia, los préstamos legales pueden darse, por ejemplo, tanto en el ámbito del derecho público como en el del derecho privado, mientras que en cuanto a su extensión o alcance los trasplantes pueden consistir en la incorporación de una determinada norma o institución referida a una temática específica o, por el contrario, en la recepción de un sistema legal extranjero completo⁵.

Los países, entonces, podrían dividirse entre aquellos que se comportan en el mundo jurídico como «exportadores netos de derecho», por un lado, y aquellos que resultan «importadores netos de derecho», por el otro; asimismo, podría formarse un tercer grupo con los que actúan simultáneamente como «exportadores» e «importadores» de normas jurídicas. Obviamente, el lugar que un país ocupa en tal división varía a lo largo del tiempo y según la temática jurídica de que se trate. Por ejemplo, un país alguna vez «importador neto» puede resurgir posteriormente en la historia como «exportador neto», como es el caso de los Estados Unidos, mientras que otro podría ser al mismo tiempo «exportador» en materia de derecho privado e «importador» en cuestiones de derecho público. Finalmente, podría decirse también que la condición de un país puede variar respecto de diferentes países. Así, por ejemplo, tenemos que por múltiples medios

México usualmente «importa» normas e instituciones jurídicas de los Estados Unidos, mientras que, simultáneamente, «exporta» derecho a varios de sus vecinos centro y sudamericanos⁶.

Si bien en la doctrina internacional los conceptos de «trasplante» y «préstamo» por lo general son usados de manera unívoca e indistinta, con el objeto de intentar alcanzar una mayor claridad expositiva y siguiendo la terminología adoptada por el flamante ministro de la Corte Suprema Rosenkrantz, cabe advertir que en lo sucesivo en este trabajo llamaremos propiamente «trasplante» a la incorporación de derecho extranjero realizada a través de medios legislativos, es decir, mediante su adopción legal, mientras que reservaremos la denominación de «préstamos» para las introducciones realizadas judicialmente, es decir, por la decisión de un tribunal local de usar en una sentencia derecho de origen extranjero por considerar que cabe otorgar al mismo cierta autoridad también en el ámbito local, aún cuando no haya sido formalmente incorporado a nuestra legislación⁷.

Acerca de la existencia y conveniencia de los trasplantes legales en la realidad⁸

Las posiciones asumidas por los doctenarios respecto de la existencia o no de trasplantes y préstamos legales en la realidad jurídica pueden ser divididas, *grosso modo*, en dos

⁴ Cfr. Schauer, F. (2000). The politics and incentives of legal transplantation. Recuperado de <https://www.hks.harvard.edu/content/download/69341/1250174/version/1/file/044.pdf>

⁵ Cfr. Mousourakis, G. (2010) Transplanting legal models across culturally diverse societies: a comparative law perspective. *Osaka University Law Review*, No. 57, 87-110.

⁶ Cfr. Smits, J. M. (2013). Import and export of legal models: the Dutch experience. *Transnational Law and Contemporary Problems*, No. 13, 551-574.

⁷ Cfr. Rosenkrantz, C. F.; op. cit.

⁸ Cfr. Perju, V.; op. cit.

posiciones extremas y antagónicas.

En un extremo del espectro aparecen aquellos *iurifilósofos* y estudiosos del derecho comparado que argumentan que la influencia recíproca entre el derecho y la sociedad, es decir, entre la estructura legal de un determinado país y su entorno económico, cultural e histórico, es insignificante, y que, por lo tanto, los procesos de trasplatación de normas y reglas jurídicas, y aún de regímenes legales enteros, entre países culturalmente diversos no sólo resultan socialmente posibles sino que, en la mayoría de los casos, incluso pueden ser jurídicamente convenientes.

Del otro lado del espectro encontramos a los doctrinarios que, desde una perspectiva *iurifilosófica* que en algún punto podríamos caracterizar como hegeliana⁹, directamente niegan la posibilidad y existencia de procesos de migración jurídica en la historia. Estos estudiosos, encabezados por Savigny, entienden que la forma y contenido de un sistema jurídico dependen intensamente del espíritu e idiosincrasia particular de la comunidad a la cual pertenece, por lo que las normas de cada país se encuentran fuertemente condicionadas por las circunstancias culturales e históricas en las que se desarrollan¹⁰. En consecuencia, toda vez que el espíritu y el contexto histórico y cultural de una comunidad no pueden ser transferidos a otra, entienden los juristas enrolados en estas posturas que las reglas y normas legales no viajan de un país a otro y, por lo tanto, los trasplantes legales entre países son simplemente imposibles e inexistentes en el mundo real.

Esta última doctrina, sin embargo, no debe ser malentendida como una ingenua negación de los numerosos intentos de trasplatación legal que evidentemente se han dado a lo largo

de la historia. Lo que estos autores argumentan, en cambio, es que incluso en los casos en que aparentemente se produce la adopción de una norma jurídica extranjera por parte de algún país, el contexto social y cultural del receptor influye de manera tan potente en el proceso de incorporación e interpretación de la norma que esta resulta transformada radicalmente. Así, el pretendido trasplante legal deriva, finalmente, no en la incorporación de la regla foránea sino en la creación prácticamente autónoma de una nueva estructura legal autóctona, diferente a la que inicialmente se había pretendido transferir.

Es entre medio de estas dos posiciones extremas en donde tiene lugar el debate más valioso y más fructífero en torno a la cuestión de la trasplatación legal. En efecto, estas dos líneas de pensamiento contrapuestas pueden ser sintetizadas en una tercera doctrina intermedia, basada en un entendimiento más realista y balanceado de la relación existente entre derecho y sociedad. Los pensadores enrolados en esta tercera y más moderada posición básicamente sostienen que negar que las normas jurídicas reflejen única y exclusivamente un contexto social e histórico determinado no implica pretender que los factores culturales y extrajurídicos sean completamente irrelevantes cuando hablamos de derecho. Por el contrario, esta tesis entiende que la relación entre derecho y sociedad es una relación compleja, en la que los factores culturales y sociales tienen un influjo sustancial y poderoso, pero al mismo tiempo de alguna manera limitado, sobre el derecho. Por ello, advertir la efectiva existencia y conveniencia de los trasplantes legales requiere, en la visión de estos doctrinarios, siempre un profundo y cuidadoso análisis caso por caso.

⁹ Cfr. Hegel, G. F. (1968). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Ed. Claridad, pág. 234 (§ 274 y ccs.).

¹⁰ Cfr. von Savigny, F. K. (1970). *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho*. Madrid. Ed. Aguilar, págs. 54 y ss.

En nuestro medio nacional, en los albores del denominado Derecho Patrio codificado, Sarmiento fue un claro exponente de la primera de las posiciones referidas, defendiendo con vehemencia la conveniencia tanto de los trasplantes como de los préstamos jurídicos, mientras que Alberdi representó una perspectiva intermedia y más moderada, limitando su apoyo únicamente a la adopción de derecho extranjero por vías legislativas y negando la pertinencia de la invocación de normas y precedentes foráneos en ámbitos judiciales. Así, Sarmiento proclamó la conveniencia de importar el modelo constitucional estadounidense lo más integralmente posible, junto con todo su bagaje de doctrina y jurisprudencia, el que también debía ser fielmente receptado y aplicado por nuestros tribunales. Alberdi, por el contrario, si bien también estaba a favor de la incorporación de normativa extranjera a nuestro naciente ordenamiento jurídico, particularmente la normativa constitucional norteamericana, entendía que una vez incorporada la norma foránea al marco local, ella debía ser interpretada y aplicada de conformidad con nuestra propia cultura y tradición nacional¹¹.

En el ámbito propiamente judicial, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptó desde un principio la denominada «doctrina de la ley prestada»¹², cuyos sostenedores proponen que a un trasplante legislativo determinado debe necesariamente seguirlo un préstamo judicial relacionado; es decir, a la «imi-

tación» de la ley extranjera realizada por el legislador debe continuarla, puesta la ley frente al caso concreto, la «imitación» de la jurisprudencia foránea por parte de los jueces locales. En ese sentido, enrolándose en la posición favorable a la existencia y conveniencia de los trasplantes y los préstamos, ya en el año 1877 expresaba nuestra Corte Suprema que una de las grandes ventajas que nos daba el habernos apropiado en gran medida del sistema constitucional norteamericano era el poder «encontrar un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar»¹³.

Finalmente, más acá en el tiempo, cabe destacar la visión del recientemente asumido Juez Rosenkrantz, quien se ha manifestado como claramente contrario a la introducción concreta y directa de derecho extranjero al contexto jurídico local, principalmente cuando ella se realiza por vías judiciales, pero también cuando lo es por medios legislativos. Desde una perspectiva consensualista y en gran medida *iuspositivista* del derecho¹⁴, entiende Rosenkrantz que en las democracias constitucionales actuales, en las que se observa un desacuerdo insuperable respecto del contenido y alcance de la mayoría de los derechos, las normas jurídicas no pueden ya justificarse mediante una referencia a su contenido o a su sustancia; por el contrario, sostiene Rosenkrantz que en el contexto actual las normas aparecen

¹¹ Cfr. D'Auria, A. (2004). Sarmiento y sus Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina. *Revista Academia del Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires*, Año II, N° 4, 273-277.

¹² Cfr. Smits, J. M. (2006). Comparative Law and its influence on National Legal Systems. En Reimann, M. y Zimmermann, R. *The Oxford Handbook of Comparative Law* (477-512), Oxford, Oxford University Press.

¹³ CSJN, 21/08/1877, «*De la Torre, Lino s/ Hábeas Corpus*» (Fallos, 19:231).

¹⁴ Cfr. Maino, C. A. G. (2012). Derechos humanos y consenso o el eterno retorno del positivismo jurídico. *Revista Prudentia Iuris, Universidad Católica Argentina*, N° 73, 13-32.

como válidas y exigibles solamente cuando son el resultado de decisiones colectivas de la propia entidad política en la cual van a regir. En consecuencia, concluye, los trasplantes y préstamos jurídicos resultan de imposible validación en cuanto a su fundamento por consistir, básicamente, en la deferencia a decisiones colectivas tomadas por otra entidad política distinta a la adoptante, lo que no resulta compatible con la visión consensualista y procedimentalista en que se basan mayoritariamente, a su entender, los sistemas democráticos contemporáneos y dificulta y entorpece grandemente el surgimiento y el desarrollo de una identidad y una cultura jurídica autóctona sustentable¹⁵.

Acercas de la necesidad y utilidad de los trasplantes legales en las tareas legislativa y judicial

Dijo alguna vez Ihering:

La recepción de una institución jurídica extranjera no es un tema de nacionalidad, sino una cuestión de utilidad y necesidad. Nadie se molesta en buscar una cosa en algún lugar lejano cuando tiene una igual o mejor en casa, pero sólo un necio se niega a que le administren una buena medicina simplemente porque no creció en su propio jardín¹⁶.

En otras palabras, al encarar un determinado problema jurídico, en vez de intentar adivinar posibles soluciones en abstracto, arriesgándose a obtener un resultado inapropiado, el

legislador, principalmente, y el juez, en menor medida, pueden elegir confiar en la extensa y variada experiencia jurídica que le pueden aportar las legislaciones extranjeras y el derecho comparado. Y, de hecho, en la realidad legislativa de todos los días, y un poco menos en la práctica judicial, al momento de buscar soluciones a las problemáticas jurídicas que se suscitan en sus propios países, los operadores jurídicos usualmente tienen en gran consideración la manera en que otros países ya lidiaron anteriormente con iguales o similares asuntos¹⁷.

Sin embargo, la cuestión no es tan simple como aparece a primera vista. En efecto, al usar este método del derecho comparado, para garantizar la obtención de un resultado satisfactorio ciertamente no es suficiente que el legislador analice si la regla jurídica extranjera cuya adopción está considerando ha resultado eficiente en su país de origen. Por el contrario, como hemos visto anteriormente, los modelos legales no pueden ser valorados separada e independientemente de su contexto social y cultural. Luego, para asegurar el mayor grado de éxito posible al trasplante legal de que se trate, deviene crucial que quien tiene a su cargo hacer la ley intente prever concienzudamente si resulta probable que su introducción cause el efecto deseado en el país receptor, teniendo en especial consideración las circunstancias sociales, culturales, económicas y políticas locales. Así, cuanto más grandes sean las diferencias sociales entre los dos países involucrados, más cuidadoso y meticuloso deberá ser el legislador en su análisis¹⁸.

¹⁵ Cfr. Rosenkrantz, C. F.; op. cit.

¹⁶ von Ihering, R., citado en: Zweigert, K.; Kötz, H. (1987). *An introduction to comparative law*. Oxford. Clarendon Press, pág. 16.

¹⁷ Cfr. Watson, A. (1983). Legal change: sources of law and legal culture. *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 131, No. 5, 1121-1157.

¹⁸ Cfr. Mousourakis, G.; op. cit.

Además de intentar predecir las probabilidades que la regla extranjera tiene de lidiar exitosamente con el problema legal que suscitó su adopción en el marco social y cultural del país receptor, al analizar la conveniencia o no de llevar adelante un determinado trasplante, el legislador debe también considerar especialmente el nivel de compatibilidad que la ley foránea aparenta tener respecto del resto del ordenamiento jurídico local. Es que una norma extranjera que resulta incompatible con el sistema legal al cual fue trasplantada se encuentra condenada al más absoluto fracaso, ya que creará una apariencia de derecho que nunca llegará a cobrar real vida y vigencia en la cultura jurídica del país adoptante. Es decir, introducir un determinado modelo legal, sin importar cuán exitoso haya probado ser en otro lugar, no lleva automáticamente a su incorporación a la cultura legal viva y real del adoptante, y puede incluso terminar siendo dañosa para él. En tal sentido, surge claro que debe prestársele a esta cuestión una atención aún mayor cuando la norma extranjera bajo consideración no pertenece siquiera a la misma familia legal o tradición legal imperante en el país adoptante¹⁹.

Podemos concluir, entonces, que la trasplatación de normas originadas en otros países puede ser una herramienta sumamente útil y provechosa para el legislador y el juez que se enfrentan a la búsqueda de soluciones para sus propios problemas jurídicos locales. No resulta óbice a tal conclusión el que en ciertas oportunidades esta práctica imitativa pueda aparecer, *a priori*, o devenir, *a posteriori*, inconveniente, sea por las diferencias existentes entre los sistemas jurídicos vigentes en los países

involucrados o por las divergencias en los contextos sociales y culturales del país originante y de aquel en el que la regla deberá en definitiva comenzar a regir, toda vez que, como veremos a continuación, aún en estos últimos casos la regla extranjera puede todavía resultar útil para quien se enfrenta a un problema jurídico y, en consecuencia, ser parcialmente trasplantada a través de un proceso de modificación y adaptación al medio legal y social local.

El efecto de mutación

Cuando se analiza la historia de las comunidades y sociedades, emerge con claridad que en la realidad política con frecuencia se ha intentado, y se intenta, inducir cambios en los patrones de comportamiento social a través del derecho y de las leyes. Sin embargo, en lo que aquí nos importa, la cuestión no gira tanto en torno a la «intención» del derecho de modificar conductas, sino más bien de su real «capacidad» para lograrlo. En este punto, entonces, debemos recordar que la simple introducción de la norma «correcta» o «adecuada» al marco jurídico formal de un país no es suficiente para alcanzar una trasplatación legal exitosa, toda vez que a lo largo de su vida cada sociedad va desarrollando y dando forma a una cultura legal propia, con hábitos jurídicos particulares y diferenciados, en cuya evolución influyen el idioma que hablan sus miembros, sus modos y tradiciones y todos los demás rasgos característicos de su identidad nacional, lo que en muchas ocasiones termina complotando contra el efectivo arraigamiento de la norma trasplantada, el que se ve impedido²⁰.

¹⁹ Cfr. Mousourakis, G; op. cit. - Iannello, P. A. (2008). Eficiencia y recepción de los trasplantes legales. El caso del Cramdown Power. *Revista de Análisis Institucional de la Fundación Friedrich A. von Hayek*, N° 2, 289-341.

²⁰ Cfr. Pistor, K. - Keinan, Y. - Kleinheisterkamp, J. - West, M. D. (2003). Evolution of corporate law and the transplant effect: lessons from six countries. *The World Bank Research Observer*, Vol. 18, N° 1, 89-112.

Por cultura jurídica los estudiosos generalmente entienden aquellas partes de la cultura general de una comunidad como costumbres, opiniones y modos de hacer y pensar que acercan a las fuerzas sociales hacia la ley formal o la alejan de ella. Es la cultura legal de una sociedad, y no tanto la ley formal escrita, la que en mayor medida determina cuándo y por qué sus miembros adhieren y aplican las instituciones y procesos formalmente vigentes y por qué, en otros casos, no lo hacen o incluso recurren a otras instituciones o procesos de naturaleza no legal. En otras palabras, como ya hemos visto, los factores culturales idiosincráticos de cada comunidad son un elemento determinante y crucial en el proceso de transformación que lleva a las reglas formales, generalmente estáticas, a convertirse en un cuerpo de normas vivas realmente vigentes y aceptadas²¹. Resulta claro, entonces, que los comportamientos sociales e individuales no pueden ser inducidos sólo a través de la trasplante de normas jurídicas foráneas, así como que las personas y sociedades no rigen su comportamiento únicamente por lo que les indica la ley escrita, sino que lo hacen también, en gran medida, de acuerdo a los influjos provenientes de factores sociales, económicos y políticos emergentes de sus propias tradiciones, historia y otras circunstancias extralegales²².

De lo referido, podemos concluir que la relación causal existente entre la introducción formal de una regla jurídica extranjera y su consecuencia o resultado definitivo en la realidad social del país receptor no es tan simple como podría aparecer en abstracto. Para ilustrar lo dicho, en la doctrina comparativista fre-

cientemente se recurre a una conocida metáfora dendrológica presentada por Lord Denning en el fallo *Nyali Ltd. vs. Attorney General* del año 1955, la que ilustra claramente este fenómeno: supongamos que plantamos un roble europeo en un país africano, donde el suelo y el clima son sustancialmente diferentes a los de la Europa de donde el árbol es nativo, ¿crecerá y se desarrollará el roble de la misma manera en que lo haría en Europa? ¿O, por el contrario, adquirirá una forma y estructura diferente a la que presenta en el lugar del que es originariamente autóctono, adaptada a su nuevo ambiente? O, finalmente, podríamos incluso preguntarnos si nuestro roble crecerá en absoluto en tierra africana.

Volviendo al campo de lo jurídico y analizando el fenómeno de la trasplante legal a la luz de la imagen propuesta por Lord Denning, podemos advertir que un modelo surgido en un cierto contexto social, económico y legal no va a evolucionar necesariamente de la misma manera una vez trasplanteado a un ambiente de características radicalmente diversas, así como que puede incluso no llegar a desarrollarse en absoluto. En efecto, por ejemplo, ¿qué esperaríamos que suceda si un sistema legal como el inglés, que ha evolucionado lenta y orgánicamente desde la Edad Media y ha sido parcialmente reformado de acuerdo a las creencias y las necesidades de una nueva sociedad industrializada y opulenta, fuera trasplanteado a un país ubicado en la costa africana, habitado por pescadores y agricultores de subsistencia que viven en chozas de barro y paja bajo el dominio de un lejano Sultán que se rige a sí mismo y a sus súbditos por la ley islámica, como lo era el antiguo Zanzíbar cuando entró

²¹ Cfr. Liu, D. (2006). The transplant effect of the Chinese patent law. *Chinese Journal of International Law*, Vol. 5, N° 3, 733-752.

²² Cfr. Seidman, A. W. - Seidman, R. B. (1994). *State and law in the development process: problem solving and institutional change in the third world*. New York. St. Martin's Press, pág. 45.

bajo dominio británico? Podemos aventurar sin mayor riesgo de fallar que, o bien el sistema legal trasplantado no llegará nunca a arraigarse en su nuevo destino, o bien, si llegara a hacerlo, lo será recién luego de sufrir numerosas amputaciones, agregaciones y deformaciones que terminarán convirtiéndolo en algo sustancialmente distinto a su modelo²³, tal como le sucedería seguramente al roble de la metáfora.

Así, podemos decir que ni al árbol ni al derecho se los puede simplemente trasplantar a tierra exótica y pretender al mismo tiempo que retengan idéntica la forma y el carácter que presentaban en su tierra natal. Este fenómeno es justamente lo que la doctrina comparativista ha denominado como «efecto de mutación»: a no ser que las reglas jurídicas trasplantadas hayan sido correctamente modificadas y adaptadas a las condiciones locales de manera previa a la adopción, su vigencia y efectividad serán mucho más débiles que en su país de origen y con el tiempo probablemente terminarán por convertirse en simple letra muerta inserta en un libro poco menos que inservible. Y esta drástica conclusión resulta tanto más verdadera cuanto más grandes son las diferencias entre las condiciones sociales y culturales imperantes en cada uno de los países involucrados en la operación²⁴.

Finalmente, para concluir el análisis del llamado «efecto de mutación», debe destacarse la gran trascendencia que la mayoría de los doctrinarios en la materia le asignan a las estructuras institucionales del país receptor en los procesos de trasplantación legal. Dado que las estructuras institucionales, como los parlamentos, tribunales o universidades, obviamente no migran ni pueden ser trasplantadas

de un país a otro, sino que están intrínsecamente ligadas al espíritu y cultura de las comunidades a las que pertenecen, el efecto último y definitivo del proceso de trasplantación dependerá en gran medida de la manera y el sentido en que las instituciones locales desempeñen los roles que a cada una les atañe y del nivel de compromiso que ellas asuman frente a la norma foránea introducida²⁵.

Los trasplantes jurídicos en el derecho constitucional y el caso argentino

Como ya hemos visto, cuando se analizan los procesos de trasplantación legal, la naturaleza y las derivaciones de la relación existente entre derecho y sociedad son siempre un tema crucial y controvertido. Pero cuando la discusión pasa a girar en torno a los trasplantes jurídicos en el ámbito del derecho público, o más específicamente del derecho constitucional, sin embargo, ese vínculo siempre cercano y polémico se vuelve aún más estrecho y más complejo de desentrañar, así como todavía más determinante en lo que hace al éxito o fracaso definitivo del proceso de trasplantación. Podría decirse que, en términos generales, las normas de derecho público y las reglas constitucionales están más cerca del extremo no trasplantable del espectro que las normas de índole esencialmente *iusprivatista*, lo que, no obstante, no significa que las trasplantaciones constitucionales exitosas sean absolutamente imposibles.

En efecto, toda vez que las normas constitucionales lidian con los asuntos que mayor trascendencia revisten para una comunidad

²³ Cfr. Liu, D; op. cit.

²⁴ Cfr. Berkowitz, D. - Pistor, K. - Richard, J. F. (2003). Economic development, legality and the transplant effect. *European Economic Review*, Vol. 47, 165-195.

²⁵ Cfr. Perju, V; op. cit.

políticamente organizada, es respecto de ellas que las vinculaciones entre la ley y los antecedentes culturales e históricos de una nación cobran más relevancia. Mientras las diferentes ramas del derecho privado regulan principalmente la interacción entre las personas en lo que hace a sus intereses particulares, el derecho constitucional tiene una profunda incidencia sobre asuntos mucho más amplios, comprensivos y trascendentales tanto para las personas como para la comunidad toda, como ser los procedimientos de creación de las leyes, la organización y estructura del Estado, el reconocimiento y regulación de los derechos humanos, entre tantas otras cuestiones de similar importancia. La circunstancia de que el derecho constitucional esté tan íntimamente relacionado con los aspectos fundamentales de la idiosincrasia y la identidad de una nación, hace que los trasplantes constitucionales resulten mucho más complejos y polémicos que aquellos que se cumplen respecto de normas de derecho privado²⁶.

Desde otra perspectiva, puede resaltarse que las reglas de derecho privado son de alguna manera de índole más técnica que las normas constitucionales. Mientras el derecho constitucional busca regular y encauzar las fuerzas e impulsos políticos y sociales de la comunidad, configurando y determinando la manera en que ellas van a conformarse, desarrollarse e interactuar entre sí, las normas de derecho privado son más bien políticamente neutrales, ya que principalmente regulan las relaciones transaccionales de mera índole privada entre particulares. De una manera un tanto simplista, podríamos decir que la «indiferencia» de las fuerzas políticas en lo que hace al derecho privado abre la puerta a una interven-

ción más libre y amplia de los técnicos y expertos legales y, por lo tanto, facilita el camino de la trasplatación de normas de derecho privado, mientras que los trasplantes constitucionales están altamente condicionados a su alineación con los intereses de los gobernantes²⁷. Podría concluirse, entonces, que las reglas que organizan el poder político y fijan los lineamientos básicos de la organización social, al ser «orgánicas» y «constituyentes», resultan mucho más resistentes y refractarias a la trasplatación que las normas de derecho privado, que al ser mayormente «técnicas» o «mecánicas» pueden migrar con más facilidad y éxito entre diferentes comunidades políticas.

La mayor parte de la doctrina acuerda respecto de lo que venimos refiriendo, es decir, en cuanto a que los factores extrajurídicos, como los sociales, económicos, históricos, culturales e incluso geográficos y climáticos, juegan un rol más importante y determinante cuando los trasplantes conciernen a normas constitucionales que cuando lo son sobre normas de derecho privado. Sin embargo, ese pacífico consenso desaparece rápidamente cuando pasamos a discutir el efecto que este fenómeno tiene en el resultado definitivo de los trasplantes constitucionales. De un lado tenemos el grupo de los estudiosos que podríamos llamar «escépticos», quienes sugieren básicamente que los factores extrajurídicos influyen en las cuestiones constitucionales hasta tal extremo que directamente impiden cualquier tipo de migración o, al menos, las tornan absolutamente inconvenientes en este campo. Del otro lado, por el contrario, encontramos a otros estudiosos que, aún reconociendo las grandes dificultades que existen en torno a los trasplantes constitucionales, igualmente son optimistas

²⁶ Cfr. Perju, V.; op. cit. - Rosenkrantz, C. F.; op. cit.

²⁷ Cfr. Perju, V.; op. cit. - Thea, F. G. (2009). Los trasplantes de derecho al servicio del Poder. *LL 2009-A*, pág. 778 y ss.

respecto de la posibilidad de llevar a cabo operaciones de trasplante en el ámbito constitucional de manera exitosa y fructífera²⁸.

La idea de Hegel respecto del concepto de constitución, por ejemplo, es claramente ilustrativa de la concepción filosófica subyacente a la posición escéptica. Hegel creía firmemente que la constitución de una nación no debe ser considerada como algo «hecho» o «creado» por el legislador constituyente, aún cuando eventualmente haya podido llegar a serlo en la realidad, sino más bien como algo simplemente existente en y por sí mismo, como algo constante, aunque susceptible de evolucionar, y de origen divino. En la visión de Hegel los trasplantes constitucionales no sólo están condenados al más absoluto fracaso, sino que incluso resulta prácticamente imposible que generen el más mínimo cambio en la realidad social de la comunidad en la que se insertan, toda vez que carecen de ese carácter especial y particular que eleva a las constituciones por encima del curso normal de los eventos humanos. Para Hegel los principales elementos componentes de una constitución son imposibles de prestar o trasladar, porque una constitución nacional significa la identidad, el espíritu, los valores y las metas propias de una nación²⁹. En el mismo sentido, pero desde una perspectiva más pragmática y concreta, Montesquieu también sostenía que las constituciones trasplantadas están indefectiblemente destinadas a fracasar, toda vez que, desde su óptica, las leyes tienen que ser tan ajustadas y apropiadas a las personas para las que se las dicta que es prácticamente imposible que las que fueron

pensadas y creadas para una comunidad determinada puedan ajustarse a los miembros de otra diferente³⁰.

Sin embargo, como ya hemos anticipado, la trasplante de normas constitucionales también tiene sus partidarios y defensores. Este grupo de pensadores «optimistas» argumentan, básicamente, que a pesar de que la imitación constitucional ciega es evidentemente inconveniente, cuando la trasplante es llevada a cabo de manera juiciosa y prudente puede beneficiar en gran medida a aquellas naciones que deben todavía desarrollar y solidificar sus sistemas legales y sus instituciones políticas³¹. Por ejemplo, numerosos doctrinarios han invocado el caso de la Constitución argentina del año 1853, que está largamente inspirada en la Constitución de los Estados Unidos, como un ejemplo concreto de trasplante exitosa y fructífera, y la han utilizado para fundamentar con hechos verificables su posición. Es que, en efecto, desde su sanción nuestra Constitución Nacional perduró por casi siete décadas sin prácticamente sufrir alteraciones en su texto formal, y permanece aún hoy en vigencia sin haber recibido modificaciones radicales.

Quienes reivindican la visión optimista de los trasplantes y los préstamos constitucionales sostienen que la Constitución argentina ha sobrevivido durante tanto tiempo, a pesar de ser en gran medida el producto de una clara operación de trasplante, por dos razones principales: en primer lugar porque, al ser una «copia» de un modelo reconocidamente exitoso, ha gozado de una autoridad extra aún local-

²⁸ Cfr. Spector, H. (2008). Constitutional transplants and the mutation effect. *Chicago-Kent Law Review*, Vol. 83, N° 1, 129-145.

²⁹ Cfr. Hegel, G. F.; op. cit.

³⁰ Cfr. Gordon, M. (2009). Don't copy me, Argentina: constitutional borrowing and rhetorical type. *Washington University Global Studies Law Review*, Vol. 8, N° 3, 487-520.

³¹ Cfr. Spector, H.; op. cit.

mente; y, en segundo término, porque a través del «efecto de mutación» el modelo norteamericano fue convenientemente adaptado al contexto argentino. En cuanto a la primera de las razones, se argumenta que el prestigio del modelo extranjero trasplantado le otorgó a la Constitución argentina una suerte de autoridad «talismánica» en el ámbito local, como si se hubiese considerado que de seguirse su texto y sus indicaciones los problemas serían milagrosa y definitivamente resueltos y superados. La segunda de las razones, por su parte, plantea una cuestión mucho más rica y muy relacionada con el fenómeno del «efecto de mutación», por lo que servirá de recapitulación final respecto de los asuntos discutidos a lo largo de este trabajo.

Cuando el intérprete local, generalmente un juez o un estudioso del derecho, se aboca al análisis y a la interpretación de las normas constitucionales trasplantadas, obviamente lo hace imbuido del espíritu de su propia comunidad nacional, por lo que en el producto de su labor exegética se advertirán, con seguridad, los influjos de sus propios antecedentes culturales e históricos. Así, con el paso del tiempo las normas trasplantadas terminarán adquiriendo un nuevo significado en el marco del sistema legal receptor, diverso del que presentaban en su país de origen, a pesar de que su texto pueda haber permanecido inalterado desde su promulgación. Este es, claramente, el caso de nuestra Constitución Nacional de 1853, la cual, a pesar de mantener incólume la esencia de su texto originario, ha variado radicalmente su significado a través de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria, ajustándose así a los dictados de nuestra historia y a nuestra propia identidad comunitaria.

Este devenir de nuestro derecho constitucional es la prueba más concreta de las ricas y complejas vinculaciones existentes entre la norma escrita y el espíritu y la historia de una

comunidad y, por lo tanto, de la importancia que en los procesos de trasplantación legal reviste el «efecto de mutación». Es que si no reconociéramos la influencia que sobre el derecho tienen la historia y el espíritu de una nación, no podríamos encontrar explicación alguna para los divergentes caminos evolutivos e interpretativos que han seguido en los últimos ciento cincuenta años el derecho constitucional argentino y su modelo estadounidense; divergencia esta que se ha verificado con gran fuerza a pesar de la expresa intención del máximo tribunal nacional formulada ya en el año 1877 de seguir lo más posible los precedentes interpretativos norteamericanos, propósito que evidentemente ha sucumbido a los embates de la historia.

Conclusión

Podemos concluir que la manera más sensata y realista de lidiar con el fenómeno de la trasplantación legal, en todos los ámbitos del derecho y particularmente en lo que hace a las normas constitucionales, es tratando de conciliar y sintetizar prudentemente las dos posiciones antagónicas analizadas precedentemente; es decir, puestos frente al fenómeno de los trasplantes y los préstamos jurídicos, creemos que resulta ineludible reconocer la determinante influencia que la historia y la cultura propias de una comunidad ejercen sobre las normas que la han de regir (influencia que adquiere su máximo grado cuando se trata de normas constitucionales), mas sin por ello desmerecer ni ignorar la invaluable utilidad que un país puede encontrar en la utilización de modelos legales o constitucionales foráneos al momento de tratar de dar forma y entidad a su propio ordenamiento jurídico nacional.

Resulta, entonces, que el sentido de nuestras leyes no está contenido exclusivamente en sus palabras o en su texto formal, sino que, por

el contrario, su significado último y vivo dependerá de la manera en que nosotros mismos las interpretemos y entendamos; así, a medida que el tiempo pase, iremos dándole a nuestro ordenamiento jurídico una forma propia, moldeada a «imagen y semejanza» de nuestra

identidad comunitaria nacional. Y eso es lo trascendente, ya que, como dice Mitchell Gordon, lo que realmente importa no es tanto si nuestras leyes nacieron en suelo extranjero, sino más bien si hemos llegado a otorgarles nuestra propia carta de ciudadanía.

Recibido: abril de 2017
Aceptado: agosto de 2017

