

MARCOS TEÓRICOS SOBRE EL FENÓMENO DE RECEPCIÓN JURÍDICA

ANDREA A. MEROI*

1. Introducción

En cada investigación jurídica que se emprende es habitual la pregunta por el origen o los antecedentes del instituto bajo estudio. También es habitual, particularmente en países como los nuestros, constatar que las respuestas jurídicas provienen de otros ordenamientos y que la *originalidad* es una cualidad casi excepcional.

El hecho de la recepción, trasplante, intercambio, préstamo, copia, de un derecho a otro no es novedoso ni reciente. Sí puede considerarse relativamente cercana la *reflexión crítica* acerca de este fenómeno.

Esa profunda comprensión de las razones por las cuales ocurre la *recepción jurídica* así como de los efectos que produce y los límites con que tropieza, es fundamental a la hora de investigar cualquier institución jurídica. Tanto más fundamental en tiempos como los que vivimos, de persistente insatisfacción social por el funcionamiento del sistema y de búsqueda de alternativas en experiencias ajenas que, al hilo de la globalización, circulan vertiginosamente al igual que otros bienes de cambio. La ilusión normativista, sin embargo, puede deparar penosas sorpresas.

Por todo ello, entonces, consideramos significativo recordar a un grupo distinguido de autores que estudiaron el fenómeno de la recepción jurídica y que discrepan, algunos tan sólo parcialmente, en la conceptualización y valoración de una realidad inaplazable del mundo jurídico actual.

2. Distintas aproximaciones al fenómeno de recepción jurídica (en general)

Sin la menor intención de agotar la reseña de estos estudios, daremos cuenta de tres tesis desarrolladas ya desde la década de los '70 sobre el fenómeno de recepción jurídica. Se trata de diversas perspectivas –una de ellas de autor argentino– que intentan explicar las razones de la *recepción* pero también sus posibilidades, sus efectos, sus ventajas y desventajas.

* Profesora titular de Derecho Procesal I, dedicación exclusiva, de la Facultad de Derecho de la UNR.

2.1. Alan Watson y los “transplantes legales”

ALAN WATSON es una reputada autoridad en historia del derecho y derecho comparado de la Universidad de Edinburgh y de Georgia.

Publicó su obra *Legal Transplants* en 1974¹, suscitando encendidas polémicas al desafiar la noción prevaleciente según la cual existe una estrecha relación entre el derecho y la sociedad en la que rige².

Su tesis principal consiste en que, frecuentemente, las leyes de una sociedad no surgen como el resultado lógico de su propia experiencia sino que principalmente se “piden prestadas” de otras sociedades (“*laws of one society are primarily ‘borrowed’ from other societies*”). Consecuentemente, mucho del derecho de una sociedad funciona de manera muy diferente de la de aquella para la cual fue creado.

Según WATSON, la sorprendente “longevidad” del derecho y su aceptación en circunstancias foráneas acarrea importantes implicaciones para los historiadores del derecho y los sociólogos: la ley no puede ser usada como una herramienta para comprender a la sociedad sin una cuidadosa consideración de los “transplantes legales” (*legal transplants*).

2.1.1. En el capítulo 16 de su obra³, el autor arriba a algunas “reflexiones generales” a modo de verdaderas *conclusiones*; a saber:

1) El transplante de reglas individuales o de una gran parte de un sistema legal es extremadamente común;

2) El *transplante legal* es, para el autor, la fuente más fértil de desarrollo jurídico. La mayoría de los cambios en la mayoría de los sistemas es el resultado de “préstamos”;

3) Hasta un nivel harto sorprendente, el derecho tiene sus raíces en el pasado⁴: por increíble que parezca, los contenidos de un código civil moderno dependen primordialmente de aquellos de las *Institutas* de Justiniano del año 533 d.C.;

4) El *transplante* de reglas legales es socialmente sencillo. Cualquiera sea la oposición de los colegios profesionales o de las legislaturas, lo cierto es que las leyes mudan fácilmente y son aceptadas por el sistema sin grandes dificultades⁵;

5) Una recepción voluntaria casi siempre (o siempre, en el caso de un *transplante*

1 Se trata de la primera edición. Hoy, v.: WATSON, Alan, “Legal transplants (an approach to comparative law)”, 2nd ed., Georgia, The University of Georgia Press, 1993.

2 Ver, *infra*, # 2.2. (tesis de PAPACHRISTOS).

3 WATSON, op. cit., págs. 95 y ss.

4 “*The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves*”, F. W. MAITLAND, citado por el autor, pág. 95, nota al pie # 2.

5 El autor explica que la verdad de la cuestión parece ser que muchas leyes provocan poco impacto sobre los individuos, y que muy a menudo lo importante es que haya una ley; qué regla se adopte en definitiva es de significación restringida para la felicidad humana en general (pág. 96).

significativo) implica un cambio en esa ley, que puede obedecer a numerosos factores (el clima, las condiciones económicas, la perspectiva religiosa o aun alguna circunstancia ajena a los factores particulares que operan dentro de una sociedad como conjunto o de la tendencia histórica general). En un sentido amplio, sin embargo, si se quisiera descubrir el “espíritu del pueblo” (*Volksgeist*) a partir de su derecho, no debería observarse el sistema en su conjunto sino los detalles a partir de los cuales difiere de otros sistemas;

6) Ningún área del derecho privado puede considerarse extremadamente resistente al cambio como resultado de la influencia extranjera. Ni siquiera el derecho de familia, a pesar de la opinión general en contrario;

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

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

9) La ley extranjera puede ser influyente inclusive cuando sea totalmente malentendida⁶;

10) Las conclusiones precedentes muestran la importancia de la *autoridad* para los *transplantes* y para la ley en general. Es una característica muy marcada entre los abogados el no querer aparecer solos en sus decisiones. De ahí la fuerza de la doctrina del precedente en el derecho inglés, el hábito de los juristas romanos de citar a los colegas en apoyo y, hasta cierto punto, la frecuencia de los *transplantes*;

11) Una nación con gran inventiva en el derecho puede verse libre, en gran medida, de aceptar *transplantes*, aun en un tiempo en que la influencia ajena sea muy importante en otras materias para esa sociedad. Empero, no siempre es el caso⁷;

12) El derecho, como la tecnología, es en mucho fruto de la experiencia humana. Al igual que lo ocurrido con la rueda, importantes reglas legales son inventadas por un puñado de pueblos o naciones y, una vez inventadas, su valor puede prontamente ser apreciado y las reglas en sí mismas adoptadas para las necesidades de muchas naciones;

13) Para una sociedad, el hecho de mostrar un progreso cultural marcado e inventiva en un campo no es índice de que habrá un progreso similar en otros. Mucho más que otros pueblos

6 El autor ejemplifica con la influencia de Montesquieu y la doctrina de separación de poderes: “It is much disputed whether Montesquieu actually misunderstood the English constitution or was constructing an ideal constitution with England as its source. However this may be, his views were of fundamental importance to the framers of the American constitution though they were under no illusion as to the true nature of the English constitution...” (pág. 99).

7 El autor ejemplifica: “Late republican Rome is an instance of the first phenomenon, mediaeval England of the second”.

Europeos, los romanos y los ingleses han sido vitalmente importantes para el desarrollo de los campos tradicionales del derecho privado. La suprema contribución de los juristas italianos, franceses, holandeses y alemanes ha consistido más bien en la racionalización, sofisticación y adaptación de las reglas (que ya eran) del derecho romano.

El autor se pregunta, finalmente, acerca de la posibilidad y deseabilidad de un sistema jurídico unificado, al menos para todo el mundo occidental. Según su opinión, sería una tarea relativamente sencilla diseñar un código de derecho privado único (*single*) y básico, con la posibilidad de que cada nación sea libre de modificarlo en las partes que no concuerde. Esa revisión frecuente del código básico a la luz de las modificaciones nacionales resultaría en un período muy breve en un sistema jurídico virtualmente unitario (*unitary*). Sin embargo, uno podría preguntarse “si vale la pena el esfuerzo. Pero igualmente uno debe preguntarse si es sensato y si vale la pena tener derechos privados separados en cada uno de los cincuenta estados de los Estados Unidos de América; y tener un sistema legal para Escocia y otro para Inglaterra y Gales, especialmente cuando hay sólo una legislatura. El punto importante aquí, sugiero, no es la precisa aptitud del derecho para el territorio particular de que se trata. Se trata mucho más del valor psicológico de tener un sistema legal propio”⁸.

2.1.2. Como *epílogo* a la 2ª edición, WATSON recoge las críticas a su tesis (para muchos, *Legal Transplants* podía interpretarse como socavando el desarrollo de una teoría de derecho y sociedad).

El autor responde que cuando observaba varios sistemas durante un largo período, la imagen que emergía era de préstamo continuo y masivo y de longevidad de reglas e instituciones. La prevalencia del “préstamo” sugería una clave para entender patrones y cambio. Sistemas relacionados unos con otros a través de una serie de préstamos podrían, en sus similitudes y diferencias, indicar el ímpetu del crecimiento⁹.

Pero estos mismos préstamos y longevidad lo persuadieron de que no había una relación tan simple entre sociedad y derecho. Si el derecho en gran escala era copiado de un lugar muy diferente y sobrevivía a tiempos muy diversos, escasamente podía ser tenido como “el espíritu del pueblo” en forma general. Y si reglas fundamentales y principios y estructuras sobrevivían en condiciones económicas, sociales y políticas muy diferentes, difícilmente podían reflejar de manera adecuada la base económica o de poder¹⁰.

Para WATSON, entonces, no existe, aun en teoría, una simple correlación entre una sociedad y su derecho. No existe el equivalente de la “mano invisible” de la economía que, bajo perfectas condiciones, habría de mantener un balance entre oferta y demanda. La diferencia es que para que una ley o institución exista, se pida prestada o sea cambiada o

8 WATSON, op. cit., pág. 101.

9 Ídem, pág. 107.

10 Ibidem.

desaparezca, debe intervenir un acto oficial. Y ese acto puede ser difícil de lograr. Esos actos pueden ser leyes sancionadas por el soberano o por la legislatura, o el trabajo de normadores secundarios como jueces, juristas o académicos que, a su turno, sea aceptable para el gobierno. Sólo la legislación puede hacer cambios radicales, porque su dependencia de la autoridad es un ingrediente casi necesario en la creación subordinada del derecho... Las diferentes fuentes de derecho tienen diferentes impactos en el cambio legal, pero en todos los tiempos y en todos los lugares la perspectiva de los normadores está afectada por su cultura jurídica particular. Parte de la cultura es la elección de sistemas que son apropiados para transplantar, la aprobación o el desdén por la ley foránea. Esta cultura debe ser entendida e inyectada en la ecuación antes de que uno pueda empezar a erigir una teoría de derecho y sociedad¹¹.

Sentado esto, propone *nuevas conclusiones*, algunas de las cuales transcribimos:

1) WATSON se pregunta si puede establecerse un criterio que determine qué reglas son “pedidas a préstamo”. Su respuesta es que no existe un criterio social determinante; antes bien, el principal criterio es la *accesibilidad*. Ésta, a su turno, existe cuando: *a)* el sistema legal es escrito; *b)* está escrito en una forma relativamente fácil de encontrar y entender (esto incluye el idioma); *c)* está inmediatamente disponible¹².

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

3) La *costumbre* también puede transplantarse. Una regla que no se corresponde con el comportamiento acostumbrado en el lugar, puede ser adoptada y ser reconocida como derecho consuetudinario. Esto ocurre a menudo cuando un juez enfrentado con un caso real no puede descubrir ninguna norma local y debe buscar una solución en otra parte.

4) Debe enfatizarse el impacto de la cultura jurídica de la élite jurídica sobre el cambio legal¹³.

5) El “transplante” frecuentemente (o, quizá, siempre) implica transformación jurídica.

11 Ibidem, pág. 108.

12 Para el autor, “on this basis we can explain the huge borrowing from Roman law through the medium of Justinian’s *Corpus Juris Civilis*; the impact of Visigothic law in Spain after the Reconquista as a result of the *Liber iudiciorum* and its translation into Castilian as the *Fuero Juzgo*; the spread of English law in large measure on the basis of Blackstone’s *Commentaries*; and the great influence of French law on codifications in Europe and Latin America flowing from the *Code Civil* of 1804” (ibidem, pág. 113).

13 Ejemplificando con el “transplante” de la codificación suiza a la Turquía de Atatürk en 1926, WATSON recuerda los estudios de derecho del ministro de justicia turco: “The choice of law was that of a politician who was a lawyer, yet the choice was made because of his legal culture, not because Swiss law was obviously particularly appropriate politically or economically, compared with other modern civil codes. The geographical, economic, social, religious, and political differences between Turkey after World War I and earlier Switzerland are, of course, enormous, but in very great measure one system of private law suited both or was made to suit both. It must be stressed that the Swiss draftsmen considered their codes to be very much Swiss national feeling. The Turkish choice to adopt Swiss law was by no means random, but how is one to fit this choice into any general theory of law and society?” (ibidem, págs. 115/116).

Aun cuando la norma transplantada permanezca inalterada, su impacto en un medio social nuevo puede ser diferente. La inserción de una norma extranjera en otro sistema complejo puede provocar que ella opere de una manera renovada.

6) El conocimiento de un número de sistemas, relacionados o no relacionados entre sí, puede permitirnos algunas conclusiones generales: que a menudo los gobiernos están poco interesados en la elaboración de normas; que la legislación masiva, como la codificación, frecuentemente carece de un mensaje social específicamente diseñado para la sociedad a la que se dirige; que mucho de la elaboración de normas se deja en manos de una élite jurídica subordinada, como la de los jueces o los juristas; y que esos normadores subordinados tienden a elaborar normas conforme a la cultura jurídica que crean para sí mismos.

7) Finalmente, WATSON concluye que si el “préstamo” es la manera principal en que el derecho se desarrolla, y si la élite normadora está limitada por su cultura jurídica, y si esa cultura jurídica está restringida por aquello que la élite no conoce, de todo ello se sigue que la calidad de la educación jurídica –incluyendo el Derecho Comparado– juega un poderoso rol en la reforma legal.

2.2. A. C. Papachristos y la recepción como fenómeno de sociología jurídica

Para una mejor comprensión de la tesis y las ejemplificaciones de este autor¹⁴, es menester situarse temporalmente en la década del '70. Lo primero a destacar es la afirmación según la cual la recepción de derechos extranjeros es un fenómeno de *sociología jurídica*¹⁵. Es desde esta base que apunta dos caracteres:

a) su condición de fenómeno *excepcional*, toda vez que en estos supuestos no se legisla según los datos sociológicos y teniendo en cuenta la realidad social –fundamental para la sociología jurídica– sino que se recibe un derecho extranjero;

b) su condición de fenómeno de *aculturación jurídica*, puesto que el proceso de reemplazo de un orden jurídico autóctono por otro extranjero importa que ambas culturas jurídicas entren en contacto, se confronten, se penetren.

La obra se divide en dos partes: las *causas* y los *efectos* de la recepción.

2.2.1. En cuanto a las *causas* de la recepción¹⁶, PAPACHRISTOS reclama que deben buscarse en el medio social receptor (*milieu social récepteur*): si el legislador se vuelca hacia el extranjero para rehacer su sistema jurídico es porque las condiciones sociológicas de ese

14 PAPACHRISTOS, A. C., “La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique”, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1975.

15 El dato es destacado desde el prólogo mismo de Jean Carbonnier y en la introducción del autor.

16 Cf. PAPACHRISTOS, op. cit., págs. 5 y ss.

medio imponen esa solución. En otras palabras, si una sociedad puede recibir un derecho extranjero no es en razón de propiedades inherentes a la naturaleza de éste sino en función de mutaciones socio-económicas que exigen la refundación del sistema jurídico.

Dentro de los tipos de recepción que sindica¹⁷, nos interesa destacar el de la *importación*, entendida como introducción voluntaria y consciente de uno o varios códigos extranjeros contemporáneos¹⁸. Entre los ejemplos propuestos están las recepciones del Código Civil francés en América Latina (luego de la independencia de las colonias españolas y portuguesas) y las recepciones recientes de derechos europeos en África Negra (luego del proceso de descolonización).

El autor explica estos casos en su “contexto socio-económico y político”: la aparición y desarrollo de un sector económico capitalista –que coexiste durante un período de transición con las formas de producción feudal– hace necesaria la reforma jurídica¹⁹.

En lo que a nuestra realidad concierne, destacamos la afirmación de PAPACHRISTOS según la cual las sociedades que han tardado en acceder a la era capitalista están obligadas a seguir el modelo ofrecido por los países desarrollados. Y ello por dos razones: por un lado, porque el desarrollo económico está subordinado a las relaciones económicas con los países desarrollados que de todos modos imponen sus métodos y sus sistemas de valores; por otro lado, por la fascinación indiscutible que ejerce el modelo occidental. El autor concluye que la recepción de derechos extranjeros contemporáneos entra en este contexto: bajo la presión de los tiempos, el legislador nacional no duda en recurrir a los sistemas jurídicos extranjeros, contando con la acción benéfica que éstos traerán a su medio social. Sin embargo, también advierte sobre los aspectos “voluntaristas” de estas opciones.

América Latina es puesta como ejemplo de semejante “voluntarismo”: luego de la revolución e independencia económica y política de estos países, el carácter feudal de la sociedad se mantuvo en un contexto político y jurídico transformado. Las instituciones políticas y jurídicas se inspiraron en el modelo ofrecido por la Revolución francesa y norteamericana: un estado teóricamente democrático y un sistema jurídico liberal. No obstante, las contradicciones que existen entre la persistencia de estructuras socio-económicas de tipo feudal y las superestructuras estatales y jurídicas reflejan el carácter ambiguo de las sociedades latinoamericanas. Este contraste resultaba de la voluntad de las élites de seguir a

17 Se trata de las recepciones voluntarias de *resurrección* de un derecho antiguo, de *importación* de un derecho extranjero contemporáneo y de *transplante*, y la recepción involuntaria derivada de la *anexión* y de la *colonización*.

18 PAPACHRISTOS, op. cit., págs. 21 y ss.

19 “Comme nous l’avons vu, la formation et le développement du mode de production capitaliste suppose l’existence d’un système juridique cohérent, certain et rationnel, contenant les cadres juridiques indispensables à l’apparition et à l’évolution de ce mode de production qui se fonde sur la propriété privée et la libre circulation des biens. Un système juridique général, fixé d’avance, de sorte qu’on «pourrait calculer au préalable les applications», assurant la liberté civile individuelle” (idem, pág. 21).

los países desarrollados de Europa y América del Norte no obstante el retardo del desarrollo socio-económico.

2.2.2. Existen, asimismo, *factores* de la recepción²⁰.

Entre los factores *favorables* a la *importación* de derecho extranjero, PAPACHRISTOS señala:

a) La *idea de desarrollo económico*, de donde surge la necesidad de crear las estructuras jurídicas apropiadas a las exigencias de aquél. Las élites que se disponen a intentar el despegue económico y social tienen la convicción de que ese derecho extranjero no es solo la condición del desarrollo sino, también y sobre todo, un estimulante irresistible del que se pueden servir para la realización de sus objetivos. Sin embargo, cabe considerar que un derecho demasiado avanzado respecto de las estructuras económicas, sociales y mentales puede ser tan peligroso como un sistema jurídico perimido²¹.

b) La *influencia de las élites intelectuales*, que aparecen tan pronto como las mutaciones que marcan y condicionan el paso de un modo de producción a otro. Esas élites tienen por meta organizar política e ideológicamente a la clase burguesa, todavía amorfa e incoherente. En materia jurídica, los intelectuales son los primeros en insistir sobre la necesidad de la reforma del sistema jurídico. En un país subdesarrollado o en vías de desarrollo, las élites intelectuales demandan la recepción de un derecho extranjero, a fin de dotar a la burguesía naciente de una herramienta jurídica que permita su pleno desarrollo y asegurarle su hegemonía ideológica.

c) El *estado del sistema jurídico autóctono*, muchas veces impregnado de religión y de mito. La transición hacia la economía moderna implica la instauración de un sistema jurídico suficientemente coherente, racional, cierto, apropiado para crear las estructuras jurídicas exigidas por el desarrollo económico. Los derechos tradicionales tienen serias dificultades (cuando no la imposibilidad) de adaptarse rápidamente a las exigencias de la transformación económica.

d) La *influencia extranjera*, manifestada en el ejercicio de presión política y económica cuyo objetivo es la instalación de un sistema jurídico que garantice los intereses económicos de los países desarrollados. Este sistema jurídico no es otro que el moderno derecho occidental, que puede crear un clima de seguridad y confianza.

Otros dos factores favorables²² son las *fuentes jurídicas comunes*²³ y la *lengua común*²⁴.

20 Ibidem, págs. 40 y ss.

21 Ibidem, pág. 54, donde se ejemplifica con el caso de la colectivización forzada de tierras en China, que produjo un freno al desarrollo por la resistencia a su instalación.

22 Aplicables a la importación de derechos, bien que el autor los señala respecto del fenómeno de *transplante* (págs. 66 y ss.).

23 El autor ejemplifica con los Estados Unidos y el “transplante” del *common law*, no obstante la mejor opción que constituía la recepción del Código Civil francés.

24 El autor ejemplifica con el caso de Quebec y el mantenimiento del derecho privado francés como medio de salvaguardar la lengua francesa, amenazada por el avance del inglés.

Entre los factores *desfavorables* a la recepción, PAPACHRISTOS destaca:

a) El *nacionalismo jurídico*, que exalta el valor del sistema jurídico en razón de su carácter nacional. La *escuela histórica del derecho* insistía sobre la importancia y el valor del derecho nacional, producto directo y espontáneo del espíritu popular. El legislador debe reproducir ese derecho, teniendo siempre en cuenta las reglas jurídicas preexistentes.

b) El *factor lingüístico*, toda vez que la recepción supone, al menos en principio, la traducción del derecho extranjero y más precisamente del código que sirve de modelo. Las dificultades residen en la naturaleza del objeto a traducir, el riesgo de alterar la coherencia o de cambiar el sentido originario de los contenidos legislativos, la dosis de “realidad social” que refleja el vocabulario jurídico, la inexistencia de términos equivalentes en el lenguaje del receptor, la existencia de términos equivalentes pero de diverso valor semántico, etcétera.

2.2.3. Finalmente, en cuanto a los *efectos* de la recepción²⁵, PAPACHRISTOS advierte sobre las modificaciones de las instituciones y los cambios de actitud de las personas que deben adaptarse al nuevo modelo normativo de origen extranjero. Ello da pie a un fenómeno de *aculturación jurídica* del medio social receptor.

Así, puede ocurrir que existan *resistencias* al derecho recibido, que obedezcan a diversas razones: religiosas, culturales, prácticas.

De igual modo, puede darse el fenómeno inverso de *aclimatación* del derecho recibido, a través del rol de los tribunales estatales, del legislador y, en menor medida, de la doctrina y de la sociología jurídica. Ese trabajo de aclimatación, destinado a adaptar el derecho extranjero a las condiciones específicas del medio receptor y a limar las resistencias, se puede revelar eficaz, particularmente si se basa en un conocimiento profundo de la realidad social.

2.2.4. En suma, para PAPACHRISTOS la recepción no resulta ni de una tendencia natural de los derechos a acercarse ni de la voluntad de un cuerpo social de imitar el modelo jurídico extranjero, sino de las transformaciones económicas del medio receptor que exigen el cambio del derecho existente. Por tanto, la voluntad de introducir un sistema jurídico ya probado es la que explica la recepción²⁶.

El autor finaliza advirtiendo contra el “fetichismo” del derecho recibido: el desarrollo de la nueva estructura social no depende solamente del derecho; éste puede condicionar las transformaciones socio-económicas pero no imponerlas.

La sugerencia que la sociología jurídica podría hacer al legislador es la toma de conciencia de los límites de la recepción de derechos extranjeros y de la necesidad de adaptar las reglas recibidas a las particularidades del medio social receptor.

25 PAPACHRISTOS, op. cit., págs. 79 y ss.

26 Cf. PAPACHRISTOS, op. cit., pág. 141.

2.3. M. A. Ciuro Caldani y la recepción como dinámica del derecho universal

Estrictamente considerada, la *recepción* es para CIURO CALDANI “el acto consciente –planificado o espontáneo– por el que un marco jurídico produce un derecho propio siguiendo un modelo que le es ajeno y considera razonable”²⁷. En el otro extremo del arco se encuentra la *originalidad* del derecho; ambos deben ser estudiados –siguiendo las categorías de la teoría trialista del mundo jurídico²⁸– en sus dimensiones sociológica, normológica y axiológica²⁹.

2.3.1. Desde una perspectiva *sociológica*, es importante discernir el carácter propio o recibido de las diversas características de los repartos (i.e., respecto de los repartidores, recipiendarios, objetos, formas y razones). En relación con el orden de las adjudicaciones, el autor destaca que la originalidad genera un orden más sólido, en tanto que la recepción es una “vicisitud de género ‘revolucionario’ en el régimen receptor, que se perfecciona como tal si hay modificación en los supremos repartidores y en los supremos criterios de reparto, produciéndose anarquía en dicho orden receptor. Puede hablarse, al hilo de esta perspectiva, de revoluciones y anarquías originarias y recibidas”³⁰.

La verdadera *recepción* exige que los repartidores del régimen receptor conserven de cierto modo su calidad de tales y evidencian un fenómeno de *autonomía* por acuerdo entre el país receptor y el de origen y de *ejemplaridad* en que la comunidad receptora sigue (mediante su plan de gobierno en marcha o una ejemplaridad interna) el modelo considerado razonable que se recibe del otro derecho³¹.

Por cierto, resultan atinadas las advertencias acerca de los *límites necesarios* con que pueden precipitarse originalidad y recepción: “En todo caso, han de tenerse en cuenta las dificultades para el desarrollo ilimitado de la originalidad y para influir, por recepción jurídica,

27 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lineamientos filosóficos del derecho universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, pág. 151, aclarando que “aunque las diferencias pueden llegar a ser muy sutiles, urge no confundir el fenómeno de recepción, apoyado en la ejemplaridad, con los fenómenos de dominación en que la transmigración es impuesta” (pág. 152). V. asimismo del autor, “Hacia una teoría general de la recepción del derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, N° 8, págs. 73 y ss.

28 Respecto de la teoría trialista del mundo jurídico puede verse GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/1984; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

29 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Originalidad y recepción en el derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1987, N° 9, págs. 33 y ss.

30 CIURO CALDANI, “Originalidad...” cit., pág. 34.

31 Ídem, pág. 35.

en el complejo de fuerzas que intervienen en la vida”³².

2.3.2. Desde una perspectiva *normológica*, la recepción puede referirse a normas, a principios de normas o a meros criterios, considerados aisladamente o en conjuntos meramente ordenados o sistemáticos³³.

A los fines de cualquier investigación seria sobre la recepción de un modelo extranjero, resultan particularmente valiosas estas ideas:

a) A diferencia de la originalidad, la recepción dificulta la realización de los valores *fidelidad*³⁴ y *exactitud*³⁵ de las normas y del ordenamiento; la exactitud se hace especialmente difícil en el Derecho Público y en los sectores altos del ordenamiento³⁶;

b) La recepción supone un *extraterritorialismo ilimitado*, en el que no hay elementos extranjeros relevantes. La principal orientación, entonces, ha de ser la *protección* del elemento nacional³⁷;

c) La recepción tiene mayores obstáculos para la interpretación, pues “divide” los despliegues del papel del repartidor y distancia a la comunidad donde ha de aplicarse la norma respecto de la auténtica voluntad del autor³⁸;

d) La recepción aumenta las posibilidades de carencias históricas por novedad jurídica (necesidad de *asimilación*)³⁹;

e) La recepción hace que la aplicación de la norma sea más difícil: el *encuadramiento* no tiene tanta afinidad entre casos y normas y la *efectivización* de las consecuencias jurídicas se apoya menos en los propios factores sociales⁴⁰;

f) La recepción “se apoya principalmente en las relaciones verticales de producción de normas, que realizan el valor subordinación; distancia los contenidos, respecto de esas relaciones de producción y de los otros contenidos, con especiales dificultades para la satisfacción de los valores *ilación* y *concordancia* y también genera obstáculos para las relaciones horizontales de producción, que realizan el valor *infallibilidad*. Se producen así, además, dificultades para la satisfacción del valor *coherencia*”⁴¹;

32 Ibidem.

33 Ibidem.

34 Es decir, el hecho que las normas capten con acierto la voluntad de sus autores (cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía de la Jurisdicción”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, pág. 57).

35 Es decir, el hecho que las normas se cumplan (ídem).

36 Bien podría ejemplificarse con la recepción del derecho constitucional estadounidense en la Argentina.

37 CIURO CALDANI, “Originalidad...” cit., pág. 36. El autor concluye que “cuando esta protección no se realiza en la medida debida, la recepción no es cauce de coexistencia o integración, sino de colonialismo y desintegración”.

38 Ídem.

39 Ibidem.

40 Ibidem.

41 Ibidem.

g) En el nivel internacional, la recepción incrementa las posibilidades de *fidelidad* (porque se forman “familias” de derechos), obstaculizándose por su parte la *exactitud*⁴².

2.3.3. Desde una perspectiva *axiológica*, el autor estudia las relaciones del binomio «originalidad-recepción» con las diversas posibilidades valiosas del derecho y, particularmente, con las diferentes perspectivas de la justicia⁴³.

De singular interés para las preferencias valorativas de nuestro tiempo resultan las relaciones con la *seguridad jurídica*: “El desarrollo de la originalidad ‘*fracciona*’ los despliegues de justicia que podrían tenerse en cuenta mediante la recepción del derecho extranjero y, en consecuencia, produce más *seguridad jurídica*. La recepción significa cierto ‘*desfraccionamiento*’, porque no se limita a los despliegues de justicia tenidos en cuenta en el Derecho propio y, como tal, genera *inseguridad*...”⁴⁴.

Finalmente, en cuanto a la tensión *unicidad - igualdad*, “la originalidad encuentra su más directo apoyo dikiológico en la *unicidad* de cada hombre y cada pueblo; en tanto que la recepción se fundamenta cuando está en juego la *igualdad*. Como todos los hombres somos únicos e iguales, originalidad y recepción deben combinarse debidamente con miras a la plena personalización. Por el contrario, la originalidad se torna injusta cuando pueden recibirse soluciones extranjeras superiores valiosas en nuestra situación, porque somos iguales a los extranjeros, y la recepción es ‘desvaliosa’ cuando ignora los valores distintos que nos corresponde realizar en nuestra propia situación. El Derecho Internacional Privado, que debe servir a la unicidad, es marco para la originalidad; el Derecho Uniforme, que ha de servir a la igualdad, es frecuente resultado de la recepción”⁴⁵.

2.3.4. El autor ha retomado el tema en una reciente obra⁴⁶, dando cuenta de la *aceleración* de los cambios de la cultura occidental y su correlativa *expansión* a nivel espacial⁴⁷, con la consiguiente dominación del modelo jurídico anglosajón: “Con miras a ejemplificar lo expuesto, cabe señalar que el desarrollo del sistema económico capitalista está promoviendo que la expansión o al menos la sobreactuación del modelo jurídico anglosajón provoquen la reducción o mínimamente el vaciamiento de otros sistemas jurídicos, diversos porque aunque más no fuera no son tan intensamente capitalistas. Tal vez la reducción y el vaciamiento afecten así incluso al capitalismo tradicionalmente menos radical que ha venido predominando en

42 Ibidem, pág. 37.

43 Ibidem.

44 Ibidem: “Del ‘desorden’ y de la ‘inseguridad’ introducidos en la vida gauchesca por la recepción se lamenta, en 1872, ‘Martín Fierro’, cuando dice: ‘Yo he conocido esta tierra / en que el paisano vivía / ...’ (I, 133/134)”.

45 Ibidem.

46 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El derecho universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

47 Cf. ídem, pág. 14.

Europa Occidental”⁴⁸.

Así, resultan herramientas sumamente útiles los conceptos de *expansión* y de *retracción* en los respectivos espacios de referencia y de *permeabilidad* en el medio receptor⁴⁹. Análogamente, importa destacar las ideas de *monorrecepción* y de *polirrecepción* (según se reciban uno o varios modelos extranjeros). En este último caso, es vital tener presente el *ajuste* entre los diversos elementos recibidos. En ambos casos, urge observar los resultados de *asimilación* o *rechazo* del modelo extranjero⁵⁰.

De similar interés aparece el concepto de *pararrecepción*: “Cuando la recepción no penetra directamente por el área jurídica, sino por otros ámbitos de la cultura (por ejemplo los ideales políticos, religiosos, etc.) se produce una ‘pararrecepción’. Si la recepción se desenvuelve en sentidos legítimos expresa relaciones de coexistencia de unidades independientes o de integración; si es bloqueada de modo indebido se produce el aislamiento y cuando tiene mayores alcances que los legítimos hay dominación y desintegración del ámbito receptor. La superposición realmente tal significa integración”⁵¹.

Al igual que PAPACHRISTOS, CIURO CALDANI alerta sobre la recepción del derecho de un país capitalista en otro de rasgos feudales, lo que “puede producir un importante fenómeno de desviación, a menudo con alcances perjudiciales”⁵².

3. Una mirada extranjera al fenómeno de recepción en el derecho argentino

Las opiniones de JONATHAN MILLER, profesor de la Southwestern University School of Law, interesan particularmente por sus investigaciones sobre aspectos de la recepción argentina de derecho extranjero⁵³, en especial estadounidense⁵⁴.

48 Ibidem, pág. 30.

49 Ibidem, pág. 32.

50 Ibidem.

51 Ibidem, pág. 33.

52 Ibidem, pág. 34.

53 Seguimos principalmente en esto el trabajo gentilmente facilitado por la Universidad Torcuato Di Tella, MILLER, Jonathan, “A Typology of Legal Transplants”, y autorizada su cita por el autor. Asimismo, resultan atinentes a este tema: MILLER, Jonathan, “Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process” (inedited); “Evaluating the Argentine Supreme Court under President Alfonsín and Menem (1983-1999)”, Volume 7, Sw. J. of L. & Trade Am. 369 (2001); “The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite’s Leap of Faith”, 46 Am. U. L. Rev. 1483 (1997).

54 Según MILLER la adopción por el constituyente argentino del modelo estadounidense de control judicial de los otros dos poderes, fue el primer trasplante significativo fuera de los Estados Unidos. Esta recepción ocurrió mucho antes de que el modelo recibiera alguna consideración seria en Europa. Con el control judicial de la Corte Suprema argentina operando desde 1863 y aun durante gobiernos militares, la Argentina tiene la historia más larga de revisión judicial en el mundo después de los Estados Unidos. Este fenómeno de recepción es interesante porque muchos de los intelectuales argentinos demostraron un entendimiento sumamente realista

El autor entiende que los *transplantes legales* pueden ser reducidos a cuatro tipos, cada uno de los cuales está vinculado a una serie de factores que motivan el transplante, y que escasamente se encuentran en forma pura. La tipología que propone es meramente descriptiva y no predice por sí misma si un transplante será exitoso:

1) El transplante para ahorrar costos (*cost-saving transplant*). Se trata de una recepción dirigida a ahorrar tiempo haciendo lo que otro país ya ha comprobado y a evitar la necesidad de destinar recursos desarrollando soluciones autóctonas. Según el autor, los ejemplos de este tipo de transplantes abundan, aunque sea difícil encontrarlos en su forma pura: a menudo, existe superposición con el tipo iv (“transplante generador de legitimidad”), a raíz de la influencia que sobre la elección del modelo ejerce el prestigio del país u organización exportadores⁵⁵.

2) El transplante impuesto externamente (*externally dictated transplant*). Se trata de un tipo de recepción ubicuo a través de todo el mundo, pero particularmente en los países en vías de desarrollo. Este tipo se distingue del resto porque los receptores del derecho transplantado están motivados por presiones extranjeras y oportunidades que demandan la adopción del modelo. Asimismo, gran parte de la ratificación local de derecho internacional público ocurre en virtud de oportunidades y presiones externas. En realidad, aun los regímenes de unificación legal diseñados para facilitar el comercio internacional son transplantes por imposición externa, dada la extremadamente limitada participación de los países en vías de desarrollo en su proceso y la necesidad de eliminar barreras comerciales y de alentar inversiones⁵⁶.

3) El transplante como vehículo para la inversión personal (*transplant as a vehicle for individual investment*). Un claro estímulo para el transplante legal es la presencia en el país receptor de individuos interesados en la estructura legal foránea de manera de que puedan obtener beneficios políticos o económicos por ello. Este tipo de transplante no presume que los individuos actúen sólo a partir de motivos pecuniarios; antes bien, aquellos involucrados pueden estar impulsados por un enorme idealismo. Sin embargo, su inversión en el transplante consiste en desarrollar una experticia que ofrece beneficios concretos y sin esos beneficios se

de los beneficios y de los peligros del control judicial y una comprensión de la naturaleza de ese proceso que excedía el de muchos de sus contemporáneos en los Estados Unidos. Sin embargo, la verdadera adopción del sistema también dependía de la fe en el modelo estadounidense, con recurrentes auxilios en la práctica de la Corte Suprema de ese país brindando una fuente de autoridad que el debate lógico no podía proveer. De ahí que concluya que los debates argentinos sobre control judicial son una extraña combinación de una sofisticación intelectual enorme con una ingenua necesidad de emular.

55 Con cita de la Profesora Raquel Cynthia Alianak (“Ley nacional sobre residuos peligrosos 24.051. Decreto reglamentario 831/93”, en “La Ley”, 1994-A-811), el autor ejemplifica con la legislación argentina sobre residuos peligrosos, virtualmente copiada de la legislación estadounidense.

56 Con cita de Federico Videla Escalada (“Manual de Derecho Aeronáutico”, 2ª ed. actualizada, 1996), el autor ejemplifica con la presión estadounidense para que la Argentina cumpla con estándares de seguridad aeronáutica.

seguirían cursos alternativos⁵⁷.

4) El transplante como generador de legitimidad (*legitimacy-generating transplant*). MILLER parte de los tipos de dominación legítima no basados únicamente en la fuerza propuestos por Max Weber: la dominación *racional*, basada en la creencia en la legitimidad de las reglas sancionadas y en el derecho de aquellos elegidos como autoridad bajo aquellas reglas para emitir órdenes; la dominación *tradicional*, en la que la autoridad descansa en una creencia arraigada en la santidad de tradiciones inmemoriales y en la legitimidad de quienes ejercen la autoridad bajo éstas; y la dominación *carismática*, en que la autoridad reposa en la excepcional santidad, heroísmo o carácter de una determinada persona, elevada por sobre sus pares, quizá debido a su poder militar o a través de una elección. Según MILLER, mientras los tres tipos de autoridad están presentes en la sociedad contemporánea –y la toma de decisión judicial involucra elementos de todos los tres–, un estado moderno, basado en el estado de derecho, requiere un fuerte elemento de autoridad racional. Sin embargo, no hay motivos para pensar que la autoridad racional aparezca espontáneamente. Los países en vías de desarrollo sufren de aparatos estatales débiles y sus poblaciones tienen escasa fe en el estado de derecho. En ese contexto, careciendo de opciones dentro de los tres tipos weberianos, el *prestigio* de un modelo extranjero puede proveer la autoridad faltante. A este cuarto tipo MILLER lo denomina el “talisman extranjero” (*foreign talisman*)⁵⁸.

3.1. Precisamente en torno a este “cuarto tipo”, señala las siguientes características distintivas:

a) Los aspectos claves del modelo se adoptan sin debate respecto de su contenido específico y las réplicas a las críticas basadas en el contenido no se dirigen a las críticas en sí

57 Para MILLER, un ejemplo puramente de este tipo sería aquel de un individuo o varios individuos que viajan al exterior a estudiar un área particular del derecho, vuelven a su país de origen con el título extranjero en esa área, establecen un estudio jurídico o una ONG en el campo relevante y entonces trabajan con legisladores para lograr la sanción de una ley basada en el modelo de regulación que fue materia de estudio en el exterior. El autor pone el caso del Código de Ética de la Función Pública, inspirado claramente en los *U.S. Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch*, a partir de relaciones personales y experiencias previas en convenciones internacionales de ciertos funcionarios públicos argentinos.

58 MILLER, “The authority of a foreign talisman...” cit. El autor señala allí que en el último tercio del siglo XIX la necesidad de fortalecer la legitimidad del estado llevó al gobierno argentino a seguir las prácticas constitucionales estadounidenses aun en situaciones en que tales prácticas tenían poco sentido y ninguna conexión con los problemas argentinos. “An example of the legitimacy-generating type of transplant using the prestige of a foreign model might be the country that emerges from decades of dictatorship or civil war, where law was irrelevant to the daily life of most citizens, with the country now facing a need to quickly establish institutions with instant legitimacy. If the foreign model, say a Presidential system with a bicameral legislature and an independent judiciary, enjoys sufficient prestige because of the model’s success in its country of origin or because of the general admiration with which the country of origin is held, the elite of the recipient state may rally around the model as the quickest way of restoring authority to the system and perhaps avoid further authoritarianism or civil war. In such scenarios, the need to find authority in a model may outweigh any countervailing considerations such as the appropriateness of the model, since the foreign model is to a substantial degree what maintains faith in the system” (págs. 1488/1489).

mismas sino a invocar la importancia del modelo. De todos los tipos de trasplante, este es el más susceptible de darse sin debate racional acerca de su contenido⁵⁹.

b) El modelo es aceptado por personas de intereses políticos diversos, no obstante que partes del modelo puedan no adecuarse a sus objetivos sustanciales.

c) Existe la voluntad de renunciar una futura autonomía a favor del modelo. El modelo es una forma de *talismán*, y se asume que el solo hecho de seguir el modelo producirá buenos resultados, sin necesidad de adaptación futura. El poder para interpretar el modelo no necesariamente debe descansar en las instituciones domésticas, y los participantes políticos pueden dudar de la habilidad de éstas para interpretar el modelo sin corromperlo. A diferencia de otros tipos de trasplante, la interpretación del modelo por instituciones extranjeras es apropiada, porque las domésticas sólo gozan de autoridad como adjuntas al prestigio del modelo.

Cuanto más grande es el rol del trasplante en conferir autoridad, mayor será la expectativa de veneración que implican los tres caracteres antes señalados, ya sea que se expresen sinceramente o no.

3.2. Lo que resulta de especial interés en las ideas reseñadas, es el ejemplo de *legitimacy-generating transplant* de la historia argentina reciente que el autor brinda: la decisión de incorporar diez tratados internacionales sobre derechos humanos a la Constitución, dándoles *status* constitucional, en la Reforma de 1994.

MILLER recuerda la génesis del proceso de reforma (Pacto de Olivos, celebrado entre Carlos Menem, Presidente de Argentina y cabeza del Partido Peronista, y Raúl Alfonsín, ex Presidente de Argentina y cabeza del opositor Partido Radical). El pacto selló un acuerdo político según el cual Menem podría correr con un segundo período como Presidente y Alfonsín obtener un mayor espacio político a través del tercer senador por provincia y una mayor autonomía política de la Capital Federal. La ley 24.309 (de convocatoria de la convención constituyente, Núcleo de Coincidencias Básicas) perseguía atar la reforma a los términos del pacto. Sin embargo, algunas pocas cuestiones se dejaron libradas a la discreción de la Convención: el *status* constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos cayó dentro de esta autorización.

La Convención Constituyente tenía claros problemas de legitimación; su constitucionalidad misma se puso en dudas⁶⁰. Una manera de tratar de incrementar la legitimación de la

59 "For the Legitimacy-Generating Transplant, however, because the model itself is authority, modifications imply that the model is less than perfect as authority for the country adopting it. Academic work focuses on explaining the model, not on adapting the model to local conditions. Those who question the model may find their authority to engage in such questioning placed in doubt" (MILLER, "A Typology..." cit., pág. 24).

60 Ciertamente, pueden recordarse los aportes de PADILLA, Miguel M., "Constitución de la Nación Argentina", 4ª ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1999, "Introducción", págs. 15/16; BIDART CAMPOS, Germán, "La ley 24.309 y la fijación del temario de reforma de la Constitución", "El Derecho", 156-916; COLAUTTI, Carlos,

Convención y el sistema político resultante era la incorporación del derecho internacional sobre derechos humanos a la Constitución.

Para MILLER la cláusula sancionada por la Convención es sorprendentemente ambiciosa, al incorporar diez tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos como parte de la Constitución, y carece de precedente en toda América. Con ello, cientos de derechos individuales adquirieron jerarquía constitucional, sin más discusiones que las generadas en torno al derecho de réplica⁶¹.

Si bien se leen los diarios de sesiones de la Constituyente –continúa MILLER–, se advertirá que los largos discursos en torno a esta incorporación constituían en realidad alegatos acerca de la importancia de los derechos humanos. Los defensores de la reforma también enfatizaron dos puntos: 1) que la Argentina se había beneficiado durante el gobierno militar de 1976-1983 de la intervención de organismos internacionales de derechos humanos y que podría seguir haciéndolo en lo futuro; 2) que la incorporación de los tratados vincularía a la Argentina a los países del mundo respetuosos de esos derechos, dándole la legitimación moral de esos estados. Lo primero es una manera de decir que las instituciones argentinas necesitan la legitimación adicional provista por la supervisión internacional; lo segundo, persigue dotar al ordenamiento jurídico argentino la legitimación de una pátina de “derechos humanos”. Según esta visión, el ordenamiento sobre derechos humanos es legítimo no sólo por la autoridad racional que le da la sanción y promulgación de acuerdo con procedimientos establecidos sino porque es parte de una red de comprobables “buenos” derechos adoptados por “buenos” países. En algún sentido, el derecho internacional de los derechos humanos brinda la legitimación que alguna vez pudo encontrarse en el derecho natural. Además, la incorporación constitucional de los tratados internacionales permitió a la Convención diferenciarse de los gobiernos militares anteriores, lo que también persiguió con otros artículos que disponen la vigencia de la Constitución aun durante gobiernos de facto.

MILLER destaca que las objeciones de la oposición a la incorporación sin más de esos tratados directamente no fueron contestadas. Aparentemente, la mayoría de los convencionales se sentía cómoda en aceptar la autoridad superior del derecho y las instituciones internacionales y no creyó necesario entrar en un análisis detallado del contenido de la decisión.

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación también utilizó el derecho internacional de derechos humanos como fuente de autoridad para legitimar sus decisiones, habida cuenta de su deteriorada reputación y su comprobada falta de independencia en

“Reflexiones acerca de la ley que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional”, “La Ley”, 1994-B-767; AMAYA, Jorge Alejandro, “El esquema de las libertades básicas iguales de Rawls y la cláusula cerrojo de la ley 24.309. El debate político y la libertad de expresión”, en “Revista Científica de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)”, N° 2, Bs. As., primavera de 2000, etcétera. Dos diputados socialistas intentaron detener la Convención pero el caso fue rechazado por la CSJN por falta de legitimación (*Polino c. Nación Argentina –Poder Ejecutivo–*, “Fallos”, 317:335).

61 Por cierto, motorizadas por la prensa.

cuestiones sensibles al Poder Ejecutivo durante la década de los '90.

En efecto, una de las pocas cuestiones en las que la señalada “mayoría automática” (fiel a los designios del Poder Ejecutivo) se unía a la minoría era la necesidad de declarar agresivamente la fidelidad al derecho internacional de derechos humanos. Esto no quiere decir que lo hiciera siempre de manera consistente⁶². No obstante, la Corte ha ido más allá, al declarar unánimemente que al establecer que los tratados internacionales se incorporan “en las condiciones de su vigencia”, la Constitución buscó incluir la jurisprudencia de los tribunales internacionales, desde que las interpretaciones de esos tribunales indican las condiciones bajo las cuales los instrumentos internacionales están vigentes⁶³. Así, Argentina no sólo incorporó los instrumentos internacionales a su Constitución sino que vinculó sus tribunales a la jurisprudencia de tribunales internacionales en su interpretación de esos instrumentos.

Elementalmente, esto no era una exigencia de la norma. Particularmente en países con tradición de derecho continental en que el rol del precedente es débil, el entendimiento de una norma legal no incluye típicamente la jurisprudencia que la interpreta. Sin embargo, la Corte buscó atarse al prestigio de tribunales internacionales de derechos humanos, invocando la jurisprudencia de esos tribunales aun cuando no lo necesitara, presumiblemente para tratar de incrementar la legitimación de sus decisiones y en la percepción de que se trataba de una tendencia progresivamente compartida.

Según el autor, las características señaladas para este tipo de transplante se dan en el caso argentino: 1) el debate en la Convención tuvo lugar con poca discusión acerca del contenido del modelo; antes bien, se destacó sólo la importancia del derecho internacional de derechos humanos y la necesidad de su incorporación al ordenamiento argentino; 2) la aceptación del modelo ha incluido políticos y jueces de todo el espectro ideológico, constituyéndose el transplante en herramienta para alcanzar otros objetivos; 3) en la anunciada voluntad de la Corte Suprema de aceptar la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y en la voluntad de los convencionales de aceptar esta sujeción argentina a este derecho como un fin en sí mismo, la Argentina parece dispuesta a resignar la autonomía doméstica a favor del modelo.

4. Conclusiones

La historia del derecho argentino tiene ejemplos de transplantes responsables⁶⁴ y

62 V., vgr., *Bramajo*, CSJN, “Fallos”, 319:1840.

63 *Giroldi*, CSJN, “Fallos”, 318:530.

64 Usamos el término en el sentido dado por GIDI, Antonio, “Las acciones colectivas y la tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales en Brasil (Un modelo para países de derecho civil)”, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, esto es, con consideración de las particularidades del derecho sustantivo y del procedimiento de cada país, así como de la visión ideológica, cultural, política y filosófica que tengan hacia el derecho.

exitosos, así como ejemplos de trasplantes que apenas alcanzaron la categoría de normas “espectáculo” o “propaganda”⁶⁵.

Particularmente en el ámbito del que podemos dar cuenta (esto es, del derecho procesal), la inspiración para las reformas se suele buscar en modelos del derecho comparado, inclusive en modelos del *common law*, con desprecio por las diferencias institucionales entre las “familias” jurídicas occidentales⁶⁶.

La situación es tanto más preocupante puesto que esa indagación suele detenerse en los aspectos exclusivamente *normativos* de las soluciones extranjeras. De tal suerte, se ignora que el éxito en la asimilación de un modelo –escasamente vinculado con la (mera) excelencia de las reglas– depende de un complejo de factores de entre los que sobresale el contexto institucional y cultural en el que esas reglas se insertan.

Por todo ello, es menester que cualquier proyecto de recepción de modelos jurídicos extranjeros tenga presente estas categorías conceptuales elaboradas por la teoría jurídica, aquí simplemente recordadas, y se haga cargo de las dificultades y límites que esa empresa entraña.

65 Cf. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las fuentes de las normas”, en “Zeus”, 32-D-105.

66 Cf. DAMASKA, Mirjan, “The uncertain fate of evidentiary transplants: anglo-american and continental experiments”, 45 American Journal of Comparative Law, 1997, págs. 839 y ss.