



Revista IUSTA

ISSN: 1900-0448

revistaiusta@usantotomas.edu.co

Universidad Santo Tomás

Colombia

Rodríguez Villabona, Andrés Abel

La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e  
influencia en el Derecho

Revista IUSTA, vol. 2, núm. 31, julio-diciembre, 2009, pp. 99-122

Universidad Santo Tomás

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=560358690007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

## La interacción entre ordenamientos jurídicos: trasplante, recepción, adaptación e influencia en el Derecho

### The interaction between legal systems: transplantation, reception, adaptation and influence within the Law

Fecha de recepción: 15 de agosto de 2009

Fecha de aprobación: 23 de septiembre de 2009

ANDRÉS ABEL RODRÍGUEZ VILLABONA\*

#### Resumen

Desde hace mucho tiempo, en Colombia se tiene conciencia de la importancia de la imitación de normas e instituciones en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico. Más allá de las afirmaciones generales que en este sentido se pueden encontrar en muchos manuales y tratados en las diferentes ramas del Derecho. En las últimas décadas en el ámbito del Derecho Comparado han surgido varios estudios que se ocupan puntualmente del fenómeno y que han debatido en torno a la posibilidad de que el Derecho no esté determinado por las estructuras de la sociedad que lo produjo y pueda ser trasplantado de un lugar a otro. El propósito del presente artículo consiste en presentar los debates que se han generado en torno a esta cuestión en términos de trasplante, recepción, influencia, imposición y adaptación en el ámbito jurídico. También se pretende revisar los aportes de este debate y adelantar algunas hipótesis propias al respecto, analizando el fenómeno del trasplante de normas en el marco complejo y diverso de las interacciones entre ordenamientos jurídicos.

---

\* Profesor de la Maestría en Derecho Público de la Universidad Santo Tomás, de la Maestría en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia y de la Maestría en Filosofía del Derecho de la Universidad Libre. Investigador asociado del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). Correo electrónico: andresrodriguez@usantotomas.edu.co.

## Palabras clave

Derecho comparado, trasplantes legales, transferencias en el Derecho, influencia doctrinal, globalización del Derecho, historia del Derecho, Sociología Jurídica.

## Abstract

For a long time in Colombia is aware of the importance of imitation of rules and institutions in the evolution of our legal system. Beyond general statements in this sense can be found in many manuals and treatises on various branches of dDerecho,. loas iln recent decades in the field of comparative law have been several studies concerning the phenomenon time and have discussion about the possibility that the Dderecho not determined by the structures of society that produced and can be transplanted one place to another. The purpose of this article is to present the debates that have arisen around this issue in terms of transplantation, reception, influence, enforcement and adaptation in the legal field. It is also intended to review the contributions of this debate and to advance some hypotheses about themselves, analyzing the phenomenon of transplantation standards within complex and diverse interactions between legal systems.

## Key words

Comparative law, legal transplants, transfers in the dDerecho, doctrinal influence, globalization of law, legal history, Sociology of Law.

## INTRODUCCIÓN

Una de las manifestaciones más evidentes del fenómeno denominado *globalización del Derecho* es la difusión en muchos países del mundo de diferentes componentes (normas, instituciones, decisiones judiciales, conceptos, etc.) de uno o varios ordenamientos jurídicos. No son pocos los que afirman que la globalización actual del Derecho se caracteriza principalmente por la exportación de algunos elementos primordiales de la cultura jurídica anglosajona –tradicionalmente identificada con el nombre de *common law*– a los más diversos contextos sociales, culturales, políticos y económicos. Es más, dentro de esta cultura jurídica anglosajona, el Derecho estadounidense ocupa un lugar especial, al punto que se habla de la *americanización del Derecho* para identificar la versión vigente de la globalización jurídica (Audit, 2001, pp. 7-9; Heydebrand, 2001, p. 117; Kelemen & Sibbitt, 2004, pp. 105-111).

El hecho de que se reconozca una globalización del Derecho, la cual se está desarrollando actualmente, deja entrever que en el pasado se han producido otras globalizaciones que tendrán características particulares en cuanto al modelo que se difunde en las sociedades en las cuales se importó este modelo, los alcances de la difusión, entre otros factores (Kennedy, 2006). Esto permite afirmar que, a pesar de las peculiaridades de los procesos de globalización del pasado, en el ámbito jurídico, este fenómeno no es nada nuevo, como tampoco lo es el de la circulación de materiales jurídicos –en particular de normas– entre diversas sociedades, dado que no sería difícil constatar que muchas sociedades han elaborado sus ordenamientos jurídicos tomando normas de los derechos de otras sociedades. Tal vez, el paradigma histórico de este fenómeno es la adopción del Derecho romano por diversas sociedades y en diferentes épocas (Graziadei, 2006, p. 445).

Con base en todo lo anterior, no es necesario adentrarse en el pasado para hacer ese tipo de

constatación. En Colombia un lugar común es la tesis según la cual nuestro Derecho, prácticamente en todas sus ramas o sectores, ha sido el producto de la importación de normas y otros elementos de ordenamientos jurídicos extranjeros. Por ejemplo, uno de los más destacados constitucionalistas colombianos de la primera mitad del siglo XX, Tulio Enrique Tascón, en un artículo de 1934, escrito como un aporte al debate sobre los cambios que se debían hacer a la Constitución –que desembocó en la reforma de 1936–, se sorprendía del número de constituciones hasta ese momento expedidas, hecho que para este autor era de un “indeseable record” que:

[...] no tiene ninguna otra causa que la de haber nuestros estadistas pretendido constituir el Estado “a través de los libros”, en desarrollo de teorías exóticas que estaban en boga en otras latitudes, o por espíritu de imitación de otros pueblos cuyo progreso, bienestar y poderío queríamos atribuir a sus instituciones políticas, reconociéndoles a éstas virtudes mágicas, en una convicción que yo incluiría entre las supersticiones políticas de nuestra democracia (Tascón, 1934, p. 19).

No obstante, en este mismo artículo Tascón consideraba que en la reforma a la Constitución que era necesario adelantar se debía tener en cuenta la experiencia de otros países en la materia. En este sentido, este autor afirmaba que:

[...] la tendencia moderna se manifiesta en el sentido de prohibir las reformas constitucionales totales. La Constitución más reciente, que es la española de 1931, no permite sino las enmiendas parciales, y eso es científico, porque debiendo la Constitución ser reflejo de la estructura, de la acción y del vivir de un Estado, no es concebible que en un momento dado pueda una nación cambiar radicalmente de aspiraciones, de necesidades y aun de modo de ser (1934, p. 23).

Este tipo de ambivalencia entre imitación y originalidad no es exclusiva del Derecho Público. En

uno de los apartes más célebres de su obra, Arturo Valencia Zea, cuando se propone determinar las corrientes jurídicas que influyeron en el Código Civil de Bello, llega a la conclusión que:

[...] dos afirmaciones grotescas debemos repudiar. La primera, creer que el Código de Napoleón es el padre espiritual del Código de Bello. Y la segunda (más ridícula aún), pensar que aquellas instituciones que no coinciden con el Código de Napoleón, fueron inventadas por Andrés Bello (para lo cual le atribuyen especiales dotes de jurista y de genio). Bello no merece tanta deshonra ni tanto honor (Valencia Z. & Ortiz M., 1994, p. 35).

Para Valencia Zea, el hecho de que Bello no se haya limitado a copiar el Código de Napoleón de 1804 no significa que haya creado un cuerpo normativo que en buena parte fuera original, razón por la cual está lejos de descartar la influencia extranjera en el Código y concluye que “la obra de Bello representa simplemente la expresa recepción del derecho civil vigente en Europa en el siglo XIX” (1994, p. 35).

Como se acaba de señalar, este tipo de afirmaciones corresponden a uno de los temas del análisis sobre la evolución de la legislación y el pensamiento jurídico en Colombia. De manera aún más cruda se llega a afirmar que nuestro Derecho se ha desarrollado a través de la copia de normas e instituciones traídas de otros países que difícilmente corresponden a las particularidades sociales, económicas y culturales del nuestro. Sin embargo, una vez hecho este llamado a la originalidad y a tener en cuenta las características esenciales de la sociedad colombiana al elaborar las normas jurídicas, aparece nuevamente el recurso del Derecho extranjero, como si fuera necesario tener en cuenta los conceptos y las experiencias de otros países y evitar así la aventura de seguir fórmulas no ensayadas. La tensión entre imitación y originalidad está presente a lo largo de la historia jurídico-política de Colombia, tensión en la cual, al parecer, termina predominando el primer extremo, pues estaríamos destinados fatalmente a copiar.

Esta situación la pone de presente Diego López Medina (2004, p. 3) cuando hace referencia a la hipótesis que “éramos, en un principio, copias europeas y ahora quizás, copias norteamericanas”<sup>1</sup>.

El hecho de que esta tesis del carácter mimético del Derecho en Colombia tenga tan amplia aceptación tal vez no sorprenda. Lo que sí puede sorprender es el hecho de que si se asume hasta sus últimas consecuencias, se estaría dando por supuesto que el Derecho de un país puede ser el producto de la recepción de normas producidas en otro u otros países, lo cual significa que puede tener cierta independencia frente a las condiciones estructurales de la sociedad en la cual rige. En otras palabras, si el Derecho de una sociedad es la copia del Derecho de otra sociedad, entonces, no habría un vínculo necesario entre este Derecho y la sociedad que lo copió y lo recibió, como tampoco lo habría con la sociedad que lo produjo porque tiene la capacidad de separarse de ella e implementarse en otros lugares. Por tanto, la tesis de la copia tiene consecuencias muy profundas en la manera como se conciben las relaciones entre Derecho y sociedad de las cuales parecen no ser conscientes algunos de los que la defienden.

Bajo estas circunstancias, el propósito del presente artículo consiste en presentar, en primer lugar, los debates que se han generado en torno a esta cuestión en términos de trasplante, recepción y adaptación en el ámbito jurídico y, en segundo lugar, en revisar los aportes de este debate y adelantar algunas hipótesis propias al respecto.

## EL DEBATE SOBRE LOS TRASPLANTES EN EL ÁMBITO JURÍDICO

La afirmación de que el Derecho en Colombia –o por lo menos buena parte de éste– ha sido el producto de la imitación de otros ordenamientos jurídicos; generalmente, se hace de manera intuitiva

y como la constatación de algo evidente que no requiere mayor sustentación, razón por la cual se configura una especie de “mito de la copia”. Se da por descontado, según esta visión, que tanto las normas e instituciones como las ideas jurídicas (expuestas por la doctrina) de una sociedad se pueden desligar de ella, viajar y ser acogidas en una sociedad diferente. También se da por descontado que esto ha sido lo que ha sucedido en Colombia e, incluso, en varios países de América Latina, que siempre han buscado en otras partes los elementos esenciales de sus ordenamientos jurídicos, mientras que otros países, fácilmente identificables (principalmente, Francia, Alemania, Gran Bretaña y Estados Unidos), sí han podido elaborar ordenamientos originales que corresponden a las características de sus sociedades.

Por otra parte, también se ha llegado a asumir que las instituciones y normas jurídicas importadas, a pesar de que generalmente son concebidas como obras acabadas que corresponden a una razonabilidad coherente y homogénea, deben necesariamente adaptarse a las realidades sociales y culturales, para que dicha importación pueda llevarse a cabo, razón por la cual la copia como tal está condenada al fracaso. Entonces, se presenta una especie de tensión en este tipo de concepciones, porque se acepta que una sociedad puede imitar el derecho de otra sociedad –por ejemplo, se dice que la colombiana ha copiado el Derecho Civil de la francesa–, pero también se afirma que en el inevitable proceso de adaptación el objeto importado pierde los elementos esenciales que lo caracterizan y termina siendo algo diferente de su versión original.

Ahora bien, ya se señalaba que los supuestos de los que parte esta concepción tienen profundas implicaciones en la forma como se plantean las relaciones entre Derecho y sociedad y, por ende, en la concepción misma sobre la naturaleza del Derecho, implicaciones que generalmente son pasadas por alto. En principio, se podría pensar que

<sup>1</sup> Es necesario advertir que aquella hipótesis es la que precisamente este autor va a rebatir a lo largo de su investigación.

ésta es una de las cuestiones que debe afrontar el Derecho comparado. Con todo, e independientemente de los debates en torno a su objeto de estudio, a su metodología e, incluso, a su propia existencia (Dannemann, 2006, pp. 383-419), el Derecho comparado, generalmente, asume una visión que se podría denominar “estática”, al llevar a cabo un análisis comparativo de dos ordenamientos jurídicos en el cual no cabe tener en cuenta las interpenetraciones y las influencias en el desarrollo de éstos, como si fueran dos productos acabados que se ponen uno frente al otro. Desde esta perspectiva es posible concebir una visión *dinámica*, que no sólo compare ordenamientos vigentes al momento de su análisis, sino que también tenga en cuenta el papel de las influencias de uno sobre el otro en su evolución, lo que hace que el Derecho comparado se articule profundamente con otras disciplinas, como la historia del Derecho o la Sociología Jurídica.

A pesar de que en América Latina desde hace mucho se tiene conciencia de la importancia de la imitación de normas e instituciones en la evolución de nuestros ordenamientos jurídicos<sup>2</sup>, hasta hace poco no habían surgido estudios que se ocuparan puntualmente del fenómeno, lo que se manifiesta, por ejemplo, en el hecho de que la perspectiva dinámica del Derecho comparado ha tenido un rol secundario o accesorio en las grandes obras sobre la materia. Ahora bien, precisamente en el marco de esa disciplina, a partir de los años setenta del siglo pasado, surgieron una serie de trabajos

que comenzaron a plantear de manera explícita, y hasta cierto punto sistemática, la cuestión de la recepción por parte de una sociedad de normas jurídicas creadas en otra sociedad y llegaron a defender vehementemente la idea de que es este tipo de procesos el que permite entender la evolución de un ordenamiento jurídico. Sin embargo, estas propuestas fueron contestadas y refutadas con no menos vehemencia tanto desde el propio Derecho comparado como desde otras áreas de investigación en el ámbito jurídico. De estas dos concepciones enfrentadas nos ocuparemos a continuación de forma breve y esquemática.

### Préstamos y trasplantes jurídicos

La posibilidad de que el Derecho de una sociedad sea esencialmente el producto de la recepción de normas jurídicas provenientes de otra sociedad fue planteada explícitamente en 1974 por Alan Watson<sup>3</sup> en un trabajo que presentó como un aporte al Derecho Comparado, en el que asumió una visión más dinámica y menos estática de éste, según lo que se explicó antes; este trabajo lo presentó bajo el sugestivo título de *Legal transplants* (1993)<sup>4</sup>. Contrario a lo que sucede cuando se afirma que el Derecho en Colombia es copia de los derechos de otros países –o de manera menos drástica el producto de su recepción–, Watson es consciente de las alternativas que existen frente a este tipo de concepciones y de que es necesario tenerlas en cuenta y contestarlas para plantear la tesis de los trasplantes legales. Con base en lo anterior, si bien la propuesta de Watson es que, en efecto, el Derecho de una sociedad cambia y evoluciona esencialmente a raíz de los trasplantes de normas que recibe de otras sociedades –lo que corresponde en alguna medida al mito de la copia planteado intuitivamente en Colombia–, este autor no deja de señalar que su

2 No es difícil encontrar declaraciones sobre el carácter mimético del derecho en América Latina y en Colombia a parte de las ya citadas de Tascón y Valencia Zea. Incluso, es posible remontarse en el tiempo y hallar testimonios más antiguos. Así, por ejemplo, José María Samper no sólo destaca la centralidad de la importación de instituciones extranjeras en la elaboración de la Constitución colombiana de 1821, sino también los riesgos que esto implica. Para Samper (1853, p. 43), entonces, los autores de esta constitución “habían querido conciliar principios consignados en las constituciones de Francia y los Estados Unidos y en la carta inglesa; y esta aglomeración de instituciones contrarias, monárquicas unas, democráticas otras, desconocidas en el mundo algunas, dio a la primera constitución de la República la fisonomía de un monstruo, y echó los cimientos de la arbitrariedad, la anarquía y el desorden que el tiempo debía traer en breve” (la ortografía de esta cita fue actualizada).

3 Alan Watson nació en Escocia y es profesor de la Universidad de Georgia en los Estados Unidos.

4 Para otros trabajos de este autor, en los que ha mantenido lo esencial de las tesis defendidas en *Legal Transplants*, véase: Watson, 1983; 1985; 1991; 1995; 1996; 2001.



propuesta supone que los vínculos entre Derecho y sociedad no sean tan estrechos como se podría creer. Todo esto constituye una de las “paradojas” del Derecho:

El derecho nos muestra varias paradojas. Quizás la más extraña de todas es que, de una parte, el derecho de un pueblo puede ser visto como algo especial al mismo, de hecho como un signo de la identidad de ese pueblo [...]; de otra parte, los trasplantes legales –el movimiento de una regla o sistema jurídico de un país a otro, o de un pueblo a otro– han sido habituales desde los más antiguos registros de la historia (1993, p. 21).

Para demostrar que en efecto “el fenómeno del trasplante no se restringe al mundo moderno” (1993, p. 22), lo que tal vez constituye uno de los aspectos más audaces de su propuesta, Watson recurre a diversos y detallados ejemplos, entre otros, el de los antiguos derechos del cercano Oriente (1993, pp. 22-24), el del Derecho romano y su recepción en Egipto (1993, pp. 31-35) y Escocia (1993, pp. 44-56), el de la adopción del Derecho inglés en la colonia de Massachusetts (1993, pp. 65-70), sin que esto sea óbice para dejar de plantear ejemplos más recientes con respecto a la Europa moderna (1993, pp. 82-87), en lo concerniente al problema de la transferencia de la propiedad y el riesgo en la compra-venta, o de Nueva Zelanda (1993, pp. 71-74) (las pocas referencias a América Latina son bastante someras).

Este recorrido le permite llegar a varias conclusiones, entre las cuales se destacan las siguientes:

Primero, el trasplante de reglas individuales o de una buena parte de un sistema jurídico es extremadamente común. Esto es cierto tanto en los tiempos más remotos –testimonio de lo cual es el antiguo cercano oriente– como en la actualidad. Segundo, el trasplante es, de hecho, la más fértil fuente de desarrollo. La mayoría de las transformaciones en la mayoría de los sistemas son el resultado de un préstamo (*borrowing*) [de normas]. [...] Tercero, en un nivel realmente asombroso el

derecho está arraigado en el pasado. [...] Cuarto, el trasplante de reglas jurídicas es socialmente sencillo. Cualquiera que sea la oposición que pueda haber de los abogados o de la legislatura, sigue siendo cierto que las reglas jurídicas se mueven fácilmente y son aceptadas en el sistema sin grandes dificultades. Esto es así incluso cuando las reglas provienen de un muy diferente tipo de sistema. [...] De estas cuatro reflexiones se sigue que las reglas jurídicas por lo general no han sido particularmente concebidas para la sociedad específica en la cual operan y que, además, esto no es un asunto que genere honda preocupación (1993, pp. 95-96).

Esta muy breve recensión de algunas de las principales tesis de Watson ofrece una visión de conjunto que permite identificar sus consecuencias en el ámbito socio-jurídico y en el metodológico. Así, en lo que concierne al primero, este autor desafía la idea, muy ampliamente aceptada, de que existe una profunda conexión entre el Derecho y la sociedad en la cual rige, dado que el Derecho, por lo general, no se desarrolla como una consecuencia lógica de la experiencia social. Por el contrario, el Derecho de una sociedad, en lo esencial, ha sido tomando prestado de otras sociedades y, por ende, puede regir en una sociedad muy diferente de aquella en la que fue originalmente creado. El propio Watson en un epílogo incluido en la segunda edición del libro *Legal Transplants*, no deja dudas al respecto:

Cuando observo varios sistemas en un largo periodo, la imagen que emerge es la de un continuo y masivo préstamo y la de la longevidad de reglas e instituciones. [...] Pero este mismo préstamo y esta longevidad me persuaden de que no ha habido simplemente una relación entre una sociedad y su derecho. Si el derecho en buena medida ha sido tomado prestado de diferentes lugares y ha sobrevivido en diferentes épocas, apenas podría ser visto en general como [haciendo parte del] “espíritu del pueblo”. Y si reglas, principios y estructuras fundamentales han sobrevivido en muy diversas condi-

ciones económicas, sociales y políticas, apenas podrían reflejar, de alguna manera aceptable, la base económica o de poder (1993, p. 107).

Con respecto a las consecuencias metodológicas, la tesis de los trasplantes legales le permite a Watson establecer una estrecha relación entre Derecho Comparado e Historia del Derecho, que aunque sean concebidas como disciplinas distintas se pueden beneficiar de aportes mutuos de trascendental alcance. Así, mientras las reflexiones propias del comparatista pueden clarificar algunas cuestiones centrales para el historiador, los resultados a los que llega el historiador pueden, a su turno, ser de gran interés para el comparatista (1993, pp. 102-103). Por tanto, para Watson sólo tendría sentido un derecho comparado de carácter dinámico que tenga en cuenta los procesos de influencia en la evolución histórica de los ordenamientos jurídicos y que no se limite a compararlos tal y como se encuentran vigentes en un momento dado.

### Derecho, sociedad y lenguaje

La tesis de Watson según la cual las transformaciones en los ordenamientos jurídicos se explican esencialmente como consecuencia de trasplantes de normas provenientes de otros ordenamientos y que, en consecuencia, no existe una relación necesaria entre una sociedad y su Derecho, ha despertado, como era de esperarse, un gran interés y ha sido objeto de numerosos análisis críticos. En un intento por destacar algunos de los más importantes se puede decir que las críticas dirigidas contra la noción de trasplantes legales han provenido, por una parte, de la Sociología Jurídica y de aquellos análisis sobre el Derecho desde una perspectiva social y, por otra parte, de estudios e investigaciones en el ámbito del Derecho Comparado.

En cuanto al primer tipo de críticas, pareciera que todos aquéllos que piensan que el contexto

social es el factor esencial en la configuración del Derecho difícilmente pueden aceptar la teoría de los trasplantes legales. Vincular estrechamente Derecho y sociedad no sólo ha sido una idea ampliamente aceptada, como se ha tenido la oportunidad de señalar antes, sino que también es una convicción que hace parte de una ancestral e influyente tradición de pensamiento jurídico. Uno de sus más clásicos planteamientos es el que Montesquieu formuló en su obra cumbre, *Del espíritu de la leyes*, que se cita a menudo para sustentar la idea de que los trasplantes no tienen mayor importancia en la evolución de los sistemas jurídicos, dado que precisamente este autor parte del vínculo inquebrantable entre el Derecho y la sociedad en la que rige:

La ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana. Por ello, dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que sólo por una gran casualidad las de una nación pueden convenir a otra<sup>5</sup>.

Otro ejemplo de este tipo de concepción de la relación entre Derecho y sociedad lo ofrece, durante la primera mitad del siglo XIX, el jurista alemán Friedrich Karl von Savigny, aunque con el acento

5 Libro I, capítulo 3 (Montesquieu, 1984: p. 35). En el marco de la tensión entre imitación y originalidad presente en la historia jurídico-política de Colombia al cual ya se hacía referencia, Simón Bolívar, en su célebre *Discurso ante el Congreso de Angostura de 1819* trajo a colación esta frase de Montesquieu para rechazar una "imitación servil" (1979, p. 341) de modelos extranjeros: "debo decir, que ni remotamente ha entrado en mi idea asimilar la situación y naturaleza de los Estados tan distintos como el inglés americano y el americano español. ¿No sería muy difícil aplicar a España el Código de libertad política, civil y religiosa de Inglaterra? Pues aun es más difícil adaptar en Venezuela las leyes de Norteamérica. ¿No dice el *Espíritu de las Leyes* que éstas deben ser propias para el pueblo que se hacen? ¿que es una gran casualidad que las de una Nación puedan convenir a otra? ¿que las leyes deben ser relativas a lo físico del país, al clima, a la calidad del terreno, a su situación, a su extensión, al género de vida de los Pueblos? ¿referirse al grado de libertad que la Constitución puede sufrir, a la religión de los habitantes, a sus inclinaciones, a sus riquezas, a su número, a su comercio, a sus costumbres, a sus modales? ¡He aquí el Código que debíamos consultar, y no el de Washington!" (1979, p. 336).



especial que supone su célebre romanticismo jurídico<sup>6</sup>. Posteriormente Émile Durkheim, en su trabajo clásico sobre la división del trabajo social, afirmó que el Derecho corresponde y se desarrolla de acuerdo con los diferentes tipos de vínculos existentes en una sociedad (Durkheim, 1991, pp. 98-102). Esta concepción habría permitido a William Ewald –comparatista estadounidense quien sigue parcialmente las tesis de Watson– identificar bajo la denominación *mirror theory of law* a aquellos autores y corrientes de pensamiento que no pueden aceptar la idea de trasplantes legales por defender una relación indisoluble entre Derecho y sociedad. Aunque este autor también pudo haberse inspirado en la tesis de Lawrence Friedman, uno de los más destacados historiadores del Derecho estadounidense, de acuerdo con la cual el Derecho es “un espejo (*mirror*) de la sociedad” o “un espejo que se levanta frente a la vida” y que ha sido “modelado por la economía y la sociedad” (Friedman, 1985, pp. 12 y 595). Es más, tanto para Ewald como para Watson éstas y otras afirmaciones de Friedman son un modelo del tipo de teorías sociológicas que ellos ponen en duda (Ewald, 1995, p. 492; Watson, 1991, pp. 82-83).

No obstante, a pesar de los esfuerzos de Ewald por agrupar e identificar todas aquellas tesis que se oponen a la de los trasplantes legales, es difícil encontrar un autor que defienda el determinismo social sobre el Derecho que supone la *mirror theory of law*. Es así como algunos de sus exponentes clásicos que habían asumido esta clase de determinismo lo abandonaron al desarrollar posteriormente sus propuestas, tal como sucedió con Durkheim (Casajus, 1996). Por otra parte, se puede poner en duda que autores contemporáneos, como Friedman, lleguen a plantear la relación entre Derecho y sociedad de esa forma. Es más, una visión comprensiva de la obra de este autor permite constatar que no acoge de

manera tajante esa concepción del Derecho como espejo fiel de la sociedad, sino que, por el contrario, desarrolla la idea de que Derecho y sociedad se determinan recíprocamente. Así, para Friedman los ordenamientos jurídicos cambian a lo largo del tiempo en respuesta a la evolución de la sociedad que, a su turno, puede responder a la forma como el Derecho regula los comportamientos sociales de los miembros de ésta (Friedman, 2001, pp. 94-95)<sup>7</sup>. Por este motivo, Richard Abel acusa a Watson y a Ewald de recurrir a la trillada falacia del “hombre de paja”, al caricaturizar lo que pretende criticar y al ignorar los detalles de la argumentación de Friedman y otros autores (Abel, 1982, p. 790).

Por otra parte, la crítica desde el Derecho comparado a la tesis de los trasplantes legales de Watson ha sido particularmente desarrollada por Pierre Legrand<sup>8</sup>. Según este autor, la propuesta de Watson necesariamente parte de una concepción estrictamente normativista del Derecho que lo concibe como un conjunto de simples enunciados proposicionales que, precisamente, por esto pueden ser vistos como entidades despojadas de cualquier acervo histórico, social o cultural y que, por ende, pueden viajar de un lugar a otro. Para Legrand las reglas que hacen parte del Derecho no están constituidas solamente por un enunciado proposicional, sino también por el significado de este enunciado. Ahora bien, resulta que el significado de una regla está siempre y en todo caso determinado culturalmente, dado que el acto de su interpretación –a través del cual precisamente se determina su significado– depende de un

<sup>6</sup> Al respecto véase el prólogo a su más importante obra, *Sistema del derecho romano actual* (Savigny, 1940, pp. 41-59).

<sup>7</sup> Conviene señalar que Friedman es uno de los más acérrimos críticos de la concepción de Watson de los *Legal Transplants* y llega a afirmar que “cualquiera que tenga un ligero interés en el derecho como un fenómeno social o histórico simplemente no puede tomar en serio las nociones de Watson acerca de cómo el derecho cambia (o cómo el cambio no surte efecto) y acerca de la causalidad y la dirección del cambio” (Friedman, 2001, p. 93).

<sup>8</sup> Profesor de Derecho Comparado de la Universidad París II. Entre las más importantes contribuciones de este autor al debate sobre los trasplantes en el Derecho, a partir de las cuales se hace esta breve presentación de sus ideas, se pueden destacar las siguientes: Legrand, 1996; 2001; 2003; 2005.

lenguaje, una moralidad, una tradición, en fin, del ambiente cultural de una sociedad. Por tanto, si una regla sólo estuviera constituida por un enunciado proposicional vacío de significado –lo que para Legrand es una forma muy simplista de concebir el Derecho– el trasplante de ésta sería viable. Pero, si a este elemento de la regla se suma el de su significado, el trasplante es prácticamente imposible, porque este elemento está socialmente determinado por la cultura que le sirve de sustrato. En otras palabras, el Derecho no se puede mover de un lugar a otro sin un cambio en su significado, esto es, no puede tener el mismo contenido fuera de la comunidad que lo estableció, en primer lugar, razón por la cual no tiene sentido hablar de trasplantes legales: el producto que sale no es el mismo que llega.

### LA SUPERACIÓN DEL MODELO DEL TRASPLANTE EN LAS INTERACCIONES EN EL ÁMBITO JURÍDICO

A pesar de las críticas que ha despertado la teoría de los trasplantes legales de Watson, conviene reconocer que también ha generado un muy interesante debate sobre el desarrollo de los sistemas jurídicos y su relación con la sociedad en la cual rigen. Además, los conceptos y procesos metodológicos que han surgido de este debate pueden abrir un horizonte analítico de una gran riqueza para la investigación sobre la historia del Derecho, particularmente, frente al caso colombiano. Siguiendo con el plan propuesto al comienzo, a continuación se examinarán de manera sucinta los aportes de dicho debate y se planteará una revisión del alcance y de la pertinencia de la noción de trasplantes jurídicos<sup>9</sup>.

### Los trasplantes en el Derecho: entre determinismo social y autonomismo jurídico

Cuando alguien afirma que existe un estrecho y necesario vínculo entre un ordenamiento jurídico y la sociedad en la cual rige, ¿debe por ello negar la posibilidad de un trasplante o transferencia de elementos de ese ordenamiento a otra sociedad? Si se plantea y se comprueba el hecho de que las normas u otros elementos de un ordenamiento jurídico han sido recibidos por otro ordenamiento, ¿esto significa que se rompe todo vínculo del Derecho con la sociedad, ya sea con aquella que produce o con aquella que recibe? Tanto la denominada *mirror theory of law* o, en otros términos, la teoría del determinismo social frente al Derecho –con respecto a la cual, como se indicó antes, es difícil encontrar a alguien que en la actualidad la defienda en estos términos–, como los trasplantes jurídicos, tal como los concibe Watson, que rompen el vínculo entre Derecho y sociedad, son visiones parciales de una realidad más compleja que la que ambas pretenden describir.

Por una parte, parece difícil cerrar los ojos ante el hecho de la influencia recíproca entre Derecho y sociedad, lo que pone en duda tanto el determinismo social de la *mirror theory of law* como el autonomismo jurídico de los *legal transplants* de Watson. Estas dos concepciones de la relación entre Derecho y sociedad terminan reduciendo artificialmente la realidad que estudian al defender sus respectivas tesis, mientras que las diversas propuestas que aceptan, de una u otra manera, que el Derecho puede determinar a las comunidades y sociedades en las que rige; pero, al mismo tiempo, consideran que aquél está profundamente definido por éstas, ofrecen una visión del objeto de análisis en toda su complejidad y riqueza. Un interesante ejemplo, entre muchos otros, de este tipo de propuestas es la que hace Roger Cotterrell, cuando asegura que el Derecho puede ser visto como un aspecto de la sociedad o como

<sup>9</sup> De aquí en adelante se utilizará la expresión “trasplantes jurídicos”, en vez de la traducción literal de *Legal Transplants*, en la medida en que esta última en español parece tener un sentido muy restringido, mientras que la primera tiene un carácter más amplio y permite incluir el trasplante de otro tipo de normas diferentes de las leyes, además de las instituciones, las doctrinas, las prácticas y otros elementos constitutivos de la cultura jurídica de una sociedad.

una esfera de la experiencia social, al tiempo que sus procesos internos, en sí mismos, se pueden considerar como un tipo de proceso social, que se relaciona con otros procesos sociales (1998a, pp. 367-391; 2001, pp. 71-92). Es más, si nos acercamos al pensamiento jurídico latinoamericano también encontraremos tesis similares, como la de Carlos Nino, según la cual el Derecho es una práctica colectiva entre otras prácticas colectivas:

Lo que quiero proponer aquí es la necesidad de concebir la acción de los constituyentes, legisladores, jueces y administradores como partícipes en una obra colectiva. Esa obra colectiva es el desarrollo del derecho vigente como parte de un proceso todavía más amplio, como lo es el complejo de prácticas, instituciones, costumbres, actitudes culturales y creencias básicas que definen a una sociedad (Nino, 1994, p. 137).

Por otra parte, los dos extremos enfrentados en el debate sobre los trasplantes jurídicos y la relación entre Derecho y sociedad a los que se viene haciendo referencia tienen el inconveniente de suponer tanto una visión homogénea y estática de la sociedad como una concepción rígida de los ordenamientos jurídicos que acentúa su coherencia conceptual, su racionalidad y su correspondencia punto por punto con las necesidades sociales (Graziadei, 2006, p. 471). Es así como, por un lado, están quienes rechazan de plano los trasplantes jurídicos y defienden un vínculo indisoluble entre Derecho y sociedad; éstos parecen tener una visión unificada de las culturas legales, de los ordenamientos jurídicos y de las sociedades en la cuales aquéllos existen, de forma tal que es posible identificar una sola sociedad o comunidad (más allá de la variedad y heterogeneidad de sus componentes) y un solo Derecho cuyas características corresponden a las estructuras de dicha sociedad. Por otro lado, a este tipo de concepción unificada del Derecho también recurren quienes sostienen la existencia de trasplantes legales, pues esto les permite elaborar los estereotipos necesarios para

afirmar que es posible concebir las normas y otros elementos de un ordenamiento jurídico completamente desarraigados de un contexto social dado y, por ende, circulando libremente por buena parte del planeta.

Con todo, para entender las transformaciones de los ordenamientos jurídicos desde una perspectiva comparada –lo que implica la cuestión de las interacciones entre ellos mismos–, es necesario reconocer que el Derecho en una sociedad no es un objeto coherente y consistente descrito a través de conceptos genéricos. Tal como lo pone de presente Rodolfo Sacco, el término “Derecho” se utiliza como una generalización que denota un collage de diversos artefactos jurídicos (legislación, jurisprudencia, instituciones, doctrina, etc.), por lo que en un mismo ordenamiento jurídico una multiplicidad de factores pueden funcionar (Sacco, 1991). Asimismo, la identificación de “una” sociedad o comunidad en la cual “un” ordenamiento jurídico se encuentra incrustado parte de ciertos supuestos que, en ocasiones, son rápidamente asumidos; por ejemplo, la identificación de dicha sociedad con un Estado-nación, en particular, descartando la presencia de grupos sociales diversos en su interior o, además, el desconocimiento de los diferentes tipos de sociedades o comunidades que se pueden identificar cuando se analiza su capacidad de producir o recibir normas u otras entidades jurídicas.

Ahora bien, para superar esta última suposición, Cotterrell ha propuesto un marco conceptual para comprender la circulación de ideas, normas y otras estructuras jurídicas, conformado por cuatro tipos puros o ideales de comunidad –inspirados en los cuatro modelos de acción social de Weber [2002, pp. 20-21]–: comunidad instrumental, comunidad tradicional, comunidad de creencias y comunidad afectiva<sup>10</sup>. El propósito de esta clasificación

10 Para una explicación detallada de esta propuesta véase: Cotterrell (2001, pp. 82-84; 1998b, pp. 75-91).

es clarificar los parámetros de realización de los trasplantes jurídicos, partiendo del presupuesto de que el Derecho está incrustado, en uno u otro sentido, en las relaciones de una comunidad, lo cual implica, a su turno, que dichos parámetros, esto es, la gama de circunstancias y variables presentes cuando se produce una transferencia jurídica entre diversas sociedades, han de ser sociológicamente considerados. Por lo demás, la obra de Cotterell también es un ejemplo de análisis socio-jurídico que reconoce la variedad interna de las comunidades, al destacar, entre otras realidades, el papel protagónico de las profesiones jurídicas en los fenómenos de transferencia y recepción del Derecho, por cuanto preservan la tradición y adaptan continuamente los productos jurídicos recibidos (Cotterell, 2001, p. 85).

Finalmente, en cuanto a la crítica de Legrand de los trasplantes legales, la cual no está basada en una teoría sobre cómo las sociedades están constituidas sino en la negación de que el Derecho pueda moverse de un lugar a otro sin cambiar de contenido, es preciso señalar que tiene que superar el grave escollo de que es posible constatar, en la práctica, el fenómeno de la interacción entre distintos ordenamientos jurídicos, aunque se rechace la versión que Watson ofrece de éste. Además, Legrand, al criticar a este autor, hace ciertas afirmaciones sobre el Derecho y sobre la cultura de las que pueden surgir algunos interrogantes.

Así pues, en lo que a las primeras concierne, para Legrand el lenguaje está tan determinado por la cultura que los términos de uno no pueden tener el mismo significado en otro. Ahora bien, los lenguajes tienen una naturaleza abierta y evolutiva que se refleja en los cambios lingüísticos y en la comunicación inter-cultural. Es así como en el ámbito jurídico muchos ordenamientos han sido promulgados en diversos idiomas oficiales, lo cual mostraría que, en principio, una misma norma puede ser expresada en distintas lenguas. El problema es que cuando se asegura que la comunicación

transfronteriza debería ser completa –tanto del texto como de su significado– para poder constatar la existencia de trasplantes jurídicos, se está asumiendo también que puede haber una comunicación completa dentro de cualquier sistema lingüístico individualmente considerado. Como bien lo ha mostrado Herbert Hart, este tipo de univocidad no corresponde a la realidad del Derecho como sistema normativo, puesto que:

[...] cualquiera sea la técnica, precedente o legislación, que se escoja para comunicar pautas o criterios de conducta, y por mucho que éstos operen sin dificultades respecto de la gran masa de casos ordinarios, en algún punto en que su aplicación se cuestione las pautas resultarán ser indeterminadas; tendrán lo que se ha dado en llamar una “textura abierta” (Hart, 1963, p. 159).

Por consiguiente, si esto sucede a nivel interno, ¿por qué exigir en la interacción entre sistemas jurídicos univocidad de significados entre la norma recibida frente a su versión original exportada?

En segundo término, al parecer, para Legrand cada cultura representa un sistema conceptual único y autóctono. Con todo, este punto de partida es de por sí problemático y, además, si el Derecho está incrustado en una cultura, nada se opone a la idea de que el Derecho, como las culturas, sea el resultado de desarmonías, préstamos y mixturas que se han producido, si bien de manera muy variable, desde hace mucho tiempo y, en particular, entre las sociedades modernas y contemporáneas (Hannerz, 1992, pp. 49-52). En consecuencia, la transferencia del diversos componentes de un ordenamiento jurídico (como de otros productos culturales) implica la reproducción de ciertos elementos en el tiempo y en el espacio, si bien no es éste un proceso mecánico, dado que en éste participa el conocimiento humano que no puede tener lugar sin improvisación y experimentación; por ende, el conocimiento es imitativo, pues requiere seguir un modelo, pero también improvisado y experimental, pues el modelo requiere ser

probado y adaptado (Graziadei, 2006, p. 469). En consecuencia, la cuestión no es si puede haber una imitación perfecta, pues no tiene sentido plantear este tipo de perfección. Ahora bien, esta dinámica cultural, que afecta al Derecho, puede suponer el sacrificio de elementos autóctonos de la comunidad receptora, pero esto no supone una actitud pasiva de la cultura expuesta a la recepción y al cambio<sup>11</sup>.

Por lo demás, como ya se indicó, el hecho de que se descarte la tesis de Watson a causa del cambio de contenido que se produce al trasplantar una norma, no significa necesariamente que se deba negar cualquier tipo de interacción entre culturas u ordenamientos jurídicos. En efecto, puede que no se hayan producido trasplantes “totales” o “perfectos”, pero sí ha habido relaciones entre los derechos de diversas sociedades, que seguramente pueden ser explicadas a través de otros conceptos diferentes al de “trasplante”, tal como se propondrá más adelante.

### Las interacciones entre ordenamientos jurídicos

Conviene ahora poner de manifiesto algo que acaba de ser señalado en el examen de las propuestas de Legrand: el enfrentamiento de Watson y de los demás defensores de la idea de trasplantes legales como rompimiento de las relaciones entre Derecho y sociedad contra los críticos de esta postura se enmarca en el estudio de una realidad que es difícil de desconocer, esto es, la de la interacción entre distintos ordenamientos jurídicos. Esta interacción se ha producido de muy diversas formas, que seguramente van más allá del préstamo de disposiciones o textos normativos según el modelo de Watson.

Para entender ese fenómeno conviene partir de una noción amplia de ordenamiento jurídico, tanto así que en este caso también se podría recurrir a la expresión “cultura jurídica”<sup>12</sup>. Los elementos de un ordenamiento o de una cultura jurídica que están a disposición de los demás son muy diversos. En efecto, la transferencia puede ser de una norma o de un cuerpo de normas (constituciones, leyes, códigos, actos administrativos, etc.), pero también de una o varias decisiones judiciales, de la estructura general de una institución haciendo abstracción de los detalles normativos que la configuran, de los estudios sobre un determinado ordenamiento jurídico agrupados en lo que se denomina la doctrina, de las concepciones aún más generales sobre el concepto, la estructura y los valores fundamentales del Derecho que, generalmente, se abordan desde el ámbito de la filosofía y de la teoría jurídica –sin olvidar el debate sobre si es posible o no elaborar una teoría “general”–; esto es, universal del Derecho<sup>13</sup>, e incluso de los referentes fácticos del funcionamiento de las normas, de las sentencias y de las decisiones en la sociedad de la cual se toma el modelo. Por consiguiente, “desde que la cultura jurídica puede ser interpretada por diferentes autores como si abarcara diversos elementos, y que ese concepto parece a menudo indeterminado, fácilmente se abre un amplio espectro de perspectivas sobre la viabilidad de los trasplantes legales” (Cotterrell, 2001, p. 78).

Una vez se reconoce esta multiplicidad, es posible constatar que lo que cruza las fronteras es altamente diverso, no sólo en su forma, sino también en su contenido y que la manera como se produce la interacción no es tan estática y sencilla como

11 Por esta razón Esin Örüçü (2002, pp. 205-223), llega a proponer la noción de “transposición” como una nueva metáfora para hacer referencia a los trasplantes normativos.

12 Se recurre al término “cultura jurídica” para tener un marco conceptual amplio para describir las interacciones entre ordenamientos jurídicos. Ahora bien, es necesario señalar que existe un interesante y profundo debate sobre este concepto, en particular en lo que concierne a su ambigüedad y a su uso estratégico en diversas discusiones (entre otras, la de los trasplantes). Al respecto véase Cotterrell (2006, pp. 81-96); Dezalay y Garth (2001, pp. 241-242).

13 Véase al respecto: López M. (2004, pp. 91-106).



el modelo de trasplantes legales deja entrever. Es más, una comprensión muy estricta, cerrada y unificada del Derecho debe ser reemplazada por un panorama más analítico, dinámico y realista de éste, que también incluya sus interacciones con otros ordenamientos jurídicos (Graziadei, 2006, p. 472). Con base en esta premisa, es posible plantear algunos aspectos preliminares de una revisión de la noción de trasplantes jurídicos que precisamente tenga en cuenta la complejidad del fenómeno de la interacción entre distintos ordenamientos. Ahora bien, dada la amplitud histórica del fenómeno, que Watson ha puesto de presente, tal como se señaló, conviene advertir que los ajustes que se propondrán a continuación son particularmente pertinentes para el análisis de las interacciones entre ordenamientos jurídicos contemporáneos o, por mucho, de aquéllos que surgen o se desarrollan de la concepción moderna del Derecho, a partir de los siglos XVII y XVIII.

### ***La multiplicidad de objetos en la interacción***

Un primer aspecto para reconsiderar con respecto a los elementos de un ordenamiento jurídico que son objeto de transferencia, es el hecho de que generalmente en la interacción se articulan varios de ellos. Basta citar un ejemplo: en Derecho Administrativo colombiano:

[...] la noción de servicio público tuvo gran auge a finales del siglo pasado y comienzos del presente [el autor hace referencia al siglo XIX y al XX], época en la cual todo el derecho administrativo giraba alrededor de ella. Así, durante esa época los actos administrativos eran únicamente los relacionados con el servicio público, mientras que los actos ajenos a ese servicio se consideraban actos de derecho privado de la administración (Rodríguez, 1995, p. 206).

Esta recepción de la noción de servicio público, de origen francés, no se hizo solamente a través de la adopción de los criterios contenidos en algunos célebres fallos judiciales, particularmente el Fallo

Blanco, dictado por el Tribunal de Conflictos en 1873 y el Fallo Terrier, pronunciado por el Consejo de Estado en 1903, sino además por la acogida que tuvo la corriente doctrinal denominada Escuela del Servicio Público, cuyos más conocidos representantes fueron Léon Duguit, Gaston Jèze y Roger Bonnard. Por tanto, frente a esta articulación de diversos componentes de un ordenamiento jurídico cuando se produce su transferencia y recepción, conviene plantear la complementariedad, más que la oposición, del análisis sobre los trasplantes legales con el de la influencia doctrinal o “trasplante teórico”<sup>14</sup>.

En segundo lugar, la transferencia de normas y de otros elementos del Derecho se puede llevar a cabo entre sociedades que comparten varios rasgos esenciales de su cultura jurídica, en el sentido de tener un sustrato común que facilitaría dicha transferencia, si bien ésta no es una condición insalvable para que el fenómeno se produzca<sup>15</sup>. Estos elementos comunes se pueden integrar en diferentes niveles, tan generales como hacer parte de la “cultura jurídica occidental”, menos amplios como la pertenencia a la “familia romano-germánica” o a la “familia del *common law*”, o más restringidos como la ubicación en un contorno regional geográficamente delimitado. Esto significa que la interacción entre diversos componentes de los ordenamientos jurídicos rara vez se realiza en el vacío, sino que parte de la existencia de algún tipo de vínculo previo, en ciertos casos

14 Diego López Medina plantea esa oposición cuando asegura que su propuesta de una “teoría comparada del derecho” es “un esfuerzo para poner sobre la mesa la importancia y el significado del trasplante teórico (opuesto al mejor conocido y estudiado fenómeno del trasplante legal) en las estructuras de los sistemas jurídicos periféricos” (2004, p 77). Con todo, la forma como este autor desarrolla el análisis de la influencia doctrinal o trasplante teórico en el resto su *Teoría impura del derecho*, no se opone a que se complemente con la consideración de los trasplantes jurídicos, en el marco de un estudio de las interacciones entre distintos ordenamientos o culturas jurídicas.

15 Cuando se expuso la concepción de Watson sobre los trasplantes normativos en la primera parte de este artículo, se hizo referencia a varios ejemplos tratados por este autor que podrían demostrar que existen casos de trasplantes sin este sustrato cultural, o con uno muy general o relativamente débil.



relativamente débiles, por ejemplo, en Turquía la promulgación del código civil de 1926 con base en el código civil suizo (Adal, 1998), y en otros más evidente y concreto, por ejemplo, en el marco de la recurrente influencia francesa sobre el Derecho Público colombiano, la recepción del concepto doctrinal, elaborado a partir de la jurisprudencia de “bloque de constitucionalidad” por parte de la jurisprudencia constitucional colombiana<sup>16</sup>.

Precisamente, la división del mundo jurídico en diferentes “familias”, “tradiciones” o “sistemas” sería una forma de estructurar dicho sustrato común en el que se llevarían a cabo los diversos tipos de transferencias. Si bien el primer objetivo de esta noción es facilitar la tarea de comparar: “el agrupamiento de los derechos en familias se hace propiamente para facilitar, reduciéndolos a número restringido de tipos, la presentación y la comprensión de los diferentes derechos del mundo contemporáneo” (David & Jauffret-Spinozi, 2002, p. 15). Los patrones jurídicos, que cruzan fronteras políticas y que sirven para ubicar un Derecho local en una de las grandes familias, no sólo son el producto de una evolución paralela e independiente de cada una de estas familias, sino además de los trasplantes y recepciones que se producen en su interior. Sin embargo, la pertinencia y utilidad de esta noción para el estudio de los trasplantes jurídicos y otras formas de interacción entre ordenamientos jurídicos se ve bastante reducida en la medida en que los límites entre dichas familias no son herméticos. No es raro encontrar transferencias que traspasan estos límites, como ha sucedido, por ejemplo, con la adopción del sistema penal acusatorio, originario de ordenamientos pertenecientes a la familia del *common law*, por parte de países tradicionalmente ubicados en la familia romano-germánica, como es el caso de Colombia (Granados Peña, 1996; Uprimny Y., 2001, pp. 284-287).

Un tercer elemento de la revisión de la noción de trasplantes jurídicos, en cuanto a la multiplicidad de objetos de trasplante, es el del replanteamiento de sus presupuestos ontológicos. Como se explicó antes, para Legrand una de las principales dificultades de la propuesta de Watson sobre los trasplantes es que la desarrolla a partir de una concepción del Derecho en la cual las reglas que lo constituyen son simples enunciados vacíos de significado, y como el significado de las reglas está culturalmente condicionado, no es posible entonces su traslado de un lugar a otro. No obstante, se puede constatar que en algunos casos, con el trasplante de disposiciones o enunciados también se acoja su significado como entidades normativas. Esto es posible, en primer lugar, por el hecho de que el sistema de producción y el de recepción pueden compartir varios rasgos esenciales de su cultura jurídica, como se acaba de explicar, lo cual permitiría dicha transferencia de significado o conceptual. Aquí es preciso insistir que los procesos de interacción son más complejos de lo que la propuesta de Watson y la crítica de Legrand supone, pues no se limitan a un simple trasplante de normas (con o sin su significado), sino que también pueden implicar que una parte más o menos importante de la cultura jurídica de una sociedad haya sido acogida y adaptada por otra y en ese marco es que las reglas en concreto son trasplantadas.

Un segundo fenómeno que permite la transferencia de significado o conceptual –el cual ya se tuvo la oportunidad de destacar– es que incluso este significado, como producto de procesos hermenéuticos de interpretación de las disposiciones, puede ser en sí mismo transferido a través de la influencia doctrinal. No sólo se toman prestadas una o varias disposiciones, sino también lo que los juristas han dicho o escrito sobre ellas, si bien comúnmente se trata de un grupo reducido de autores cuya producción se identifica con el término de “doctrina”. A pesar del sentido particular que tiene este término en el ámbito jurídico y

<sup>16</sup> A pesar de que desde 1992 la Corte Constitucional había recurrido implícitamente a esta noción, la expresión “bloque de constitucionalidad” sólo apareció a mediados de 1995, en la Sentencia C-225 de ese año (Uprimny Yepes, 2006, pp. 41 y 45-46).

de la variedad de realidades que designa<sup>17</sup>, la transferencia o influencia doctrinal puede ser fácilmente constatada en ordenamientos jurídicos como el colombiano, en los cuales la recepción de disposiciones de otros ordenamientos ha estado acompañada de la influencia de las obras de la doctrina extranjera, a través de su importación en el ámbito local o de la formación de los juristas en universidades del exterior<sup>18</sup>.

Hasta aquí la revisión de la noción de trasplantes jurídicos ha girado en torno a la cuestión del objeto que va a ser transferido: se ha destacado tanto la multiplicidad de elementos que intervienen en las interacciones entre ordenamientos jurídicos como la existencia en algunos casos de un sustrato jurídico-cultural común que facilitaría esta interacción. Con base en estos presupuestos y frente a la propuesta de Watson y las críticas que ha generado, conviene preguntarse si el fenómeno de la interacción no se produce en un marco más amplio y difuso que el del trasplante de una o varias normas, de una sociedad a otra, en un proceso unidireccional y de contornos definidos. Si se plantea este tipo de interrogante y se revisa el contexto en el cual la transferencia de normas y

de otras entidades jurídicas se ha llevado a cabo, es posible constatar que en el pasado y en el presente ha habido fenómenos de difusión generalizada de algunas concepciones integrales sobre el Derecho y que es en el marco de la expansión de estas concepciones integrales que se transfiere una entidad jurídica específica.

Uno de los intentos más recientes de describir estos procesos generales de difusión lo ha adelantado Duncan Kennedy al identificar “tres globalizaciones del derecho y del pensamiento jurídico” entre 1850 y 2000 (Kennedy, 2006). De acuerdo con este autor, estas tres globalizaciones se refieren, en primer término, a dos periodos superpuestos de transformaciones legales, institucionales y conceptuales en Occidente: el primero es el del surgimiento del pensamiento jurídico clásico (*classical legal thought*) entre 1850 y 1914, y el segundo el del desarrollo del pensamiento legal de orientación social (*the social*) entre 1900 y 1968. Esta división tiene en cuenta también la evolución de los elementos característicos de estos dos periodos gracias a su expansión, primero, a lo largo del mundo colonial y, posteriormente, a través de las relaciones entre estado-naciones formalmente independientes. A esos dos periodos se suma un tercero que se inició hacia 1945 y que llega hasta principios del presente siglo, y que Kennedy no identifica con una denominación lacónica, como lo hace con los dos periodos anteriores, pero del cual ofrece algunas características, como la imposición de la cultura jurídica estadounidense, la apertura de los Estados a una forma de conciencia jurídica definida por la inclusión en el mercado mundial, el triunfo de la técnica jurídica del balanceo o ponderación, como manifestación de una renovación del formalismo, entre otras.

Este autor destaca que lo que ha sido globalizado o, en nuestros términos, trasplantado o transferido, no ha sido necesariamente un cuerpo particular de normas legales. Por el contrario, lo que cada periodo provee es un marco general a partir del cual

17 De acuerdo con Jestaz y Jamin (2004, pp. 3-4 y 7-8), en lo que concierne al Derecho las tres realidades etiquetadas bajo el nombre de doctrina son: primero, el fenómeno ampliamente extendido del “Derecho erudito” (*droit savant*), el cual evidentemente no es exclusivo de los países de la familia romano-germánica; segundo, el fenómeno igualmente extendido de la influencia ejercida por los que saben sobre los que deciden, en otras palabras, el papel que el Derecho erudito tiene, donde quiera que exista, como fuente del Derecho; tercero, solamente en los países de tradición romanista, la palabra doctrina sirve para designar la colectividad de autores que, por supuesto, presenta importantes diferencias de un país a otro. Se podría pensar que la mayoría de estos autores hace parte del cuerpo profesoral de las facultades de Derecho; sin embargo, esta pertenencia no es un requisito indefectible para que la obra de un jurista se pueda considerar como parte de la doctrina –piénsese, por ejemplo, en el caso de la obra de un magistrado que no sea profesor universitario–, aunque la gran mayoría de las veces esa condición se presenta.

18 El ejemplo que se planteó anteriormente sobre la influencia de la “escuela del servicio público” francesa en el Derecho colombiano puede ser nuevamente traído a colación aquí. Los capítulos 3 y 4 de la *Teoría impura del derecho* de Diego López (2004, pp. 129-233 y 235-340 respectivamente) constituyen un detallado análisis del lugar de este tipo de influencia en la evolución del Derecho en Colombia.

los juristas y los legisladores pueden producir –y de hecho han producido– una infinita variedad de leyes positivas específicas para regular situaciones particulares, incluso cuando afirman que simplemente han trasplantado normas de un medio a otro. Dicho marco general está constituido por una forma de concebir el Derecho que ofrece unos conceptos, unos esquemas organizacionales, unos modos de razonamiento y unos argumentos característicos que han sido utilizados de diversas formas por los juristas, ya sea en la elaboración de alegatos y memoriales, en la justificación de decisiones judiciales, en la redacción de leyes, en manuales universitarios y otros productos doctrinales o incluso en el desarrollo de teoría o filosofía del Derecho. Cada una de las tres globalizaciones ha difundido una forma específica y diferente de concebir el derecho o, como lo denomina Kennedy, de conciencia jurídica (*legal consciousness*), entendida como un sistema de lenguaje (*langue*), como una estructura de conceptos y argumentos, mientras que las normas jurídicas positivas de los diversos países son concebidas como un discurso (*parole*) específico, que ha sido construido con dicho lenguaje jurídico. La difusión de dicha concepción del Derecho, de dicho lenguaje, enmarca entonces los procesos concretos de transferencia de normas y otras entidades jurídicas.

### ***El proceso de interacción***

El interés que el trasplante de normas ha generado en los estudios de Derecho Comparado –tal vez por lo evidente del fenómeno– ha hecho que en ocasiones se dé la espalda a la transferencia de otros elementos de los ordenamientos jurídicos, a la articulación de diversos elementos en los procesos de interacción y al marco general de difusión de concepciones integrales del Derecho que permiten esas transferencias en concreto. Ahora bien, no sólo es necesario reconocer la complejidad y la variedad de los elementos que intervienen en las relaciones entre ordenamientos jurídicos, más allá del desplazamiento de normas, sino que también

en necesario reconocer la complejidad del mismo proceso de interacción, dado su carácter dinámico, la participación de diversos actores y las relaciones de poder en las cuales se despliega.

*La dinámica de las transferencias.* Una de las dificultades mayores, tanto de la propuesta de Watson como de las respuestas críticas a ésta, particularmente la de Legrand, es el carácter estático que de la concepción del proceso de transferencia normativa tienen, ya sea para revelar la presencia recurrente de éste, ya sea para poner de presente la imposibilidad de su realización. En ambos casos, de lo que se trata principalmente es de comparar productos terminados; para la primera perspectiva lo que hay que determinar es si varias normas de un ordenamiento jurídico corresponden, por lo menos en cuanto a sus disposiciones, esto es, a los enunciados a través de los cuales se manifiestan y es posible captarlas, a las normas de otro ordenamiento jurídico. Es así como:

[...] la misma serie de normas, pronunciadas sobre la propiedad conyugal, existieron en diferentes sociedades como el resultado de un préstamo (desde los Visigodos para convertirse en el derecho de la Península Ibérica en general, migrando de España a California, y de California a otros estados en el oeste de los Estados Unidos) (Watson, 1993, pp. 107-108).

Dicha correspondencia sería la mejor prueba de este préstamo y, por ende, de la consumación de un trasplante normativo. Para la segunda perspectiva, no basta con comparar disposiciones y quedarse simplemente en los enunciados externos de una norma. También es necesario comparar el significado de dichas disposiciones para determinar si efectivamente se ha producido un trasplante normativo. En consecuencia:

[...] podría ocurrir un “trasplante legal” sólo cuando el enunciado proposicional en sí, así como el significado del que está investido –tanto el uno como el otro constituyendo la regla– son transportados de una cultura a otra. Sin embargo, dado

que el significado del que está investido una regla está determinado en sí culturalmente, es difícil concebir cómo esta transferencia pudo haber ocurrido (Legrand, 2001, p. 60).

En efecto, el Derecho se encuentra incrustado en un contexto cultural específico que por lo común tiene aspectos que lo diferencian de la cultura que produjo las normas que han sido importadas. No obstante, ya se tuvo la oportunidad de señalar que en un ordenamiento jurídico dado, el significado de una disposición no está íntegramente determinado, es decir, no es necesario que todos los actores que intervienen en su aplicación e interpretación estén totalmente de acuerdo con respecto a su alcance o sentido. Esta textura abierta del Derecho no sólo caracteriza los procesos de su existencia dentro de una sociedad, sino también la forma como se desplaza y es recibido y adaptado en otras sociedades.

Ahora bien, el fenómeno de la transferencia de diversos elementos de un ordenamiento o de una cultura jurídica no sólo se constata a través de ese ejercicio comparativo de disposiciones o de significados. Más allá de saber si es posible trasplantar normas –tanto su enunciado como su sentido– de un lugar a otro, conviene ver la interacción entre ordenamientos jurídicos, una dinámica en la cual el factor clave se encuentra en el proceso de elaboración de normas y los cambios en el sistema jurídico que esto supone<sup>19</sup>. Este proceso tiene en cuenta las disposiciones, los contenidos, las interpretaciones, las estructuras institucionales y las experiencias y prácticas provenientes de ordenamientos jurídicos extranjeros. Pareciera que el mito de la copia no se puede abandonar y sigue tergiversando los fenómenos objeto de estudio, pues se analizan los trasplantes en términos de una imitación lo más exacta posible de normas jurídicas de un ordenamiento jurídico frente a

otro. Sin embargo, de dichos fenómenos no sólo interesa el producto final al que llegan, sino también el proceso a través del cual se llevan a cabo. El hecho de que varias normas –o cualquier otra entidad jurídica– hayan sido trasplantadas de un ordenamiento jurídico a otro no depende tanto de la absoluta coincidencia de contenidos de un lado y de otro, sino más bien de que en el proceso de elaboración de unas normas haya tenido un papel determinante el contenido de otras normas de ordenamientos jurídicos extranjeros.

Habría entonces una transferencia cuando en la producción de las normas de un ordenamiento jurídico dado, la influencia del modelo normativo exterior sea mayor, comparativamente hablando, que las consideraciones de orden interno o local. Obviamente, en ciertos casos establecer si predominan los factores externos sobre los internos será difícil de lograr. Aún así, además de que es posible encontrar varios en los cuales dicho predominio claramente existe, en aquellos casos grises no se podrá desconocer que al lado de las consideraciones de orden particular o local, alguna ascendencia tuvo el modelo extranjero, y esto es precisamente lo que corresponde estudiar cuando se está ante el fenómeno de las interacciones entre ordenamientos jurídicos. A veces se olvida que incluso desde el punto de vista orgánico, el trasplante también es un procedimiento. En el caso de los trasplantes jurídicos no basta con comparar, sino que también, y sobre todo, hay que determinar si en el proceso de elaboración de una norma, por ejemplo, en la discusión de una reforma legislativa, se produjo la influencia y recepción de un modelo proveniente de otro ordenamiento o cultura jurídica.

*Los actores de la interacción.* Esta concepción dinámica del proceso de interacción entre diversos sistemas jurídicos pone de presente también la importancia en dicho proceso de los actores que en él participan y que son de muy diversa índole: por supuesto, gobernantes, legisladores, grupos políticos e ideológicos, pero también magistrados

19 Sobre la relación entre trasplantes normativos y cambios en los ordenamientos jurídicos véase: Nelken (2001, p. 21-24); Graziadei (2006, p. 461-463).

y jueces, litigantes y otros usuarios del sistema judicial, así como, doctrinantes, académicos e investigadores en el ámbito jurídico, y personas y grupos que integran las profesiones jurídicas, como ya se tuvo la oportunidad de resaltar.

El estudio de las interacciones entre ordenamientos muestra cómo redes de individuos y de grupos específicos, dentro de una comunidad y también en el ámbito transnacional, juegan un papel central en la difusión de modelos jurídicos en distintas partes del mundo<sup>20</sup>. Las normas y otros elementos de una cultura jurídica no tienen la capacidad de auto-desplazarse. Requieren de un emisario que las haga salir, que las transporte y que las lleve al sitio de destino. No se trata de simples carteros que no interfieren en el contenido de la correspondencia que tienen a su cargo, sino de actores cualificados que pueden determinar y, en efecto, lo hacen. Es decir, determinan de cuáles ordenamientos serán tomadas las normas trasplantadas, con qué sentido o significado serán recibidas, cuáles serán los efectos que eventualmente producirán, teniendo en cuenta el nuevo contexto, pero también la experiencia de su aplicación en el sitio del que provienen.

De los muy variados aspectos que configuran las interacciones entre ordenamientos jurídicos, la conciencia por parte de los actores que participen en este proceso de interacción sobre que se está recurriendo a un modelo extranjero en la elaboración de normas a nivel local es una de las indicaciones más claras de que se está produciendo la influencia y la recepción que constituyen

los elementos esenciales del fenómeno que se designa con el término “trasplante jurídico”.

*Las relaciones de poder en el ámbito transnacional y local.* Como ocurre en todas las instancias de producción de normas y otras entidades jurídicas, los actores en los procesos de transferencia y adaptación están determinados ideológicamente, incluso, cuando aseguran que su actuación está definida por criterios “científicos”, “técnicos”, “exclusivamente jurídicos” u otras afirmaciones similares. Ya se ha indicado que la interacción entre ordenamientos jurídicos se produce en el marco de la difusión de una concepción general del Derecho, la cual, entre otros factores, incluye elementos ideológicos y valorativos, al lado de aquéllos que se podrían considerar más formales o técnicos.

El papel de aquel tipo de factores se evidencia en las relaciones y estructuras de poder en las cuales se despliega dicha interacción, las cuales han sido particularmente estudiadas por Yves Dezalay y Bryant Garth. Para estos autores, una exploración de los procesos específicos de importación y exportación en el ámbito jurídico muestra que hay una competencia ideológico-política que se desarrolla en lo que ellos denominan, siguiendo a Pierre Bourdieu (1989), *palace wars*, esto es, aquellas instancias institucionales y no institucionales en las cuales individuos y grupos, tanto en el norte como en el sur, en el centro y en la periferia, luchan por el poder y la influencia. En principio, las estrategias que se siguen en estas luchas son de alcance nacional, pero se extienden al ámbito internacional y de allí se integran nuevamente en el contexto local (Dezalay & Garth, 2001, p. 249).

Por tanto, no es difícil constatar que en los debates jurídicos y políticos en una determinada sociedad –particularmente en aquéllas que tradicionalmente han recurrido a la importación de modelos extranjeros, como tradicionalmente se ha dicho de Colombia– el recurso al trasplante, a tomar pres-

<sup>20</sup> Es así como redes académicas transnacionales pueden jugar un papel importante en estos procesos. Por ejemplo, en la actualidad, es posible constatar que la red informal existente entre constitucionalistas y defensores de Derechos Humanos ha impulsado ciertas transferencias de conceptos y doctrinas, como las relativas a los derechos de las víctimas de conflictos armados internos. La actuación de esas redes de individuos y de grupos en la interacción entre ordenamientos jurídicos ha sido detalladamente estudiada por B. Garth e Y. Dezalay, ocupándose en particular de procesos que se han desarrollado después de la segunda posguerra. Entre sus trabajos al respecto se pueden desatacar: Dezalay y Garth (2001, pp. 246-250; 2005a, pp. 43-63).



tadas normas, instituciones, doctrina, etc., es una estrategia de legitimación en un enfrentamiento entre diversas alternativas que pretenden, ya sea impulsar una reforma, ya sea evitarla. Pero, en el ámbito internacional, en los sitios de producción, también hay una lucha por la capacidad de influenciar que sirve igualmente como un criterio de legitimación en el contexto de un enfrentamiento sobre la transformación o el mantenimiento de determinado sector del Derecho de la respectiva sociedad. El debate político-ideológico que usa el trasplante como estrategia de legitimación no sólo se da en los sitios de llegada, sino también de los puntos de partida, e incluso –lo que se ha hecho todavía más patente en las últimas décadas– en niveles que superan el debate nacional y ubican la producción de material jurídico para su adaptación local en los circuitos internacionales<sup>21</sup>.

Las estructuras y las relaciones de poder que permiten la circulación de entidades jurídicas de una sociedad a otra se evidencian en la distinción, varias veces sugerida en los estudios de Derecho Comparado sobre trasplantes legales<sup>22</sup>, entre transferencias “involuntarias”, producto de la conquista y la colonización, y transferencias que no han sido impuestas y se pueden considerar como “voluntarias”, en la medida en que frente a la alternativa de crear sus propias reglas o instituciones la dirigencia jurídica de una sociedad, en ocasiones para ahorrar costos o en otras para ahorrar tiempo, prefiere tomar modelos desarrollados y acabados en otra sociedad<sup>23</sup>. Conviene indicar, con todo, que hay casos que no corresponden propiamente a ninguno de los dos extremos: por ejemplo, la importación

de normas por parte de una antigua colonia, que si bien ha podido independizarse formalmente de la metrópoli sigue dependiendo de ella en diversos aspectos, por lo cual recurrir a su Derecho no pareciera ser una opción entre varias, sino la única posible (Hooker, 1975; Malaurie, 1994).

Ahora bien, que una transferencia sea o no voluntaria depende no sólo del proceso en sí, sino también del contexto de las relaciones entre los sitios de producción y los de recepción, dado que si éstas se desarrollan en un sentido vertical en lo que a la economía, a la política o a la cultura concierne es difícil pensar en una transferencia voluntaria, por más que los actores de ésta afirmen lo contrario, creyendo o haciendo creer que actúan con absoluta libertad –casi siempre afirmando que se trata de un “acto de soberanía”–. La distinción entre países centrales y países periféricos o semiperiféricos de la conocida teoría del “sistema-mundo” (Shannon, 1996) se puede utilizar como un criterio que permita definir cuándo y bajo qué tipo de relaciones de poder se producen las transferencias involuntarias o impuestas.

## CONSIDERACIONES FINALES

Como ya se ha tenido la oportunidad de indicar, desde el punto de vista epistemológico, el principal aporte de la propuesta de Watson sobre los trasplantes legales ha sido generar una reflexión y un debate sobre la interacción entre los ordenamientos jurídicos como uno de los fenómenos principales en la comprensión de su evolución y sus características. Con todo, las observaciones y las refutaciones a las consideraciones de este autor hacen necesario revisar varias de sus conclusiones, tal como se acaba de intentar. Así, si se busca hacer la mejor utilización de los argumentos de Watson; por tanto, es necesario abandonar su afirmación de que la existencia de trasplantes legales demuestra la imposibilidad de analizar las relaciones entre Derecho y sociedad (Nelken, 2001, p. 11). Es más, las más interesantes y pertinentes consecuencias

21 Para diversos ejemplos concretos de este tipo de situaciones en América Latina contemporánea véase: Dezalay y Garth (2005b).

22 Véase entre otros: Friedman (2001, p. 94); Graziadei (2006, p. 456-458); Fedtke (2006, pp. 343-437).

23 Aunque de las reflexiones que preceden se pueden deducir diversos tipos de interacciones entre sistemas jurídicos en términos de transferencias, recepciones y adaptaciones, las limitaciones de espacio que se imponen en este tipo de artículos no han permitido desarrollar una clasificación de manera explícita. Entre los trabajos que se han propuesto hacer esto conviene destacar el de Jonathan M. Miller (2003).



de los trasplantes, así como las condiciones y los procesos de su realización pueden ser mejor apreciados y comprendidos a la luz de los desarrollos conceptuales y empíricos hechos por la Sociología Jurídica y, además, a la luz de los aportes de la teoría general del Derecho<sup>24</sup>.

La interacción entre distintos ordenamientos jurídicos es el marco en el que se realizan los procesos de influencia y recepción que se han venido examinando y que se caracterizan por su complejidad, dada la multiplicidad de objetos del trasplante –normas de distinto tipo, decisiones judiciales, doctrinas y otras expresiones del pensamiento jurídico, etc.–, las variaciones que se producen en el proceso mismo de influencia, recepción y adaptación, la diversidad de actores que participan en éste, las dificultades de determinar el éxito o el fracaso del trasplante<sup>25</sup>, y otros muchos aspectos. Como lo destaca Cotterrell (2001, p. 90), es tal la complejidad del fenómeno que si se quiere identificar una lógica, o una teoría, de los trasplantes jurídicos sólo es posible hacerlo con respecto a determinados contextos sociales y enfocándose en sus características constitutivas, particularmente en lo que hace a sus estructuras culturales y de cohesión.

También se había anunciado ya la pertinencia conceptual y metodológica de las contribuciones del debate sobre los trasplantes jurídicos para el

estudio de la historia del Derecho en Colombia, que por fortuna comienza generar interés y a desarrollarse<sup>26</sup>. El hecho de que se pongan en duda los presupuestos y las consecuencias de lo que aquí se ha denominado “mito de la copia” no significa que se niegue el evidente hecho de que la influencia, recepción y adaptación de normas y otros elementos de ordenamientos jurídicos extranjeros ha sido uno de los factores esenciales de la evolución del Derecho colombiano. Entonces, se hace necesario superar el intuicionismo de aquel mito y escribir la historia del Derecho teniendo en cuenta, entre otros muchos presupuestos epistemológicos, los diversos análisis sobre las interacciones entre ordenamientos jurídicos desarrollados en su mayoría en torno a la noción de trasplantes legales o jurídicos. Ahora bien, al lado de esta dimensión explicativa el estudio de las interacciones en términos de trasplantes o transferencias puede ser una herramienta valiosa para la elaboración de propuestas de reformas normativas y para determinar sus alcances y consecuencias. Esta dimensión propositiva toma en consideración el Derecho comparado y el análisis de las interacciones entre ordenamientos jurídicos para el desarrollo de proyectos que al tiempo que tienen en cuenta elementos provenientes de otras sociedades, sean conscientes de los alcances y de los límites de esta forma de proceder y de los procesos de adaptación y acomodamiento que se requiere adelantar.

De todas formas, en la medida en que la metáfora de Watson de los trasplantes legales tiene como consecuencia plantear una profunda autonomía –prácticamente un rompimiento– del Derecho frente a la sociedad y, por ende, poner en duda la pertinencia de cualquier estudio del Derecho desde una perspectiva social –la Sociología Jurídica quedaría prácticamente sin objeto–, conven-

24 Estas dos disciplinas jurídicas no son las únicas pertinentes. Teniendo en cuenta la amplitud de elementos que intervienen en la interacción entre los ordenamientos jurídicos (tal como se ha indicado más arriba), otras áreas, como por ejemplo, la de la sociología de las políticas públicas, también tienen mucho que aportar, en la medida en que el análisis jurídico comparado alimenta cada vez más la formulación de propuestas. En el caso colombiano uno de los campos en los cuales recientemente se ha producido este tipo de integración disciplinar, para proponer trasplantes adaptativos de modelos implementados en otras sociedades que ofrezcan soluciones a problemas acuciantes de la realidad del país, ha sido el de la justicia transicional. Al respecto véase: Uprimny Y. (2006, pp. 17-44).

25 Como en el caso de los tipos de interacciones entre sistemas jurídicos, las limitaciones de espacio tampoco han permitido tratar esta cuestión que es otra de las que han sido examinadas con detenimiento en el debate sobre los trasplantes legales. A este respecto véase el análisis de Nelken (2001, pp. 35-50).

26 Como ejemplos de este interés y desarrollo se pueden citar los trabajos de M. García Villegas (2003) y Diego Isaías Peña Porras (2008).

dría replantear los alcances de dicha metáfora e incluso recurrir a nociones diferentes<sup>27</sup>. Concebir la interacción entre ordenamientos jurídicos, no ya en términos de trasplantes sino de recepción, adaptación, circulación e imposición permite tener en cuenta no sólo el fenómeno de la transferencia de reglas y otras entidades jurídicas y sus implicaciones, sino también la forma como se produce el ajuste a las circunstancias sociales y culturales de la sociedad receptora.

## REFERENCIAS

- Abel, R.L. (1982). Law as Lag: Inertia as a Social Theory of Law. *Michigan Law Review*, 80 (4), 785-809.
- Adal, E. (1998). *Fundamentals of Turkish Private Law* (5ª edición). Istanbul: Betas.
- Audit, B. (2001). L'américanisation du droit. Introduction. *L'américanisation du droit (Archives de philosophie du droit, n° 45)*, pp. 7-11.
- Bolívar, S. (1979). Discurso pronunciado por el Libertador ante el Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819 el día de su instalación. *Obras Completas* (1ª edición 1947. Compilación de Vicente Lecuona, tomo V, pp. 330-353). Bogotá: Tiempo Presente, Ecoe Ediciones,.
- Bourdieu, P. (1989). *La noblesse d'état: grandes écoles et esprit de corps*. París: Les Editions de Minuit.
- Casajus, D. (1996). Montesquieu, Tocqueville, Durkheim: variations autour d'une typologie. *L'Homme*, 36 (140), 7-24.
- Cotterrell, R. (1998a). Law and Community: A New Relationship? *Current Legal Problems*, 51 (*Legal Theory at the end of the millennium*), 367-391.
- Cotterrell, R. (1998b). A Legal Concept of Community. *Canadian Journal of Law and Society*, 12 (2), 75-91.
- Cotterrell, R. (2001). Is There a Logic of Legal Transplants?. En D. Nelken & J. Feest (Dir.). *Adapting Legal Cultures* (pp. 71-92). Oxford: Hart Publishing.
- Cotterrell, R. (2006). The Concept of Legal Culture. En R. Cotterrell. *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory* (pp. 81-96). Aldershot (Ing.): Ashgate Publishing.
- Dannemann, G (2006). Comparative Law: study of similarities or differences? En M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 383-419). Oxford: Oxford University Press.
- David, R. & Jauffret-Spinozi, C. (2002). *Les grands systèmes de droit contemporains* (11ª edición). París: Dalloz.
- Dezalay, Y. & Garth, B.G. (2001). The Import and Export of Law and Legal Institutions: International Strategies in National Palace Wars. En D. Nelken & J. Feest (Dir.). *Adapting Legal Cultures* (pp. 241-255). Oxford: Hart Publishing.
- Dezalay, Y. & Garth, B.G. (2005a). Reformar a los dirigentes estatales para reestructurar el Estado: de los *héritiers* de la cultura jurídica europea a los políticos tecnócratas formados en Estados Unidos. En Y. Dezalay & B.G. Garth. *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos* (pp. 43-63, Antonio Barreto, Trad.). México D.F.: UNAM, ILSA.
- Dezalay, Y. & Garth, B.G. (2005b). La Internacionalización de las luchas por el poder. En Y. Dezalay

27 Nelken (2001, p. 16) hace una muy interesante clasificación de las metáforas aplicadas al fenómeno de las transferencias normativas, cuyos componentes reflejan diferentes aproximaciones de la relación entre Derecho y sociedad. Este autor distingue entonces entre metáforas "mecánicas", manifestadas en términos como exportación-importación, circulación, difusión e imposición; metáforas "orgánicas", cuyo paradigma es la de "trasplante", pero que incluye también injerto, virus o contaminación y doble hélice; y metáforas "discursivas", que conciben las transferencias como "traducciones" o "reformulaciones".

& B.G. Garth. *La internacionalización de las luchas por el poder: la competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos* (pp. 65-97, Antonio Barreto, Trad.). México D.F.: UNAM, ILSA.

Durkheim, E. (1991). *De la division du travail social* (obra original publicada en 1902). París: Presses Universitaires de France.

Ewald, W. (1995). Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants. *American Journal of Comparative Law*, 43 (4), 489-510.

Fedtke, J. (2006). Legal transplants. En J.M. Smits (Ed.). *Elgar Encyclopedia of Comparative Law* (pp. 343-437). Cheltenham (Gran Bretaña): Elgar.

Friedman, L.M. (1985). *A History of American Law* (2ª edición). Nueva York: Simon and Schuster.

Friedman, L. (2001). Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants. En D. Nelken & J. Feest (Dir.). *Adapting Legal Cultures* (pp. 93-98). Oxford: Hart Publishing.

García V., M. (2003). Apuntes sobre codificación y costumbre en la historia del derecho colombiano. *Precedente. Anuario jurídico* (pp. 97-124). Universidad Icesi, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Granados P., J. (1996). *El sistema acusatorio en el derecho comparado y la nueva fiscalía general en Colombia: hacia una reinterpretación funcionalista*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Graziadei, M. (2006). Comparative Law as the Study of transplants and reception. En M. Reimann & R. Zimmermann (Eds.). *The Oxford Handbook of Comparative Law* (pp. 441-475). Oxford: Oxford University Press, pp. 441-475.

Hannerz, U. (1992). *Cultural Complexity: Studies in the Social Organization of Meaning*. New York: Columbia University Press.

Hart, H.L.A. (1963). *El concepto de derecho* (Genaro R. Carrió, Trad.; obra original publicada en 1961). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Heydebrand, W. (2001). From Globalisation of Law to Law under Globalisation. En D. Nelken & J. Feest (Dir.). *Adapting Legal Cultures* (pp. 117-137). Oxford: Hart Publishing.

Hooker, M.B. (1975). *Legal Pluralism: An Introduction to Colonial and Neo-colonial Laws*. Oxford: Clarendon Press.

Jestaz, P. & Jamin, C. (2004). *La doctrine*. París: Dalloz.

Kelemen, R.D. & Sibbitt, E.C. (2004). The Globalization of American Law. *International Organization*, 58 (1), 103-136.

Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000. En D.K. Trubek & A. Santos (Eds.). *The New Law and Economic Development* (pp. 19-73). Cambridge: Cambridge University Press.

Legrand, P. (1996). Comparer. *Revue internationale de droit comparé*, 48 (2), 279-318.

Legrand, P. (2001). What "Legal Transplant"? En D. Nelken & J. Feest (Dir.). *Adapting Legal Cultures* (pp. 55-70). Oxford: Hart Publishing (una primera versión de este trabajo apareció bajo el título: The impossibility of "legal transplants". *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 4, 1997, pp. 111-124).

Legrand, P. (2003). The Same and the Different. En P. Legrand & R. Munday (Ed.). *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions* (pp. 240-311). Cambridge: Cambridge University Press.

Legrand, P. (2005). Issues in the Translatability of Law. En S. Berman & M. Wood (Eds.). *Nation*,

*Language and the Ethics of Translation* (pp. 30-50). Princeton: Princeton University Press.

López M., D.E. (2004). *Teoría impura del derecho: la transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.

Malaurie, J. (1994). Droit et logique colonial. En M. Doucet & J. Vanderlinden (dir.). *La réception des systèmes juridiques: Implantation et destin* (pp. 449-457). Bruselas: Bruylant.

Miller, J.M. (2003). A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process. *American Journal of Comparative Law*, 51 (4), 839-885.

Montesquieu, C.L. de Secondat, barón de la Brede y (1984). *Del espíritu de las leyes* (M. Blázquez y P. de Vega, Trad., tomo I). Buenos Aires: Ediciones Orbis.

Nelken, D. (2001). Towards a Sociology of Legal Adaptation. En D. Nelken & J. Feest (dir.). *Adapting Legal Cultures* (pp. 7-54). Oxford: Hart Publishing.

Nino, C.S. (1994). *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Barcelona: Ariel.

Peña P., D.I. (2008). *La construcción del derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Temis.

Rodríguez R., L. (1995). *Derecho administrativo: general y colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.

Sacco, R. (1991). Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II). *The American Journal of Comparative Law*, 39 (1), 1-34.

Samper, J.M. (1853). *Apuntalamientos para la historia política i social de la Nueva Granada. Desde 1810, i especialmente de la administración del 7 de marzo*. Bogotá: Imprenta del Neo-granadino.

Savigny, F.K. von (1940). *Sistema del derecho romano actual* (J. Mesía y M. Poley, Trad.; tomo I). Madrid: Centro Editorial de Góngora.

Shannon, T.R. (1996). *An Introduction to the World-System Perspectives* (2ª edición). Boulder: Westview Press.

Tascón, T.E. (1934). La reforma constitucional. En T.E. Tascón. *Historia del Derecho Constitucional Colombiano: lecciones de historia política dictadas en el Externado de Derecho y en la Universidad Libre*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005 (publicado originalmente en *Revista jurídica*, 234, Bogotá: Ed. Renacimiento, junio-julio, 1934).

Uprimny Y, R. (2001). Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia. En B. de Sousa Santos & M. García Villegas. *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico* (pp. 261-315). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

Uprimny Y., R. (2006a). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Universidad Nacional de Colombia.

Uprimny Y., R (2006b). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En R. Uprimny Y. (Dir.). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia* (pp. 17-44). Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia).

Valencia Z., A. & Ortiz M., A. (1994). *Derecho Civil: Parte General y Personas* (tomo I, 13ª edición). Bogotá: Temis.

Watson, A. (1983). Legal Change: Sources of Law and Legal Culture. *University of Pennsylvania Law Review*, 131 (5), 1121-1157.

Watson, A- (1985). *The evolution of law*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.

Watson, A. (1991). *Legal Origins and Legal Change*. Londres: Hambledon Press.

Watson, A. (1993). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (2ª edición obra original publicada en 1974). Georgia: University of Georgia Press.

Watson, A. (1995). From Legal Transplants to Legal Formants. *American Journal of Comparative Law*, 43 (3), 469-476.

Watson, A. (1996). Aspects of Reception of Law. *American Journal of Comparative Law*, 44, (2), 335-351.

Watson, A. (2001). *Society and Legal Change* (obra original publicada en 1977). Filadelfia: Temple University Press.

Weber, M. (2002). *Economía y sociedad: esbozo de sociología comprensiva* (4ª edición a cargo de Johannes Winckelmann, J. Medina Echavarría, Trad.). México: Fondo de Cultura Económica.