

UNA TIPOLOGÍA DE LOS TRASPLANTES LEGALES: UTILIZANDO LA SOCIOLOGÍA, LA HISTORIA DEL DERECHO Y EJEMPLOS ARGENTINOS PARA EXPLICAR EL PROCESO DE TRASPLANTE *

JONATHAN M. MILLER **

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo ofrecerá un primer intento de comprensión del proceso de trasplante legal utilizando como herramienta una tipología sociológica. Los trasplantes legales, el movimiento de leyes e instituciones legales entre Estados, se han vuelto centrales en el estudio del derecho comparado y del derecho internacional. Es posible encontrar ejemplos de trasplantes en el derecho privado incluso desde el Código de Hammurabi (siglo XVII, a.C.)¹, y los trasplantes en derecho público han sido comunes durante siglos tanto porque los poderes dominantes han buscado reconstruir Estados más peque-

* Traducción del texto en inglés por Lucas Emiliano Barreiros y Luciana Teresa Ricart, integrantes del staff editorial de la revista *Lecciones y Ensayos*. Este artículo fue originalmente publicado en inglés, en mayo de 2004, por el *American Journal of Comparative Law*, bajo el título, "A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process", 51 Am. J. Comp. L. 839 (2003). La traducción ha sido controlada por Carina Miller y por el autor.

** Professor of Law, Southwestern University School of Law. J.D., Columbia Law School (1985); B.A., Columbia College (1982). Este artículo se ha beneficiado enormemente de las sugerencias hechas en los seminarios de profesores en el Departamento de Derecho de la Universidad Torcuato Di Tella y en la Southwestern University School of Law, de un seminario para profesores que enseñan Derecho Latinoamericano organizado por el Institute for Global Legal Studies del Washington University in St. Louis School of Law, y de un panel sobre Tradiciones Legales y Trasplantes Legales en la Reunión Anual de 2003 de la Law and Society Association. Quisiera agradecer especialmente a Mark Cammack, Michael Frost, Elisabeth Hilbink, Jim Kushner, Roberto de Michele, Mark Osiel y Alan Watson por sus comentarios y aliento, con un agradecimiento especial para Laurence Helfer, por haberme provisto de sugerencias especialmente detalladas y útiles. Las bibliotecas de Derecho de la Southwestern University School of Law, la University of Miami y el estudio de abogados argentino Marval, O'Farrell & Mairal proveyeron importante asistencia. Cristina Kolkowski, la bibliotecaria de Marval, O'Farrell & Mairal me proveyó de constantes referencias y de un hogar académico lejos de casa durante los veranos del 2002 y 2003. Mis asistentes de investigación en Southwestern, Erika Hoffmeister y Michael Gulden, y mi asistente argentina, Vanesa Borgoña, fueron muy útiles en localizar fuentes y confirmar las citas. Finalmente, como siempre, mi esposa, Carina Miller, proveyó los comentarios más extensos y consejo editorial, así como su esencial aliento.

¹ Alan Watson, *Legal Transplants: An approach to Comparative Law* 22-24 (2ª ed., 1993).

ños a su imagen y semejanza ², como porque los Estados que atraviesan transformaciones políticas buscan modelos prestigiosos ³. Sin embargo, el desarrollo económico, la democratización y la globalización han incrementado tan abruptamente el número de trasplantes legales que, al menos en los países en desarrollo, la mayor parte de la legislación más importante tiene un componente extranjero. La mayor parte de los países simplemente no puede participar en el comercio internacional o esperar inversiones internacionales sin trasladar sus regímenes legales hacia *standards* comunes, ni puede ser bien visto en áreas tales como protección internacional de derechos humanos, protección del medio ambiente y esfuerzos anticorrupción sin importar algunos modelos extranjeros o internacionales. Numerosos programas subvencionados por gobiernos, fundaciones e instituciones internacionales han promovido activamente estos procesos ⁴.

La proliferación de trasplantes legales ha fomentado el desarrollo de dos enfoques académicos distintos sobre el tema. En primer lugar, el crecimiento, durante la década de 1990, de proyectos sobre derecho y desarrollo patrocinados por Estados y fundaciones, que consideran a las reformas legales como una herramienta para la democratización y el desarrollo, ha

² John M. Owen, IV, *The Foreign Imposition of Domestic Institutions*, 56 *Int'l Org.* 375, 376-377, 379 (2002).

³ Ver Louis Henkin, *Introduction en Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad* 1, 13-14 (1990) (notando la influencia del constitucionalismo estadounidense).

⁴ Thomas Carothers, *The Many Agendas of Rule-of-Law Reform in Latin America*, en *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform* 4, 5-11 (Pilar Domingo y Rachel Sieder, 2001); Joseph R. Norton, *International Financial Institutions and the Movement Toward Greater Accountability and Transparency: The Case of Legal Reform Programmes and the Problem of Evaluation*, 35 *Int'l Lawyer* 1443, 1457-1461 (2001); Joseph R. Thome, *Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America* 2000 *Wisc. L. Rev.* 691, 696; ver también Steven E. Hendrix, *USAID Promoting Democracy and Rule of Law in Latin America and the Caribbean*, 9 *Sw. J. L. & Trade Am.* 277, 279 (2003) (notando que el USAID gasta actualmente \$135 millones por año promoviendo la democracia y el Estado de Derecho en Latinoamérica). Se han editado numerosos libros para describir los proyectos sobre el Estado de Derecho y la reforma legal subvencionados por el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el gobierno de los Estados Unidos, ver en general *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform* 4, 5-11 (Pilar Domingo y Rachel Sieder, 2001); *Justice Delayed: Judicial Reform in Latin America* (Eduardo Jarquín & Fernando Carrillo, eds., 1998); *Justice and Development in Latin America and the Caribbean* (Inter-American Development Bank, 1993); también ver Stephen Toope, *Legal and Judicial Reform through Development Assistance: Some Lessons*, 48 *McGill L. J.* 357 (2003) (quien ofrece una guía para el diseño normativo y el desarrollo de programas por organismos de ayuda externos y agencias multilaterales); y la Fundación Ford ha publicado un libro describiendo el trabajo relacionado con el derecho de muchas de sus organizaciones beneficiarias extranjeras, *Many Roads to Justice: The Law Related Work of Ford Foundation Grantees Around the World* (Mary McClymont & Stephen Golub, eds., 2000).

generado una importante cantidad de literatura sobre los trasplantes legales que describe los numerosos proyectos y la medida de su éxito ⁵. En segundo lugar, el creciente impacto del derecho internacional en áreas previamente reguladas exclusivamente por el derecho interno, así como los crecientes nexos transnacionales entre agencias gubernamentales, han conducido a los estudiosos del derecho internacional público a analizar los trasplantes. En vez de enfocarse en la exportación directa de regímenes legales entre Estados, esta literatura examina el uso del derecho internacional público y del emergente consenso global para la creación de normas transnacionales, es decir, reglas de aplicación interna que sin embargo cruzan las fronteras de los Estados ⁶. Yves Dezalay y Bryant Garth han identificado recientemente las conexiones entre el trasplante de leyes que ocurre mediante proyectos de desarrollo y el crecimiento del derecho transnacional, al editar un libro que incluye un capítulo sobre cada fenómeno ⁷.

⁵ Ver en general, e.g., Thomas Carothers, *Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve* 35-36, 163-177 (1999); Yves Dezalay & Bryant G. Garth, *The Internationalization of Palace Wars: Lawyers, Economists, and the Contest to Transform Latin American States* (2002) [de aquí en adelante Dezalay & Garth, *The Internationalization of Palace Wars*]; William C. Prillaman, *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law* (2000); Gianmaria Ajani, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, 43 Am. J. Comp. L. 93 (1995); Jacques deLisle, *Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, 20 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 170 (1999); Philip M. Nichols, *The Viability of Transplanted Law: Kazakhstani Reception of a Transplanted Foreign Investment Code*, 18 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 1235 (1997); Spencer Weber Waller, *Neo-Realism and the International Harmonization of Law: Lessons from Antitrust*, 42 Kan. L. Rev. 557, 569-571 (1994). También existe literatura relacionada de sociólogos y antropólogos que remarcan el fracaso frecuente de los trasplantes legales dado que están basados en paradigmas no adecuados al contexto del Estado receptor. Ver, p. ej., Laura Nader & Elisabetta Grande, *Current Illusions and Delusions About Conflict Management - In Africa and Elsewhere*, 27 Law & Social Inquiry 573, 574 (2002); Mark Goodale, *The Globalization of Sympathetic Law and Its Consequences*, 27 Law & Social Inquiry 595, 596 (2002).

⁶ Ver en general, p. ej., Harold Hongju Koh, *Bringing International Law Home*, 35 Hous. L. Rev. 623 (1998); Julie Mertus, *From Legal Transplants to Transformative Justice: Human Rights and the Promise of Transnational Civil Society*, 14 Am. U. Int'l L. Rev. 1335 (1999); Kal Raustiala, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, 43 Va. J. Int'l L. 1 (2002); Thomas Risse & Kathryn Sikkink, *The Socialization of International Human Rights Norms into Domestic Practices: Introduction*, en *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Changes* 1, 11-37 (Thomas Risse, Stephen C. Ropp & Kathryn Sikkink eds., 1999); Kathryn Sikkink, *Transnational Advocacy Networks and the Social Construction of Legal Rules*, en *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy* 49 (Yves Dezalay & Bryant Garth eds., 2002); Anne-Marie Slaughter, *Breaking Out: The Proliferation of Actors in the International System* en *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy* 13 (Yves Dezalay & Bryant Garth eds., 2002); Joel P. Trachtman, *The International Economic Revolution*, 17 U. Pa. J. Int'l Econ. L. 33 (1996); Jonathan B. Wiener, 27 Ecology L.Q. 1295, 1297-1307, 1367-68 (2001).

⁷ *Global Prescriptions: The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy* (Yves Dezalay & Bryant Garth eds., 2002).

Sin embargo, la enormemente diversa literatura sobre los trasplantes legales carece de una clasificación mediante la cual los diferentes fenómenos de trasplante puedan ser comprendidos. Los académicos han identificado trasplantes en virtualmente cada área del derecho, ya sea propiedad intelectual ⁸, derecho sobre discapacidades ⁹, o resolución alternativa de conflictos ¹⁰, y se ha enfocado en mecanismos tan diversos como la hegemonía de los EE.UU. ¹¹, *lobbies* internos ¹², y redes de reguladores gubernamentales ¹³. Sin embargo, la literatura se encuentra tan enfocada en explicar trasplantes específicos o en describir un fenómeno específico —tales como redes de litigantes transnacionales ¹⁴ o *path dependence* ¹⁵— que carece de un poder descriptivo amplio. Mas aún, la mayor parte de la literatura que busca explicar el éxito o fracaso de los trasplantes se ha concentrado en programas y regímenes legales recientes, con algunas escasas alusiones a trabajos que analizaban el fracaso de los proyectos de derecho y desarrollo durante las décadas del sesenta y setenta ¹⁶. Las excepciones están dadas por los historiadores del derecho tales como Alan Watson, quienes han documentado la larga historia de las prácticas legales que se trasladaron de Estado a Estado ¹⁷. Sin embargo, la literatura de los historiadores del derecho se ha enfocado primariamente en detectar líneas de influencia y ofrece muy poco en cuanto hace a explicaciones políticas o sociológicas ¹⁸.

⁸ Paul Edward Geller, *Legal Transplants in International Copyright: Some Problems of Method*, UCLA Pacific Basin L.J. 199, 200-201 (1994).

⁹ Katharina C. Heyer, *The ADA on the Road: Disability Rights in Germany*, 27 Law & Social Inquiry 723, 725, 726 (2002).

¹⁰ Nader & Grande, *supra* nota 5, p. 574.

¹¹ Ugo Mattei, *A Theory of Imperial Law: A Study on U.S. Hegemony and the Latin resistance*, 10 Indiana J. of Global Leg. Stud. 383, 385 (2003).

¹² Ver Heyer, *supra* nota 9, ps. 725-726.

¹³ Raustiala, *supra* nota 6, ps. 8-9, 44.

¹⁴ Sikkink, *supra* nota 6, p. 49

¹⁵ Jan M. Smits, *The Harmonization of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory*, 31 Ga. J. Int'l & Comp. L. 79, 87, 89-90 (2002). *Path dependence* refiere a la manera en que una decisión inicial puede a la vez dictar otras. Por ejemplo, una decisión sobre el ancho de vías de un ferrocarril puede crear una dependencia por muchos años futuros para que un determinado país sea el proveedor de las locomotoras.

¹⁶ El trabajo más importante que analiza el fracaso de los proyectos de derecho y desarrollo en los años sesenta y setenta es el de James Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America* (1980); David Trubek & Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, 1974 Wisc. L. Rev. 1062 (1974); también ver Hugo Frühling, *From Dictatorship to Democracy: Law and Social Change in the Andean Region and the Southern Cone of South America in Many Roads to Justice*, *supra* nota 4, ps. 55, 56-58.

¹⁷ Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, *supra* nota 1.

¹⁸ Esto es verdad respecto de la mayor parte del trabajo de Alan Watson, ver *id.* En el contexto latinoamericano, ver en general, Matthew C. Mirow, *Borrowing Private Law in Latin America: Andres Bello's Use of the Code Napoleon in Drafting the Chilean Civil Code*, 61 La. L. Rev. 291 (2001).

Una de las herramientas utilizadas por los sociólogos para analizar hechos complejos que aparecen en una variedad de contextos, es la de las tipologías ¹⁹. La utilidad de la tipología proviene de su valor explicativo. Este artículo crea una tipología que describe todas las variantes de trasplantes legales utilizando cuatro tipos. Cada tipo está relacionado a un conjunto de factores diferentes que pueden motivar un trasplante. Los tipos se denominan: i) el Trasplante que Ahorra Costos; ii) el Trasplante Determinado desde el Exterior; iii) el Trasplante *Entrepreneur*; y iv) el Trasplante que Genera Legitimidad. Muchos trasplantes son una mezcla de los cuatro tipos y resulta raro encontrar un tipo en su forma pura. Sin embargo, la tipología puede aplicarse con utilidad al estudio de la historia del derecho, al movimiento de derecho y desarrollo, y a las relaciones transnacionales basadas en el derecho internacional. La tipología es descriptiva y no predice por sí misma el curso que tomará un trasplante. Sin embargo, saber dónde buscar para identificar las motivaciones de un trasplante es central para entender el proceso de trasplante, ya sea que el tema de estudio sea la adopción del sistema de control de constitucionalidad en la Argentina del siglo XIX, un proyecto de derecho y desarrollo de la Fundación Ford, o incluso el movimiento de innovaciones legales a través de los diferentes Estados de los EE.UU.

Tanto los sociólogos como los académicos que estudian la globalización y los historiadores del derecho, requieren una teoría más completa acerca de los trasplantes, y este artículo busca responder a las necesidades de los tres grupos. Primero, el artículo provee una tipología de los trasplantes que identifica cuatro tipos de ellos, y utiliza un ejemplo reciente de Argentina para ilustrar cada uno. Luego, el artículo resalta algunas de las implicancias básicas de la tipología en cuanto a la explicación del proceso de trasplante, considerando brevemente el rol del “donante”, y analizando cómo los cuatro tipos involucran diferentes clases de discusión sobre cuestiones legales. La tipología presentada se aplica a todas las áreas del derecho, incluyendo al derecho público ²⁰, y ayuda a explicar tanto los éxitos como los fracasos

¹⁹ Este artículo adopta un enfoque que sigue la técnica de sociología del derecho de Max Weber, quien desarrolla tres tipos puros de autoridad como punto de comienzo para la comprensión de lo que puede llamarse derecho y desarrollo. 1 Max Weber, *Economy and Society* 215-216 (Guenther Roth & Claus Wittich eds., Ephraim Fischhoff *et al.* traducción., Univ. of Cal. Press, 1978).

²⁰ Muchos académicos han argumentado que las instituciones de derecho público son particularmente difíciles de trasplantar. Ver Otto Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 Mod. L. Rev. 1, 17 (1974); Jacques deLisle, *supra* nota 5, ps. 289; ver también Carlos F. Rosenkrantz, *Against Borrowings and Other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, 1 Int'l J. Const. L. 269, 277, 282-283 (2003).

de los trasplantes. Si bien se utilizan en su mayoría ejemplos de Argentina —debido a que es la jurisdicción foránea mejor conocida por este autor y porque su sistema legal es rico en ejemplos de trasplantes— esta tipología no es sólo aplicable a esa jurisdicción.

II. UNA TIPOLOGÍA DE LOS TRASPLANTES

A pesar de que una parte de la literatura se ha quejado acerca de la falta de trabajos que expliquen por qué ocurren los trasplantes ²¹, se ha publicado tanto en los años recientes que es ahora comparativamente fácil usar toda esa literatura para desarrollar una tipología de los trasplantes basada en los factores que los motivan. Aunque puede resultar posible identificar tipos adicionales, los siguientes cuatro tipos cubren todas las situaciones identificadas hasta este momento por la literatura académica. El verdadero fracaso de la literatura no está dado por el fracaso en buscar las motivaciones detrás de los trasplantes y cómo ellas impactan en su éxito, sino por el intento de describir el proceso de trasplantes prestando atención a sólo uno o dos tipos de trasplantes cuando en realidad existen al menos cuatro tipos ²².

A pesar de que los cuatro tipos descritos a continuación son lo suficientemente amplios como para incluir a todos los trasplantes identificados hasta ahora, deben realizarse dos advertencias importantes. Primero, una tipología basada en las motivaciones de quienes reciben un trasplante legal sólo ofrecerá una indicación limitada respecto de por qué algunos trasplantes son exitosos y otros no. Tanto los gobiernos como las fundaciones y los organismos internacionales que promueven un trasplante deben considerar su trabajo a la luz de esta tipología para entender en qué medida las dinámicas locales interactúan con sus propios objetivos. Sin embargo, la mayoría de las leyes nuevas adoptadas son exitosas, en términos de alcanzar los objetivos de quienes las diseñaron, por razones internas y con independencia de si la norma es o no el resultado de un trasplante legal. Por ejemplo,

²¹ Dezelay & Garth, *The Internationalization of Palace Wars*, *supra* nota 5, p. 5 (1992); Yves Dezelay & Bryant G. Garth, *Legitimizing the New Legal Orthodoxy*, en *Global Prescriptions*, *supra* nota 6, ps. 306, 312-313.

²² Mark Tushnet y Alan Watson han ofrecido cada uno una categorización de los trasplantes. Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Law*, 108 Yale L.J. 1225, 1228 (1999); Alan Watson, *Aspects of Reception of Law*, 44 Am. J. Comp. L. 335, 335 (1996) [en adelante, Watson, *Aspects of Reception of Law*]. Sin embargo, las categorizaciones de Mark Tushnet se basan en tres enfoques diferentes que una sociedad puede adoptar respecto de tomar prestada una norma, y no en explicar el por qué de ese préstamo, mientras que las categorías de Alan Watson ofrecen una interesante perspectiva pero están incompletas. Sus categorías se superponen con la primera y tercera categorías descritas en este trabajo pero ignoran la segunda y la cuarta.

una sociedad con un fuerte sentido de legitimidad respecto de cualquier norma legal adoptada siguiendo el procedimiento adecuado otorgará evidentemente un mayor efecto a esa norma que una sociedad donde la legitimidad de la ley basada meramente en la forma de su adopción es débil ²³. Asimismo, es más probable que cualquier ley nueva adoptada obtenga un mayor nivel de acatamiento en países donde el Estado es fuerte que en países donde no lo es. Finalmente, las leyes, ya sean de origen interno o externo, pueden ser adecuadas o inadecuadas respecto de las necesidades sociales contemporáneas ²⁴. Lo que una tipología basada en las motivaciones de quien recibe el trasplante ofrece es una indicación de las fuerzas que hacen que los trasplantes legales sean diferentes de las normas enteramente autóctonas ²⁵. Una teoría más amplia respecto de en qué circunstancias el derecho

²³ En definitiva, el éxito de un trasplante depende no sólo de los factores propios del mismo sino de la actitud en general de la sociedad hacia el derecho. Ver en general Jeremy Adelman & Miguel Centeno, *Between Liberalism and Neoliberalism: Law's Dilemma in Latin America*, en *Global Prescriptions*, *supra* nota 6, ps. 139, 159 (donde se discute la dificultad de trasplantar normas transnacionales a un país donde el Estado de Derecho es débil).

²⁴ Ha habido un significativo debate que comenzó con Montesquieu entre aquellos que perciben al derecho como suficientemente autónomo para permitir el trasplante de normas de una sociedad a la otra y quienes insisten que el derecho debe estar enraizado en un contexto social, económico y político y que por lo tanto la mayor parte de los trasplantes fracasarán. Kahn-Freund, *supra* nota 20, p. 6; William Ewald, *Comparative Jurisprudence II: The Logic of Legal Transplants*, 43 *Am. J. Comp. L.* 489, 490 (1995). Pero un producto local puede ser algo tan improbable como un trasplante. Si bien uno espera que los legisladores locales tengan en cuenta los problemas domésticos, nada hace que las normas domésticas sean *per se* más adecuadas a las condiciones locales que un modelo extranjero que los legisladores puedan considerar útil. David Nelken ha notado correctamente que los trasplantes legales “dan lugar a temas cruciales de política legal, que son en gran medida paralelos a las preocupaciones acerca de la exitosa ingeniería social doméstica en las décadas de 1960 y 1970”, David Nelken, *The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers*, 19 *Windsor Yearbook of Access to Justice* 349, 349 (2001), y un estudio estadístico reciente ha concluido que la probabilidad de que un trasplante tenga efecto práctico depende del grado total en que las normas legales son respetadas y del grado en que la norma esté adaptada al sistema doméstico, Daniel Berkowitz, Katharina Pistor & Jean-Francois Richard, *The Transplant Effect*, 51 *Am. J. Comp. L.* 163, 167-168, 170-171, 178-179 (2003); ver también John Gillespie, *Transplanted Company Law: An Ideological and Cultural Analysis of Market-Entry in Vietnam*, 51 *Int'l & Comp. L.Q.* 641, 645-646 (2002); Daniel Berkowitz, Katharina Pistor & Jean-Francois Richard, *Economic Development, Legality and the Transplant Effect*, 47 *European Economic Review* 165, 167, 168, 174, 180 (2003) (este artículo es idéntico al de los mismos autores citado *supra*, pero ofrece una explicación más completa de su metodología estadística).

²⁵ Pero cf. Pierre Legrand, *The Impossibility of “Legal Transplants”*, 4 *Maastricht J. Europ. & Comp. L.* 111, 121 (1997). El artículo de Legrand ataca duramente el enfoque de Alan Watson en *Legal Transplants*, *supra* nota 1, de simplemente describir el movimiento de normas legales entre países. Legrand argumenta que las normas no pueden viajar porque siempre deben ser entendidas en el contexto social —en tanto una proposición legal carece de sentido sin el sentido cultural-específico del que está investida—. Legrand, *supra* ps. 113-114. Él descarta por lo tanto el estudio de los trasplantes legales como, esencialmente, una pérdida de tiempo, porque “[t]odo lo que uno puede notar es que los reformadores de leyes en ocasiones encuentran conveniente, presumiblemente en el interés de la economía y la efi-

es respetado y alcanza los objetivos de los legisladores es todavía necesaria, si bien dicha teoría se encuentra más allá de las ambiciones de este artículo.

En segundo lugar, una tipología enfocada en las motivaciones de quien recibe el trasplante legal pone poco énfasis en el rol del donante. Quizá la conclusión central que emerge de los proyectos de derecho y desarrollo de las décadas del sesenta y setenta haya sido que las dinámicas internas del Estado que recibe el trasplante son siempre más relevantes para el curso del trasplante que el rol del donante ²⁶. La discusión que sigue incluirá al rol del donante como una capa adicional de análisis, pero asume que una tipología enfocada en la perspectiva de quien importa la norma tiene mayor valor explicativo.

Tipo i: El Trasplante que Ahorra Costos

Quizá la motivación y la explicación más simple para tomar prestada una norma es que hacerlo ahorra tiempo y costosas experimentaciones. Como tipo puro, el trasplante que ahorra costos involucra a un legislador que, al ser confrontado con un nuevo problema, toma la solución de algún lugar de la biblioteca para evitar tener que diseñar por sí mismo una solución original. Si alguien ya ha intentado una solución que funcionó, un legislador o un juez pueden ahorrar mucho tiempo y análisis simplemente adoptando el mismo enfoque utilizado por el país donante ²⁷. Algunas veces ello involucra un proceso de *bricolage*, simplemente juntando lo que uno tiene a mano ²⁸, y los resultados pueden tener ridículamente poca conexión con la sociedad del legislador, ya sea porque éste no tuvo el tiempo o la competencia técnica necesaria para adaptar la norma trasplantada a la realidad local. En ocasiones este tipo de trasplantes surge de un encuentro casual entre un legis-

ciencia, adoptar una forma preexistente de palabras que da la casualidad de haber sido formulada fuera de la jurisdicción dentro de la cual operan”, *id.*, p. 121, “pero no aprendemos nada acerca del desarrollo del derecho”, *id.*, pág. 120. Sin embargo, este artículo demostrará que, con la excepción del Trasplante que Ahorra Costos, existen consecuencias específicas que emanan del origen de una norma como trasplante legal. Legrand, como lo demuestra la cita anterior, cae en la trampa de asumir que todos los trasplantes legales están motivados por un ahorro de costos. Una vez que uno reconoce la existencia de otros tipos de trasplantes resulta claro que los trasplantes legales poseen una dinámica social diferente a la de las normas autóctonas. *Infra*, notas 42-65.

²⁶ Gardner, *supra* nota 16, ps. 9, 245-246; Trubek & Galanter, *supra* nota 16, ps. 1076-1078, 1080-1081; ver también Dezelay & Garth, *The Internationalization of Palace Wars*, *supra* nota 5, p. 5 (describiendo el curso de los trasplantes basados tanto en la dinámica doméstica como en la competencia internacional para exportar las capacidades, pero poniendo mayor énfasis en la dinámica doméstica).

²⁷ Watson, *Aspects of Reception of Law*, *supra* nota 22, p. 335.

²⁸ Tushnet, *supra* nota 22, ps. 1229, 1237.

lador o alguien con poder de decisión con un académico extranjero ²⁹. O puede involucrar lo que Mark Tushnet ha llamado funcionalismo ³⁰, donde el trasplante primero tiene en cuenta hasta qué punto el enfoque extranjero lidia con problemas similares a los propios. Bajo un enfoque funcionalista, quien realiza el trasplante examina cómo la misma función puede existir en dos sistemas legales y el punto hasta el cual un modelo foráneo puede ser razonablemente adaptado para cumplir las mismas funciones en el sistema propio.

El hecho de que algunos de estos trasplantes puedan estar mejor adaptados que otros al país recipiente, no altera el objetivo: ahorrar costos. Una discusión adicional respecto de los trasplantes que ahorran costos ha sido si ellos pueden coadyuvar al desarrollo legal de un país. Alan Watson ha remarcado que usualmente el derecho tiene naturaleza autónoma ³¹, mientras que otros han enfatizado que el éxito de un trasplante depende de consideraciones relacionadas al contexto social y político en que se ubica a la norma ³². Sin embargo, aun asumiendo que una norma trasplantada debe ser engranada con el contexto social y político de la sociedad, ello no elimina por sí mismo el ahorro de costos como una motivación para los trasplantes. El ahorro de costos puede no ser suficiente para garantizar el éxito y puede ser que lo más sensato sea recurrir al ahorro de costos sólo cuando el funcionalismo indica que el trasplante es apropiado, pero la motivación para el trasplante tanto mediante el *bricolage* como el funcionalismo es la de ahorrar recursos que de otro modo serían necesarios para desarrollar normas de forma autóctona. En tanto que iguales necesidades o prácticas sociales pueden ser centrales para el éxito de cualquier trasplante, ello no es diferente al problema siempre existente respecto de en qué medida es necesario que una norma de derecho se adecue a las prácticas y necesidades sociales existentes ³³.

Aunque abundan los ejemplos de trasplantes por ahorro de costos, es difícil encontrar un trasplante de ese tipo en su estado puro. En tanto el prestigio de la organización o del país que exporta la norma influencia la elección del modelo por parte del país que recibe la norma, normalmente este tipo de trasplante se superpone con el Tipo iv, el trasplante que genera

²⁹ Watson, *Aspects of Reception of Law*, *supra* nota 22, ps. 339-341; Gianmaria Ajani, *supra* nota 5, ps. 112-113.

³⁰ Tushnet, *supra* nota 22, p. 1228.

³¹ Alan Watson, *The Evolution of Law* 119 (1985); William Ewald, *supra* nota 24, p. 499.

³² Kahn-Freund, *supra* nota 20, ps. 12-13; Roger Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants?* en *Adapting Legal Cultures* 71, 71-79 (David Nelken & Johannes Feest, eds., 2001).

³³ *Supra* nota 24.

legitimidad. Sin embargo, el ahorro de costos frecuentemente aparece como la motivación principal. Por ejemplo, es común que los países en vías de desarrollo o pequeños países industrializados importen la legislación y los *standards* regulatorios de grandes países industrializados en materia de protección ambiental, seguridad e higiene. Es simplemente demasiado caro y un desperdicio de recursos para estos países desarrollar sus propios *standards* y por eso recurren a un país con prestigio en ese campo legislativo, o recurren al *bricolage*, echando mano de todo lo que puedan tener a su alcance. Un ejemplo típico es el caso de la legislación argentina en materia de residuos peligrosos. Esta legislación es virtualmente una copia de la estadounidense, y las regulaciones de Argentina en este campo copian a las de la Agencia de Protección Ambiental de los EE.UU., incluyendo referencias cruzadas a otras secciones del *Federal Registrar* ³⁴.

Tipo ii: El Trasplante Determinado desde el Exterior

Los trasplantes determinados desde el exterior se han convertido en una fuerza generalizada alrededor del mundo, especialmente en países en desarrollo. Como tipo puro pueden involucrar a un individuo, entidad o gobierno extranjero que establece la adopción de un modelo legal foráneo como condición para realizar negocios o permitirle al país dominado cierta medida de autonomía política. Si uno entiende este tipo de trasplante como incluyendo a todos los trasplantes cuya aceptación está motivada por el deseo de complacer a Estados, entidades o individuos extranjeros —ya sea en aquiescencia a sus demandas o para aprovechar las oportunidades que ofrecen— muchas situaciones diferentes se ven incluidas en este tipo. Por ejemplo, numerosos países han adoptado legislación financiera de los EE.UU. debido a las demandas de inversores estadounidenses de tener legislación similar a la de los Estados Unidos ³⁵, y asimismo el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial han comenzado a condicionar sus préstamos a la adopción de reformas legales ³⁶. En la esfera constitucional, el ejemplo

³⁴ Raquel C. Alianak, *Ley Nacional sobre Residuos Peligrosos 24.051. Decreto reglamentario 831/1993*, [1994-A] La Ley 811, 812-832 (comparando las legislaciones de Argentina y EE.UU. en detalle); ver en general Ley 24.051, [1992-A] ADLA 52 (B.O. Ene. 17, 1992); Decreto 831/1993, art. 33, [1993-B] ADLA 1468, 1475 (B.O. Mayo 3, 1993).

³⁵ deLisle, *supra* nota 5, p. 277; ver también Gillespie, *supra* nota 24, p. 643 (quien remarca que el FMI, el Banco Mundial y el Banco Asiático de Desarrollo han impuesto a menudo la adopción de leyes comerciales de estilo occidental como condición para acuerdos de préstamo a los países asiáticos en desarrollo).

³⁶ Norton, *supra* nota 4, ps. 1445-1446, 1456; Mamick Yokoi-Arai, *Regional Financial Institutionalization and the Creation of a Zone of Law: The Context of Financial Stability/Regulation in East Asia*, 35 Int'l Lawyer 1627, 1637 (2001).

clásico de un trasplante determinado desde el exterior es la Constitución Japonesa impuesta por el general McArthur después de la Segunda Guerra Mundial. De hecho, incluso los regímenes legales unificados diseñados para facilitar el comercio internacional son en esencia trasplantes determinados desde el exterior para los países en desarrollo, dada la extremadamente limitada participación de los mismos en el proceso de formación de esas normas y su necesidad de eliminar barreras al comercio y promover la inversión ³⁷.

En los últimos años, uno de los campos donde es posible observar con mayor claridad los trasplantes determinados desde el exterior es el de la incorporación de un gran número de normas de derecho internacional público, motivada por presiones y oportunidades planteadas desde el exterior. Con frecuencia, países en desarrollo han adoptado las reglas de la Organización Mundial del Comercio sobre propiedad intelectual ³⁸ sólo bajo la amenaza de sanciones comerciales de los Estados Unidos ³⁹. Muchos países han adoptado legislación sobre derechos humanos para evitar sanciones comerciales o para tener intercambio comercial y otros beneficios ⁴⁰. Rusia, por ejemplo, eliminó gradualmente la pena de muerte a mediados de la década del noventa y ha adoptado los protocolos internacionales correspondientes como una condición para unirse al Consejo de Europa ⁴¹. Si bien el proceso de formación del derecho internacional difiere en gran medida de un trasplante porque incluso un Estado pequeño puede participar de aquél, el rol asumido por cualquier país en desarrollo en la negociación de un tratado

³⁷ Gunther Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergencies*, 61 *Mod. L. Rev.* 11, 11 (1998). Aun países económicamente desarrollados podrían sentir presiones para aceptar regímenes de unificación legal en los cuales no participaron mucho en diseñar. Por ejemplo, Suiza, en los últimos años de los ochenta, sentía mucha presión para adoptar el derecho económico de la Comunidad Europea aunque no fue miembro de la Comunidad. Carl Baudenbacher, *Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottle*, 38 *Tex. Int'l L. J.* 505, 506 (2003).

³⁸ Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, Anexo IC del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

³⁹ Ver p. ej. Frederick M. Abbott, *The New Global Technology Regime: The WTO TRIPS Agreement and Global Economic Development*, 72 *Chicago-Kent L. Rev.* 385, 388-389 (1996); ver también, Simon Butt, *Intellectual Property in Indonesia: A Problematic Legal Transplant*, 24 *Eur. Intell. Prop. Rev.* 429, 436 (2002) (señalando que la adopción por parte de Indonesia de las reglas de la Organización Mundial del Comercio sobre propiedad intelectual eran bajo presión de los EE.UU. y como consecuencia había una tendencia a hacer cumplir las reglas sólo en la medida en que fuera necesaria para satisfacer las percepciones externas).

⁴⁰ deLisle, *supra* nota 5, ps. 209-211.

⁴¹ Ver Donald D. Barry & Eric J. Williams, *Russia's Death Penalty Dilemmas*, 8 *Crim. Law Forum* 231, 243-248 (1997); Peter Hodgkinson, *Europe - A Death Penalty Free Zone: Commentary and Critique of Abolitionist Strategies*, 26 *Ohio N.U.L. Rev.* 625, 631-633 (2000).

multilateral o en la formación de una norma de derecho internacional consuetudinario es típicamente tan menor que uno puede razonablemente evaluar la incorporación doméstica del derecho internacional como un trasplante. En la medida en que los incentivos primarios para adoptar un tratado están vinculados con ventajas económicas, políticas o de seguridad ofrecidas por otros participantes, se está en presencia de un trasplante determinado desde el exterior.

La implementación en Argentina de los recientes desarrollos en materia de legislación aeronáutica ofrece un excelente ejemplo de un trasplante determinado desde el exterior que involucra derecho internacional y a la vez un caso donde el incentivo para hacer cumplir el trasplante proviene de un solo país o de un pequeño grupo de países. Tradicionalmente la legislación aeronáutica argentina ha seguido los requerimientos del derecho internacional⁴², usualmente copiando y citando directamente los *standards* de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI)⁴³. Sin embargo, el factor más determinante para que Argentina cumpla con ese modelo es la presión de parte de los Estados Unidos. La Administración Federal de Aviación (FAA) de los Estados Unidos opera el Programa de Evaluación de la Seguridad de la Aviación Internacional que evalúa a cada país extranjero en cuanto a su cumplimiento de los *standards* mínimos para la seguridad de la aviación, y coloca a todos los países en una de dos categorías: La Categoría 1, que incluye a los países que cumplen con los *standards* de la OACI, o la Categoría 2, que incluye a los países que no cumplen con dichos *standards*⁴⁴. Los países que se encuentran dentro de la Categoría 2 no tienen permitido iniciar o realizar cambios respecto de ningún servicio aéreo dirigido hacia los Estados Unidos a no ser que contraten aviones y tripulaciones pertenecientes a países que se encuentren en la Categoría 1. Asimismo, los servicios aéreos ya existentes pueden seguir operando pero son colocados bajo un escrutinio intensificado⁴⁵. La evaluación se basa no sólo en la vigencia de las regulaciones sino en la determinación de la FAA respecto de la capacidad y las medidas adoptadas por el país para hacer cumplir dichas regulaciones⁴⁶.

⁴² Federico N. Videla Escalada, *Manual de derecho aeronáutico* 15, 16, 20, 24-25, 28, 42 (2ª ed. actualizada, 1996).

⁴³ Ver Resolución 232 (O.R.S.N.A.), Manual de Funcionamiento de los Aeropuertos del Sistema Nacional de Aeropuertos, arts. 2, 16, 22, 59 & 144, 1998-E ADLA 5678, 5679-80, 5682, 5683, 5692, 5703 (B.O. Nov. 5, 1998), que cita e incorpora por referencia varias regulaciones de la OACI al manual de operaciones de los aeropuertos nacionales.

⁴⁴ 65 Fed. Reg. 33751, 33752 (2000).

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

Hasta hace poco tiempo la Argentina se ubicaba dentro de la Categoría 1. Dado el mecanismo de coacción de la FAA, algunas de las regulaciones argentinas no sólo han adoptado los *standards* de la OACI sino que incluso han adoptado textualmente regulaciones específicas de la FAA⁴⁷. Sin embargo, la crisis económica de 2001-2003 en Argentina había disminuido la capacidad del gobierno para llevar a cabo todas las inspecciones y monitoreos esperados por la FAA, lo que llevó a un anuncio el 15 de Julio de 2002 por parte de la FAA que indicaba que la Argentina había caído a la Categoría 2⁴⁸. La respuesta del gobierno argentino, sin embargo, no consistió en quejarse por una imposición extranjera sino contratar a un equipo de consultores estadounidenses para determinar los pasos que resultaría necesario tomar para volver a ubicarse en la Categoría 1⁴⁹. Claramente el régimen legal era importado y había sido importado principalmente debido a las demandas de los Estados Unidos y en forma secundaria probablemente debido a las demandas de otros países⁵⁰. Si bien son concebibles numerosos regímenes regulatorios de la aviación, los legisladores y reguladores argentinos estuvieron motivados a adoptar el modelo de la FAA y la OACI por la necesidad de satisfacer a gobiernos extranjeros.

⁴⁷ Ver Decreto 698, art. 6, 2001-C ADLA 2743, 2746 (B.O. Mayo 29, 2001) (que le otorga a las autoridades regulatorias 60 días para adoptar las reglas de la FAA respecto de *standards* de tripulación en relación al número máximo de horas de servicio, tiempo de vuelo y períodos de descanso).

⁴⁸ Sergio Dattilo, "EE.UU. les bajó la nota a las aerolíneas locales", *Ámbito Financiero*, julio 16, 2002 p. 6. Entrevista con Fernando Dozo, Presidente de JURCA (Junta de Representantes de Compañías Aéreas en Argentina - la asociación Argentina de comercio de la industria aeronáutica), Buenos Aires, Julio 14, 2003 (donde señala que la FAA había actuado porque las reducciones presupuestarias habían afectado la capacidad de la Fuerza Aérea Argentina de entrenar a su personal de inspección de aeronaves al nivel esperado por la FAA).

⁴⁹ *Id.* La consultora a la que se recurrió fue The MITRE Corporation, una organización consultora de los Estados Unidos sin fines de lucro que se especializa en la seguridad del transporte aéreo y que tiene una larga historia de trabajo con el gobierno de los Estados Unidos en temas de seguridad aérea. Entrevista Dozo, *supra* nota 48. Además, la Fuerza Aérea, en tanto brazo del gobierno responsable por la seguridad de vuelo, también ha estado trabajando directamente con la FAA. *Id.*

⁵⁰ Esto no significa afirmar que Argentina no hubiera adoptado un régimen legal de la aviación sin presión externa. Obviamente cada país con una industria de la aviación requiere un régimen legal para asegurar la seguridad de las aeronaves. Sin embargo, hay múltiples maneras de proteger el mismo interés. Algunos países pueden autorizar personal de seguridad armado a bordo de las aeronaves mientras que otros puede que no lo hagan, o algunos pueden querer determinar los períodos de descanso de los pilotos en base al tiempo de descanso efectivamente transcurrido en tierra mientras que otros puede que razonablemente se enfoquen en el tiempo total de descanso, incluidos los períodos de descanso en el aire. En el caso de Argentina, las elecciones realizadas al adoptar un modelo importado de régimen de aviación fueron condicionadas por la presión externa.

Tipo iii: El Trasplante *Entrepreneur*

Dezelay y Garth han desarrollado una teoría de los trasplantes que se enfoca en los individuos y grupos que obtienen beneficios al invertir su energía en aprender y alentar la adopción local de un modelo legal extranjero ⁵¹. De acuerdo con Dezelay y Garth, el éxito de un trasplante depende de que haya un exportador dispuesto a proveer el capital y un importador interesado en aquello que se importa, estando ambos guiados por aquello que pueden ganar en el ámbito interno al operar en el ámbito internacional ⁵². Los individuos y los grupos que carecen de capital social intentan crearlo mediante su asociación con el trasplante externo. Los títulos y las experiencias extranjeras, así como las redes de trabajo internacionales, son usados para construir posiciones en el ámbito doméstico ⁵³. A pesar de que Dezelay y Garth no llegan a identificar otras motivaciones importantes para los trasplantes, ofrecen numerosos ejemplos que muestran que la presencia en el país receptor de individuos interesados en invertir en la estructura legal transplantada para poder obtener beneficios políticos o económicos de su inversión constituye una clara motivación para un trasplante legal. Tanto Harold Koh como Martha Finnemore y Kathryn Sikkink identifican el mismo fenómeno en el contexto legal transnacional impersonado en los “*entrepreneurs de la norma*”, individuos y grupos que usan las normas internacionales para fortalecer sus posiciones en el debate doméstico ⁵⁴. Este tipo de trasplante no asume que los individuos actuarán por motivos exclusivamente pecuniarios. Los individuos involucrados pueden perfectamente demostrar un enorme idealismo en la adopción del trasplante. Sin embargo, su inversión en el trasplante es una inversión en desarrollar una experiencia que ofrece una recompensa concreta, sin la cual tomarían caminos alternativos.

Es difícil encontrar formas puras de trasplantes *entrepreneur*. Un ejemplo de un tipo puro de trasplante *entrepreneur* lo constituiría el individuo o individuos que viajan al exterior para estudiar una rama particular del derecho, y que regresan a su país con un título extranjero en esa rama, luego

⁵¹ Dezelay & Garth, *The Internationalization of Palace Wars*, *supra* nota 5, p. 7; Gillespie, *supra* nota 24, p. 672 (haciendo notar la ausencia de grupos de intereses especiales tales como los abogados, contadores, banqueros y aseguradores como una razón para que la Ley de Corporaciones transplantada no tuviera éxito en Vietnam).

⁵² Dezelay & Garth, *supra* nota 5, p. 5.

⁵³ *Id.* p. 7.

⁵⁴ Harold Hongju Koh, *Bringing International Law Home*, 35 *Houston L. Rev.* 623, 646-647 (1998); Martha Finnemore & Kathryn Sikkink, *International Norm Dynamics and Political Change*, 52 *Int'l Org.* 887, 893, 896-897 (1998).

establecen un estudio jurídico o una ONG en el campo en cuestión y, posteriormente, trabajan en conjunto con los legisladores para aprobar leyes modeladas a partir de aquellas que constituyeron el objeto de su estudio en el exterior. Al trabajar en países en desarrollo, a menudo se escuchan acusaciones en el sentido de que un individuo o un estudio jurídico habría fomentado la adopción doméstica de una determinada ley extranjera para gozar de una ventaja competitiva en el mercado de sus servicios legales; sin embargo, el trasplante también puede tener lugar como resultado de un compromiso sincero con un tema en particular.

A modo de ejemplo, el Código de Ética de la Función Pública de la Argentina ⁵⁵ se inspiró claramente en el *U.S. Standards of Ethical Conduct for Employees of the Executive Branch* ⁵⁶ y las regulaciones de los Estados Unidos sobre divulgación de bienes personales ⁵⁷. Cuando el Código argentino fue promulgado en los primeros meses de 1999, ya existía una presión pública sustancial para su reforma, debido a la existencia de repetidos escándalos de corrupción denunciados por la prensa ⁵⁸, pero esta presión de la opinión pública podría haber generado reformas en varias direcciones alternativas. Existían ya hacía tiempo algunas leyes relativas a la corrupción pública, incluyendo una que coloca la carga de la prueba en el juicio en

⁵⁵ Decreto 41/1999, Código de Ética de la Función Pública, 1999-AADLA 139 (B.O. Feb. 3, 1999).

⁵⁶ 5 C.F.R. Part 2635 (Edición 1997).

⁵⁷ 5 C.F.R. Part 2634 (Edición 1997). El Código de Ética para la Administración Pública no es una copia de las regulaciones de EE.UU. A diferencia de las regulaciones de EE.UU., no incluye ejemplos concretos de conductas ilegales a modo de guía y no está redactado con el nivel de detalle de las regulaciones de EE.UU. Sin embargo, fue redactado con las regulaciones de EE.UU. que Manfroni tuvo a su alcance, recibió comentarios de oficiales de EE.UU., y los temas principales que fueron incluidos derivaron del modelo de EE.UU. Entrevista con Carlos Manfroni, Presidente de la Fundación de Ética Pública, Buenos Aires, Julio 22, 2002; entrevista con Roberto de Michele, Director de Planificación de Políticas de Transparencia, Oficina Anticorrupción, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Buenos Aires, Julio 25, 2002. Memorandum de Stuart C. Gilman, U.S. Office of Government Ethics, a Sylvina Napoli, Oficina Nacional de Ética Pública, Argentina (Junio 8, 1998) (ofreciendo sus comentarios sobre el borrador del Código). Algunas de las normas del Código de Ética de Argentina no tenían precedente legal doméstico, tales como la prohibición de los conflictos de interés, art. 41, y el requisito de la entrega anual de Declaraciones Juradas de Bienes Personales por parte de todos los oficiales públicos de nivel medio y alto, arts. 53-56, declaraciones que están, en gran medida, disponibles al público, art. 50. Un decreto anterior, de 1994, había previsto las Declaraciones Juradas de Bienes, pero con un enfoque verdaderamente ridículo. Decreto 494, 1995-C ADLA 2995 (B.O. Abril 10, 1995). En vez de que las declaraciones fueran entregadas a una oficina encargada de revisar su contenido, las mismas debían ser presentadas en sobre cerrado a la oficina de personal de su agencia, *id.* art. 4 p. 2996, para luego ser enviadas a una oficina central donde serían conservadas por diez años, *id.* art. 10 p. 2997, y sólo serían abiertas en virtud de un procedimiento disciplinario administrativo o judicial, *id.* arts. 14-15, pág. 2997.

⁵⁸ Por ej., "Código de Ética, insuficiente", *Clarín*, Feb. 9, 1999, p. 14; Luis Moreno Ocampo, "Todo el sistema está corrupto", *Clarín*, mayo 23, 1994, pág. 14.

cabeza del oficial público acusado de incrementar su riqueza a expensas del Estado (la norma requiere que cualquier oficial público cuya riqueza se hubiere incrementado sustancialmente durante su gestión demuestre al tribunal el origen de toda la riqueza adquirida) ⁵⁹. Sin embargo, en el caso del Código de Ética de Argentina, un único consultor del gobierno, Carlos Manfroni, fue el motor central de la adopción por parte de Argentina del enfoque estadounidense consistente en establecer *standards* administrativos sobre la conducta ética de los oficiales de gobierno en forma adicional a las disposiciones penales existentes.

Manfroni, un abogado argentino que tenía experiencia previa como líder de una investigación sobre corrupción en Fabricaciones Militares, la empresa estatal de producción militar, fue designado por el gobierno argentino en 1994 para que lo asesore en una serie de reuniones internacionales que dieron lugar a la adopción de la Convención Interamericana contra la Corrupción ⁶⁰. La experiencia de Manfroni en la redacción de la Convención lo condujo a establecer la Fundación de Ética Pública y, en 1995, le proveyó de numerosos contactos con expertos en anticorrupción de los Estados Unidos. Su fundación utilizó luego estos contactos para organizar un seminario, en 1996, que trajo a la Argentina algunas figuras centrales del gobierno de los Estados Unidos con experiencia en anticorrupción ⁶¹. Al presentar a los oficiales públicos de Argentina a Stephen Potts, el director de la Oficina de Ética Pública de los Estados Unidos, a Richard Werksman, un oficial de la Agencia de Información de los Estados Unidos que fue clave en el diseño de la Convención Interamericana contra la Corrupción, y a Michael Skol, Secretario de Estado Adjunto para Asuntos Latinoamericanos, en el contexto de un seminario al que los oficiales argentinos asistieron para aprender acerca de la experiencia estadounidense en combatir la corrupción, Manfroni pudo ganar el espacio político necesario para redactar y asegurarse la adopción

⁵⁹ Código Penal Arg. art. 268(2) (1998). Aún más, la Convención Constituyente de Argentina enmendó la Constitución para establecer que el Congreso debía adoptar una Ley de Ética Pública aplicable a los servidores públicos, Constitución Argentina, art. 36 (1994). Esta ley fue adoptada en 1999 pero continúa en gran medida sin ser implementada. Ley 25.188, 1999-E ADLA 5292 (B.O. Nov. 1, 1999).

⁶⁰ Entrevista con Manfroni, *supra* nota 57. La Convención Interamericana contra la corrupción entró en vigor el 29 de Marzo de 1996, 35 ILM 724 (1996).

⁶¹ *Id.* Entrevista telefónica con Richard Werksman, Asesor del Departamento de Estado de EE.UU. sobre temas de anticorrupción y representante de EE.UU. en el Comité de Expertos establecido en los Mecanismos de Seguimiento para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, Julio 26, 2002. Durante el período de tiempo relevante entre 1994 y 1997, Werksman era el Consultor General Adjunto de la Agencia de Información de los EE.UU., fue un miembro de la delegación de EE.UU. que participó en la redacción de la Convención Interamericana y fue designado Oficial de Ética para la Agencia de Información de EE.UU. bajo la Ethics in Government Act de 1978.

de un Código de Ética basado en el modelo estadounidense ⁶². Este Código, aprobado por medio de un decreto presidencial, también tuvo el efecto de incrementar las funciones de la recientemente creada Oficina Nacional de Ética Pública ⁶³, lo que, a su vez, dio lugar a un rol cada vez más creciente de ONGs dedicadas a asegurar el cumplimiento de estas nuevas normas por el gobierno. También es consistente con el trasplante *entrepeneur* el hecho de que algunos líderes de ONGs (como Roberto de Michele, presidente de Poder Ciudadano y luego sub director de la Oficina Anticorrupción del gobierno) también poseían títulos de universidades estadounidenses, y han hecho uso de sus contactos en los Estados Unidos del mismo modo que Manfroni ⁶⁴. Obviamente, el prestigio de los Estados Unidos en el campo de la anticorrupción ha contribuido a la elección del modelo, pero el esfuerzo invertido en el mismo por algunos jugadores claves ha hecho que el aspecto *entrepeneur* sea aún más central.

Más recientemente, la Oficina Anticorrupción (la sucesora expandida de la Oficina Nacional de Ética Pública) logró durante un tiempo mantener intactos su espacio político y su personal pese al cambio de gobierno provocado por la renuncia del presidente Fernando de la Rúa en diciembre de 2001, ello porque la oficina era percibida como experta en su campo, lo que a su vez permite una relación privilegiada con los EE.UU. y el apoyo de ese país, países europeos y agencias internacionales ⁶⁵. Por ejemplo, a diferencia de otras oficinas del gobierno, la Oficina Anticorrupción ha tenido un éxito substancial en obtener información de gobiernos extranjeros ya que ha desarrollado la habilidad de solicitar correctamente dicha información y porque posee lazos profesionales cercanos con sus pares en otros países ⁶⁶. Además, tiene un rol internacionalmente visible a través de su participación en los Mecanismos de Seguimiento para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, los cuales prevén el establecimiento de discusiones periódicas sobre las mejores prácticas, y de una revisión de la

⁶² Entrevista Manfroni, *supra* nota 57. Entrevista telefónica con Richard Werksman, *supra* nota 61 (quien indicó que la delegación de los EE.UU. tuvo reuniones aparentemente decisivas con Carlos Corach, el entonces ministro del Interior de Argentina y el oficial público de más alto rango que se ocupaba del tema del Código de Ética, y que también tuvo reuniones con el asesor principal de Corach)

⁶³ Decreto 41/1999, art. 2.

⁶⁴ Entrevista con Roberto de Michele, *supra* nota 57.

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ *Id.* La oficina utiliza usualmente sus contactos internacionales para organizar seminarios con expertos extranjeros en Buenos Aires y video conferencias entre expertos extranjeros y legisladores y miembros del Poder Ejecutivo. *Id.* Estos contactos sirven el doble propósito de proveer información y recordar a los oficiales y políticos argentinos de las especiales conexiones internacionales de la Oficina Anticorrupción.

práctica de las oficinas anticorrupción por parte de sus pares de otros Estados parte ⁶⁷. A partir de un trasplante desde los Estados Unidos, la Oficina Anticorrupción se ha desarrollado hasta convertirse en parte de una “red transgubernamental”, en la terminología de Anne-Marie Slaughter ⁶⁸, y ahora utiliza esa red para ganar espacio político en un modo muy similar al modo en que antes se valía de sus relaciones con los Estados Unidos ⁶⁹. Cuanto más se percibe a la Oficina Anticorrupción como parte de una “comunidad de derecho” apolítica y transnacional ⁷⁰, con las habilidades especiales que le permite pertenecer a dicha comunidad, mayores serán sus chances de sobrevivir como una entidad no politizada. Ninguno de los oficiales superiores de la oficina fueron removidos ni por el presidente Eduardo Duhalde (2002-2003) ni por el presidente Nestor Kirchner (2003 al presente), a pesar de que ninguna ley impedía al Poder Ejecutivo reemplazarlos. Es interesante, sin embargo, que la naturaleza *entrepreneur* del trasplante también ha funcionado en su contra. Los bajos salarios pagados por el gobierno debido a la crisis económica argentina y la disponibilidad de oportunidades laborales alternativas, han causado gradualmente que la mayoría del personal clave de la oficina haya renunciado voluntariamente ⁷¹. El propio éxito de estos individuos en adquirir experiencia en este campo los ha convertido en personal demandado como consultores por las organizaciones internacionales ⁷².

La fuente de los incentivos que conducen a un *entrepreneur* de las leyes a invertir en un trasplante *entrepreneur* pueden ser enteramente locales, bajo la forma de salarios, honorarios o espacio político, o pueden provenir

⁶⁷ *Id.*; los Mecanismos de Seguimiento para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción pueden ser encontrados en <http://www.oas.org/juridico/english/followup.htm>.

⁶⁸ Slaughter, *supra* nota 6, ps. 18-19.

⁶⁹ Raustiala, *supra* nota 6, p. 62, nota este tipo de consecuencia, donde “los reguladores pueden crear y participar en redes para incrementar su poder *vis-à-vis* sus rivales políticos y sus regulados” como una consecuencia previsible de la teoría de la elección pública, *id.*

⁷⁰ Ver en general Laurence R. Helfer & Anne-Marie Slaughter, *Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication*, 107 Yale L.J. 273, 367-370 (1997) (describiendo el desarrollo de las redes transnacionales como una “comunidad de derecho”).

⁷¹ “La OA atraviesa su peor crisis por falta de personal”, *La Nación*, Julio 23, 2003 p. 10. Los bajos salarios fueron el resultado de un límite salarial de 3000 pesos impuesto en Diciembre de 2001 sobre la mayor parte de la Administración Pública, Decreto 23/2001, 2002-A ADLA 94 (B.O. Dic. 27, 2001) y que fue extendido hasta el 31 de Diciembre del 2003, Decreto 108 (B.O. Junio 2, 2003). 3.000 pesos representaban solamente entre \$800 y \$1.300 dólares estadounidenses durante la mayor parte del período entre mediados de 2002 y finales de 2003, haciendo realmente muy difícil que la oficina se mantenga como un centro convocante de talento legal. Ver también “Sueldos oficiales: evitar la hipocresía”, *La Nación*, Agosto 14, 2003, p. 18 (que describe el problema de los bajos salarios gubernamentales a la hora de mantener a los empleados más talentosos).

⁷² Entrevista con Roberto de Michele, *supra* nota 57.

del exterior bajo la forma de subvenciones. Por lo tanto, también puede ser útil describir estas situaciones como diferentes subtipos, en tanto sólo la última será influenciada por los cambios de conducta en el exterior. Esta última situación podría fácilmente ser confundida con el trasplante determinado desde el exterior. Sin embargo, a diferencia de éste, los incentivos externos para un trasplante *entrepreneur* están dirigidos al facilitador, recompensando esa tarea más que la adopción. Algunas entidades extranjeras pueden operar en ambos niveles simultáneamente, como cuando una institución financiera internacional condiciona un préstamo a la adopción de una ley y también ofrece subvenciones destinadas a entrenar a los operadores jurídicos en la nueva ley ⁷³. Sin embargo, las fundaciones de donantes operan a menudo exclusivamente en el plano *entrepreneur*, financiando iniciativas de reformas legales o proyectos de interés público, sin ir nunca más allá de asistir a los facilitadores ⁷⁴.

Tipo iv: El Trasplante que Genera Legitimidad

Así, una de las explicaciones que se ofrece más frecuentemente sobre por qué se producen los trasplantes y hasta cierta medida en qué casos son exitosos, se basa en el prestigio de modelo foráneo ⁷⁵. En algunos casos, el prestigio corresponderá a una institución jurídica particular, en otros a todo el sistema jurídico ⁷⁶. Las explicaciones sobre la fuente de ese prestigio son variadas.

Una de las explicaciones sobre el fenómeno de los trasplantes ha hecho énfasis en las percepciones sobre la eficacia y la importancia global como fuente del prestigio ⁷⁷, y adoptando el enfoque de un economista, Ugo Mattei ha avanzado un paso más, afirmando que el prestigio deriva de la eficiencia económica ⁷⁸. Mattei ha criticado los intentos de utilizar el prestigio para explicar los trasplantes en tanto los considera una “idea mayormente vacía” ⁷⁹, y ha insistido en que los comparativistas que se concentran en el

⁷³ Ver Norton, *supra* nota 4, ps. 1445-1446.

⁷⁴ Ver *p. ej.* la Declaración de Misión de la Fundación Ford en <http://fordfound.org/about/mission2.cfm>.

⁷⁵ Ajani, *supra* nota 5, ps. 110-112; deLisle, *supra* nota 5, ps. 280-282, 302; Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)*, 39 Am. J. Comp. L. 343, 398-399 (1991); Alan Watson, *Aspects of Reception of Law*, *supra* nota 22, ps. 346, 350-351.

⁷⁶ Sacco, *supra* nota 75, ps. 398-399.

⁷⁷ deLisle, *supra* nota 5, ps. 280-281, 302.

⁷⁸ Ugo Mattei, *Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics*, 14 Int'l Rev. L. & Econ. 8, 9 (1994).

⁷⁹ *Id.* ps. 3, 4.

prestigio están, en realidad, examinando un proceso en el cual las economías menos desarrolladas miran hacia las más desarrolladas y seleccionan la regla que aparenta ser la más eficiente desde el punto de vista económico ⁸⁰. En la medida en que haya un flujo libre de información y un limitado localismo jurídico, la doctrina eficiente debería forzar la eliminación de la doctrina ineficiente, en lo que Mattei considera como un mercado internacional de normas legales ⁸¹.

La indicación de Mattei respecto de un posible vínculo entre prestigio y eficiencia es plausible, pero ofrece poca evidencia empírica y nunca explica el proceso que conduce a las legislaturas y los jueces a importar un modelo. Pueden existir circunstancias en las que los legisladores y los jueces conscientemente busquen la eficiencia económica; sin embargo, en dichas circunstancias, el trasplante resultante puede ser mejor caracterizado como un trasplante que ahorra costos, en el que los receptores importan modelos que consideran económicamente eficientes para ahorrarse el costo de desarrollar por sí mismos una normativa. El prestigio no es relevante cuando existe un verdadero flujo de información y no hay barreras para la adopción de la práctica más eficiente posible, dado que, presumiblemente, quienes toman las decisiones y el público, simplemente sopesarán todas las alternativas técnicas disponibles y seleccionarán la más eficiente. En cambio, son precisamente las muchas barreras que existen para que haya un “mercado” eficiente de prácticas legales lo que hace que el prestigio sea relevante y lo que socava la presunción a favor de un movimiento en dirección hacia la eficiencia.

Ciertamente, la práctica jurídica señala la existencia de numerosas barreras a la eficiencia y a la transferencia eficiente de normas jurídicas. Existen costos de transacción inherentes a muchos cambios legales, en la medida en que se trastocan relaciones y prácticas establecidas ⁸², y en que algunas decisiones tomadas hace mucho tiempo pueden haber forzado a la norma a través de un camino del cual resulta muy costoso desviarse ⁸³. Dadas las enormes diferencias que existen entre distintas culturas jurídicas y las diferencias en las estructuras y necesidades sociales, en la práctica, el éxito de la norma jurídica en un país a menudo no implica que gradualmente desplazará a otras normas jurídicas alrededor del mundo por el mero hecho

⁸⁰ *Id.* ps. 6, 8.

⁸¹ *Id.* p. 8.

⁸² Michael P. Van Alstine, *The Costs of Legal Change*, 49 *UCLA L. Rev.* 789, 793 (2002).

⁸³ Mark J. Roe, *Chaos and Evolution in Law and Economics*, 109 *Harv. L. Rev.* 641, 646 (1996); Jan M. Smits, *The Harmonization of Private Law in Europe: Some Insights from Evolutionary Theory*, 31 *Ga. J. Int'l & Comp. L.* 79, 89-90 (2002).

de su mayor eficiencia. La eficiencia depende de características locales. Más aún, en un mundo dinámico, lo que resulta eficiente en un país y en un momento particular en el tiempo puede que, para el momento en que atrae suficiente atención como para ser candidato a un trasplante, ya esté listo para ser echado al tacho de basura de las normas ineficientes. Es igualmente probable que un modelo adquiriera prestigio tanto porque se lo *percibe* exitoso como por sus verdaderas ventajas económicas. De hecho, lo que Mattei denomina la interferencia del localismo y la tradición significa que el proceso de adopción puede operar sin referencia alguna a la eficiencia económica. Mattei sólo podría desechar razonablemente al prestigio como una “idea vacía”, e implícitamente desechar cualquier necesidad de una explicación sociológica de los trasplantes, si pudiera demostrar que los países siempre se dirigen hacia la eficiencia económica, una presunción que tiene poca relación con la realidad ⁸⁴.

Alan Watson es el único autor que comienza a explicar por qué el prestigio de un modelo foráneo motivará al legislador a elegirlo. Indica que es difícil para los legisladores y los jueces lograr que nuevos enfoques sean aceptados por otros, y el prestigio del modelo foráneo proporciona la necesaria autoridad legal ⁸⁵. Al identificar el prestigio como una fuente de autoridad, Watson se concentra en una motivación para los trasplantes que es más esencial a la naturaleza del derecho que en los trasplantes motivados por un ahorro de costos, determinados desde el exterior o del tipo *entrepreneur*. Sin embargo, Watson no va más allá de la simple afirmación de que el prestigio de un modelo extranjero provee autoridad para que los legisladores y los jueces ensayen nuevos enfoques. Sustancialmente, es posible una mayor elaboración utilizando el trabajo de Max Weber como punto de partida.

La sociología del derecho de Weber desarrolla tres tipos de dominación legítima para describir los tipos de autoridad que no se basan exclusivamente en la fuerza ⁸⁶. El tipo de dominación legítima más cercanamente vinculado a lo que comúnmente se conoce como “Estado de Derecho” es el que Weber da en llamar bases “racionales” de dominación legítima, en el cual la legitimidad del gobierno está basada “en una creencia en la legalidad de las normas aprobadas y en el derecho de emitir órdenes de aquellos

⁸⁴ Es posible que ahora Mattei haya cambiado de posición dado que en un artículo más reciente adscribe todos los modernos trasplantes legales a la hegemonía de los EE.UU., sin mención alguna de la eficiencia económica, *A Theory of Imperial Law*, *supra* nota 11, p. 385.

⁸⁵ Watson, *Aspects of Reception of Law*, *supra* nota 22, ps. 346, 350-351.

⁸⁶ I Weber, *supra* nota 19, p. 215.

elevados a rango de autoridad por aquéllas”⁸⁷. Pero Weber también describe las bases “tradicionales” de dominación en donde la autoridad yace en “una creencia establecida en la santidad de las tradiciones inmemoriales y en la legitimidad de aquellos que ejercen la autoridad bajo ellas”⁸⁸, y las bases “carismáticas” de dominación, en las cuales la autoridad yace en la excepcionalidad, el heroísmo, o el carácter de una persona en particular, en donde el individuo ha sido elevado por sobre sus pares, quizá debido a sus proezas militares o quizá por medio de una elección⁸⁹. Si bien todos los tipos de autoridad se encuentran presentes en la sociedad actual, y la toma de decisiones judiciales involucra elementos de los tres, claramente un estado moderno fundado en el “Estado de Derecho” (imperio de la ley) requiere un fuerte elemento de autoridad racional.

Sin embargo, no hay razón para pensar que la autoridad racional aparece espontáneamente. En una sociedad con poca experiencia previa respecto de la existencia de una autoridad racional anclada en el Estado de Derecho, las normas jurídicas escritas o como fuente de autoridad racional tendrán tan pocos cimientos como si se quisiera considerar a los contadores, peluqueros u otros hombres comunes como carismáticos o como si se pretendiera crear una tradición instantánea. Los países en desarrollo típicamente adolecen de un aparato estatal débil y sus habitantes tienen pocas razones para creer en la vigencia del Estado de Derecho. En ese contexto, los oficiales gubernamentales se encuentran desesperados por encontrar cualquier fuente de autoridad y, a falta de las opciones previstas por los tres tipos de autoridad identificadas por Weber, el “prestigio” de un modelo foráneo puede proveer esa autoridad faltante. En ocasiones, la necesidad de una fuente de legitimidad puede ser tan fuerte, que el modelo foráneo comienza a operar como una suerte de talismán, y puede dirigir la conducta local en direcciones que poco tienen que ver con las necesidades locales substantivas⁹⁰.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ Jonathan M. Miller, *The Authority of a Foreign Talisman: A Study of U.S. Constitutional Practice as Authority in Nineteenth Century Argentina and the Argentine Elite's Leap of Faith*, 46 Am. U. L. Rev. 1483, 1487-89 (1997). En el caso del modelo constitucional de los EE.UU. en Argentina, existen decisiones de la Corte Suprema de Argentina durante el último tercio del siglo XIX que siguen precedentes de las prácticas constitucionales de los EE.UU., aun cuando aquellas prácticas tenían poco sentido y no estaban conectadas con los problemas argentinos. *Id.*, ps. 1546-61; ver también Rosenkrantz, *supra* nota 20, ps. 269, 274, 277 (confirmando las afirmaciones de Miller). Matthew Mirow ha observado el mismo fenómeno, aunque operando a un nivel más limitado, en el modo en el cual el derecho civil francés actuó como una fuente de legitimidad cuando Andrés Bello redactó y logró la adopción del Código Civil de Chile. Mirow, *supra* nota 18, p. 305.

Algunos respetados comparativistas han señalado que los modelos constitucionales son los más difíciles de trasplantar, en tanto involucran la atribución de poder político y la interferencia con relaciones locales ⁹¹. Sin embargo, este problema disminuye cuando el trasplante no es sólo una norma jurídica, sino una fuente de autoridad para el sistema constitucional. En muchos países en desarrollo, y en particular cuando los países emergen de un largo período de gobiernos autoritarios, la aceptación de la idea de que las normas jurídicas escritas deben ser respetadas por la sola razón de que fueron emitidas por el gobierno es mucho más débil que en los países desarrollados. En aquellos países, la tradición, por ejemplo, de apoyo a un líder tribal, o el carisma de figuras políticas que lideraron la lucha contra un viejo régimen despótico, pueden incrementar la habilidad del Estado de asegurar el cumplimiento de una norma jurídica en particular, pero puede que los líderes políticos continúen sufriendo un déficit en su autoridad para hacer cumplir la ley. Un modelo foráneo, si efectivamente es visto como un modelo a ser emulado por una parte substancial de la elite gobernante, puede ofrecer al Estado la legitimidad de la cual de otro modo carecería.

Un ejemplo del tipo de trasplante que genera legitimidad donde el prestigio de un modelo foráneo es utilizado para generar esa legitimidad, es el del país que emerge de décadas de dictadura o guerra civil, tiempo durante el cual el derecho no tenía ninguna relevancia para la vida cotidiana de la mayoría de los ciudadanos, pero que ahora se enfrenta a la necesidad de establecer rápidamente instituciones con legitimidad instantánea. Si el modelo extranjero, quizá un sistema presidencialista con una legislatura bicameral y un Poder Judicial independiente, goza de suficiente prestigio por su éxito en el país de origen o por la admiración general que se tiene por ese país, las fuerzas políticas en el país receptor puede que se reúnan en torno al modelo como la forma más rápida de restaurar la autoridad del sistema político y de ese modo evitar aún más autoritarismo o guerra civil. En tales escenarios, la necesidad de hallar autoridad en un modelo puede sobrepasar cualquier consideración en contrario tales como si el modelo resulta apropiado, ello en tanto el modelo extranjero es, en un grado substancial, lo que mantiene la fe en el sistema ⁹².

Uno esperaría encontrar al menos algunas de las siguientes características únicas en un trasplante que genera legitimidad:

⁹¹ *Supra* nota 20.

⁹² Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 90, ps. 1488-1489.

- 1) Asumiendo que exista un debate respecto del contenido específico del modelo, las respuestas a las críticas que se enfoquen en el contenido no responderán a las críticas mismas sino que invocarán la importancia del modelo. Uno esperaría una resistencia excepcional frente a cualquier intento explícito de modificar el modelo. De los diferentes tipos de trasplantes, éste es el que más probablemente sea adoptado sin que haya un análisis razonado del contenido. Los trasplantes que ahorran costos también pueden ser adoptados sin mucho debate, pero las objeciones concretas necesitarán de una respuesta puesto que la justificación para la adopción del modelo es precisamente la eficiencia. Puede que los trasplantes determinados desde el exterior no reciban un análisis de su contenido, pero eso no elimina la necesidad de una respuesta si a quien propone el trasplante se le pregunta por qué se requiere de determinada disposición. En el caso de los trasplantes de tipo *entrepreneur*, quien propone el trasplante debe defenderlo para demostrar su propia capacidad técnica. Sin embargo, para el caso del trasplante que genera legitimidad, en tanto el modelo conlleva autoridad, las modificaciones implican que el modelo es menos perfecto como autoridad para el país que lo adopta. El trabajo académico se enfoca en explicar el modelo, no en adaptarlo a las condiciones locales. Aquellos que efectivamente cuestionen el modelo encontrarán que se pondrá en duda su autoridad para realizar tales cuestionamientos.
- 2) Aceptación del modelo por parte de personas con diferentes intereses políticos, aun cuando ciertas porciones del modelo pueden socavar sus objetivos sustantivos. El valor institucional del modelo, en tanto mantiene la paz social, es tal que excede el valor que pueda tener para los participantes en disputas políticas el atacar ese modelo en un intento por lograr sus objetivos. Si bien algunos intereses políticos intentarán distorsionar el modelo para beneficio de su propia agenda, sólo en raras ocasiones lo desaprobaban abiertamente.
- 3) Voluntad de ceder autonomía futura al modelo. El modelo es como un talismán y se asume que seguirlo producirá buenos resultados sin necesidad de adaptaciones locales. El poder de interpretar el modelo no necesariamente recae en las instituciones domésticas, e incluso los participantes políticos pueden dudar de la habilidad de éstas para interpretar el modelo sin corromperlo. Incorporar las futuras interpretaciones de instituciones extranjeras o internacionales es apropiado porque las instituciones domésticas sólo gozan de autoridad como algo adjunto al prestigio del modelo.

Aun si los actores domésticos no fueran sinceros al profesar su veneración hacia el trasplante motivado por el prestigio, cuanto mayor sea el rol de este tipo de trasplante en conferir autoridad a los oficiales y las instituciones de gobierno, mayor será el tipo de veneración que implican los tres puntos antes mencionados, ya sea que se exprese sinceramente o no.

Un ejemplo claro de un trasplante que genera legitimidad es la decisión de Argentina, en su Convención Constituyente de 1994, de incorporar once instrumentos internacionales de derechos humanos a la Constitución, dándoles jerarquía constitucional. La Reforma Constitucional se originó en un pacto negociado en secreto entre el entonces presidente Carlos Menem, la cabeza del Partido Peronista, y el ex presidente Raúl Alfonsín, jefe del opositor Partido Radical. El pacto permitió al presidente Menem presentarse para un segundo período como presidente, dando por terminado así el límite constitucional de un único período presidencial de seis años, en tanto que a Alfonsín le fue posible hacerse de un espacio político más amplio para su partido a través de reformas tales como la incorporación de un tercer senador por cada provincia que provendría automáticamente del partido provincial que constituyera la primera minoría, y de una mayor autonomía política para la Capital Federal (la Ciudad de Buenos Aires), un enclave del Partido Radical, que hasta ese momento sólo tenía un limitado autogobierno ⁹³. Para evitar el riesgo de que la Convención Constituyente no cumpliera con el pacto, la ley que convocó a la elección de los Convencionales requería un voto positivo o negativo respecto del *Núcleo de Coincidencias Básicas*, para impedir que la Convención aprobara una parte del acuerdo político y no todas ⁹⁴. Unos pocos temas, sin embargo, fueron designados como áreas para una posible reforma a discreción de la convención, y una de ellas fue la jerarquía constitucional de los tratados ⁹⁵. La jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos recaía dentro de esta autorización.

La Convención Constituyente tuvo claramente algunos problemas de legitimidad ⁹⁶. En primer lugar, la propia ley que convocó a la Convención

⁹³ Ver Pacto de Olivos (Nov. 14, 1993), en *Constitución de la Nación Argentina* 74 (A-Z Editora S.A., 15ª ed. 1999). Este acuerdo inicial fue delineado durante los meses siguientes para ofrecer todos los detalles de las áreas centrales de la reforma, Acuerdos para la Reforma de la Constitución Nacional (Dic. 13, 1993) en *Constitución de la Nación Argentina* 76, 78.

⁹⁴ Ley 24.309, art. 5, [1994-A] ADLA, ps. 89, 94 (B.O. Dic. 31, 1993).

⁹⁵ Ley 24.309, art. 3, [1994-A] ADLA ps. 93-94.

⁹⁶ Ver en general Gregorio Badeni, "Reflexiones sobre el proyecto de reforma a la Constitución Nacional", 157 E.D. 906, 907-909 (1994) (donde describe las cuestiones que afectaban la percepción sobre la legitimidad de la Convención Constituyente). Se puede argumentar con firmeza que la mayoría de los votantes argentinos se oponían a, o se veían perturbados por, el proceso de reforma constitucional

era de cuestionable constitucionalidad. No sólo era dudoso si el Congreso podía o no obligar a la Convención Constituyente a votar a favor o en contra de todo un paquete de reformas en un único voto ⁹⁷. También, la ley, convocando a la Convención aprobada por la Cámara de Diputados, no era idéntica a la votada por el Senado. El proyecto de Diputados preveía una reducción del término del mandato de los senadores de 9 años a 4 mientras que el Senado enmendó el proyecto de modo que previera un mandato de 6 años, y luego envió la ley al presidente para su firma sin reenviarla primero a la Cámara de Diputados para un voto final ⁹⁸. Mas aún, los principales periódicos y la Iglesia Católica se opusieron fuertemente a la convocatoria de la Convención, caracterizándola como un pacto político que sólo haría que el sistema político perdiera legitimidad ⁹⁹, y muchos grupos de derechos humanos se distanciaron del proceso por considerarlo viciado ¹⁰⁰. Un modo de intentar incrementar la legitimidad de la Convención y del sistema político resultante fue a través de la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la Constitución ¹⁰¹.

La cláusula aprobada por la Convención es llamativamente amplia, e incorpora de forma total once instrumentos internacionales de derechos humanos como parte de la Constitución, un hecho sin precedente en América ¹⁰². La cláusula establece:

y lo consideraban como indebidamente manejado por Alfonsín y Menem. "Sólo la mitad del padrón apoyaría el pacto de Olivos", *La Nación*, Abril 8, 1994, p. 1; Atilio Caldorín, "Primeros efectos", *La Nación*, Abril 10, 1994, p. 9.

⁹⁷ Miguel M. Padilla, "Introducción", en *Constitución de la Nación Argentina* 7, 15-16 (Abeledo-Perrot, 4ª ed., 1999); Germán Bidart Campos, *La Ley 24.309 y la fijación del temario de reforma de la Constitución*, 156 E.D. 916, 917-918 (1994); Carlos Colautti, *Reflexiones acerca de la ley que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional*, [1994-B] *La Ley* 767-768.

⁹⁸ Padilla, *supra* nota 97, p. 15. Un juicio impulsado por dos miembros socialistas del Congreso, Héctor Polino y Alfredo Bravo, para bloquear la Convención, invocando interés legítimo como Diputados y como simples ciudadanos, fue desestimado por la Corte Suprema precisamente por entender que existía falta de interés legítimo. "Polino v. Nación Argentina (Poder Ejecutivo)", Fallos 317:335, 342-343 (1994).

⁹⁹ *La Nación*, uno de los periódicos más prestigiosos de la Argentina, cuestionó repetidamente la legitimidad de los planes para la Convención, ver por ej., "La reforma: un paquete bien atado", *La Nación*, Dic. 8, 1993, p. 8; "Constitución con plazo fijo", *La Nación*, Dic. 1, 1993, p. 8; y la Conferencia Episcopal Argentina emitió una carta cuestionando la legitimidad del proceso de reforma, "Crítica episcopal a la reforma", *La Nación*, Dic. 1, 1993; "La advertencia de los obispos", *La Nación*, Dic. 10, 1993, p. 8.

¹⁰⁰ Janet Koven Levit, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise*, 37 *Colum. J. Transnat'l L.* 281, 312, 315 (1999).

¹⁰¹ Ver Juan Carlos Vega, *Contexto social y político de la reforma constitucional de 1994*, en *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales* 1, 15, 22-23 (Juan Carlos Vega & Marisa Adriana Graham, eds., 1996) (donde se describe la cláusula como un simbolismo esencial dada la falta de legitimidad del sistema legal).

¹⁰² *Id.*, ps. 312, 315.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional ¹⁰³.

Dada la variedad y extensión de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos involucrados, la enmienda tuvo el efecto de elevar cientos de derechos individuales a la jerarquía constitucional, desde el derecho a una vivienda digna establecido en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos a la obligación del Estado bajo los artículos 4° y 5° de la Convención contra la Tortura de llevar a juicio todos los actos de tortura cometidos dentro de su jurisdicción. Aún más, pese a que muchos de los derechos económicos y sociales de estos instrumentos podrían ser caracterizados como no autoejecutables, y por lo tanto no inmediatamente operativos, el informe del comité que introdujo la enmienda buscó incluso eliminar esta distinción. El informe del comité sostuvo que hay una presunción de operatividad en todos los tratados de derechos humanos, y que cuando el Estado no toma todas las medidas posibles para hacer operativos los derechos programáticos, los ciudadanos pueden iniciar procedimientos judiciales o administrativos ¹⁰⁴.

¹⁰³ Constitución Argentina art. 75, inciso 22. (Se omite aquí la primera cláusula del art. 75, inciso 22, que fue enmendada para que prevea que los tratados normales tendrían un *status* legal más alto que la legislación ordinaria).

¹⁰⁴ Convención Nacional Constituyente de 1994, Dictamen de la Comisión 7, de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales a la Comisión de Redacción, Julio 13, 1994, 4 *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994* 3841, 3846-47 (Centro de Estudios Constitucionales y Políticos, Ministerio de Justicia de la Nación, República Argentina, 1997).

Una sola disposición legal —entre los cientos de normas aceptadas sin discusión— de los once instrumentos fue debatida en el seno de la Convención: el derecho de rectificación o réplica de un individuo difamado ¹⁰⁵, una disposición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que los periódicos argentinos encontraban particularmente gravosa ¹⁰⁶. Esto es especialmente llamativo, dado que el debate en el seno de la Convención respecto de la constitucionalización de los instrumentos de derechos humanos duró más que el debate de cualquier otra parte de las reformas de la Convención, donde incluso muchos de los hasta el momento silenciosos delegados quisieron hablar a favor del cambio. La mayoría de las exposiciones fueron poco más que perogrulladas acerca de la importancia de los derechos humanos, pero los partidarios de la reforma también enfatizaron a menudo otros dos puntos: 1) que Argentina se había beneficiado con la intervención de los órganos de derechos humanos durante el gobierno militar del período 1976-1983 y que podía continuar beneficiándose con la intervención internacional ¹⁰⁷; y 2) que la incorporación de los tratados vincularía a Argentina a los países del mundo que respetan los derechos humanos, dándole la legitimidad moral de esos Estados ¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 14.

¹⁰⁶ ADEPA, la asociación de periódicos de Argentina, hizo *lobby* contra la inclusión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la lista de los tratados incorporados constitucionalmente, debido a sus preocupaciones respecto del derecho de rectificación o respuesta, “ADEPA reclamó límites para el derecho de réplica”, *La Nación*, Julio 19, 1994, p. 4; y numerosos editoriales se quejaron de la medida, “Una absurda propuesta en Santa Fe”, *La Nación*, Junio 30, 1994, p. 8; “Otra vez el derecho de réplica”, Sept. 2, 1993, p. 8. El derecho de rectificación o respuesta surgió varias veces durante el debate. Ver Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión del 2 Agosto, 1994, 5 *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, *supra* nota 104, p. 5197 (declaración de Oliveira); *id.*, Sesión del 3 de Agosto, 1994, pág. 5259 (declaración de Pose); *id.* p. 5296 (declaración de Ponce de León); ver también *id.* Sesión del 2 de Agosto, 1994, p. 5237 (donde se discuten los beneficios prácticos ofrecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en litigios recientes). El tema fue finalmente resuelto a través de una enmienda a la norma constitucional propuesta que agregó que la incorporación constitucional de los instrumentos de derechos humanos “no deroga y debe ser entendida como complementaria” de la lista de derechos previstos en la primera parte de la Constitución Argentina (que incluye la libertad de prensa). Juan P. Cafiero & Marisa A. Graham, *Tratados sobre derechos humanos*, en *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales* 27, 50 (Juan Carlos Vega & Marisa Adriana Graham, eds., 1996); comparar “ADEPA reclamó límites para el derecho de réplica”, *supra* (donde se observa un pedido de la Prensa respecto de un cambio a ese efecto), con *Convención Nacional Constituyente de 1994*, Agosto 3, 1994, 5 *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, *supra* nota 104, p. 5308.

¹⁰⁷ Por ej., Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión del 2 de Agosto, 1994, 5 *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, *supra* nota 104, p. 5199 (declaración de Oliveira); *id.*, Sesión del 3 de Agosto, 1994, ps. 5310-11 (declaración de Salcedo).

¹⁰⁸ Por ejemplo, uno de los delegados concluyó su discurso proclamando: “la incorporación de estos derechos en la Constitución Nacional será el mensaje que Argentina irradiará al mundo, afirmando su voluntad definitiva de vivir en civilización, en solidaridad, en libertad y en justicia”, *id.*, pág. 5209

Ambos puntos destacan que el propósito del trasplante de las normas de derechos humanos era generar legitimidad. El derecho internacional de los derechos humanos y la supervisión de los organismos internacionales ofrecían al constitucionalismo argentino la legitimidad de que carecía por cuenta propia. Incluso es posible que los argentinos tuvieran más confianza en los órganos internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en las propias instituciones domésticas ¹⁰⁹. El derecho internacional de los derechos humanos tiene legitimidad no sólo debido a la autoridad racional de su aprobación y promulgación de acuerdo a procedimientos establecidos, sino también porque es parte de una red certificada de “buen” derecho adoptado por “buenos” países ¹¹⁰. En algún sentido, el derecho internacional de los derechos humanos, provee la legitimidad que uno podría encontrar en el derecho natural, y mucho de lo discutido en la Convención ubica a los derechos humanos en un pedestal muy similar al del derecho natural ¹¹¹. Aún más, la incorporación constitucional de los dere-

(declaración de Peltier), y como miembro informante de la mayoría del comité, Juan Pablo Cafiero concluyó su presentación afirmando: “[e]s nuestra tarea y la de las generaciones futuras el incorporar estos tratados y unir a la Argentina con el mundo, no a través de actos al azar, sino a través del mantenimiento, perfeccionamiento y protección permanente de los derechos humanos y del respeto por los individuos”, *id.*, p. 5182 (declaración de Juan Pablo Cafiero). El tema pasa por vincular a la Argentina con las naciones verdaderamente virtuosas del mundo. Ver también Vega, *supra* nota 101, ps. 14-17 (primero describiendo la falta de confianza pública en el Poder Judicial y luego argumentando que la internacionalización de la defensa de los derechos humanos es la clave para apartarse de los modelos legales fallidos de Argentina).

¹⁰⁹ Ver Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión del 2 de Agosto, 1994, 5 *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, *supra* nota 104, p. 5199 (declaración de Oliveira) (enfaticando que sólo las instituciones internacionales, no el Poder Judicial de Argentina, se han mostrado capaces de responder a las violaciones serias de los derechos humanos). La Corte Suprema de Argentina sufrió una imagen pública excepcionalmente débil durante la década de 1990. Ver *infra* notas 120-122 y el texto correspondiente.

¹¹⁰ *Supra* nota 108.

¹¹¹ Ver Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión del 2 de Agosto, 1994, 5 *Obra de la Convención Nacional Constituyente*, *supra* nota 104, p. 5184 (declaración de Barra); *id.*, pág. 5218 (declaración de Cornet). Llamativamente, parte de la oposición a la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la Constitución tuvo lugar en términos similares, argumentándose que reemplazaría indebidamente el derecho natural cristiano en el que se basa la Constitución, ver *id.* p. 5194 (declaración de Iriarte). Casi no hay límite al prestigio que algunas figuras académicas prominentes de Argentina han buscado conferirle al derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, Germán Bidart Campos, una de las figuras más destacadas del derecho constitucional en Argentina y del ámbito legal latinoamericano en general, ha sostenido que los derechos humanos constituyen normas de *ius cogens* (normas no derogables de derecho internacional), Germán Bidart Campos, “El artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ps. 77, 79 (Martín Abregú & Christian Courtis, eds., 1997); y que en caso de conflicto entre los instrumentos de derechos humanos recientemente incorporados y otras partes de la Constitución, debe dársele preferencia a una interpretación que respete a los instrumentos de derechos humanos ya que son más “preciados”, *id.* ps. 87-88.

chos humanos permitió a la Convención yuxtaponerse a los pasados gobiernos militares de Argentina, algo que también hizo mediante la incorporación de un artículo que prevé que la Constitución seguirá vigente incluso durante los gobiernos *de facto*. Bajo el nuevo artículo 36 de la Constitución, la Convención estableció que todos los actos de los gobiernos que accedieran al poder por la fuerza deben ser tratados como nulos y que los autores de la rebelión deben ser juzgados como traidores ¹¹². Cualesquiera fueran las dudas que pudieran haber existido respecto de la legitimidad de la Convención, ésta implícitamente insistía en que su propia legitimidad debía ser apreciada a la luz de su repudio de los claramente ilegítimos gobiernos militares de períodos anteriores y el hecho de que colocó a Argentina en el rango de los países respetuosos de los derechos humanos.

La debilidad del debate no se debió a que la oposición fue incapaz de identificar temas relevantes. Los delegados de la derecha argumentaron que la soberanía Argentina sería socavada ¹¹³, y que, más allá del valor de los tratados, era importante que la aplicación de los tratados de derechos humanos fuera moderada por los tribunales argentinos guiados por la Constitución Nacional, de modo de que fueran aplicados de acuerdo a los valores argentinos ¹¹⁴. Señalaron que la incorporación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como parte de la Constitución Argentina, que permite a la Corte Interamericana de Derechos Humanos rever las decisiones de la Corte Suprema Argentina, implicaría que esta última no sería ya la intérprete final de la Constitución Argentina ¹¹⁵. También argumentaron que mediante un único voto la Convención estaba agregando 500 nuevos artículos a la Constitución ¹¹⁶, y que lo estaba haciendo sin tener en consideración probables tensiones y contradicciones entre los mismos instrumentos de derechos humanos ¹¹⁷, y sin considerar los numerosos artículos —de los cuales una docena están específicamente identificados— que podrían fácil-

¹¹² Constitución Argentina, art. 36. Previsiblemente, la discusión de este artículo en la Convención enfatizó la necesidad de celebrar y proteger la democracia como la única forma legítima de gobierno y de condenar intentos pasados y futuros de eliminarla. Por ej. Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión del 19-20 de Julio, 1994, 4 *supra* nota 104, ps. 4447-49 (declaración de Antonio Cafiero); *id.*, ps. 4465-66 (declaración de Ortiz Pellegrini).

¹¹³ Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión del 2 de Agosto, 1994, 5 *supra* nota 104, p. 5189 (declaración de Murazábal).

¹¹⁴ *Id.* p. 5191 (declaración de Iriarte).

¹¹⁵ *Id.* p. 5189 (declaración de Murazábal).

¹¹⁶ *Id.* p. 5219 (declaración de Cornet).

¹¹⁷ *Id.* ps. 5215-16 (declaración de Natale).

mente ser interpretados en forma contraria a la práctica Argentina ¹¹⁸. Sin embargo, los partidarios de la reforma nunca respondieron a estas críticas. La mayoría de los delegados aparentemente se sentían cómodos en aceptar la autoridad superior de derecho y las instituciones internacionales y no sintieron necesidad de realizar un análisis detallado del contenido de la medida. El voto final sobre la disposición de derechos humanos resultó 196 a 36, y sólo los partidos marginales de derecha votaron en contra de la reforma ¹¹⁹.

El uso del derecho internacional de los derechos humanos como una fuente de autoridad para establecer la legitimidad de sus decisiones también aparece en la jurisprudencia de la Corte argentina posterior a la Convención. Resulta difícil ser exagerado respecto de la falta de reputación de la Corte Suprema argentina durante la década del 1990. Las encuestas consistentemente identificaban a la Corte Suprema como carente de independencia respecto del Ejecutivo y la ubicaban, junto con el Poder Judicial en general, entre las instituciones menos respetadas de Argentina ¹²⁰. En 1990, el presidente Menem llenó la Corte Suprema con sus partidarios al aumentar el número de sus miembros de cinco a nueve ¹²¹, y la Corte a menudo actuó como un adulator político durante este período, legitimando usurpaciones de autoridad por parte del Ejecutivo que tenían poco precedente incluso en el fuerte sistema presidencialista de Argentina ¹²². Sin embargo, uno de los pocos temas que unió a los jueces conservadores leales a las

¹¹⁸ *Id.* ps. 5219-20 (declaración de Comet) (notando, por ejemplo, que el artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que nadie puede ser obligado a pertenecer a una asociación y que ello contradice el requisito en numerosas provincias argentinas de que todos los abogados pertenezcan al Colegio Público como una condición para poder ejercer la abogacía).

¹¹⁹ Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión del 3 de Agosto, 1994, 5 *supra* nota 104, ps. 5314, 5337-5341. (Hay una discrepancia entre el anuncio del resultado hecho en el recinto, p. 5314, que indicaba 198 votos a favor, y el resultado nominal listado en ps. 5337-41, que indica 196 votos a favor.)

¹²⁰ Christopher Larkins, *The Judiciary and Delegative Democracy in Argentina*, 30 *Comp. Pol.* 423, 429 (1998); Jonathan M. Miller, *Evaluating the Argentine Supreme Court Under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)*, 7 *Sw. J. L. & Trade Am.* 369, 372-373 & nn. 12-15 (2000) (ambos colectan información de numerosas encuestas).

¹²¹ Ley 23.774, art. 1 [1990-B] ADLA 1256, 1256 (B.O. Abril 16, 1990).

¹²² Ver en general, Alejandro Carrió, *La Corte Suprema y su independencia* 153-212 (1996); Miller, *Evaluating the Argentine Supreme Court Under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)*, *supra* nota 120, ps. 369-377, 394-425 (ambos describen en detalle la falta de independencia de la Corte Suprema de Argentina durante la década de 1990). En un escándalo, la Corte Suprema llegó a "perder" una decisión que había sido ya archivada en el registro de la Corte pero que todavía no había sido notificada a las partes, cuando, de acuerdo a los periódicos, el Ministro de Economía se enteró del resultado de la decisión y llamó al presidente de la Corte para pedirle que hiciera algo para detenerla. Miller, *supra* ps. 396-397.

necesidades políticas del presidente y a la minoría de jueces liberales disidentes, fue la necesidad de declarar agresivamente su fidelidad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Estas declaraciones no significan que la Corte aplicó el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en una forma coherente ¹²³. Por ejemplo, la Corte Suprema argentina en algunas ocasiones ha aplicado la Convención Americana sobre Derechos Humanos para *disminuir* los derechos domésticos de un acusado, negándose a aplicar una ley argentina que requiere la excarcelación de todos los individuos cuya detención preventiva haya excedido de tres años, porque la Convención Americana se refiere al derecho del acusado a ser sometido a juicio dentro de un plazo “razonable” o a ser puesto en libertad ¹²⁴. La mayoría sostuvo que en tanto la Convención se refiere a un plazo “razonable” y en ocasiones una detención preventiva de tres años es razonable, la Corte no aplicaría la ley argentina para conceder la excarcelación ¹²⁵. En cambio, cada caso sería analizado individualmente, y la Convención podría ser usada para *negar* la excarcelación toda vez que la Corte considerara que más de tres años constituía un período razonable dada la naturaleza del caso ¹²⁶.

A veces la Corte ha ido aun más allá del texto del artículo 75, inciso 22, para apropiarse del prestigio de los tribunales internacionales. En “Girol-di” ¹²⁷, la Corte sostuvo unánimemente que la Constitución, al afirmar en el artículo 75, inciso 22, que la Argentina incorporaba los instrumentos internacionales de derechos humanos “en las condiciones de su vigencia”, también buscaba incluir la jurisprudencia de los tribunales internacionales en tanto que la interpretación de aquellos tribunales indica bajo qué condiciones están vigentes los instrumentos internacionales ¹²⁸. Ampliamente ovacio-

¹²³ Ver Levit, *supra* nota 100, ps. 325-327 (que describe a la Corte como dando vuelta el sentido de las convenciones internacionales de derechos humanos).

¹²⁴ “Bramajo”, Fallos 319:840, 1844-48 (1996), que interpreta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7, inc. 5; ver también “Carrizo”, Fallos 310:1395, 1399-1400 (1997) (Nazareno, Moliné O’Connor, López y Vázquez quienes presentaron una opinión disidente respecto del voto de la mayoría que consideró que debía desestimarse el caso sobre la base de que no presentaba una cuestión de suficiente importancia institucional como para ser decidida por la Corte).

¹²⁵ Fallos 319:1846-47.

¹²⁶ *Id.* En términos similares, la Corte Suprema de Argentina aplicó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8, inciso 2(h), que protege el derecho de un acusado a apelar un veredicto en su contra, para decidir que el querellante en una acción penal por difamación pueda apelar el veredicto a favor del acusado emitido por una corte inferior. “Verbitsky”, Fallos 322:1495, 1499 (1999).

¹²⁷ Fallos 318:514 (1995).

¹²⁸ Fallos 318:530.

nada ¹²⁹, ésta no fue una decisión dictada por el texto constitucional en tanto que la referencia del artículo a “las condiciones de su vigencia” se refiere más naturalmente al lenguaje del tratado en vigor, y no a los precedentes judiciales. Especialmente en una jurisdicción de derecho continental, en donde el rol del precedente es más débil, usualmente no se entiende que una norma legal incluya la jurisprudencia que la interpreta ¹³⁰. Además, las exposiciones en el recinto de la Convención indican que los redactores incluyeron “en las condiciones de su vigencia” para clarificar que los tratados deberían ser aplicados con los límites que surgieran de cualquier reserva hecha por Argentina al momento de la ratificación, de modo que los términos del tratado no “vigentes” con respecto a Argentina en razón de las reservas efectuadas por el Estado argentino no fueran aplicados ¹³¹. Sin embargo, la Corte buscó vincularse al prestigio de los tribunales internacionales de derechos humanos, invocando a aquellos tribunales aun cuando no estaba obligada a hacerlo, presumiblemente para intentar incrementar la percepción de legitimidad de sus decisiones y la percepción de que era parte de una tendencia progresiva compartida.

Es difícil encontrar un trasplante que genera legitimidad no mezclado con características de los otros tipos de trasplantes, pero a veces no hay mucha más explicación para las motivaciones de los receptores. Si uno acepta que un trasplante que genera legitimidad debe ser a menudo caracterizado por: 1) aceptación del modelo sin debate sobre su contenido pero enfocado en su prestigio e importancia; 2) aceptación del modelo por personas con diferentes intereses políticos, aun cuando lo sustancial del modelo puede no sustentar sus intereses; y 3) voluntad de conceder autonomía futura al modelo, se debe reconocer que estas características están presentes en el ejemplo de la incorporación argentina del derecho internacional de los derechos

¹²⁹ Ver por ej. Germán Bidart Campos, *La doble instancia en el proceso penal*, 163 E.D. 161, 162 (1995); Juan Carlos Hitters, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución*, 164 E.D. 1238, 1243 (1995). El hecho mismo de que estos dos prestigiosos académicos hayan aplaudido la decisión adoptada en “Gioldi” sin decir una palabra acerca de su débil razonamiento legal también ilustra la necesidad de fuentes alternativas de legitimidad, incluso si ello depende de socavar todavía más la autoridad racional ofrecida por una interpretación razonada de un texto legal.

¹³⁰ Ver Jorge Llambías, *1 Tratado de derecho civil: parte general* §91 (18ª ed., 1999); Guillermo Borda, *Tratado de derecho civil: parte general* §69, §77 (12ª ed., 1999); Gonzalo Salama Pietti, *Precedentes judiciales: un tema confuso en nuestro sistema jurídico continental*, La Ley, Suplemento Actualidad, 8 de agosto, 2002, p. 3.

¹³¹ Convención Nacional Constituyente de 1994, Sesión del 2 de Agosto, 1994, 5 *supra* nota 104, ps. 5184, 5216 (declaraciones de Barra); ver también Juan Antonio Travieso, *La reforma constitucional argentina de 1994*, [1994-E] La Ley 1318, 1323 (notando en modo similar que el lenguaje indica que los tratados deben ser interpretados teniendo en cuenta las reservas en vigor de Argentina).

humanos. En primer lugar, el debate en la Convención tuvo lugar ciertamente con poca discusión del contenido del modelo, y sólo respecto de la importancia del derecho internacional de los derechos humanos y la necesidad de que Argentina lo incorpore. En segundo lugar, la aceptación del modelo ha incluido a políticos y jueces de todo el espectro político, convirtiéndose el trasplante en una herramienta para alcanzar otros objetivos. Finalmente, al menos por la anunciada voluntad de la Corte Suprema Argentina de aceptar la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y por el foco de la Convención de sumar a la Argentina al movimiento internacional de los derechos humanos como un fin en sí mismo, la Argentina parece dispuesta a conceder autonomía doméstica al modelo.

III. IMPLICANCIAS BÁSICAS DE LA TIPOLOGÍA

Con la advertencia ofrecida al comienzo de este artículo en el sentido de que una tipología de los trasplantes legales sólo busca explicar el proceso de trasplante, y no el concepto más amplio a través del cual la legislación se torna eficaz en un país en desarrollo, la tipología tiene implicancias importantes para el posible curso de un trasplante y para entender las barreras que frecuentemente aparecen. Distintos tipos de trasplantes tenderán a seguir diversos caminos y responderán de forma distinta a los cambios en su ambiente. Por ejemplo:

1) El trasplante que ahorra costos es el único trasplante gobernado enteramente por cuestiones de eficiencia económica. Este trasplante tiene un mero valor instrumental, y asumiendo que no interviene ninguna otra variable, uno puede esperar que el trasplante sea dejado de lado si deviene económicamente eficiente hacerlo ¹³². Esto es diferente a la situación que prevalece para los otros tipos de trasplantes. El trasplante determinado desde

¹³² Los costos de transacción, incluyendo los costos creados por la dificultad de cambiar un camino ya tomado, pueden hacer económicamente prohibitivo cambiar de un modelo previamente adoptado de trasplante que ahorra costos. *Supra* notas 82-83 y texto acompañante. Debido a que las consideraciones sobre los costos de transacción y los efectos creados por haber ya invertido en un camino determinado son fenómenos domésticos que pueden aparecer en cualquier contexto legal, incluso cuando la norma es enteramente autóctona, no son estudiadas aquí como rasgos de una tipología de los trasplantes legales que se concentra en las diferenciaciones del proceso de trasplante legal. Frente a la interacción del derecho y la sociedad, el trasplante que ahorra costos podría dejar cambios en actitudes sociales y profesionales, ver Máximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 Harv. Int'l L. J. 1, 32 (2004), pero esto tampoco es un cambio limitado al contexto de los trasplantes, porque cualquier régimen legal nuevo, sea trasplantado o una creación local, podría llegar a modificar actitudes sociales y profesionales.

el exterior operará sin tener en cuenta consideraciones de eficiencia en el receptor, siempre y cuando la presión externa y los incentivos sopesen la ineficiencia. Del mismo modo, el trasplante *entrepreneur* puede continuar funcionando incluso si es ineficiente, si aquellos que han invertido en el trasplante tienen el suficiente poder político para obstaculizar el cambio, y el trasplante que genera legitimidad tiene un valor social independientemente de si las reglas específicas involucradas son lo más eficientes posibles o no. Consideremos, por ejemplo, el caso de un país en desarrollo que adopta un nuevo Código de Quiebras basado en el de los Estados Unidos y el efecto de la ineficiencia bajo cada tipo. i) Si el modelo fue adoptado meramente para ahorrar costos —porque el modelo de los EE.UU. estaba fácilmente disponible en los estantes—, luego, si la práctica demostrara que una aproximación distinta sería más eficiente, uno podría esperar una reforma legislativa. ii) Si el Código de Quiebras fuera adoptado porque los bancos comerciales internacionales indicaron que limitarían sus inversiones en el país a no ser que se adoptara un sistema de quiebras con el cual estuvieran familiarizados, entonces el Código, incluso siendo algo ineficiente, debería tener más poder de permanencia dado el riesgo de perder inversiones extranjeras. iii) Si el código ha ganado apoyo de un grupo de profesionales que han invertido fuertemente en estudiar las prácticas sobre quiebras en los EE.UU., entonces esos profesionales pueden buscar bloquear los cambios que significativamente lastimarían las ventajas de su práctica. iv) Si el Código fuera adoptado porque la práctica sobre quiebras en Estados Unidos tiene un prestigio enorme, entonces sería difícil alterarla incluso si es extremadamente ineficiente, ya que por definición se la considera de gran valor. (Los receptores posiblemente culparán las ineficiencias en ellos mismos como una indicación de que ellos han fallado en cumplir con los requisitos del modelo.)

2) Un trasplante determinado desde el exterior fallará una vez que los incentivos o las fuerzas coercivas desaparezcan, a no ser que el trasplante haya ya echado raíces debido a la autoridad racional del sistema legal o de los *lobbies* locales. Los *standards* de la Administración Federal de Aviación de los EE.UU. posiblemente perderían mucha de su influencia en la Argentina si los Estados Unidos y otros grandes países decidieran que ya no tienen más interés en evaluar las aeronaves extranjeras. En forma similar, un Código de Quiebras impuesto por los bancos comerciales internacionales tendrá una vida corta si el país receptor se ha sumergido en un nivel tan grande de endeudamiento privado que sabe que pasarán muchos años antes de que estén disponibles nuevos fondos. Los *lobbies* domésticos de deudores podrán entonces hacer cambiar la ley para su beneficio.

3) El trasplante *entrepeneur* fracasará una vez que la inversión del emprendedor se torne improductiva o cuando encuentre una inversión más productiva. Mirando el trasplante anticorrupción en Argentina, los bajos salarios gubernamentales y las oportunidades laborales en campos relacionados como los derechos humanos podrían detraer de su foco a los expertos en anticorrupción y sustraer a la oficina anticorrupción del gobierno el personal más sofisticado que necesita para tener éxito.

4) El trasplante generador de legitimidad sufrirá en el caso de que el prestigio del donante del trasplante se vea seriamente menoscabado, ya que el trasplante perderá su razón de ser. Más allá de sus ventajas y desventajas, los modelos soviéticos han perdido influencia en los países en desarrollo en parte porque carecen de prestigio luego de la caída de la Unión Soviética. Del mismo modo, el aumento de fuentes alternativas de autoridad puede hacer que a un trasplante generador de legitimidad pierda terreno. Por ejemplo, si aumenta el peso relativo de las bases tradicionales, racionales o carismáticas de dominación, entonces hay menos necesidad de recurrir a un trasplante generador de legitimidad. Una sociedad en donde se consolida el Estado de Derecho, a través de la interpretación racional de los textos escritos, comenzará presumiblemente a interpretar sus leyes de acuerdo a su propia apreciación del significado de la norma, independientemente de la práctica subsiguiente en el prestigioso país donante. En contraste, los oficiales en un país donde la autoridad racional es débil no se atreverán a desviarse del curso de su modelo aun cuando son interpretaciones que el país donante ha hecho después de la donación.

No sorprende que en un país en desarrollo donde la legitimidad proporcionada por la interpretación legal es débil, la longevidad de un trasplante generador de legitimidad pueda depender sustancialmente de si hay fuentes de prestigio alternativas. Usando un ejemplo de la historia argentina, podemos decir que el modelo de control de constitucionalidad de los EE.UU. ha gozado de una vida extraordinariamente larga en la Argentina en parte por su prestigio continuado en contraste con cualquier otra alternativa ¹³³. Mientras que la Corte Suprema argentina llevó a cabo el control de constitucionalidad con bastante independencia hasta mediados de 1940, siguió con el modelo estadounidense, aun durante períodos posteriores en los cuales la Corte argentina sufrió mucho descrédito. A mediados de los 1940, la Corte Suprema se encontró a sí misma en una confrontación con Perón que,

¹³³ Ver en general Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 90 (el artículo desarrolla la historia del control de constitucionalidad en Argentina como un trasplante que genera legitimidad).

combinada con el apoyo general de la Corte a la oligarquía Argentina, la hizo profundamente impopular con gran parte de la población y llevó al juicio político y a la remoción de todos los miembros menos uno entre 1946 y 1947 ¹³⁴. Desde ese momento hasta el derrocamiento de Perón en 1955, la Corte Suprema nunca declaró un acto del gobierno de Perón inconstitucional a pesar de la represión autoritaria del gobierno de todo tipo de disenso ¹³⁵. Durante el gobierno militar de 1976-1983, la Corte Suprema y los tribunales inferiores sólo ofrecieron una resistencia limitada a la violación masiva de derechos humanos por los militares ¹³⁶, y desde su ampliación en 1990, la Corte Suprema ha caído en tal descrédito que ha perdido la credibilidad necesaria para elaborar el control de constitucionalidad constructivamente ¹³⁷. Sin embargo, la emergencia de modelos alternativos parecería depender tanto de la emergencia de modelos prestigiosos en competencia como la insatisfacción con el sistema existente. Por ejemplo, la influencia francesa en el área del derecho público aparece relacionada a la estabilidad política de Francia. Cuando Francia tambaleaba entre revoluciones, parlamentos y monarquías a mediados del siglo XIX, sus prácticas sobre derecho público eran ignoradas. A fines del siglo XIX, una vez que Francia había mostrado una mayor estabilidad política, comenzó a ofrecer un modelo que competía con el de los EE.UU. en áreas como el derecho administrativo y la revisión judicial de las decisiones administrativas ¹³⁸. Hasta la década de 1980, uno encuentra muy poco debate acerca de las alternativas europeas que previeran una Corte constitucional especializada y la revisión en abstracto de la legislación sin un caso pendiente de resolución como modelos a ser considerados ¹³⁹, ya que hasta ese momento, las

¹³⁴ Ver Arturo Pellet Lastra, *Historia política de la Corte (1930-1990)* 108-134 (2001).

¹³⁵ Ver en general *id.* ps. 143-166 (describiendo a la Corte Suprema y la debilidad general del Poder Judicial bajo el gobierno de Perón entre 1947 y 1955); Alejandro Carrió, *La Corte Suprema y su independencia* 51-58 (1996) (describiendo la falta de independencia de la Corte Suprema argentina entre 1947-1955).

¹³⁶ Ver en general Carrió, *supra* nota 135, ps. 93-113 (describiendo varios casos en los cuales la Corte Suprema argentina impuso ciertas restricciones al gobierno militar, pero que tuvieron sólo un impacto limitado dada la naturaleza masiva de las violaciones a los derechos humanos).

¹³⁷ Ver Alejandro M. Garro, *Nine Years of Transition to Democracy in Argentina: Partial Failure or Qualified Success?*, 31 Colum. J. Transnat'l L. 1, 74-77 (1993); Miller, *Evaluating the Argentine Supreme Court Under Presidents Alfonsín and Menem (1983-1999)*, *supra* nota 120, ps. 371-375. A fines de los noventa, las encuestas indicaban que más del 90 por ciento del pueblo argentino tenía poca o ninguna confianza en el Poder Judicial, y mucha de la falta de confianza se centraba en la Corte Suprema. *Id.* ps. 372-373.

¹³⁸ Ver Héctor A. Mairal, *Control Judicial de la Administración Pública* §104, §130, §301 (1984).

¹³⁹ Néstor Pedro Sagüés, *El Recurso Extraordinario* 84 (2ª ed., 1984); Néstor Sagüés fue el primer académico argentino reconocido quien enfatizó la consideración de las alternativas europeas, ver

Cortes constitucionales europeas tenían muy poca experiencia como para gozar de prestigio. Perón, en todos sus ataques a la Corte Suprema anteriores al juicio político, nunca cuestionó el modelo de control de constitucionalidad de los EE.UU., y la reforma constitucional peronista de 1949 incluso estableció el principio del *stare decisis*, que obligaba a los tribunales inferiores a seguir los precedentes de la Corte Suprema ¹⁴⁰. El primer gran experimento argentino con enfoques alternativos hacia el control de constitucionalidad recién aparece en 1996, cuando la Constitución de la nueva Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mirando hacia la práctica francesa y alemana, incorporó una variedad de enfoques europeos ¹⁴¹.

Una tipología de los trasplantes basada en las motivaciones del receptor también ayuda a explicar las olas de imitación que frecuentemente envuelven a regiones o al mundo entero. Por ejemplo, durante el segundo tercio del siglo XIX, la mayoría de los países latinoamericanos adoptaron el modelo constitucional norteamericano a pesar de no tener experiencia alguna con nada que se pareciera a instituciones liberales constitucionales ¹⁴². La explicación más simple para esta ola de constitucionalismo es el prestigio del modelo de los EE.UU. y la ausencia de alternativas prestigiosas dadas las continuas conmociones en la mayoría de los países de Europa. Del mismo modo, durante los años 1990, muchos países en desarrollo recurrieron a estructuras económicas liberales promovidas por el Consenso de Washington ¹⁴³. Este consenso fue apoyado por incentivos creados por los Estados

Néstor Pedro Sagüés, *Un tema polémico: la magistratura constitucional especializada*, 1985-II J.A. 814; ver también Sagüés, *1 Recurso Extraordinario*, *supra* ps. 29-85 (en donde ofrece una clasificación que describe a todos los sistemas de control de constitucionalidad más importantes que existen en el mundo y analiza sus ventajas y desventajas).

¹⁴⁰ Constitución Argentina de 1949, art. 95.

¹⁴¹ Humberto Quiroga Lavié, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires comentada* 332-333 (1996). El artículo 113 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires autoriza acciones declarativas directamente ante la Corte Suprema de la Ciudad para que ésta declare que una ley, decreto u otra norma es inconstitucional, y con el efecto de que la norma pierda fuerza legal a no ser que sea ratificada por una mayoría de dos tercios de la Legislatura dentro de los tres meses, y el art. 14 elimina el requisito de la legitimación activa para presentar acciones referidas a intereses colectivos, discriminación ilegal, derechos laborales, derechos previsionales, patrimonio cultural e histórico de la ciudad, derecho de la competencia o derecho del consumidor. Ver en general Alberto B. Bianchi, *El control abstracto de constitucionalidad según el Tribunal Superior de Justicia de Buenos Aires*, *El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, Oct. 19, 2000, en 4, 4-7 (describiendo el nuevo sistema de control de constitucionalidad de la Ciudad de Buenos Aires, algunas innovaciones menores en otras provincias argentinas, y los sistemas europeos que sirvieron de modelo).

¹⁴² Ver David Bushnell & Neil Macauley, *The Emergence of Latin America in the Nineteenth Century* 187-188 (1988).

¹⁴³ Por ej. David Trubek, et al., *Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas*, 44 *Case Western Reser-*

Unidos y las instituciones prestamistas internacionales; sin embargo, cualquier intento de explicar su prevalencia debe también considerar el prestigio relativo de las instituciones de los EE.UU. luego de la derrota de la Unión Soviética en la Guerra Fría.

Determinar la tipología dominante involucra algo de subjetividad, sobre todo porque los individuos que son el foco de cada tipología pueden variar. En el caso del trasplante que ahorra costos, el foco está puesto primordialmente en los responsables de redactar las normas y en sus consejeros. El trasplante determinado desde el exterior se concentra en los incentivos ofrecidos a los responsables de aprobar las normas legales —cualquiera que sea su rama del gobierno—. El trasplante *entrepeneur* se concentra tanto en los individuos que trabajan en el gobierno como en los que trabajan con legisladores o pueden influirlos. El trasplante que genera legitimidad se concentra en aquellos responsables de aprobar normas legales, tomando en cuenta estos oficiales las probables respuestas de la sociedad en su conjunto. Lo que los cuatro tipos comparten, sin embargo, es que se concentran en las personas responsables en hacer que el trasplante sea llevado a cabo.

Aparte del valor explicativo de la tipología, la evaluación realista de proyectos por parte de fundaciones, o por negocios o gobiernos que buscan exportar leyes requiere poder entender las motivaciones del receptor y las posibles consecuencias. Por ejemplo, los extranjeros que insisten en la adopción de una medida legal como una garantía futura de sus inversiones, deben reconocer que sus protecciones legales pueden desaparecer una vez que pierdan influencia. Los inversores con un incierto poder de influencia futura estarán mejor posicionados si buscan el desarrollo de modelos económicamente eficientes que el Estado receptor querrá mantener, y si convencen a los grupos locales en invertir en ese modelo. En modo similar, las fundaciones que patrocinan lo que son esencialmente trasplantes *entrepeneur* —financiando seminarios y proyectos educacionales— deben considerar cómo serán usadas las herramientas que proveen. Si deciden incentivar una ley particular o una institución legal, entonces quizás el foco también deba estar en hacer un buen trabajo de *marketing* de la ley o la institución para elevar su prestigio.

ve L. Rev. 407, 409-410 (1994). La frase "Consenso de Washington" fue acuñada por John Williamson en una conferencia del Institute for International Economics en 1989, John Williamson, "Introduction" en *Latin American Adjustment: How Much Happened* 1,1 (John Williamson, ed., 1990), en donde él describió las 10 políticas acordadas en terminus generales por el Poder Ejecutivo de EE.UU., el FMI, el Banco Mundial, y el Banco Interamericano de Desarrollo, John Williamson, *What Washington Means by Policy Reform* en *Latin American Adjustment*, *supra*, p. 7.

De hecho, la falta de reconocimiento de los intentos de exportar el modelo de los EE.UU. de educación legal como un trasplante esencialmente *entrepeneur*, puede en parte explicar el ya referido fracaso de los proyectos de educación legal de los EE.UU. en América Latina en los años sesenta y setenta ¹⁴⁴. Primero, los profesores de derecho de los EE.UU. que viajaron a América Latina para participar en los esfuerzos de reforma se encontraban generalmente con resistencias anticipadas de profesores locales de derecho o abogados litigantes que no estaban participando en los proyectos ¹⁴⁵. Dicha resistencia podría haberse anticipado, sin embargo, de haberse reconocido que un tranplante *entrepeneur* generalmente provoca resistencia local de las personas excluidas preocupadas de que el valor de su propio capital disminuya. Pero aún más, la tipología ayuda a explicar la observación de David Trubek en el sentido de que los proyectos sobre educación legal en Brasil no produjeron beneficios sociales porque carecieron de un apuntalamiento de instituciones legales y políticas liberales ¹⁴⁶. Trubek nota que el nuevo énfasis en el instrumentalismo provisto por el modelo educativo de los EE.UU. “puede de hecho haber ayudado a la consolidación del régimen autoritario” ¹⁴⁷ Esto hubiera sido previsible, sin embargo, de cualquier trasplante que principalmente ofrece el instrumentalismo legal como una inversión *entrepeneur* en un sistema político inestable. El reconocimiento temprano por parte de los donantes de que los receptores del trasplante estaban motivados primordialmente por un deseo de adquirir habilidades bien pagas en el mercado pudo haber llevado a que los programas se estructuren de otro modo. Por un lado, limitando la participación sólo a los individuos que compartían sus valores, y por otro, promocionando la especial legitimidad de ciertas reglas legales substantivas y requiriendo que queden exentas de manipulación.

IV. EL ROL DEL DONANTE

El rol del donante ha sido ignorado hasta ahora, pero excepto en el caso del trasplante que ahorra costos, ofrece una capa extra de análisis. El efecto del involucramiento activo del donante versus el involucramiento pasivo, cambia muy poco la descripción del proceso de trasplante en el caso de los trasplantes que ahorran costos y del determinado desde el exterior. En el

¹⁴⁴ *Supra* nota 16.

¹⁴⁵ Gardner, *supra* nota 16, ps. 82, 86-87.

¹⁴⁶ David M. Trubek, *Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development*, 82 Yale L.J. 1, 44-47 (1972); Trubek & Galanter, *supra* nota 16, ps. 1076-78, 1088, 1089.

¹⁴⁷ Trubek, *supra* nota 146, p. 47.

caso del trasplante que ahorra costos, una decisión por un país o por sus ciudadanos de fomentar el uso de su ley a lo largo del mundo puede afectar la elección inicial del modelo por el país receptor, pero no mucho más. Es más fácil usar lo que uno tiene a mano, y la mayoría de las naciones occidentales tienen hoy en día centros culturales en los países en desarrollo más importantes que ofrecen material legal, o tienen oficinas de asuntos culturales adscritos a sus embajadas que facilitan el acceso a los materiales legales, a los intercambios académicos, y que financian los programas de becas. Pero el único efecto de dicha colaboración durante el curso de un trasplante que ahorra costos es mejorar la sofisticación de los que están involucrados en el trasplante, permitiéndoles ingresar al proceso con más materiales de entre los cuales elegir y quizá con mayor conocimiento sobre el derecho a ser transplantado y su contexto original. Si bien un mayor conocimiento puede afectar las elecciones que hagan los receptores, el grado de participación extranjera no incorpora nuevos elementos al análisis.

En el otro extremo, el estudio de un trasplante determinado desde el exterior requiere tener en consideración tanto al donante como al receptor. Obviamente, el grado de presión externa afectará la aceptación del trasplante, aunque no hay razón para esperar que se dé una relación lineal. A veces la presión externa puede provocar una respuesta no intencionada y tomarse contraproducente, y las respuestas a la presión externa dependen de variables domésticas de índole política y cultural. Algunas poblaciones pueden aceptar ser destruidas antes de renunciar a creencias básicas, mientras que otras demuestran flexibilidad. Sin embargo, la posición del donante extranjero también constituye una variable, y esa posición puede variar a lo largo del tiempo tanto en relación al grado de presión aplicada al receptor como en cuanto a las demandas específicas del donante, ya que el modelo que el donante busca imponer también puede cambiar a lo largo del tiempo de acuerdo a las cambiantes necesidades del donante. Por ejemplo, los pasados ciento cincuenta años han visto cambios enormes en los modelos financieros promovidos por los centros financieros mundiales. Las naciones financieramente más poderosas del mundo pasaron desde el uso y promoción del patrón oro, a las tasas de cambio fijas, y luego las tasas de cambio flotantes y una concentración en la independencia de los bancos centrales ¹⁴⁸. Estos

¹⁴⁸ Ver en general Kenneth W. Dam, *The Rules of the Game: Reform and Evolution in the International Monetary System* 1-290 (1982) (en donde se ofrece una historia del sistema monetario internacional y los regímenes de tasas de cambio desde finales del siglo XIX hasta 1980); Margaret Garritsen de Vries, *The Bretton Woods Conference and the Birth of the International Monetary Fund* en *The Bretton Woods-Gatt System: Retrospect and Prospect After Fifty Years* 3 (Orin Kirshner, ed., 1996) (en donde se ofrece un breve panorama del sistema financiero mundial en los años previos a la Confe-

cambios en las demandas, junto con el grado de presión en diferentes puntos en el tiempo, interactúan con las características domésticas y las motivaciones de los Estados receptores.

El involucramiento del donante puede también ser, a menudo, una variable importante para un trasplante *entrepreneur*. Las donaciones de fundaciones, los seminarios extranjeros y las visitas de expertos y oficiales extranjeros son todos recursos con los cuales los empresarios del trasplante en el Estado receptor pueden trabajar para acrecentar su propia importancia. Si el Estado donante muestra inicialmente entusiasmo hacia un trasplante *entrepreneur* pero luego pierde interés, esa pérdida de interés puede traducirse en un fracaso del trasplante, al hacer que los empresarios receptores no sean capaces de disfrutar de beneficios suficientes. Así también los empresarios locales que invierten su tiempo en un trasplante pueden disfrutar temporariamente de recursos de organizaciones como la Fundación Ford, y luego cuando éstos se acaban, continuarán con proyectos diferentes. Como fue destacado anteriormente, algunos trasplantes *entrepreneurs* pueden involucrar beneficios totalmente locales para el *entrepreneur*, pero cuando los beneficios para el *entrepreneur* vienen del exterior, una decisión del extranjero de cerrar o ralentizar el flujo de beneficios al *entrepreneur* facilitador puede afectar al trasplante ¹⁴⁹. En comparación, probablemente haya poca diferencia para un trasplante que ahorra costos si el donante provee recursos continuos una vez que el trasplante ya ha sido adoptado.

El peso del involucramiento del donante es menos claro en el caso de un trasplante que genera legitimidad. A veces el donante puede afectar directamente las percepciones domésticas del éxito del trasplante. Por ejemplo, una visita de un prestigioso extranjero que elogia o critica el modo en que el trasplante ha sido adoptado puede cambiar las percepciones públicas de la legitimidad del régimen trasplantado. Si el extranjero prestigioso declara que el modelo ha sido implementado inapropiadamente, se debilitan los intentos de aquellos que se apoyan en el trasplante para tener legitimidad. Además, el involucramiento activo de los extranjeros puede llegar a limitar la autonomía del receptor en futuras interpretaciones del modelo. En el caso de las normas sobre derecho internacional de los derechos humanos, un tribunal internacional de derechos humanos activo puede tener un impacto

rencia de Bretton Woods de 1944 y una descripción del posterior nacimiento del FMI); Margaret Garritsen de Vries, *Bretton Woods Fifty Years Later: A View from the International Monetary Fund* en *The Bretton Woods-Gatt System*, *supra*, p. 128 (describiendo el sistema monetario internacional y los regímenes de tasas de cambio durante los primeros cincuenta años del FMI).

¹⁴⁹ Ver *supra* texto que acompaña a las notas 72- 73.

político local importante y puede insistir en la evolución del derecho internacional de los derechos humanos de acuerdo con su propia agenda. Por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha insistido por mucho tiempo en la que se denominó la “interpretación evolutiva” de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ¹⁵⁰. Sin embargo, el involucramiento del donante no es un rasgo necesario del trasplante que genera legitimidad, ya que, a diferencia de un trasplante *entrepeneur*, un trasplante que genera legitimidad puede incluso ocurrir sin ningún tipo de involucramiento del donante ¹⁵¹.

La mayoría de las implicancias anteriores fluyen intuitivamente de la tipología, pero, a través del estudio de casos específicos, la historia legal debería echar luz sobre implicancias adicionales. Por ejemplo, es posible que, en el largo plazo, los trasplantes generadores de legitimidad se encuentren con resistencias de líderes políticos que rechacen fuentes externas de autoridad y que estén deseosos de desarrollar en forma rápida bases legítimas de dominación racional o carismáticas como formas alternativas de autoridad. También existe la posibilidad de que un trasplante generador de legitimidad genere un proceso de autorrobustecimiento, y que el éxito en las etapas tempranas fortalezca el mito de que todo lo que una Nación necesita hacer es copiar a otra. Cuanta mayor atención le prestan los historiadores del derecho a las motivaciones que existen detrás de los trasplantes, la descripción y hasta incluso el diseño de los trasplantes pueden tornarse aún más sofisticados.

V. USANDO LA TIPOLOGÍA PARA EXPLICAR EL DEBATE SOBRE TEMAS LEGALES

Una vez adoptado un trasplante, el diálogo político y el debate legal acerca del trasplante también serán influidos por los orígenes de éste. Algu-

¹⁵⁰ Paul Mahony, *Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two Sides of the Same Coin*, 11 Hum. Rts. L.J. 57, 61-62 (1990) (en donde se discute la “interpretación evolutiva” y se identifican casos que la ilustran).

¹⁵¹ Éste fue el caso de la adopción por Argentina del modelo estadounidense de control de constitucionalidad. El *Chargé d’Affaires* de EE.UU. recibió tratamiento privilegiado durante la Convención Constituyente argentina de 1853 debido a la fascinación del entonces presidente Justo José de Urquiza por los Estados Unidos, Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 90, ps. 1512-1513, pero no hay indicación en el sentido de que los Estados Unidos hayan ofrecido asistencia de ningún tipo, ver John Pendleton, Despachos nros. 8 al 30 del secretario de Estado (Buenos Aires, Marzo 1852 - Junio 1, 1853) *microfilmados en* Despachos de los Ministros de Estados Unidos en Argentina, 1817-1906, Microcopia No. 69, bobina 9 (Publicaciones de los Archivos Nacionales en Microfilm) (dadas las referencias en los despachos a la fascinación del presidente Urquiza con los Estados Unidos, cualquier asistencia dada al presidente Urquiza o a la Convención Constituyente ciertamente hubiera recibido una referencia).

nas de estas explicaciones son intuitivas, mientras que otras sólo emergen a través del estudio de la historia jurídica. En consecuencia, esta sección ofrecerá primero un análisis sobre algunas de las implicancias básicas y luego recurrirá a la historia jurídica como herramienta, usando el ejemplo del control de constitucionalidad en Argentina para desarrollar mayores posibilidades sobre el efecto de un trasplante generador de legitimidad sobre el debate y el análisis jurídico.

Cada uno de los cuatro tipos de trasplante tiene un impacto distintivo en la discusión, excepto el trasplante que ahorra costos. Dado que no acarrea ningún tipo de bagaje financiero o social, el trasplante que ahorra costos no debería cambiar substancialmente la discusión jurídica más allá de lo que siempre ocurre cuando los profesionales del derecho y otras partes afectadas encuentran una nueva forma de hacer las cosas. Por supuesto, como ocurre con cualquier régimen jurídico nuevo, en tanto los abogados, los profesores y los estudiantes invierten su tiempo en entender y desarrollar el régimen jurídico, los debates sobre la ley vendrán a incluir el nuevo régimen jurídico y su vocabulario. Pero el fenómeno del trasplante no agrega otro aspecto nuevo a la discusión que no sea quizás el de fomentar el uso de las fuentes extranjeras para comprender mejor el trasplante. En cambio, cuando un trasplante está determinado desde el exterior, la discusión sobre el trasplante incluirá probablemente una concentración en el hecho de si el país debería continuar tratando de satisfacer al país extranjero o a los grupos que impusieron el trasplante, si de hecho los está satisfaciendo y el país está cosechando los beneficios del acatamiento, y sobre los costos y beneficios de cumplir o no cumplir. Cuando la Argentina perdió su *status* de Categoría I con la FAA, las discusiones de antes y después del episodio se concentraron en qué era necesario hacer para satisfacer las reglas de la FAA y obtener nuevamente el *status* de Categoría I ¹⁵², y sobre el efecto que el no cumplimiento tuvo en la aviación y turismo argentinos ¹⁵³. Durante el año 2002, en el pico de la reciente crisis económica argentina, el diálogo que rodeaba a la suspensión y restauración parcial de su Ley de Quiebras inspirada en la de EE.UU, se concentraba en el grado al cual la Argentina debía ceder ante la presión extranjera, a través del FMI, dada la crisis finan-

¹⁵² Ver *supra* notas 48-49; Proyecto de resolución 3754-D-02, ingresada el 1º de julio de 2002 por la diputada Fernanda Ferrero (una resolución que pedía al Ejecutivo, entre otras cosas, que reportara al Congreso los pasos llevados a cabo para satisfacer a la FAA), disponible en www.hcdn.gov.ar.

¹⁵³ Ver Ferrero, Resolución de la Cámara de Diputados, *supra* nota 152. "EE. UU. bajara la calificación de los aeropuertos argentinos," *Clarín*, Marzo 27, 2002 p. 32; "EE.UU. cuestiona el control de la seguridad aérea de Argentina," *Clarín*, Junio 6, 2002 p. 13.

ciera que afectaba a sus deudores ¹⁵⁴. A la larga, un trasplante determinado desde el exterior puede tornarse tan asimilado domésticamente que puede llegar a perder su característica de estar dictado externamente. Sin embargo, mientras duren los elementos de incentivo y de imposición externas, generan un debate doméstico sobre si la propuesta es en el interés de la nación, y un debate tanto internacional como doméstico sobre si el Estado receptor cumple adecuadamente con las necesidades de los intereses extranjeros. Acusaciones y contra-acusaciones relativas a la propiedad de la imposición foránea pueden incluso desplazar a importantes argumentos de política domésticos a favor y en contra del trasplante.

Los trasplantes *entrepeneur* y los trasplantes generadores de legitimidad también presentan formas características de debate. Los trasplantes *entrepeneur* a menudo involucran empresarios que buscan concentrar el diálogo alrededor de su área de especialización, lo que da lugar a improductivas batallas académicas entre grupos que compiten para imponer su vocabulario y normas. En Argentina, por ejemplo, aquellos que han invertido en el modelo constitucional de los EE.UU. sobre control de constitucionalidad, hablan un lenguaje jurídico tajantemente diferente del de los académicos del derecho administrativo, los cuales han invertido en el derecho administrativo francés. Particularmente, hasta la reforma de la Constitución Argentina en 1994, era común que muchos académicos del derecho administrativo usaran la terminología tradicional francesa sobre la necesidad de un demandante de demostrar un “derecho subjetivo” (entendido como un derecho del

¹⁵⁴ En 1995, cuando el gobierno argentino mantenía fuertes relaciones con círculos financieros internacionales y en que la presencia de bancos extranjeros en Argentina era creciente, la Argentina aprobó una nueva Ley de Quiebras, Ley 24.522, ADLA 1995-D-4381 (B.O. 9 de agosto, 1995). Esta ley adoptó el modelo de quiebras de los EE.UU., con el cual el país tenía poca experiencia previa, y bruscamente rompió con las tradiciones argentinas continentales en el derecho comercial. Ariel Angel Dasso, *El concurso preventivo y la quiebra* 56 (2000). En febrero de 2002, en lo peor de la crisis económica, el Congreso aprobó leyes de emergencia para proteger a los deudores, Ley 25.563, ADLA 2002-B-1602 (B.O. 15 de febrero, 2002). Esta ley se convirtió pronto en el centro de las quejas del FMI ya que hizo muy difícil para los acreedores cobrar sus acreencias, y la modificación de dicha ley fue una de las condiciones del FMI para cualquier nuevo acuerdo de préstamo. Alan Beattie y Thomas Catan, “IMF to restart Argentine talks in April”, *Financial Times* (Londres), Marzo 23, 2002 p. 9; Thomas Catan, “Buenos Aires set for a bruising as lender flexes its muscles”, *Financial Times* (Londres), 1 de abril, 2002 p. 5. Como resultado, el gobierno obtuvo la aprobación de la Ley 25.589, ADLA 2002-C-2862 (B.O. 16 de mayo, 2002), como una contramedida, y no es casual que mucho del debate legislativo se concentrara en la actitud del FMI y las quejas se expresaran en el sentido de que los legisladores estaban actuando bajo una presión externa impropia. Héctor Alegría, *Nueva Reforma a la ley de concursos y quiebras (Ley 25.589)*, 2002-D La Ley 1055, 1057-1058. Los debates legislativos pueden ser hallados en el sitio web de la Cámara de Diputados, en www.diputados.gov.ar bajo el acápite Versiones Taquigráficas del 9 de mayo de 2002, y las del Senado en www.senado.gov.ar bajo el acápite Versiones Taquigráficas del 15 de mayo de 2002.

actor individual que la ley tenía la intención de proteger para el actor) en oposición a un “interés legítimo” (un interés del actor en el funcionamiento adecuado de la Administración Pública que es menoscabado cuando la Administración funciona inapropiadamente — así, el actor sufrió un daño, pero que la ley no fue diseñada para protegerlo directamente—), con la consecuencia de que sólo la parte que demostrara un “derecho subjetivo” tendría autoridad para impugnar un acto administrativo ¹⁵⁵. En cambio, los académicos del derecho constitucional utilizaban el lenguaje de la ley de los EE.UU. sobre justiciabilidad, analizando si existía un “caso” entre las partes, cuyo resultado beneficiaría a una de ellas en detrimento de la otra debido al remedio impuesto ¹⁵⁶. El resultado de estos debates fueron campos separados, arraigados en tribunales diferentes ¹⁵⁷, y luchas académicas basadas no tanto en intereses políticos como sí en alianzas intelectuales de inversores académicos de igual parecer. Las batallas de este tipo dejan poco espacio para el compromiso y son extremadamente improductivas, ya que más que una batalla sobre un *standard* en particular, con partes interesadas en diversos resultados de políticas que toman diversas posiciones, la batalla es sobre el lenguaje y las herramientas, con cada profesional luchando para preservar su propia ventaja comparativa ¹⁵⁸. (Como uno esperaría, los principales exponentes de cada modelo tienen una formación que responde al modelo. El exponente del modelo francés con más autoridad en la Argentina, el Dr. Juan Carlos Cassagne, quien es profesor titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, habla sólo francés y español, enseñó frecuentemente e investigó en Francia y España y es socio *senior* en el estudio de abogados Cárdenas, Cassagne & Asociados, cuya única filial fuera de la Argentina está en Madrid, y que representa primordialmente a clientes de

¹⁵⁵ Ver Héctor A. Mairal, I *Control judicial de la Administración Pública* §130, §135 (1984) (describiendo los enfoques tradicionales de los académicos argentinos); Agustín Gordillo, I *Tratado de derecho administrativo* ch. X, §18 (3rd. ed., 1995) describiendo las diversas categorías y destacando algunos de los cambios acaecidos como consecuencia de la inclusión de una acción de *amparo* amplia en el artículo 43 de la Constitución Argentina.

¹⁵⁶ Mairal, *supra* nota 155, §131.

¹⁵⁷ *Id.* §131, §136, §137.

¹⁵⁸ Ver I Mairal, *supra* nota 155, §135. Desde marzo a julio de 1986, tuve la oportunidad de visitar una variedad de cursos sobre Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. La mayoría de los cursos de Derecho Administrativo seguían a la academia francesa, española e italiana, siendo la francesa la más importante, y los cursos dictados por Juan Carlos Cassagne y los profesores de su cátedra fueron los que adoptaban la línea francesa más fuerte. En el lado opuesto estaban los cursos de Derecho Administrativo dictados por Héctor Mairal, y en un grado menor por Agustín Gordillo, y la mayoría de los profesores de Derecho Constitucional, quienes tenían una fuerte concentración en los Estados Unidos.

Europa continental ¹⁵⁹. El Dr. Héctor Mairal, el más conocido exponente del modelo estadounidense, también posee una cátedra de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires, pero habla inglés así como también francés, hizo sus estudios de posgrado en Estados Unidos, pasó varios períodos como Profesor Visitante en las Universidades de Harvard y Cambridge, y es un socio *senior* en Marval, O'Farrell & Mairal, un estudio jurídico cuya única filial fuera de la Argentina se encuentra en Nueva York ¹⁶⁰).

El efecto del trasplante generador de legitimidad en el debate jurídico ya ha sido resaltado, indicando que éste es el trasplante que más probablemente se dé sin un análisis razonado de los términos específicos y substantivos del modelo —ya que el modelo en sí es la autoridad—. Además, uno normalmente esperaría que el modelo fuera invocado por razones no relacionadas con su diseño, ya que no es la sustancia del modelo lo que es importante, sino la legitimidad que éste confiere. De hecho, aun los que proponen posiciones contrarias al modelo pueden llegar a invocarlo, quizá distorsionándolo en un esfuerzo por legitimar sus posiciones. El contenido preciso del modelo, si bien es legalmente relevante, puede ser menos importante socialmente que el impacto del modelo en el debate público, al estar las posiciones legitimadas o deslegitimadas de acuerdo a su consistencia con el modelo ¹⁶¹. Algunas situaciones en la historia del control de constitucionalidad en Argentina constituyen ejemplos excelentes.

En tanto que la adopción por parte de Argentina en 1853 de una Constitución basada en la de los Estados Unidos revelaba aspectos de los cuatro tipos de trasplantes legales, en el curso de las décadas subsiguientes, el apoyo de la Corte Suprema argentina en la práctica constitucional estadounidense, demuestra una compulsión mayor que se explica por el rol del modelo de los EE.UU. como una fuente de legitimidad ¹⁶². Los aspectos generados-

¹⁵⁹ 2 *Martindale-Hubbell International Law Directory*, Argentina - Buenos Aires, Cárdenas, Cassagne & Asociados, CS38B (2003 edition).

¹⁶⁰ 2 *Id.* - Buenos Aires, Marval, O'Farrell & Mairal, CS66B.

¹⁶¹ Ver Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 90, p. 1526.

¹⁶² En 1877, la Corte Suprema Argentina ofreció su declaración más explícita sobre la importancia del derecho constitucional de Estados Unidos en general, al afirmar: "El sistema de gobierno que nos rige no es una creación nuestra. Lo hemos encontrado en acción, probado por largos años de experiencia y nos lo hemos apropiado. Y se ha dicho con razón que una de las grandes ventajas de esta adopción ha sido encontrar formado un vasto cuerpo de doctrina, una práctica y una jurisprudencia que ilustran y completan las reglas fundamentales y que podemos y debemos utilizar, en todo aquello que no hayamos querido alterar por disposiciones peculiares", "De la Torre", 19 Fallos 231, 236 (1877). Pero el ejemplo de adhesión más extrema de la Corte a la práctica constitucional estadounidense sobre control de constitucionalidad vino en 1887, en donde, a pesar de la existencia de precedentes previos en donde había otorgado el hábeas corpus, la Corte Suprema anunció que no lo seguiría haciendo, porque ahora enten-

res de legitimidad del trasplante se destacarían crecientemente a lo largo de la década de 1880, hasta que, a pesar de la sofisticación intelectual demostrada por algunos legisladores durante la década de 1850, hacía los años ochenta los debates frecuentemente no concluían con otra cosa que no fueran declaraciones de la práctica de los EE.UU.¹⁶³ —o distorsiones intencionales de la práctica de los EE.UU.—.

Los jueces en casos constitucionales han frecuentemente usado el prestigio del modelo para justificar sus propias posturas jurídicas, aun si esto implicaba distorsionar el modelo original. Particularmente en los primeros años de la década de 1890, la Corte Suprema argentina se embarcó en esfuerzos extraordinarios no sólo para seguir la práctica de los Estados Unidos relativa al control de constitucionalidad, sino también para seguir la práctica constitucional de los EE.UU. en general¹⁶⁴, y mucha de la jurisprudencia y la doctrina sobre control de constitucionalidad ha continuado siguiendo la práctica de los EE.UU. A pesar de la influencia de los académicos franceses en el derecho administrativo¹⁶⁵, la jurisprudencia sobre legitimación activa (*standing*), la doctrina de las cuestiones políticas, las opiniones consultivas, y la necesidad de las partes adversarias de tener una disputa lo suficientemente concreta, todas siguieron fielmente las huellas de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. hasta hace poco¹⁶⁶. Sin

día que la práctica de EE.UU. desde “*Marbury v. Madison*”, 511 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) impedía a la Corte Suprema entender en peticiones de hábeas corpus y ordenar la liberación de un detenido como un tribunal de primera instancia. “*Sojo*”, 32 Fallos 120, 130-134 (1997) haciendo referencia a 511 U.S. (1 Cranch) ps. 173-176. Un análisis de la decisión en “*Sojo*” y su contexto político demuestra que la única motivación para la decisión de la Corte fue una exagerada subordinación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU., Marta M. M. Huertas, *El modelo constitucional norteamericano en los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1863-1903)*, ps. 326-335, 361, esp. 334-335 (2001); Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 90, ps. 1553-1561.

¹⁶³ Ver Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 90, ps. 1544-1561.

¹⁶⁴ Huertas, *supra* nota 162, ps. 186-187, 355-356, 427-428; ver también Miller, *The Authority of a Foreign Talisman*, *supra* nota 90, ps. 1561-1562.

¹⁶⁵ Ver *supra* notas 155- 157 y el texto acompañante.

¹⁶⁶ Por ej., “*Baeza v. Nación Argentina*”, 306 Fallos 1125, 1129 (1984) (destacando que la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina interpretando el requisito de “caso o controversia” ha seguido la práctica de los Estados Unidos); Alberto B. Bianchi, *Control de constitucionalidad: El proceso y la jurisdicción constitucionales* 163-164 (1992); ver en general Bianchi, *supra* ps. 133-280 (quien primero describe los requisitos para que un caso pueda ser revisado judicialmente en los Estados Unidos y luego compara estos requisitos con la práctica argentina). La Reforma Constitucional de 1994 introdujo cambios en la legitimación activa de asociaciones (Constitución Argentina, art. 43) que han sido gradualmente aplicados por la Corte Suprema en formas que van más allá de la práctica de los EE.UU. Ver “*Asociación de Grandes Usuarios de Energía de la República Argentina v. Provincia de Buenos Aires*”, Fallos 320:690, 696-697 (1997); “*Asociación Benghalensis v. Estado Nacional*”, Fallos 323:1339, 1352-1354, 1358 (2000) (adoptando el dictamen del Procurador General como la decisión de la Corte).

embargo, en varias ocasiones, los jueces que buscaban cambiar los límites tradicionales del control de constitucionalidad para casos altamente controvertidos han distorsionado las descripciones de las decisiones de la Corte Suprema de los EE.UU. de modo tal que probablemente esto haya sido intencional.

Una de las instancias más claras de esta distorsión deliberada de la jurisprudencia de los EE.UU. tuvo lugar en 1893, cuando Luis Varela, un juez de extraordinario talento académico ¹⁶⁷, emitió una de las opiniones disidentes más provocativas de la historia de la Corte Suprema argentina. El caso, "Cullen v. Llerena" ¹⁶⁸, entrañaba un desafío a una decisión presidencial de intervenir una provincia y de reemplazar a sus autoridades ¹⁶⁹. Una decisión que declarara a esa intervención federal inconstitucional habría tenido repercusiones políticas enormes ya que la intervención tenía como fin desplazar a las autoridades dedicadas a combatir el fraude electoral en Argentina ¹⁷⁰. Pero no hay duda de que la mayoría de la Corte utilizó correctamente las decisiones de los EE.UU. de "Luther v. Borden" ¹⁷¹ y de "Georgia v. Stanton" ¹⁷² para concluir que era aplicable la doctrina de la cuestión política ¹⁷³. Luis Varela contestó con citas masivas a la jurisprudencia de los EE.UU. en un intento por demostrar que la doctrina de la cuestión política en los EE.UU. no incluía una decisión de reemplazar al gobierno de un Estado ¹⁷⁴. Dado que "Georgia v. Stanton", un caso que Varela cita rei-

¹⁶⁷ Luis Varela fue el autor de más de veinte libros de derecho, incluyendo un comentario de dieciséis volúmenes al Código Civil argentino, numerosos textos de derecho constitucional, libros sobre temas de derecho internacional público y un proyecto de Código de Procedimientos Administrativos para la provincia de Buenos Aires. Su inglés era probablemente excelente ya que su primera publicación, a la edad de 21 años, fue una traducción al español de un libro en inglés. Ver Vicente Osvaldo Cutolo, 7 *Nuevo diccionario biográfico argentino* 503 (1968).

¹⁶⁸ Fallos 53:420 (1893).

¹⁶⁹ *Id.* p. 427.

¹⁷⁰ La intervención federal fue una respuesta a las revueltas del Partido Radical en las provincias de Buenos Aires, Santa Fe y San Luis bajo la bandera del sufragio libre que había desplazado con éxito a las autoridades electas fraudulentamente. Estas revueltas tenían inicialmente el apoyo tácito del presidente Luis Sáenz Peña, pero el presidente finalmente forzó a los reformistas del Partido Radical en su gobierno a renunciar y autorizó las intervenciones federales para revertir sus logros. Ver en general Gabriel del Mazo, *El Radicalismo* 81-90 (1955); Ezequiel Gallo, *Un quinquenio difícil: Las presidencias de Carlos Pellegrini y Luis Sáenz Peña (1890-1895)* en *La Argentina del ochenta al centenario* 215, 226-230 (Gustavo Ferrari & Ezequiel Gallo eds., 1980).

¹⁷¹ 48 U.S. 1 (7 How.) (1849), discutida en Fallos 53:43.

¹⁷² 73 U.S. 50 (6 Wall.) 50 (1867), discutida en Fallos 53:433.

¹⁷³ Fallos 53:434.

¹⁷⁴ Fallos 53:443-452, 456, 458, 460-470, 473-474 (disidencia de Varela) (la mayor parte de la disidencia de Varela consiste en citas a la jurisprudencia de EE.UU.).

teradamente ¹⁷⁵, halló explícitamente como no justiciable una decisión del gobierno federal durante la Reconstrucción para intervenir en Georgia y reemplazar a sus autoridades ¹⁷⁶, su posición es simplemente insostenible. En virtud de que la mayoría leyó los casos de los EE.UU. correctamente, es difícil imaginar que Luis Varela no se percatara de que su propia interpretación era errónea. Pero dada la poca cantidad de personas que hubieran tenido acceso tanto a la colección de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los EE.UU. y la habilidad de entenderlas, Varela probablemente consideró que la necesidad de asegurar su argumento en el prestigio del constitucionalismo de los EE.UU. sopesaba cualquier riesgo que se planteara por hacerlo engañosamente.

Una distorsión igualmente histórica del modelo de control de constitucionalidad de los Estados Unidos ocurrió en 1990, cuando la Corte Suprema argentina inventó el *per saltum*, un mecanismo por el cual podía ejercer jurisdicción sobre casos incluso cuando éstos estuvieran pendientes ante un tribunal de primera instancia, sin que haya habido una decisión intermedia de una Cámara de Apelaciones ¹⁷⁷. La creación del *per saltum* respondía a motivaciones políticas, y fue el mecanismo utilizado para bloquear las decisiones de los tribunales inferiores relativos a la venta de las aerolíneas de Argentina de propiedad estatal ¹⁷⁸. Pero lo más notable es que la Corte Suprema creó jurisdicción para sí misma en ausencia de una ley jurisdiccional que la autorizara a oír casos sin que las cámaras de apelaciones intermedias oyeran el caso primero ¹⁷⁹. En la Argentina, como en los Estados Unidos, el hecho de que un tribunal nunca puede crear su propia jurisdicción, sino que debe sustentarse en el Congreso para obtener autoridad jurisdiccional ¹⁸⁰, constituye una doctrina básica, y la Corte Suprema misma reconoció el problema ¹⁸¹. Pero la mayoría de la Corte insistió en que la Corte Suprema de Estados Unidos había creado en forma similar un mecanismo de *per saltum* a través de su jurisprudencia, sin que existiera una ley jurisdiccional que lo autorizara, de modo tal que la Corte argentina estaba simplemente siguien-

¹⁷⁵ Fallos 53: 443, 447-450, 465-470 (disidencia de Varela).

¹⁷⁶ 73 U.S. (6 Wall.) p. 76-77.

¹⁷⁷ "Dromi", Fallos 313: 863, 868-870 (1990).

¹⁷⁸ Ver *id.*; "Virtual adjudicación de Aerolíneas Argentinas", *La Nación*, 14 de Julio, 1990, p. 1; Alejandro D. Carrió & Alberto F. Garay, *La jurisdicción "per saltum" de la Corte Suprema* 23-25 (1991).

¹⁷⁹ Carrió & Garay, *supra* nota 178, ps. 28-29.

¹⁸⁰ *Id.* p. 35-38.

¹⁸¹ Ver Fallos 313:869 (destacando que tanto la historia legislativa como el texto de la ley que establece la jurisdicción de la Corte Suprema indicaban que su jurisdicción apelada sobre cuestiones federales a través de las cortes federales dependía de una decisión intermedia anterior, y que de ordinario la Corte nunca podía exceder esta limitación).

do la práctica de los Estados Unidos ¹⁸². Sin embargo, en los dos casos de la Corte Suprema de los EE.UU. a los que la Corte argentina se refirió, el tribunal había indicado una base legal para tomar jurisdicción directamente de las Cortes de Distrito ¹⁸³. A pesar de que la Ley de la Judicatura de 1891 (Judiciary Act of 1891) no es un modelo de claridad, es patente el hecho de que cuando la Corte Suprema de los EE.UU. oyó casos sin esperar una decisión de apelación intermedia, lo hizo de acuerdo a lo que sostenía era una autorización legislativa ¹⁸⁴. Si bien es remotamente posible que la Corte Suprema argentina haya simplemente errado, el error es excepcionalmente grave dada la claridad de las declaraciones de la Corte Suprema de los EE.UU. y dado que dichas citas constituyen el punto central de la decisión de la Corte argentina. La Corte argentina no ofreció otra autoridad que la práctica de los EE.UU. para justificar la creación por sí misma de su propia jurisdicción incrementada.

A veces los intentos de distorsión del constitucionalismo norteamericano alcanzan proporciones irrisorias. Por ejemplo, la Constitución y práctica de los EE.UU. constituyeron los términos principales en el debate en una convención realizada en 1860 para proponer reformas constitucionales. A pesar de la fuerte separación entre el Estado y la religión en la Constitución norteamericana, un delegado conservador hasta propuso una enmienda para exigir que los habitantes argentinos demuestren a la Iglesia Católica “el mayor respeto y la más profunda veneración” ¹⁸⁵, lo cual defendió con una extensa discusión sobre cómo los orígenes religiosos de la colonización de los Estados Unidos habían sido responsables de modelar su éxito ¹⁸⁶. La enmienda fue finalmente rechazada ¹⁸⁷, pero sólo luego de un debate sobre el rol de la religión en los Estados Unidos entre Sarmiento y los delegados conservadores ¹⁸⁸.

Uno no esperaría incentivos consistentemente fuertes para descripciones intencionalmente engañosas de un modelo, excepto en el caso del tras-

¹⁸² *Id.* ps. 871-872.

¹⁸³ Ambos casos de los EE.UU., “The Three Friends”, 166 U.S. 1 (1897), y “Forsyth v. Hammond”, 166 U.S. 506 (1897), citados por la Corte Suprema Argentina en Fallos 313:872, indican que están aplicando el *per saltum* en virtud del Judiciary Act de 1891, ch. 517, 26 Stat. 826, “The Three Friends”, 166 U.S. p. 49 (1897); “Forsyth”, 166 U.S. pág. 513, y ambos casos citan el texto de la norma que la Corte considera que le da autoridad jurisdiccional, 166 U.S. p. 49; 166 U.S. p. 513.

¹⁸⁴ *Id.*

¹⁸⁵ *Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires, encargada del examen de la Constitución federal*, Sesión del 11 de mayo de 1860, en *4 Asambleas constituyentes argentinas*, 879 (Emilio Ravignani ed., 1937) p. 921 (exposición de Frias).

¹⁸⁶ *Id.* p. 916-921.

¹⁸⁷ *Id.* p. 930.

¹⁸⁸ *Id.* p. 922-927.

plante generador de legitimidad. Para todos los otros tipos de trasplantes, por lo general debería haber una satisfacción básica con los requerimientos del modelo por quienes lo invocan. Si un trasplante que ahorra costos no conlleva ningún prestigio en especial, luego no hay razón para falsificar descripciones del modelo en lugar de proponer una alternativa. Los extranjeros a quienes un trasplante determinado desde el exterior busca satisfacer, no deberían típicamente buscar distorsiones del modelo y presumiblemente tendrán la sofisticación para identificar los intentos de distorsión. Aquellos que utilizan un trasplante *entrepeneur* no deberían normalmente tener intereses que divergen del modelo en el cual han invertido. Sin embargo, dado que un trasplante que genera legitimidad es elegido por razones que no están conectadas con la sustancia de sus normas, algunos de sus defensores tendrán incentivos sólidos para alterarlo para obtener diversas reglas substantivas desde el mismísimo primer día de operación. Son esperables deformaciones como aquéllas de la Corte Suprema argentina al interpretar las normas del derecho internacional de los derechos humanos o de la Constitución de los EE.UU. El punto no es que las descripciones engañosas del modelo nunca ocurrirán con los otros tipos de trasplantes, pero que en el caso de un trasplante que genera legitimidad, no puede existir la misma suposición de lealtad de aquellos que promueven el trasplante a las reglas substantivas establecidas en el modelo, sólo un deseo de usar el modelo para ganar legitimidad.

VI. CONCLUSIÓN

La tipología ofrecida aquí es sólo un primer paso. La tabla en el apéndice a este artículo resume lo que podrían denominarse hipótesis de tendencias probables una vez que un trasplante es identificado con un tipo en particular. Un panorama más completo requerirá de un trabajo que analice la historia legal de diversos trasplantes, y la creación de tipologías no sólo de trasplantes legales, sino de cómo el derecho generalmente adquiere relevancia social. Una crítica posible a la tipología ofrecida aquí es que es demasiado subjetiva y que la clasificación en un tipo en particular depende de los prejuicios de quien sea que haga la clasificación. Dicha crítica tiene considerable validez y desafortunadamente se aplica a una gran cantidad de la investigación sociológica. No obstante, también hay muchas situaciones en donde hay documentación que torna a las clasificaciones en una tarea comparativamente sencilla.

La utilidad de una tipología de los trasplantes legales va más allá del derecho comparado, los proyectos de instituciones como el Banco Mundial

Apéndice — Perfil de una tipología de los trasplantes legales basada en las motivaciones de los importadores

<i>Tipo</i>	<i>Motivaciones del importador</i>	<i>Características identificatorias</i>	<i>Actividad del exportador</i>	<i>Implicancias*</i>
i) Trasplante que ahorra costos	Ahorra tiempo; ahorra dinero y recursos humanos; falta de competencia técnica	Búsqueda de mayor eficiencia. La misma puede ocurrir a través de un <i>bricolage</i> , hallazgos casuales o funcionalismo.	Puede reducir costos al proveer información. Poco impacto en el curso del trasplante luego de su adopción	Si no existen motivaciones adicionales, el trasplante será abandonado una vez que los legisladores determinen que pueden alcanzar sus objetivos substantivos de un modo más eficiente a través de un instrumento alternativo.
ii) Trasplante determinado desde el exterior	Satisface las demandas de los Estados o entidades extranjeras en miras a obtener beneficios o evitar penalidades para la Nación o para los intereses nacionales	La adopción de legislación doméstica está influenciada por amenazas, promesas u oportunidades desde el exterior.	Puede decidir incrementar o reducir las presiones o los incentivos, o puede cambiar sus demandas o modelo preferido y requerir los cambios correspondientes por el importador.	Si no existen motivaciones adicionales, será abandonado una vez que los incentivos y las presiones externas desaparezcan; la discusión pública enfocará en los costos y beneficios de rendir a la presión externa.
iii) Trasplante <i>entrepreneur</i>	Ganancias materiales o políticas para los importadores o su causa política/ideológica	El trasplante es usado para ganar espacio político o recursos para un discreto grupo de expertos	Puede proveer recursos para aquellos que apoyen el trasplante que son críticos para mantener su interés en el modelo	La longevidad del trasplante dependerá del flujo continuo de ganancias políticas y de recursos para los impulsores, y de que dichos beneficios sopesen los usos alternativos del tiempo y energía del impulsor.
iv) Trasplante que genera legitimidad	Incrementa la legitimidad de la regla o la institución por medio del prestigio ofrecido por un trasplante foráneo	Puede involucrar: debates legislativos o interpretativos que se focalizan más en el prestigio del modelo que en su contenido; aceptación del modelo por parte de grupos con objetivos políticos opuestos respecto de ciertas áreas específicas que desarrolla el modelo; voluntad de apoyarse en el modelo para desarrollos futuros desconocidos; pérdida de autonomía de los legisladores para sancionar leyes que varíen del modelo.	La aprobación o desaprobación por el donante o sus expertos puede afectar las percepciones públicas de las instituciones domésticas; los cambios en la interpretación del modelo por el donante pueden requerir que el receptor los imite; los eventos en el Estado del donante y los incrementos o disminuciones del prestigio internacional del donante pueden afectar el prestigio del modelo y su continuo atractivo.	La longevidad del trasplante dependerá del prestigio continuo del modelo foráneo y de la fuerza relativa de fuentes alternativas de autoridad; cuanto más se focalice una sociedad en la autoridad racional del Estado de Derecho o en el carisma de un líder como autoridad, menor será su necesidad de recurrir a modelos foráneos como autoridades legales; el prestigio de un trasplante y sus reglas deviene la moneda corriente del debate público, creando una tentación de falsificar la presentación del modelo e invocando su prestigio para propósitos substantivos contrarios a los no incluidos en el modelo.

*Esta tabla tiene en consideración solamente aquellas implicancias exclusivas de los trasplantes. En tanto cualquier norma, incluidas las trasplantadas, puede ser internalizada, los efectos de la internalización comunes a la legislación en general, han sido excluidos de esta tabla.

y la Fundación Ford, y la incorporación doméstica del derecho comparado. Si bien hay diferencias en la dinámica, en los Estados Unidos hay a menudo trasplantes legales entre Estados, entre municipalidades e incluso entre la práctica legal federal y los tribunales tribales en las reservas de los grupos indígenas. La mayoría de las ordenanzas municipales en los Estados Unidos se toman prestadas de otros lados o responden a requerimientos del Estado ¹⁸⁹, y todas las tribus de americanos nativos se han encontrado inmersas en un proceso de trasplante legal de características cambiantes ¹⁹⁰. Con todo, el curso de una ley municipal o una práctica de una corte tribal que responda a los incentivos del Estado o a los incentivos federales será diferente a una adoptada por conveniencia, una adoptada por el prestigio, o una inspirada por los estudios avanzados de un abogado local o un joven americano nativo recién retornado a la reserva. Una tipología ofrece un punto de partida para el análisis.

Desafortunadamente, quien quiera que vea los trabajos académicos sobre trasplantes existentes hasta la fecha, podría acusar a la academia estadounidense de hacer un *collage*, ubicando descripciones de la Ley de Corporaciones de Vietnam en el mismo plato junto a la Reforma Agraria rusa y la Ley de Inversiones Extranjeras de Khazakhstan, sin ningún tipo de las explicaciones estudiadas para la elección salvo por las elecciones casuales de académicos particulares, y sin ninguna metodología en común para el trabajo. Este artículo ofrece un comienzo hacia un proceso de sistematización.

¹⁸⁹ La mayoría de los abogados que trabajan para un municipio, al ser convocados a redactar una nueva ordenanza, comienzan su trabajo buscando las ordenanzas de otras ciudades, a menudo utilizando las bases de datos de organizaciones que reúnen a oficiales públicos locales, como la Liga de Ciudades de California (California League of Cities). Entrevista Telefónica con Dennis A. Barlow, abogado municipal, Ciudad de Burbank (Oct. 4, 2002). La presencia de asociaciones de oficiales públicos como la California League of Cities y la International Municipal Lawyers Association, así como también las presiones públicas compartidas, cambian la dinámica del trasplante desde la esfera internacional, pero no hay mayores dudas de la centralidad del proceso de trasplante en el desarrollo de la ley municipal.

¹⁹⁰ Ver en general Carey N. Vicenti, *The Reemergence of Tribal Society and Traditional Justice Systems*, 79 *Judicature* 134, 136-141 (1995) (describiendo el desarrollo de las cortes tribales y cómo éstas han respondido a las demandas e influencias del gobierno federal y a las expectativas legales de los americanos nativos.)