

## Comparative Matters, The Renaissance of Comparative Constitutional Law.

Ran Hirschl,  
Oxford, Oxford University Press, 2014,  
284 páginas.

*Comparative Matters*, parte de la premisa de que el interés académico en el estudio del derecho constitucional comparado ha crecido sorprendentemente en los últimos años. Sin embargo, a pesar de lo que el autor llama el “renacimiento del derecho constitucional comparado” los estudios de esta materia son realizados dentro de una matriz epistemológica y metodológica difusa e incoherente<sup>1</sup>. Esta obra es relevante para el estudio del derecho constitucional comparado, pues propone metodologías que permiten demostrar la existencia o inexistencia de relaciones causales entre las ideas, instituciones, normas constitucionales y los efectos que se les atribuyen.

Los seis capítulos de esta obra pueden dividirse en dos grandes grupos. En el primer grupo (capítulos I a III), el autor explora lo que puede aprenderse al estudiar cómo se han relacionado los sistemas jurídicos con las normas constitucionales de otros y se pregunta ¿qué es lo que ha dirigido los esfuerzos comparativos? Y ¿por qué algunos pensadores, cortes y comunidades se han embarcado en estos estudios mientras que otros los han rechazado? Estas interrogantes son relevantes para el autor, pues considera que las convergencias, resistencias y el uso selectivo de las normas constitucionales extranjeras (pasadas y presentes) reflejan las tensiones entre las corrientes particularistas y universalistas, al igual que la lucha entre las visiones de lo que somos y lo que queremos ser como comunidad política. De esta manera, el fenómeno comparativista es tan humano y sociopolítico como jurídico.

En el primer capítulo, el autor parte de la idea de que el comparativismo es producto de estudios realizados por los jueces y académicos por igual. Por lo tanto, es relevante entender la forma en que las distintas cortes conciben esta disciplina, los métodos que usan al aplicarla, cómo y por qué varía su acercamiento a ella. Para eso, el autor dividió su primer capítulo en tres sub partes. En la primera, estudia el número de referencias a derecho extranjero y a decisiones de otras cortes que realizan los tribunales constitucionales del mundo con el propósito de determinar la manera en que se involucran con el derecho de otros países. Los resultados de este estudio revelan que ciertas cortes recurren con más frecuencia al derecho de otros países que otras<sup>2</sup>, que hay áreas del derecho constitucional en las que es más probable que recurran al derecho extranjero<sup>3</sup> y que han disminuido las referencias a las decisiones de las cortes de Inglaterra y Estados Unidos en favor de un aumento a las referencias de decisiones de las cortes de Canadá, Alemania y del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

A pesar de que los resultados del estudio estadístico son iluminadores, el autor reconoce que estos no toman en cuenta el contexto sociopolítico en el que los tribunales constitucionales llevan o no a cabo referencias voluntarias al derecho extranjero. En consecuencia, en la segunda sub parte del capítulo se estudian a detalle los patrones de referencia a derecho extranjero de la Supre-

<sup>2</sup> Por ejemplo, la Corte Constitucional Sudafricana ha citado derecho extranjero en más de la mitad de sus decisiones desde 1994. Hirschl, Ran, *Op. Cit.*, p.26. Por otro lado, las Cortes de Estados Unidos únicamente citaron decisiones de otras cortes 145 veces en el periodo que va de 1995 a 2006. Hirschl, Ran, *Op. Cit.*, p.28.

<sup>3</sup> Por ejemplo, las referencias a derecho extranjero son más abundantes en casos de derechos fundamentales que en los que refieren a la parte orgánica del Estado. Hirschl, Ran, *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>1</sup> Hirschl, Ran, *Comparative Matters, Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 5.

ma Corte de Israel. El autor eligió estudiar a Israel, pues considera que es un ejemplo claro de una comunidad en la que existen culturas, ideologías políticas e identidades colectivas contrapuestas. En este tipo de sociedades, las elecciones que las cortes hacen respecto de las referencias al extranjero en sus sentencias revelan su postura respecto de cual debería de ser la cultura, ideología política e identidad colectiva prevaleciente en la sociedad.<sup>4</sup> Los datos obtenidos de este estudio muestran que la Suprema Corte israelí cita con mayor frecuencia las decisiones de las cortes de Estados Unidos, Canadá y Alemania<sup>5</sup> y ocasionalmente se citan decisiones de las cortes de Australia, Sudáfrica, Nueva Zelanda y otras cortes de Europa continental.<sup>6</sup> Sin embargo, dicha Corte se ha negado a citar decisiones de países que comparten situaciones sociales, culturales y políticas similares, cuyos criterios son aplicables a los casos concretos en estudio como las de Malasia y Pakistán.

De acuerdo con el autor las preferencias de la Suprema Corte Israelí se deben a que comparte una misma posición ideológica con las cortes a las que cita para lo que no es relevante que el idioma, la cultura o la familia legal a la que pertenecen sean distintos. Por último, en la tercera parte de este capítulo, el autor identifica tendencias similares a las de la Corte israelí en otras cortes. En este sentido, el autor sostiene en esta última subdivisión es que tanto en Israel como en Estados Unidos, India, Taiwán, Hong Kong y otros países, el uso de derecho extranjero generalmente se utiliza para sostener una posición universalista del derecho constitucional y el rechazo del uso de estas fuentes se debe a la identificación con una posición particularista del mismo.<sup>7</sup>

En el segundo capítulo, el autor estudia las relaciones entre los diversos sistemas de normas fundamentales en la pre-modernidad. Al respecto, considera que la historia de la relación de estas normas tiene sus orígenes en un pasado más distante de lo que se cree. En consecuencia, el enfoque prácticamente exclusivo en el comparativismo constitucional contemporáneo obscurece el hecho de que algunas de las interrogantes centrales de esta disciplina no son nuevas.<sup>8</sup> Este capítulo se divide en dos partes. En la primera, el autor estudia las innovaciones doctrinales en la ley religiosa de la era pre-moderna (particularmente la ley judía) respecto del uso de fuentes

externas de derecho.<sup>9</sup> La finalidad de esta primera parte es ilustrar cómo los encuentros selectivos con el derecho externo son guiados por un instinto de preservación de la cultura ante las presiones externas de convergencia o, en los términos del autor, una actividad necesaria para “sobrevivir a las leyes de los demás”<sup>10</sup>.

En la segunda parte, el autor analiza otros incentivos (distintos de la necesidad y el instinto de supervivencia) que generaron cambios a la manera en que el derecho religioso trata a las fuentes externas<sup>11</sup>. Por ejemplo, el autor identifica razones instrumentales que llevaron a interpretar de manera laxa las normas religiosas de *La Torá*. Esto es ejemplificado con la interpretación que se le da en los lugares fríos a la prohibición de solicitar a un no-judío trabajar durante el *Sabbath* para permitir que se les pueda contratar para que calienten sus casas durante esa fiesta<sup>12</sup>. Por lo tanto, si bien en algunas ocasiones sea posible sostener que el uso de fuentes externas de derecho para interpretar los textos fundamentales ha sido producto de la curiosidad, también es cierto que en muchos casos existen motivaciones instrumentales que llevan a las autoridades interpretadoras a echar mano de fuentes externas. El autor sostiene que actualmente existen motivaciones económicas y sociales que gobiernan el debate respecto al uso de fuentes extranjeras para interpretar el derecho constitucional, por lo que es relevante estudiar cómo estas moldearon la interpretación de los textos fundamentales (en este caso religiosos) durante la era pre-moderna.

En el tercer capítulo, el autor analiza los avances del derecho constitucional comparado en la época pre-moderna a la luz de cuatro autores: Jean Bodín, John Selden, Montesquieu y Simón Bolívar. De lo anterior, el autor desprendió dos ideas relevantes: en primer lugar, que el estudio de las relaciones entre normas constitucionales del pasado es útil para entender el presente y probablemente el futuro de esas relaciones; en segundo lugar, que la necesidad, la curiosidad intelectual y las presiones políticas han jugado un rol significativo en los esfuerzos comparativos<sup>13</sup>. Por último, el capítulo termina con un breve recuento de la diferencia entre la postura de Estados Unidos y Canadá respecto al uso de fuentes externas para la interpretación constitucio-

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>10</sup> Así se tituló a la primera parte del segundo capítulo.

<sup>11</sup> Aquí el autor aclara que no es su intención realizar un estudio exhaustivo de todos los tipos de motivaciones que han formado los cánones interpretativos del derecho religioso actual.

<sup>12</sup> Hirschl, Ran, *Op. Cit.*, pp. 99 y 100.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 148.

nal. En este estudio, el autor descubrió que en Estados Unidos el sector que se encuentra en contra del uso de leyes extranjeras tiende a apoyar el derecho a portar armas, la libertad de expresión irrestricta para las corporaciones y se encuentra en contra de políticas de salud pública y amnistía para indocumentados. Este grupo se opone al uso de derecho extranjero por cuatro motivos.<sup>14</sup> Primero, señalan que el uso de normas o decisiones extranjeras para interpretar la constitución pone en riesgo la soberanía constitucional del país. Segundo, argumentan que si fuera necesario un cambio en la forma de entender la constitución, es preferible que se lleve a cabo una reforma constitucional y no que los jueces cambien el sentido de la norma suprema mediante referencias a derecho extranjero. Tercero, las decisiones de los jueces extranjeros no deben tomarse en cuenta porque no forman parte del sistema jurídico nacional. Por último, existen problemas metodológicos serios derivados del uso de fuentes extranjeras como la selección arbitraria de casos que apoyan una postura en específico sin tomar en cuenta casos en los que se sostienen ideas contrarias. Por el contrario, en Canadá la referencia a normas y decisiones extranjeras nunca ha sido considerada problemática por la academia debido a la apertura de característica ese país al muticulturalismo<sup>15</sup>.

En el segundo grupo de capítulos (capítulos IV a VI), el autor estudia los límites disciplinarios establecidos entre el derecho constitucional comparado y las ciencias sociales. Al respecto, considera que un estudio interdisciplinario del constitucionalismo comparado es más fructífero y mejor para entender el objeto de estudio de la materia que los estudios comparados del derecho constitucional y las ciencias políticas por separado. Por lo tanto, argumenta que los comparativistas deben relajar la división entre estas disciplinas con la finalidad de que ambos campos de estudio se enriquezcan.

En ese sentido, en el cuarto capítulo el autor sostiene que es conveniente incorporar ideas de las ciencias sociales al estudio sistemático de las constituciones. Si bien, los expertos en derecho constitucional comparado son sumamente buenos para identificar, diseccionar y estudiar el trabajo de las cortes, la realidad es que teorizar sobre derecho constitucional como parte del mundo exterior requiere más que esas habilidades. Por eso, sostiene que deben utilizarse las herramientas metodológicas de las ciencias sociales en general y la ciencia política

en lo particular para lograr realizar estudios sistemáticos del constitucionalismo a través de las políticas. En consecuencia, la división entre el derecho constitucional comparado y otras disciplinas relacionadas no se sostiene, pues limita artificialmente el tipo de preguntas que se pueden estudiar, la profundidad con la que pueden analizarse y los métodos que se pueden usar para llevar a cabo derecho constitucional comparado<sup>16</sup>. De manera que los comparativistas deben reconocer la profundidad descriptiva y el potencial explicativo de que las ciencias sociales ofrecen al estudio del universo constitucional.<sup>17</sup>

En los próximos dos capítulos, el autor intenta disipar las dudas referentes a la matriz epistemológica y metodológica de los estudios de derecho constitucional comparado. En el quinto capítulo, el autor comienza dilucidando algunas de las tensiones existenciales que caracterizan los estudios de derecho constitucional comparado; en específico, el debate entre contextualismo y universalismo. Al respecto, sostiene que ninguna de las dos posturas tiene la respuesta única respecto a la forma “correcta” de aproximarse al estudio comparado del derecho constitucional, pues ambas posturas tienen aciertos y errores al momento de delimitar el campo de estudio mediante la clasificación de lo que es y no es “comparable”. En este sentido, el autor señala que el contextualismo tiende a enfocarse en las diferencias y el universalismo sobreestima las similitudes<sup>18</sup>. Posteriormente, analiza el llamado *World Series Syndrome*<sup>19</sup> del derecho constitucional comparado y la crítica del “Sur Global”<sup>20</sup>. Como solución al problema de enfoque prioritario en el “Norte Global”, el autor considera que si la preocupación es la sobre-representación de un grupo pequeño de constituciones a expensas del resto del universo constitucional, entonces un estudio que abandone el contexto y analice el mayor número de constituciones posibles ofrece un remedio potencial. Sin embargo, debe tenerse cuidado, pues no supera los problemas derivados de la selección arbitraria de constituciones a estudiar.

Por último, en el sexto capítulo el autor señala que la labor comparativa requiere de una atención especial a los principios de selección de los casos y de compara-

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 190.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 191.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 205.

<sup>19</sup> Esto lo define el autor como a pretensión de que las ideas que nacen del estudio de un número limitado de experiencias constitucionales son realmente representativas del universo de experiencias constitucionales.

<sup>20</sup> En grandes rasgos consiste en que el estudio comparado del derecho constitucional se centra primordialmente en un grupo de sistemas legales y deja de lado el estudio de la mayoría de los sistemas constitucionales.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 144.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 141.

ción controlada, a pesar de que en la mayoría de los casos los comparativistas los ignoran por ser principios desarrollados y usados en otras ciencias sociales. En ese orden de ideas, propone métodos de selección de casos que permiten realizar inferencias causales como la comparación de los casos más similares<sup>21</sup> o de los casos más distintos.<sup>22</sup> Ahora bien, reconoce que sus preocupaciones metodológicas son únicamente un medio para llevar a cabo las investigaciones académicas y no el fin de estas; sin embargo, sostiene que el uso de metodologías más estrictas desarrolladas por otras ciencias sociales es útil para estudiar la migración de ideas constitucionales y sus efectos en los sistemas que las reciben, así como para descubrir las relaciones causales entre las normas e instituciones constitucionales y sus efectos en la sociedad.

Elaborado por: *Fernando Ramírez Ordás*.

---

<sup>21</sup> Este método de selección de casos consiste en elegir dos casos que son similares en todo excepto en la variable relevante para la investigación, de manera que si los resultados son distintos puede atribuirse a la diferencia en la característica relevante la diferencia en los efectos. De lo contrario, si los efectos son iguales, puede concluirse que la variable es irrelevante para el resultado y deberá buscarse otra explicación.

<sup>22</sup> Este método de selección de casos consiste en elegir dos casos que son distintos en todo excepto en la característica relevante para la investigación, de manera que si los resultados son iguales en ambos casos es posible atribuir el resultado a la característica estudiada. Por otro lado, si los efectos son distintos, entonces no puede atribuirse el resultado a la característica relevante para el estudio y deberá buscarse otra explicación.