



Entrevista a Tom Ginsburg^(*)

Análisis crítico del Derecho Comparado

Entrevista a Tom Ginsburg^(**)

Critical analysis of Comparative Law. Interview with Tom Ginsburg

Resumen: En la presente entrevista, el profesor Tom Ginsburg comenta acerca del Derecho Comparado, de las condiciones para su estudio, de su influencia en el capitalismo, así como sus estudios comparados sobre las constituciones, en especial, de las latinoamericanas. También comenta las concepciones que las sociedades tienen acerca de la relación entre el Derecho y la sociedad, el momento de la creación de una Constitución, los factores involucrados en ella y, sobre la percepción de los jueces y sus decisiones.

Palabras Clave: Derecho Comparado - Constituciones - Realismo Jurídico - Derecho y Sociedad - Decisión Judicial

Abstract: In this interview, the professor Tom Ginsburg addresses Comparative Law, the conditions for its study, its influence in capitalism, as well as his comparative studies over the constitutions, especially, of Latin American ones. He also addresses the conceptions that societies have about the relationship between Law and society, the moment of the creation of a Constitution, the factors involved in it and the perception of the judges and their decisions.

Keywords: Comparative Law - Constitutions - Juridical Realism - Law and Society - Judicial Decision

1. ¿Qué opina del “Método de Casos” para analizar el Derecho Constitucional Comparado?

El problema de solo analizar en base a los casos de la Corte es como esta analogía que siempre les digo a mis alumnos. Imagina que un hombre va a un partido de fútbol en el minuto setenta. Empieza a ver el partido

(*) Abogado por la Universidad de Berkeley. Doctor por la misma casa de Estudios. Profesor de Derecho Internacional y Ciencias políticas en la Universidad de Chicago. Miembro de la Academia Americana de Artes y Ciencias. Correo electrónico: tginsburg@uchicago.edu

(**) La presente entrevista fue realizada y traducida del inglés por Samuel H. Bendezú Medina. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Adjunto de la misma casa de estudios. Miembro Extraordinario de IUS ET VERITAS. Correo electrónico: samuel.bendezu@pucp.pe

Análisis crítico del Derecho Comparado. Entrevista a Tom Ginsburg *Critical analysis of Comparative Law. Interview with Tom Ginsburg*

y está muy emocionado y feliz, pero antes del final se retira en el minuto ochenta. Entonces, cuando vas a un partido en el minuto setenta, tú sabes el marcador pero no sabes cómo llegó a ese marcador, que jugadas se realizaron, etcétera. Eso mismo pasa con los profesores de Derecho, que se centran exclusivamente en las decisiones de la Corte.

Al igual que el hombre en el partido, nos perdemos de mucha información importante, cómo se llegó a esa decisión, cuál fue el desenvolvimiento de los litigantes, cómo la decisión de la Corte fue implementada, ni tampoco cuáles fueron los motivos sociales y políticos que llevaron a esa decisión. Cuando uno estudia ello en el Derecho Comparado es importante no solo fijarse en el minuto setenta, sino en el partido completo, incluso antes y después del partido. Para ello es necesario utilizar herramientas más allá del Derecho: es necesario utilizar herramientas de las ciencias sociales. Además, es especialmente importante, porque en el contexto internacional (en muchos países), no necesariamente las decisiones de las Cortes se van obedecer, ni se puede asegurar la integridad de los jueces. Por ello, se debe utilizar herramientas fuera del derecho.

2. **¿Cuáles son las dificultades históricas que ha tenido el Derecho Comparado?**

Hay tres problemas a lo largo de la historia del Derecho Comparado: (i) La tensión entre lo universal y lo particular. Las preguntas que surgen son ¿hasta qué medida el Derecho es una categoría universal? ¿Existen instituciones que pueden funcionar en cualquier país?; (ii) la relación entre Derecho y la sociedad. Confucio y Aristóteles pensaban que el derecho influenciaba a la sociedad. Si avanzamos hacia Montesquieu, es lo opuesto, el Derecho solo reflejaba a la sociedad. La sociedad era la que influenciaba al Derecho. En la actualidad, se piensa que la causalidad va de las dos formas, el Derecho refleja e influencia a la sociedad; y, (iii) la visión interna o externa del Derecho. Es decir, ¿es el Derecho una disciplina autónoma o está relacionada con otras disciplinas?

La Teoría de Política Clásica tiene la visión de que el Derecho influencia a la sociedad, está basada generalmente en el universalismo. Por otro lado, con Montesquieu, el derecho como reflejo de la sociedad, está basado en el particularismo porque cada país es diferente. Por ejemplo, a Rousseau se le pidió que haga una Constitución para Córcega y otra para

Polonia, él estaba más preocupado en el particularismo, en la identidad nacional. Él no era un universalista.

3. **¿Cuál es la influencia del Derecho Comparado en el capitalismo?**

Con el desarrollo masivo del capitalismo, el Derecho Comparado tuvo mayor importancia que en épocas anteriores. Pensadores como Karl Marx, Emile Durkheim, Max Weber, etcétera se preguntaban si el Derecho es causa o efecto en la sociedad, cuál era la función del Derecho en el capitalismo. Para Marx, el derecho solo era el reflejo del poder económico, no creía que el derecho tenía ninguna facultad independiente para cambiar a la sociedad. Henry Summer Maine pensaba como Montesquieu que el derecho reflejaba la sociedad.

Todo esto cambió con Max Weber, él también explicaba el desarrollo del capitalismo como Marx, pero él tenía otros factores en cuenta. Como que el capitalismo necesitaba predictibilidad, instituciones, etcétera y concluyó que el Derecho era ideal para ello. El Derecho no solo era el reflejo del capitalismo, sino que lo producía. El hecho que tengas una disciplina autónoma como el Derecho y que sea racional y predecible fue fundamental para el capitalismo

4. **¿Cómo influyó el Derecho Comparado en el realismo jurídico de los Estados Unidos?**

En los Estados Unidos se discutieron mucho las ideas de Marx, Weber, etcétera, en la arena política a comienzos del siglo XX. Weber no influenció mucho, pero Marx sí lo hizo, señalando que el Derecho servía de herramienta del capitalismo. Las Cortes tomaban al Derecho como autónomo, pero de una forma regresiva. Se formalizó como derecho la libertad contractual y las Cortes eran conservadoras y anti regulatorias.



Entrevista a Tom Ginsburg

Adoptaron la posición de libertad contractual del trabajador. Es en este momento que este derecho *autónomo* había sido capturado por intereses económicos, que eran anti regulación. Al mismo tiempo, había una gran presión de la sociedad para que adopte mayor regulación.

En estas circunstancias surgieron los realistas (algunos de ellos habían analizado el Derecho Comparado), tenían la idea de Montesquieu, que el Derecho no era autónomo, sino el reflejo del poder político. Y este es un punto divergente de lo que pasó en los Estados Unidos y lo que pasó en Latinoamérica. Actualmente, muchos operadores jurídicos se consideran realistas.

5. ¿Cuál es la relación entre el Derecho Comparado y las Teorías de la Modernización y la Dependencia?

Al final de la Segunda Guerra Mundial, se generaron nuevos países, de los 60 países que eran pasaron a 193 países, y fue un momento muy importante para el Derecho Comparado porque aparecieron nuevos “clientes” que tenían que establecer sus propios sistemas legales, buscando políticas de desarrollo. La pregunta de la mitad del siglo XX es cómo las sociedades alcanzan el desarrollo. Hay dos teorías para ello que tuvieron mucho impacto en los países Latinoamericanos. La Teoría de Modernización, de Max Weber y Henry Sumer Maine, y la Teoría de la Dependencia, asociada a Fernando Henrique Cardoso, expresidente de Brasil.

La primera, la Teoría de la Modernización, señalaba que todas las sociedades buscan la modernización y es mejor cuanto más rápido se llegue, por ejemplo, el capitalismo industrial, la teoría de la convergencia de la sociedad y la economía. La forma de lograrlo es renunciar a tus viejas tradiciones y adoptar instituciones occidentales, como las de los Estados Unidos. Esto se logra copiando la forma de educación, la economía y el Derecho. Hubo una presión para transferir instituciones de Estados Unidos y Europa a Latinoamérica, conocido como *Law and Development Movement*. Los críticos señalan que es una teoría imperialista.

La segunda, la Teoría de la Dependencia, aceptaba que el Derecho es política, pero no iban a tomar prestado instituciones occidentales, colonialistas y capitalistas. Señalaba que después de la independencia los países pobres seguían siendo pobres, las colonias seguían pobres,

las potencias colonizadoras seguían siendo ricas, que la relación económica entre los ricos y los pobres no había cambiado, a pesar de la independencia. Se concluyó que la independencia no solucionó el problema. Se explicó que la estructura de la economía global mantenía dependencia de Europa y de las antiguas potencias colonizadoras, *Norte Global*. La solución a ello fue crear independencia económica, que se deje de comprar a Europa y se empiece produciendo localmente, substituir las importaciones, y aislarse del comercio internacional. Uno de los problemas con esta teoría es que los incentivos son importantes en una economía y en un gobierno proteccionista no se tienen los incentivos para producir bienes de buena calidad; por eso, fracasan. Pero de vez en cuando regresan estas ideas. Fue esta una idea muy popular en Latinoamérica en la década de 1970, y aún continua siendo practicada en algunos países, por ejemplo, en las ideas bolivarianas en Venezuela.

En la Teoría de la Modernización hubo mucha más influencia del Derecho Comparado que en la Teoría de la Dependencia. Finalmente, el *Law and Development Movement* fracasó porque las sociedades latinoamericanas son diferentes a las occidentales. Las sociedades latinoamericanas tienen sus propia cultura, historia y en muchos casos había resistencia en transferir leyes de otros países. Entendieron que si bien el Derecho puede cambiar a la sociedad, el Derecho refleja a la sociedad, lo que fue llamado como el *Law and Society Movement*.

6. ¿Existe una correlación entre la tradición legal y el desarrollo?

Lo que yo he podido determinar en mis investigaciones, es que las instituciones legales son las realmente importantes, más que las leyes. Por ejemplo, Japón adoptó una tradición Romano Germánica. Max Weber diría que les ha ido bien porque tenían

Análisis crítico del Derecho Comparado. Entrevista a Tom Ginsburg *Critical analysis of Comparative Law. Interview with Tom Ginsburg*

derecho alemán. Pero yo no creo que sea por eso, sino por las instituciones del Derecho Alemán, que finalmente es su cultura jurídica. Es importante no pensar en la tradición legal de forma determinista. ¿Qué pasaría con países como Nepal o Sudán? Se diría que como fueron colonizados por las tradiciones legales no “correctas” estarían condenadas al fracaso. Las instituciones alemanas que ayudaron a Japón fueron una burocracia eficiente, un Estado fuerte y una cultura de lucha contra la corrupción. Por eso, la pregunta debería redireccionarse a qué instituciones ha adoptado el Estado.

7. En la línea de lo anterior, ¿Cuál es su opinión del famoso estudio del Banco Mundial “Law and Finance” (1998)?

El Estudio del Banco Mundial llamado *Law and Finance*, realizado por Rafael La Porta, Florencio Lopez-de-Silanes; Andrei Shleifer y Robert W. Vishny, buscó determinar qué sistemas jurídicos producían mejores resultados económicos. Así que analizó que toda Latinoamérica era de la tradición francesa, básicamente. El estudio concluyó que la tradición anglosajona era más eficiente, en muchos aspectos. Concluyeron que los países de la tradición anglosajona les iban mejor porque tenían mejor gobierno corporativo, el imperio de la ley y facilidades para negocios.

Por su puesto que al Banco Mundial le gustó ello porque iba en relación a los consejos que solía dar a los países en vías de desarrollo. Pero yo soy muy crítico de ese estudio, ya que solo tomaba en cuenta la importancia de los Códigos Civiles y olvidó de considerar a las Constituciones. Si bien estos países de Latinoamérica son de la tradición francesa, ellos no tienen las mismas instituciones que la Constitución francesa. Si ellos hubieran evaluado las constituciones, sus resultados serían totalmente distintos. Este error fue porque los autores son economistas, si hubiera sido realizado por un grupo interdisciplinario incluyendo abogados no se hubiera cometido ese gran error.

En realidad, este es un debate muy antiguo ¿es el Derecho Anglosajón más eficiente? ¿Por qué los países bajo el Derecho Anglosajón crecen económicamente de forma más rápida? El segundo problema con el estudio del Banco Mundial es que depende de qué periodo de tiempo estoy investigando. Si investigas de 1969 a 1990, los países bajo el sistema anglosajón crecieron muy rápido, pero si revisas desde 1990

hasta la actualidad ya no tiene el mismo efecto. Soy escéptico en pensar que el Derecho Anglosajón es más eficiente que el Derecho Romano Germánico, posiblemente en algunos casos sea cierto probablemente por el buen nivel académico y profesional de los jueces, una protección más eficiente desde sus inicios al derecho de propiedad.

8. Usted es co-director de *The Comparative Constitution Project* que busca comparar todas las Constituciones de los Estados **independientes desde 1789, utilizando herramientas interdisciplinarias.** ¿Cuál es la importancia de utilizar diversas disciplinas como las ciencias políticas y la estadística en el Derecho Comparado?

Es muy importante, si solo utilizas textos, podrías decir algo de un país o quizás de diez países. Pero solo utilizando textos no se puede comparar a todos los países del mundo. Las estadísticas también tienen límites, pero son una herramienta más poderosa para comparar las instituciones de los países a nivel global. Es cierto que las estadísticas podrían tener problemas y que se deban reducir el tamaño del grupo de países a analizar, particularmente si quieres analizar algún cambio constitucional, o legal en alguna región, o alguna particularidad local.

En las Ciencias Políticas, se les llama *Métodos Mixtos de Investigación*, que utiliza investigación de casos, estadística, métodos cualitativos y cuantitativos, todos ellos enfocados en un problema tratando de conseguir explicaciones. Los abogados debemos acostumbrarnos a aprender y utilizar otros métodos. En conclusión, al igual que la analogía del partido de fútbol, los abogados necesitamos otras disciplinas para poder entender “*todo el partido*” y no solo quedarnos analizando el minuto setenta hasta el ochenta.



Entrevista a Tom Ginsburg

9. **¿Cuál es la característica más influyente de la Constitución de los Estados Unidos para el resto del mundo? ¿Y para Latinoamérica?**

Después de realizar *The Comparative Constitution Project* y analizar tantas constituciones, podría concluir que el mayor aporte de la Constitución de Estados Unidos al mundo es la separación de poderes. Si bien la separación de poderes fue idea de Montesquieu, fue recién con la Constitución de los Estados Unidos donde se plasmó esta idea. Debemos recordar que la Constitución de los Estados Unidos de 1779 fue antes que la Constitución Francesa. Por otro lado, su aporte a Latinoamérica sería el presidencialismo como forma de gobierno.

La sección de los *Bill of Rights* en la Constitución de los Estados Unidos ha sido adoptada por muchas constituciones como una sección separada de solo derechos. En realidad, no tendría porque necesariamente estar distribuida la Constitución de esa manera, pero esta forma se volvió muy influyente para el resto de constituciones en el mundo.

10. **¿Qué opina de la tendencia actual en las Constituciones en Latinoamérica, en especial en Chile, Ecuador y Bolivia en los últimos veinte años?**

Realmente son países muy distintos, pero Ecuador y Bolivia han tenido una crisis en su sistema político, la aparición de nuevas fuerzas sociales que han podido establecer su propia constitución. Actualmente, no veo mayor problema con ellos, están estables. Pero el escenario es totalmente distinto en Venezuela, donde es claro que necesitan una nueva constitución porque la actual está demasiado centrada en el poder ejecutivo. Lo cual está generando en los últimos meses mucho descontento de la población. Esa inestabilidad es síntoma de que el gobierno de Nicolás Maduro no va a durar mucho. Es curioso porque en Venezuela han retrocedido, en vez de aplicar la separación de poderes se ha buscado demasiado poder en la figura del presidente. Es por ello que en Venezuela existe un régimen autoritario.

El caso de Chile es muy distinto porque se ha desarrollado una mayor experiencia política y no se encuentran en una crisis. Sin embargo, la presidenta Michelle Bachelet planea reemplazar la Constitución de 1989 que fue de la dictadura

de Augusto Pinochet. Si se lograra esa meta, es muy probable que solo se hagan cambios menores, no será una gran reestructuración de la sociedad.

11. **¿Existe una relación entre el detalle de los derechos en una Constitución y la duración de la misma?**

En mi libro *The endurance of National Constitutions* menciono tres factores claves para producir Constituciones duraderas: (i) la Constitución debe ser flexible, esa característica no debería cambiar con el transcurso del tiempo. Las constituciones deben poder ser flexibles e ir cambiando a lo largo del tiempo; (ii) debe ser inclusiva de muchos grupos y minorías en la sociedad; y, (iii) las constituciones más detalladas, en promedio, tienen lapsos de duración significativamente mayores que las más generales.

Esta última característica sorprende a muchos, pero nosotros creemos que tiene mucho sentido. Si tú piensas la Constitución como un bien cualquiera, y a más grupos de la sociedad cualquiera, esta tendrá mayor demanda. Si la Constitución incluye a los grupos minoritarios, mayores posibilidades existen que ellos defiendan a la Constitución ante la posibilidad que alguien pretenda cambiarla. Nuestro argumento en conclusión es el siguiente: la Constitución con más detalles en Derecho refleja una mayor inversión para la producción del texto. Y mientras más grupos hayan invertido su tiempo en esta, más incentivos tendrán en proteger los derechos ganados en la Constitución.

12. **¿Qué tan importante es la reputación de los jueces?**

En mi libro *Judicial Reputation: A Comparative Theory*, señalo que los jueces dependen más

Análisis crítico del Derecho Comparado. Entrevista a Tom Ginsburg
Critical analysis of Comparative Law. Interview with Tom Ginsburg

de su reputación que otras profesiones. He podido concluir que la reputación judicial no solo es muy importante, sino que realmente lo es todo. Los jueces pueden ser los mejores abogados del mundo, pero nadie los escuchará sino tienen buena reputación. Se dice en Estados Unidos que los jueces no tienen *purse and sword*, porque no tienen dinero ni poder. Por eso mismo, la reputación judicial es indispensable para cualquier cosa que quieran hacer.

Si bien cada juez tiene su propia reputación, esa reputación también depende de la reputación del Poder Judicial. En algunos países como Europa continental, China y otros países asiáticos, las opiniones judiciales son opiniones colectivas sin firma y anónimas. En los Estados Unidos y otros países del Derecho Anglosajón, uno tiene opiniones judiciales firmadas por individuos. Algunos concluyen que siendo anónimas las opiniones judiciales, los jueces no trabajan tan duro en ellas. Por otro lado, se critica que en la Corte Suprema de los Estados Unidos existen demasiadas opiniones judiciales individuales, y por cada caso pueden haber tres, cuatro o cinco opiniones diferentes, lo cual da una imagen que el derecho es complicado. Lo que hace que muchas personas sean escépticas frente al derecho y señalen que en realidad todo es política.

Pero además, los jueces tienen funciones no judiciales, como en comisiones de investigación o siendo un intelectual público (como por ejemplo el juez Richard Posner) y en algunos países los jueces tienen cargos públicos. Por ejemplo, en la crisis de la deuda de Grecia, por un periodo el presidente de la Corte Suprema era el presidente interino. Este libro busca entender cómo se produce, y si la estructura judicial puede moldear la reputación judicial.

13. ¿Por qué la popularidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha caído?

Es cierto, esta es la primera vez en la historia que la popularidad de la Corte Suprema de los Estados Unidos está por debajo del 50%. En parte es porque todas las instituciones tienen mala reputación en estos momentos, estamos en un periodo amargo en la representación democrática de nuestras instituciones. Pero además, es porque la Corte Suprema ha promovido la impresión, con su propio comportamiento, que el Derecho es solo política. Con el lenguaje que ha utilizado parece que está basándose en política y no en Derecho. Y a

las personas les molesta que no se respete al Derecho como un valor autónomo, y esto ha hecho caer su reputación.

14. ¿Existe alguna relación entre el proceso y los resultados al momento de crear una Constitución?

Este es uno de los temas que más me fascina y he estado estudiando en estos últimos años, para ello he estudiado las constituciones a lo largo del mundo, para saber qué contienen, cómo fueron producidas, qué las hace funcionar o no. Lo bueno es que existen muchas oportunidades para estudiar constituciones, porque ellas no duran por mucho tiempo, son escritas y vueltas a escribir todo el tiempo. Existe un gran debate de cómo se debe producir una constitución, ¿se debe utilizar una Asamblea Constituyente, el Parlamento debe hacerlo o solo una persona debe escribirla (como Solón en la Grecia Antigua)? En los últimos años ha habido una preocupación de la comunidad internacional, particularmente las Naciones Unidas insiste en una participación pública en el proceso. Existe una teoría detrás de ello, porque se necesita que a la mayoría de personas le guste, para ello hay que involucrar a las personas.

El problema es empírico, la evidencia es mixta. Tenemos ejemplos de constituciones que fueron adoptadas sin participación pública y que han sido muy efectivas, un ejemplo es Japón. Un contraejemplo sería Chile, donde la presidenta Bachelet quiere cambiar la Constitución de Pinochet. Sin embargo, hay casos raros como en los Estados Unidos, que las personas aman la Constitución, pero si les preguntas que contiene, ellos no lo saben. En teoría, suena bien la participación pública pero en la práctica no queda claro. En mi investigación, determiné que la diferencia entre los procesos de creación de constituciones que utilizaron participación pública y los que no tienen diferencias mínimas en los resultados.



Entrevista a Tom Ginsburg

Sin embargo, constituciones adoptadas por referéndum tenían reconocidas más oportunidades para la democracia directa y constituciones aprobadas por el parlamento tendían a tener un poco más de fuerza en el poder legislativo. Pero básicamente no existe evidencia determinante de que se debe tener participación pública para tener una buena constitución.

15. Jeremy Bentham decía que el Derecho Anglosajón funcionaba como pegarle a un perro para que no **repita su acción. De la misma forma**, los ciudadanos esperamos que el juez nos diga qué podemos o no podemos **hacer. ¿Usted considera, al igual que Bentham, que el Derecho Anglosajón** tiene poca predictibilidad?

No estoy tan seguro de que esto ocurra en todos los países del Derecho Anglosajón, en realidad depende de que tan grande sea el Poder Judicial. En Estados Unidos, tenemos un gran Poder Judicial, con muchos jueces y por tanto con mucha diversidad de interpretación. La misma ley puede ser interpretada de manera distinta en California y en Nueva York. Se puede señalar que en los Estados Unidos no tenemos mucha predictibilidad, desde este punto de vista. En Inglaterra, el número de jueces es pequeño, y ellos ven las cosas de manera uniforme, porque prácticamente han ido a las mismas facultades de derecho, es por ello que hay poca diversidad y es muy predecible. Por otro lado, en la tradición Romano Germánica podrías tener mayor predictibilidad si todos siguen las reglas, pero no tanta creatividad, existe poca capacidad de poder cambiar una ley ineficiente. Esta es una ventaja del Derecho Anglosajón, cuando una ley es ineficiente, es mala, los jueces mediante la interpretación pueden cambiar la ley. 