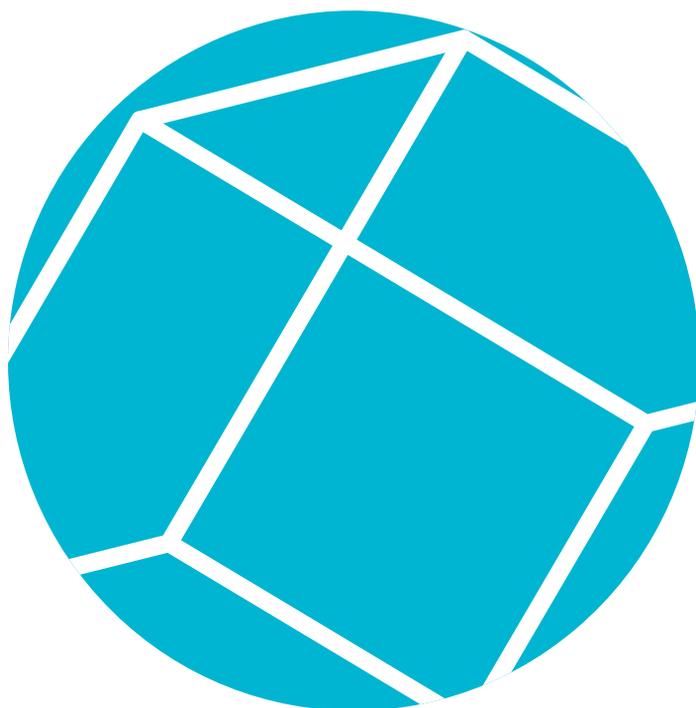


Crítica del Derecho (público) comparado

Günter Frankenberg

Marie-Claire Ponthoreau



Administración pública y Derecho

Colección

Administración pública y Derecho

José María Rodríguez de Santiago

Raúl Letelier Wartenberg

Carlos Ari Sundfeld

(dirs.)

CRÍTICA DEL DERECHO (PÚBLICO) COMPARADO

GÜNTER FRANKENBERG
MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU

CRÍTICA DEL DERECHO (PÚBLICO) COMPARADO

Eduardo A. Chia y Flavio Quezada R.
(Edición, compilación, traducción y estudio introductorio)

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

La colección *Administración pública y Derecho* publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por dos especialistas en la materia, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento Word a la dirección de correo electrónico *administracionpublicayderecho@marcialpons.es*. Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia, directa o indirecta, que permita identificar al autor.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Günter Frankenberg y Marie-Claire Ponthoreau

© MARCIAL PONS

EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.

San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-1381-231-1

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS	11
ESTUDIO PRELIMINAR: DESNUDANDO DISCURSOS EN EL DERECHO COMPARADO	13
INTRODUCCIÓN	13
I. EL COMPARATISMO CRÍTICO DE GÜNTER FRANKENBERG	17
1. Trayectoria y conceptos clave	17
A) Teoría crítica, crítica, crítica al Derecho comparado y el Derecho comparado como crítica.....	18
B) Teoría <i>mainstream</i>	20
2. «Comparaciones críticas»	21
A) Viajes, distancias, diferencias	22
B) Ausencia de cuestionamiento sobre el problema teórico y metodológico.....	23
C) Cenicienta y su complejo.....	24
D) El problema del control cognitivo	25
E) Legocentrismo.....	26
3. «Transferencia y Experimentalismo»	27
A) Constituciones, diseño y Derecho comparado.....	28
B) Metáfora del diseño y la arquitectura constitucional. El rol no inocente del <i>framer</i>	29
C) La transferencia y la reificación de los ítems jurídicos: la tesis IKEA.....	30

	Pág.
D) El enfoque anti- <i>mainstream</i> y los detalles raros.....	32
II. EL COMPARATISMO CRÍTICO DE MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU.....	32
1. La trayectoria y obra intelectual de Marie-Claire Ponthoreau.....	33
A) Pensar el Derecho constitucional en plural: derecho(s) constitucio- nal(es) comparado(s)	34
B) La especificidad de comparar Derechos constitucionales	35
C) La comparación como interpretación	36
D) El criticismo de la crítica de Marie-Claire Ponthoreau	38
2. Cuestionamientos epistemológicos al Derecho comparado.....	41
3. Una crítica al discurso del Derecho global homogeneizante	42
III. CONCLUSIÓN.....	43
COMPARACIONES CRÍTICAS: REPENSANDO EL DERECHO COM- PARADO.....	45
INTRODUCCIÓN.....	45
I. DISTANCIA Y DIFERENCIA	46
II. CENICIENTA EN EL CONTROL COGNITIVO	50
III. MAPA DE LAS METODOLOGÍAS COMPARATIVAS.....	60
1. Yuxtaposición-plus	63
2. Comparación funcionalista	68
IV. REIMAGINANDO LOS ESTUDIOS JURÍDICOS COMPARADOS.....	74
1. Del etnocentrismo a la autocrítica.....	75
2. Del legocentrismo a la crítica del Derecho	79
3. Una mirada no-legocéntrica a las decisiones sobre el aborto	82
4. De la verdad a la ambigüedad.....	87
V. CONCLUSIÓN.....	88
EL DERECHO COMPARADO EN PROBLEMA(S): ENTRE PRAGMATIS- MO Y HERRAMIENTA EPISTEMOLÓGICA	91
INTRODUCCIÓN.....	91
I. PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN	95
1. Dar un sentido a la comparación.....	95
2. La pluralidad de objetos a comparar y el(los) contexto(s).....	97
II. PROBLEMAS DE JUSTIFICACIÓN	100
1. Tomar en serio los criterios de comparación.....	100
2. Pluralidad de aproximaciones	104

	Pág.
TRANSFERENCIA CONSTITUCIONAL Y EXPERIMENTALISMO.....	109
INTRODUCCIÓN.....	109
I. COMPARANDO TRANSFERENCIAS.....	110
1. Defendiendo la transferencia.....	110
2. Circunstancias iniciales de la transferencia.....	114
II. DE-CONTEXTUALIZACIÓN.....	116
1. Transferencia: ¿Tan solo otra narrativa de la Globalización?.....	119
III. RE-CONTEXTUALIZACIÓN.....	125
1. Bricolaje, riesgos y efectos colaterales.....	128
IV. DEFENDIENDO LA TRANSFERENCIA: RESISTIENDO LA GLOBALIZACIÓN.....	133
1. Dejando los canales de viento del liberalismo.....	133
V. IDENTIFICANDO «DETALLES RAROS».....	135
1. El derecho a tener y portar armas.....	145
VI. ÍTEMS CONSTITUCIONALES: LOCALES, REGIONALES, GLOBALES...	148
VII. MERCADERES DE LA TRANSFERENCIA.....	150
 GLOBAL CONSTITUTIONALISM, UN DISCURSO DOCTRINAL HOMOGENEIZADOR. EL APORTE DEL COMPARATISMO CRÍTICO.....	 153
INTRODUCCIÓN.....	153
I. LOS FUNDAMENTOS EMPÍRICOS DEL DISCURSO DE LA CONVERGENCIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	159
1. Los hechos constitutivos del constitucionalismo global.....	159
2. El discurso de la convergencia de los Derechos (constitucionales) europeos, abono para el discurso sobre el constitucionalismo global.....	162
II. LAS BASES METODOLÓGICAS DE LA TESIS DE LA CONVERGENCIA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.....	167
1. La macrocomparación constitucional.....	167
2. Los enfoques formales y cuantitativos de las constituciones y, en particular, de los catálogos de derechos.....	169
III. EL COMPARATISMO CRÍTICO COMO CONTRAPESO AL CONSTITUCIONALISMO GLOBAL.....	174
1. No exagerar el enfoque cultural del Derecho constitucional.....	174
2. Cuestionar el conformismo constitucional.....	177
 ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	 183

AGRADECIMIENTOS

La materialización de este volumen se debe al esfuerzo y colaboración de varias personas. En primer lugar, corresponde agradecer a los propios autores, Günter Frankenberg y Marie-Claire Ponthoreau, quienes amablemente autorizaron la publicación en castellano de los artículos aquí traducidos. Es destacable mencionar que colaboraron permanentemente con las dudas que surgieron durante el proceso de traducción. En segundo lugar, se agradece el respaldo y la confianza que en los editores depositó Jaime Bassa, quien, en su calidad de presidente del Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, desde un principio estuvo presto a apoyar las inquietudes que motivaron emprender y culminar el presente proyecto. Del mismo modo, no se debe dejar de reconocer a nuestros colegas Juan Carlos Ferrada, Sebastián Salazar y Tomás Vial, quienes formularon valiosos comentarios y sugerencias a borradores previos del texto introductorio. En tercer lugar, se agradecen los consejos y estímulos de Elisenda Malaret, así como al comité científico y editorial de Marcial Pons por el interés y el cuidadoso trabajo de edición.

Por último, pero no menos importante, cabe mencionar que este trabajo fue financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de la República de Chile (ANID) / DOCTORADO BECAS CHILE/2020 - 722104830 y DOCTORADO BECAS CHILE/2018 - 72190220.

ESTUDIO PRELIMINAR: DESNUDANDO DISCURSOS EN EL DERECHO COMPARADO *

Eduardo A. CHIA y Flavio QUEZADA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. EL COMPARATISMO CRÍTICO DE GÜNTER FRANKENBERG: 1. Trayectoria y conceptos claves: A) Teoría crítica, crítica, crítica al Derecho comparado y el Derecho comparado como crítica. B) Teoría *mainstream*. 2. «Comparaciones críticas»: A) Viajes, distancias, diferencias. B) Ausencia de cuestionamiento sobre el problema teórico y metodológico. C) Cenicienta y su complejo. D) El problema del control cognitivo. E) Legocentrismo. 3. «Transferencia y Experimentalismo»: A) Constituciones, diseño y Derecho comparado. B) Metáfora del diseño y la arquitectura constitucional. El rol no inocente del *framer*. C) La transferencia y la reificación de los ítems jurídicos: la tesis IKEA. D) El enfoque anti-*mainstream* y los detalles raros.—II. EL COMPARATISMO CRÍTICO DE MARIE-CLAIRE PONTTHOREAU: 1. La trayectoria y obra intelectual de Marie-Claire Ponthoreau: A) Pensar el Derecho constitucional en plural: derecho(s) constitucional(es) comparado(s). B) La especificidad de comparar Derechos constitucionales. C) La comparación como interpretación. D) El criticismo de la crítica de Marie-Claire Ponthoreau. 2. Cuestionamientos epistemológicos al Derecho comparado. 3. Una crítica al discurso del Derecho global homogeneizante.—III. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

La comparación jurídica se ha abordado tanto como un campo disciplinar sustantivo como una práctica metodológica¹. En el último tiempo ha adquirido una mayor

* Las traducciones al castellano que se han hecho de textos en otras lenguas son traducciones libres de los autores de este estudio preliminar, salvo aquellas ya traducidas según se sigue de su referencia bibliográfica.

¹ El debate sobre la naturaleza del Derecho comparado aún está abierto ya que los comparatistas no han establecido un consenso sobre si posee un carácter procedimental o sustantivo. Se decidió referir a la dualidad debido a la ausencia de compromisos epistémicos sobre su estatus a fin de presentar una idea lo suficientemente amplia para el debate. Para una exposición sumaria sobre distintas posturas, sus

connotación, aunque ciertamente no exenta de problemas. En efecto, el recurso al derecho extranjero, junto con el estudio de su transferencia, trasplante, traducción o préstamo son fenómenos que se han hecho extensivos a través de una literatura en expansión. Esto se debe en gran medida, aunque no exclusivamente, a los efectos de la globalización en el mundo académico y en la práctica jurídica. El medio hispanohablante no ha sido una excepción. De hecho, no es algo extraño observar un creciente número de tesis doctorales que efectúan comparaciones jurídicas de la más variada índole, o que incorporan el denominado «argumento de Derecho comparado» en sus razonamientos². Del mismo modo, se observan usos jurisprudenciales de decisiones foráneas a partir de la toma aleatoria de algunos elementos de juicio establecidos por ciertas cortes extranjeras, tanto en asuntos ordinarios como emblemáticos³. Igualmente, no es difícil encontrar manuales o monografías que hacen referencias a teorías e instituciones de otros países, incluso utilizando dicha información como recursos argumentales de una relevancia similar al propio Derecho nacional, como si se tratase de fuentes válidas del Derecho con alcance universal. Bajo dichas circunstancias, a primera vista, el tratar de encontrar más similitudes que diferencias parece ser un motivo que orienta el actuar del investigador⁴.

Lo anterior permite preguntarse: ¿Cómo se define el parámetro para delimitar qué es lo similar y lo diferente al momento de efectuar una comparación? ¿Cuáles son las implicaciones del ejercicio comparativo en las distintas culturas jurídicas? ¿Cuáles son los supuestos subyacentes a estos ejercicios? ¿Qué es lo que realmente se hace cuando se elaboran estudios jurídicos comparados? ¿Se pretende mostrar innovación, bagaje cultural y conocimientos jurídicos más allá de la frontera nacional? O bien, ¿hay, en la práctica, una introducción silenciosa, pero no azarosa, de dispositivos jerarquizadores de dominio e influencia con fines de uniformidad y estandarización que se disfrazan bajo la apariencia supuestamente neutral de legislaciones, reglas, decisiones, doctrinas e instituciones jurídicas? ¿Bajo cuáles condiciones se materializa la interacción comparativa entre lo interno y lo foráneo, lo particular y lo universal? A primera vista, pareciera que de buena fe, en general, dichas preguntas no siempre son formuladas previo a proceder con la comparación jurídica.

ventajas y desventajas en la discusión contemporánea, véase M. REIMANN, «The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century», *American Journal of Comparative Law*, vol. 50, núm. 4, 2002, pp. 672 y ss. esp. 684-688.

² M. DURÁN, «El Método Comparado en los Trabajos de Investigación», en MARCHAL (dir.), *El Derecho Comparado en la Docencia y la Investigación*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 48-55.

³ Un caso paradigmático es la abundante bibliografía sobre las decisiones comparadas con relación a la despenalización del aborto consentido. Se puede añadir a la lista otras decisiones judiciales políticamente controvertidas tales como muerte asistida, maternidad subrogada, despenalización de las interacciones sexuales homosexuales, entre otros casos de conflictos sociales valorativamente complejos. Véase al respecto M.-C. PONTTHOREAU y T. GROPPI, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, Oxford: Hart, 2013; G. FRANKENBERG, «Critical Comparisons. Re-thinking Comparative Law», *Harvard International Law Journal*, vol. 26, pp. 448-453; J. BELL, «The Relevance of Foreign Examples to Legal Development», *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 21, 2011, pp. 431-460; J. BELL, «The Argumentative Status of Foreign Legal Arguments», *Utrecht Law Review*, vol. 8, núm. 2, 2012, pp. 8-19.

⁴ G. FRANKENBERG, *Comparative Constitutional Studies. Between Magic and Deceit*, 2018, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 67 y ss. (En adelante citado como *Comparative Constitutional Studies*).

Con todo, no solo se trata de un fenómeno presente en círculos académicos o forenses, es también habitual en la práctica política; varios países legislan observando la experiencia de otras latitudes y en algunos de ellos se discute públicamente tomando ciertas legislaciones e instituciones jurídicas foráneas como modelos ejemplares⁵. De igual manera, organizaciones internacionales de cooperación económica y gobernanza global, tales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la OCDE, aconsejan —o incluso exigen— a los Estados miembros (y a quienes pretenden ser miembros) adoptar ciertas modificaciones constitucionales o legales siguiendo supuestos patrones comunes de «países de referencia»⁶. ¿Qué razones llevan a dichas organizaciones a promover ciertas instituciones, prácticas, estándares, reglas y procedimientos y no otros modelos? ¿No es acaso problemático que dichas recomendaciones se formulen como sugerencias a países con sistemas jurídicos diferentes que se encuentran en posiciones menos privilegiadas en el orden global? ¿Qué hay detrás del ejercicio comparado en el ámbito jurídico sin detenerse previamente a reflexionar qué es en concreto lo que se está haciendo? ¿Hay acaso en dicho ejercicio de armonización, estandarización y emulación implicaciones políticas y éticas no explícitamente evidenciadas?

Antes que la complejidad y multiplicidad de las posibles respuestas a las interrogantes conduzcan a la paralización, cabe preguntarse entonces, ¿cómo proceder en el intertanto sin caer en simplificaciones? Pues bien, un primer paso podría consistir en detenerse a examinar con detalle el trasfondo del ejercicio comparativo en los estudios jurídicos, sus implicaciones y presupuestos. Una vez efectuado ello, es posible percatarse que la comparación jurídica parece ser mucho más que un exotismo intelectual, entretenimiento de eruditos con propósitos decorativos, el argumento de autoridad o la ponderación de diferencias y similitudes. En efecto, tal como antes se expresó, la experiencia dada por la práctica ha mostrado que los estudios jurídicos comparados se han logrado instalar como un fenómeno que está incidiendo directa e indirectamente no solo en el desarrollo de la labor jurídica y política, sino también, en general, de la realidad social misma⁷. Por consiguiente, como ejercicio académico honesto, se hace necesario un mayor escrutinio y sospecha de las prácticas y asunciones del derecho comparado convencional. De ahí que el disponer de una información más acabada sobre las discusiones teóricas y metodológicas que se han venido desarrollado con relación al estatus epistémico del derecho comparado resulta trascendente. Precisamente a esa tarea pretende aportar esta obra.

* * *

El presente volumen está compuesto por cuatro estudios que se pueden leer como un todo, así como por separado. Dos son de autoría de Günter Frankenberg y los otros corresponden a Marie-Claire Ponthoreau. Los textos son precedidos del

⁵ J.-B. AUBY, «Globalisation et Droit Comparé», *European Journal of Law Reform*, vol. 8, núm. 1, 2006, pp. 43-52; J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'État*, 2.^a ed., Paris: LGDJ, 2010.

⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris: LGDJ, 2017, p. 90.

⁷ Esta asunción tiene relación con la idea de que en la modernidad lo social, lo jurídico y lo político están interrelacionados mediante comunicaciones que retroalimentan significados de un sistema a otro. No es una relación de determinación causal o condicionamiento, sino de mutua correspondencia, interacción y cohabitación.

presente estudio preliminar. Cabe decir que los artículos se presentan aquí traducidos y formalmente editados a partir de sus originales. Si bien los trabajos fueron publicados en distintos espacios de tiempo y comunidades académicas, no por ello están exentos de intersecciones en torno a una matriz teórica central: la crítica del Derecho comparado en general y su aplicación a los derechos públicos en particular. Se compiló, de cada autor, un trabajo de orientación teórico-metodológica en el cual se explicitan los marcos teóricos de sus obras en Derecho comparado; luego, se tradujeron estudios sobre tópicos actuales del comparatismo jurídico en los que se materializan sus tesis básicas desarrolladas previamente.

Cuestiones como la novedad, la creatividad, la crítica y la sospecha son características comunes que unen los textos que a continuación se podrán revisar. Los artículos abordan diversos tópicos contemporáneos tales como el llamado derecho global («*global law*»), las globalizaciones jurídicas, la emergencia teórica del pluralismo jurídico, así como la internacionalización y transnacionalización del Derecho. Una aproximación a aquellos temas, como se sigue de las ideas de esta obra, no está exenta del riesgo de ser colonizada, totalizada o dominada por parte de ciertos actores bajo el uso no-neutral que se podría dar a ciertas instituciones jurídicas, e incluso, a la forma jurídica misma. Por ello, puede resultar interesante presentar en lengua española estos trabajos. Si bien en el medio circulan traducciones de comparatistas tradicionales ineludibles⁸, así como diversos estudios teóricos y aplicados⁹, no pareciera existir el mismo interés por corrientes alternativas al comparativismo dominante.

Así, haciendo eco de aquello que los propios autores han sugerido, el mantener distancia y observar cuidadosamente la diferencia son dos ejercicios metodológicos que pueden resultar provechosos para aproximarse a estos textos. De otra suerte, cabe tener presente que, aun cuando los trabajos de ambos académicos se entrecruzan en distintos puntos, es importante contextualizarlos temporal y espacialmente, teniendo en cuenta el concreto aporte que han realizado a la comunidad epistémica en la que se han desarrollado sus contribuciones a la teoría del Derecho comparado. Una intervención de este tipo es necesaria para que el lector pueda formarse una opinión suficientemente informada, precisamente más allá del punto de vista que es cotidiano en los quehaceres académicos. A la vez, de parte de los traductores, se intentó reducir en lo posible las transferencias (inevitables) de la traducción para, de

⁸ A modo ejemplar, sin pretensión de exhaustividad, véase *e. g.* las traducciones de los siguientes estudios fundamentales que forman parte de la tradición en el Derecho comparado: J. MERRYMAN, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica* (3.ª ed.), traduc. E. Suárez y J. M. Íma, México: Fondo de Cultura Económica, 2014; R. DAVID y C. JAUFFRET-SPINOSI, *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos* (11.ª ed.), traduc. J. Sánchez, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010; K. ZWEIGERT y H. KÖTZ, *Introducción al Derecho Comparado*, traduc. A. Aparicio y A. Torres, México: Oxford University Press, 2002.

⁹ Véase *e. g.*, S. DE LA SIERRA, *Una metodología para el Derecho Comparado Europeo. Derecho Público Comparado y Derecho Administrativo Europeo*, Madrid: Thomson Civitas, 2004; S. DE LA SIERRA, «Límites y Utilidades del Derecho Comparado en el Derecho Público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económica-financiera», *Revista de Administración Pública*, núm. 201, 2016, pp. 69-99; G. TAWIL, «El estudio del derecho comparado y su incidencia en el desarrollo del derecho público interno», *AFDUDC*, núm. 13, 2009, pp. 819-830; F. VELASCO, «Metodología Comparativa para el Derecho Administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 200, 2019, pp. 51-75.

ese modo, solo focalizar el trabajo en evidenciar aquellas que resulten de relevancia para quien se enfrente a estos estudios.

En lo que sigue daremos inicio al presente estudio introductorio, el cual se estructura del siguiente modo. Primero, serán presentados los autores junto a una breve reseña de su trayectoria y la enunciación explicativa de algunos de sus conceptos claves. Segundo, se contextualizarán y analizarán sucintamente algunas de las tesis y conceptos principales de los artículos aquí traducidos, a fin de ofrecer ciertas coordenadas y matices introductorios al lector (I y II). Finalmente, a modo de conclusión, se proveerán algunos comentarios y razones respecto a la unidad teórica y discursiva que justifica este libro (III).

I. EL COMPARATISMO CRÍTICO DE GÜNTER FRANKENBERG

1. Trayectoria y conceptos clave

Günter Frankenberg es un académico propiamente global. No solo ha sido profesor de filosofía del Derecho, Derecho comparado y Derecho público en la Universidad de Frankfurt en Alemania, sino que también lo ha sido en varias universidades en Estados Unidos, Australia y Camboya. Su trayectoria habla por sí sola. Ya a mediados de los años ochenta, junto a Klaus Günther, Ingeborg Maus, Rainer Forst, Bernhard Peters, entre otros académicos, fue parte del grupo de investigación en filosofía y teoría jurídica convocado por Jürgen Habermas, que discutió y cimentó el camino para la publicación del monumental *Facticidad y Validez*¹⁰. Con posterioridad, fue asesor en varios proyectos de nueva constitución en países de Europa del Este post 1990 (Georgia, Macedonia del Norte, Rumanía) siendo activo, por ejemplo, en la redacción de la Constitución de Albania de 1998.

Su interés en la crítica del Derecho en general, y del Derecho público (comparado) en particular, podría caracterizarse, siguiendo la tradición marxiana, como una crítica de la crítica¹¹. Poco tiempo después de *Comparaciones críticas*, Frankenberg publicó el que hasta hoy es su artículo más leído en la comunidad académica estadounidense: «*Down by Law: Irony, Seriousness and Reason*»¹². Allí Frankenberg

¹⁰ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaat*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

¹¹ Véase *infra* nota núm. 14.

¹² G. FRANKENBERG, «Down by Law: Irony, Seriousness and Reason», *Northwestern University Law Review*, vol. 83, núms. 1 y 2, 1989, pp. 360 y ss. El trabajo fue presentado previamente en una conferencia llevada a cabo en la ciudad de Bremen en 1986. El encuentro fue promovido principalmente por el propio Frankenberg en tanto nexo entre los Estados Unidos y Alemania. Sobre el rol de Frankenberg desde una perspectiva biográfica, véase J. BEERMANN, «Taking Irony Seriously: An Essay in Appreciation of Günter Frankenberg's Career and Friendship», en LINDEMANN, MALAVIYA y HANEBECK *et al.* (hrsg.) *Erzählungen vom Konstitutionalismus*, Baden-Baden: Nomos, 2012, pp. 13 y ss. Los trabajos expuestos en la conferencia pueden encontrarse en JOERGES y TRUBEK (eds.), *Critical Legal Theory: An American-German Debate*, Baden-Baden: Nomos, 1989. Es posible acceder a una republicación de los textos con un nuevo prólogo e introducción en la edición especial de la revista *German Law Journal*, vol. 12, núm. 1, 2011.

formuló una provocativa crítica a lo que en Estados Unidos en ese momento se autoproclamaba como el movimiento *Critical Legal Studies*. El artículo significó un ejercicio de continuidad discursiva respecto al cuestionamiento de los postulados de las escuelas de pensamiento jurídico en boga. De la misma manera que en *Comparaciones críticas*, el autor intentó reconstruir la progresión de los grandes temas de la teoría jurídica occidental contemporánea desde una perspectiva transatlántica.

Ese mismo ánimo crítico es el que inspiró la publicación de los artículos que aquí se han traducido. Un espíritu de sospecha ante las intuiciones básicas del discurso jurídico tradicional. Una actitud que desafía al modo de pensar la crítica no solo como denuncia y escepticismo (a veces pesimista), sino también como sugerencia de alternativas para crear condiciones de libertad en la realidad social y jurídica. Considerado ello, previo a continuar con este estudio, se explicará brevemente lo que el autor entiende por *crítica* (A) y lo que significa para él la idea de teoría *mainstream* (B).

A) *Teoría crítica, crítica, crítica al Derecho comparado y el Derecho comparado como crítica*

Hoy en día «crítica»¹³ parece operar como una categoría estándar para englobar toda clase de discursos teóricos no-tradicionales. Estas aproximaciones no necesariamente son compatibles entre ellas. Tampoco tienen, necesariamente, alguna conexión teórica fuerte con el desarrollo del criticismo crítico de raigambre marxiana¹⁴. Günter Frankenberg acepta dicha multiplicidad y considera que su criticismo toma elementos de varios proyectos acerca de qué es la crítica y cuáles serían sus horizontes. El propio Frankenberg ha afirmado¹⁵ su afinidad tanto con la Teoría crítica de la Escuela de Frankfurt¹⁶, como con el criticismo de Michel Foucault¹⁷ y con el reciente criticismo de la distancia propuesto por Judith Butler¹⁸. Ello es así en

¹³ *Grosso modo*, la filosofía crítica de Kant es un antecedente relevante de esta concepción de la crítica. El proyecto consistió en deducir a partir de una visión trascendental las condiciones de posibilidad del conocimiento de los objetos, de los enunciados morales y los juicios estéticos.

¹⁴ Sobre este respecto, considérese el tipo de crítica que articuló Karl Marx cuando criticó el *statu quo* de la filosofía alemana de ese entonces a quienes tachó de hacer solo una crítica vulgar y dogmática en oposición a la crítica genuina. Esta última «muestra la génesis interna [...] describe el acto de su nacimiento [...] la verdadera crítica filosófica de la presente constitución no solo muestra las contradicciones como existentes; las *explica*, comprende su génesis, su necesidad. Las considera en su significado específico [...] *comprender* [consiste] en captar la lógica específica del sujeto concreto». Véase K. MARX, *Collected Works of Karl Marx & Friedrich Engels*, vol. 3 [Contribution to the Critique of Hegel's Philosophy of Right], p. 91 [corchetes agregados].

¹⁵ Véase G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, 2016, pp. 31-34.

¹⁶ M. HORKHEIMER, «Traditional and Critical Theory», en *id.*, *Critical Theory. Selected Essays*, traduc. M. O'Connell, New York: Continuum, 2002 [1968]; T. ADORNO y M. HORKHEIMER, *Dialectic of Enlightenment*, traduc. E. Jephcott, Stanford: Stanford University Press, 2002 [1947]; HERBERT MARCUSE, *One Dimensional Man: Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*, London: Routledge, 2002 [1964].

¹⁷ M. FOUCAULT, «Qu'est-ce que la critique? [Critique et Aufklärung]» en *Bulletin de la société française de philosophie*, 1989, pp. 35-63.

¹⁸ J. BUTLER, «What is Critique? An Essay on Foucault's virtue», en INGRAM (ed.) *The Political: Readings in Continental Philosophy*, London: Basil-Blackwell, 2002.

la medida que su enfoque pretende ser no-tradicional y confrontar la autoridad de los discursos dominantes. Asimismo, su programa apunta a cuestionar las certezas, métodos y categorías de la ortodoxia teórica, junto con develar la ética y la política que subyace en ellas¹⁹.

Con todo, Günter Frankenberg ha tomado distancia de la Teoría crítica de la Escuela de Frankfurt. Consideró que estaban más preocupados de las patologías de la razón, la reificación y la cultura de masas en la sociedad capitalista, por lo que relegaron lo jurídico a un segundo plano²⁰. Siendo así, difícilmente se podría esperar de esta Escuela una aproximación crítica en Derecho comparado que evidencie los mecanismos alienantes de la consciencia de clase o el espíritu revolucionario²¹. Sin perjuicio de ello, el proyecto crítico de Günter Frankenberg de la epistemología dominante en los estudios jurídicos comparados ciertamente puede ser interpretado y asimilado, con las prevenciones pertinentes, con el programa crítico formulado por Max Horkheimer cuando en su artículo seminal²² distinguió entre teoría *tradicional* y teoría crítica.

En ese entonces, para Max Horkheimer fue relevante cuestionar lo que se puede llamar «ciencias positivas» con base epistemológica en las ciencias naturales. En concreto, consideró que incluso las ciencias sociales operarán bajo dicho paradigma. En especial, a partir de un entendimiento de la epistemología positivista como conocimiento *a posteriori* (y empírico) de la realidad reducido a la mera búsqueda de hechos separados de cualquier confirmación histórica, hermenéutica y epistemológica²³. Siendo así, dichas teorías (tradicionales) replican acríticamente el modelo ideológico de la sociedad capitalista. Contribuyen a facilitar su desenvolvimiento mediante la naturalización de los mecanismos de explotación, opresión y dominación. En definitiva, lo que hacen es fijar y allanar la operatividad del *statu quo*. Por consiguiente, Horkheimer vio como problemático que las teorías tradicionales, que ayudan a predecir el resultado de situaciones sociales basadas en asunciones abstractas sobre características humanas supuestamente inmutables terminen eliminando la libertad humana del análisis social. Ello sería así pues no consideran el desarrollo histórico de los procesos que crean la realidad social, a la vez que asumen un sujeto asocial y deshistorizado²⁴.

Si se considera, junto con Horkheimer, que el fin de las teorías no es el mero incremento y acumulación de conocimiento, sino la emancipación humana. Si se tiene presente, además, que el desarrollo libre de los individuos en la sociedad moderna

¹⁹ G. FRANKENBERG, *op. cit.*, p. 34. Siguiendo el criticismo de la distancia, Frankenberg sugiere que «Los comparatistas críticos no quieren ser gobernados por el discurso dominante».

²⁰ Al menos en lo que concierne a los autores nucleares. Distinto es el caso de autores que fueron *cercanos* a la Escuela de Frankfurt tales como Franz Neumann y Otto Kirchheimer quienes sí publicaron y trabajaron obras sobre teoría jurídica.

²¹ G. FRANKENBERG, *op. cit.*, p. 32.

²² M. HORKHEIMER, *op. cit.*, pp. 188 y ss.

²³ G. FRANKENBERG, «Critical Theory», *Max Planck Encyclopaedia of International Law*, 2004, Oxford: Oxford University Press.

²⁴ Véase una breve síntesis crítica en I. SOLTY, «Max Horkheimer, a Teacher Without a Class», *Jacobin*, 15 de febrero de 2020; véase, igualmente, una descripción general en G. FRANKENBERG, «Critical Theory», 2004.