

# DERECHO COMPARADO CRÍTICO



Estudio preliminar  
MAXIM BÖNNEMANN  
MICHAEL RIEGNER

GÜNTHER  
FRANKENBERG

PIERRE  
LEGRAND

RALF  
MICHAELS

REVISTA DE INVESTIGACIONES  
JURÍDICO

Siglo del Hombre Editores  
Universidad de los Andes | Facultad de Derecho

# Derecho comparado crítico

BIBLIOTECA  
DERECHO, JUSTICIA Y POLÍTICA

NUEVO PENSAMIENTO JURÍDICO

---

*Colección dirigida por Daniel Bonilla  
Maldonado y Jorge González Jácome*

COMITÉ EDITORIAL

*Carlos Morales de Setién Ravina*

*Eduardo Cifuentes*

*Diego López*

*Juny Montoya*

# Derecho comparado crítico

Estudio preliminar

*Maxim Bönnemann*

*Michael Riegner*

Günther Frankenberg

Pierre Legrand

Ralf Michaels



*Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia*

Frankenberg, Günther

Derecho comparado crítico / Günther Frankenberg, Pierre Legrand, Ralf Michaels ; estudio preliminar, Maxim Bönnemann, Michael Riegner. -- Bogotá : Siglo del Hombre Editores : Universidad de los Andes, 2021.

(Biblioteca derecho, justicia y política. Nuevo pensamiento jurídico / colección dirigida por Daniel Bonilla Maldonado y Jorge González Jácome)

Traducción, Carlos Morales de Setién Ravina. -- Incluye datos de los autores. -- Contiene bibliografía al final de cada capítulo.

ISBN 978-958-665-676-4 -- 978-958-665-677-1 (pdf) -- 978-958-665-678-8 (e-book) -- 978-958-665-000-6 (Colección)

1. Derecho comparado - Ensayos, conferencias, etc. I. Frankenberg, Günther II. Legrand, Pierre III. Michaels, Ralf IV. Bönnemann, Maxim V. Riegner, Michael VI. Morales de Setién Ravina, Carlos, tr. VII. Título VIII. Serie

CDD: 340.2 ed. 23

CO-BoBN- a1080870

Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.508>

Artículos originales

© Günter Frankenberg, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law". *Harvard International Law Journal* 26, n.º 2 (1985): 411-456.

© Pierre Legrand, "The Impossibility of 'Legal Transplants'". *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 4, n.º 2 (1997): 111-124.

© Ralf Michaels, "One Size Can Fit All - On the Mass Production of Legal Transplants", en *Order from Transfer—Studies in Comparative (Constitutional) Law*, editado por Günter Frankenberg. Fráncfort del Meno: E Elgar, 2013.

© La presente edición, 2021

© Traducción, Carlos Morales de Setién Ravina

© Estudio preliminar, Maxim Bönnemann y Michael Riegner

© Siglo del Hombre Editores  
Carrera 31A n.º 25B-50, Bogotá D. C.  
Teléfono: 6013377700

<http://libreriasiglo.com>

© Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación  
Reconocimiento como Universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964  
Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28  
del 23 de febrero de 1949, Minjusticia  
[www.uniandes.edu.co](http://www.uniandes.edu.co)

Portada  
Amarilys Quintero

Armada electrónica  
Precolombi EU, David Reyes

ISBN: 978-958-665-676-4  
ISBN PDF: 978-958-665-677-1  
ISBN EPUB: 978-958-665-678-8  
(Colección) ISBN: 978-958-665-000-6

Conversión ePub: Lápiz Blanco S.A.S.  
Hecho en Colombia  
*Made in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida total ni parcialmente, ni registrada o transmitida por sistemas de recuperación de información en ninguna forma y por ningún medio, ya sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo y por escrito de la editorial.

# ÍNDICE

## ESTUDIO PRELIMINAR EL DERECHO COMPARADO Y EL SUR GLOBAL

*Maxim Bönnemann y Michael Riegner*

- I. Introducción
- II. El derecho comparado en el siglo xx: una breve vuelta de reconocimiento
- III. El derecho comparado crítico: un mapa de las críticas y las respuestas
  - A. Las bases de la comparación crítica: Günther Frankenberg y la importancia de la perspectiva
  - B. El contextualismo y las culturas jurídicas: Pierre Legrand y la “imposibilidad de los trasplantes jurídicos”
  - C. El funcionalismo reconstruido y los valores del formalismo: Ralf Michaels y el pragmatismo crítico en un mundo globalizado
- IV. El giro hacia el sur en el derecho comparado y el lugar de la crítica
  - A. El Sur como experiencia distintiva: el derecho comparado para el Sur global, con el Sur global y desde el Sur global

- B. La sensibilidad del Sur: implicaciones epistémicas, metodológicas e institucionales

V. Conclusión

Bibliografía

COMPARACIONES CRÍTICAS: REPENSAR EL DERECHO COMPARADO

*Günther Frankenberg*

- I. Distancia y diferencia
- II. Cenicienta en ejercicio de control cognitivo
- III. Una revisión de las metodologías comparativas
  - A. Yuxtaposición-plus
  - B. Funcionalismo comparativo
- IV. Reimaginar los estudios jurídicos comparados
  - A. Del etnocentrismo a la autocrítica
  - B. Del legocentrismo a una crítica del derecho
  - C. Una visión no legocéntrica de las decisiones sobre el aborto
  - D. De la verdad a la ambigüedad

V. Conclusión

Bibliografía

LA IMPOSIBILIDAD DE LOS “TRASPLANTES JURÍDICOS”

*Pierre Legrand*

- I. Examen del “trasplante jurídico”
- II. Examen de la norma jurídica
- III. Objeciones
- IV. Norma y significado
- V. La norma jurídica como cultura
- VI. Estudios jurídicos comparados y comprensión

- VII. [Reconsideración de los “trasplantes jurídicos”](#)
  - VIII. [Para resumir](#)
  - IX. [La política de los “trasplantes jurídicos”](#)
  - X. [Los estudios legales comparados de otra forma](#)
- [Bibliografía](#)

[“TALLA ÚNICA”: ALGUNAS IDEAS HERÉTICAS SOBRE LA PRODUCCIÓN MASIVA DE TRASPLANTES JURÍDICOS](#)

*Ralf Michaels*

- I. [Introducción](#)
  - II. [La teoría IKEA de los trasplantes jurídicos](#)
  - III. [Trasplantes instrumentales, culturales y formales](#)
    - A. [El fracaso instrumentalista](#)
    - B. [La crítica culturalista](#)
    - C. [El reto formalista](#)
  - IV. [Primera revisión de la teoría IKEA: economías de escala en la reforma del derecho](#)
    - A. [Estandarización y adaptación como estrategias complementarias](#)
    - B. [Las “mejores soluciones” frente a las “soluciones lo bastante buenas”](#)
    - C. [La adaptabilidad de las soluciones formales](#)
  - V. [Segunda revisión de la teoría IKEA: tomarse la globalización en serio](#)
    - A. [Líneas globales de producto](#)
    - B. [Transformación](#)
    - C. [Globalización](#)
  - VI. [Conclusión](#)
- [Bibliografía](#)

LOS AUTORES

ESTUDIO PRELIMINAR  
EL DERECHO COMPARADO Y EL SUR GLOBAL

*Maxim Bönnemann y Michael Riegner*

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho comparado pasa por una importante transformación. Como campo de estudio, se ha globalizado en lo geográfico, se ha diversificado en lo metodológico y se ha vuelto más plural en lo epistemológico. Los comparatistas críticos y los científicos sociales nos han proporcionado nuevas herramientas metodológicas para estudiar los ordenamientos jurídicos que superan la división Norte-Sur. Aunque la disciplina se ha configurado a partir de las herramientas y los conceptos metodológicos occidentales durante la mayor parte del siglo xx, estamos observando un “giro hacia el Sur” que enriquece la disciplina con una enorme variedad de preguntas, perspectivas y enfoques metodológicos nuevos<sup>1</sup>. Esta transformación la impulsan sobre todo voces provenientes del Sur, pero no hubiera sido posible sin la contribución de los llamados enfoques críticos del derecho comparado. El derecho comparado crítico surgió de un conflicto productivo entre la corriente de los *Critical Legal Studies* de origen estadounidense, por un lado, y los enfoques tradicionales del derecho comparado, por el otro. En el devenir de ese conflicto, varios discursos relativos a los fundamentos epistémicos, metodológicos e ideológicos del derecho comparado, situados en los márgenes, consiguieron pasar al centro de la disciplina<sup>2</sup>.

El propósito de este libro consiste en presentar algunas de las características esenciales del derecho comparado crítico. Para ello, reúne tres textos formativos de autores distintos que, a su vez, han configurado el derecho comparado desde tres perspectivas teóricas diferentes. El primer capítulo del libro es de Günter Frankenberg, “Comparaciones críticas: repensar el derecho comparado”, y presenta algunos de los fundamentos del pensamiento crítico en el derecho comparado. Le siguen dos autores que han tenido una intervención destacada en el “debate sobre los trasplantes”. “La imposibilidad de los trasplantes jurídicos” de Pierre Legrand ilustra los estudios conocidos como enfoques culturalistas del derecho, mientras que el texto de Ralf Michaels, “‘Talla única’: algunas ideas heréticas sobre la producción masiva de trasplantes jurídicos” muestra una versión reconstruida del funcionalismo y del formalismo que tiene en cuenta a sus críticos. En el sentido usado en este volumen, lo “crítico” no se reduce a las críticas marxistas o materialistas del derecho, sino que abarca también los cuestionamientos al derecho comparado tradicional en los que se mantiene una distancia crítica con respecto a su objeto, el derecho, y se problematiza la posición privilegiada y la jerarquía del discurso jurídico.

Este capítulo introductorio describe los diferentes discursos del derecho comparado crítico y ubica a los autores aquí traducidos en esa descripción. Además, muestra la relevancia del derecho comparado crítico para el Sur global y la importancia del “giro hacia el Sur” de los estudios jurídicos comparados en general. Para ello, se

procede en cuatro pasos. Primero, se ubica el contexto de este libro en el panorama más amplio del derecho comparado en el siglo xx. Puesto que la historia del derecho comparado se ha contado en otros lugares con mayor detalle, esta parte introduce de manera breve la evolución del derecho comparado en la medida necesaria para situar los enfoques críticos en la disciplina del derecho comparado. En segundo lugar, se describe la estructura de los tres capítulos y se comparan los supuestos y las contribuciones teóricas de cada uno de ellos en el campo del derecho comparado. En tercer lugar, se analiza el “giro hacia el Sur” por ser hoy tal vez el espacio más importante para los enfoques críticos del derecho comparado. Por último, se concluye con una breve reflexión sobre el papel y la posición de los académicos del Norte en el contexto de este giro hacia el Sur. Aunque cabe defender que los académicos del Norte tienen un lugar en ese nuevo espacio, sigue habiendo una necesidad urgente por diversificar el debate en dimensiones múltiples e interseccionales, cuestión que este libro demuestra, en cuanto fue escrito por tres varones blancos europeos y con un estudio preliminar de dos académicos blancos alemanes.

## II. EL DERECHO COMPARADO EN EL SIGLO XX: UNA BREVE VUELTA DE RECONOCIMIENTO

La evolución del derecho comparado es una historia fascinante, que se encuentra marcada por algunos de los debates teóricos fundamentales sobre el derecho y por el contexto ideológico y geopolítico cambiante donde se sitúa

el trabajo académico sobre el derecho. A comienzos del siglo xx, la narrativa dominante del derecho comparado se articulaba en torno a las ideas del progreso, la racionalidad y la armonización de las leyes. Como las ciencias naturales, el derecho comparado se entendía también como un empeño científico objetivo que nos ayudaría a comprender y comparar las diferentes culturas jurídicas. El Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, que se celebró en París en 1900, estableció el derecho comparado como un campo de estudio en el que el mundo se clasificaba en diferentes familias, círculos y ordenamientos jurídicos, pero también cimentó jerarquías epistémicas en una disciplina profundamente arraigada en el colonialismo y el eurocentrismo. Los ordenamientos jurídicos se jerarquizaron a partir del criterio de sistemas “civilizados” y “no civilizados”; los sistemas jurídicos europeos y sus derivados quedaban en la parte más alta de esa jerarquía, mientras que las familias jurídicas “no occidentales” ocupaban la parte inferior en la escala de la civilización<sup>3</sup>.

Aunque el espíritu universalista de la disciplina se resintió debido a las dos guerras mundiales, el ideal del derecho comparado como un empeño universalista continuó teniendo una gran influencia en la segunda mitad del siglo xx. Sin embargo, así como el contexto geopolítico cambió después de 1945, también lo hizo el derecho comparado. En buena medida, el derecho comparado estuvo a la sombra de la Guerra Fría. El movimiento derecho y desarrollo de los años sesenta y setenta, que fue un lugar académico importante de encuentro entre el Sur y el Norte, estaba bajo la influencia de la teoría de la

modernización y el concepto de desarrollo<sup>4</sup>. Se preocupaba más, por consiguiente, por rehacer jurídicamente las economías en vías de desarrollo a imagen de las naciones industrializadas occidentales, que por examinar los nuevos e incipientes sistemas jurídicos del Sur. Al mismo tiempo, la idea de armonización experimentó un renacer geográficamente limitado. Con la formación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (1951) y la Comunidad Económica Europea (1958) —predecesoras de la Unión Europea—, se le asignó al derecho comparado una gran relevancia para la legislación europea y las decisiones judiciales del Tribunal Europeo de Justicia<sup>5</sup>.

Sin embargo, en la esfera mundial, fue necesario esperar hasta el final de la Guerra Fría para que el derecho comparado ampliara realmente sus perspectivas. A medida que las nuevas olas de democratización y liberalización de mercados dieron lugar a nuevas constituciones y economías de mercado en los que antes habían sido Estados del Tercer Mundo y postsoviéticos, los comparatistas jurídicos del Norte se comenzaron a interesar por el “ascenso del constitucionalismo mundial” y la extensión de las instituciones jurídicas de la economía de mercado capitalista<sup>6</sup>. Simultáneamente, académicos del Sur, como Upendra Baxi, comenzaron a enfrentar el eurocentrismo de las supuestas categorías universales del derecho comparado y defendieron una reconceptualización del derecho desde una perspectiva subalterna<sup>7</sup>. Estos académicos también se opusieron a los dos enfoques dominantes del derecho comparado, el formalismo y el funcionalismo.

El formalismo, el método y la teoría del derecho dominantes en muchos sistemas jurídicos nacionales tratan el derecho como una práctica hermenéutica y un sistema autocontenido con su propia lógica interna y autónomo frente a los sistemas sociales que lo circundan. La lógica interna del derecho se puede descubrir científicamente, tarea que le corresponde al estudio académico del derecho. Como lo expresó en 1887 el decano de la Facultad de Derecho de Harvard, Christopher Langdell, el formalismo plantea “que el derecho se puede considerar una ciencia y que todos los materiales disponibles de la ciencia se encuentran contenidos en libros impresos”<sup>8</sup>. Algunas variantes del formalismo están relacionadas muy de cerca con el positivismo jurídico, que destaca la estructura jerárquica del derecho y el papel del legislador en la creación del derecho frente a la creación de este por el juez<sup>9</sup>. Las versiones actuales del conceptualismo y el constructivismo doctrinal, sin embargo, reconocen también la intervención creativa de los jueces y los académicos en el desarrollo de argumentos y sistemas conceptuales basados en principios<sup>10</sup>. No obstante, todos los enfoques formalistas comparten la visión de que el razonamiento jurídico no necesita mirar las disciplinas vecinas, sino que puede conseguir resultados lógicos y objetivos limitándose al estudio del derecho. Mientras que en la política y la filosofía, por ejemplo, encontramos “disputas interminables sobre los términos básicos de la vida social”<sup>11</sup>, el análisis jurídico-formalista se caracteriza por un “canon estrechamente protegido de inferencia y argumentación”<sup>12</sup>. Eso se acompaña de la creencia en que es posible

establecer un razonamiento jurídico racional y apolítico. Por consiguiente, si un juez se atiene a los métodos aceptados de interpretación textual, hay solo un rango reducido de resultados correctos para el caso estudiado.

Un ejemplo destacado de este enfoque en el derecho comparado es el influyente libro de Alan Watson de 1974 sobre los trasplantes jurídicos, donde estudia cómo se produjo la difusión de las mismas normas jurídicas formales entre jurisdicciones distintas<sup>13</sup>. Según Watson, los “trasplantes jurídicos” indican “el movimiento de una norma [...] de un país a otro, o de un pueblo a otro”<sup>14</sup>. Las “normas” a las que se refiere la cita son “normas legales” aprobadas por un órgano legislativo específico, pero inspiradas en un orden jurídico extranjero que tiene esa misma norma. En ese sentido, trasplantar normas formales no solo es posible, sino muy usual. El derecho comparado es, por consiguiente, “una disciplina intelectual” que se ocupa del “estudio de las relaciones de un sistema jurídico y sus normas con respecto a otro [sistema jurídico]”<sup>15</sup>. El punto de partida es la existencia de normas similares, no cómo actúan esas normas en cada sociedad.

El funcionalismo surgió en la década de 1920 como una respuesta y, en parte, como una crítica al formalismo<sup>16</sup>. Se convirtió en el método dominante del derecho comparado durante gran parte del siglo xx, aunque cabe señalar que los comparatistas anteriores ya habían preparado el terreno para generar un enfoque comparativo que se concentró en la forma como las sociedades adaptan el derecho a sus necesidades sociales<sup>17</sup>. Las ideas centrales del método funcionalista se pueden resumir como sigue. En

primer lugar, el funcionalismo supone que todos los sistemas jurídicos tienen una finalidad parecida: solucionar problemas sociales específicos<sup>18</sup>. Las instituciones jurídicas no deben, por consiguiente, entenderse ni compararse de manera aislada, sino con respecto a la necesidad social específica de la que se ocupan. Considérese el ejemplo de la contaminación. El punto de partida del análisis funcionalista (el llamado *tertium comparationis*) no sería la comparación entre los organismos administrativos ambientales encargados de proteger el medioambiente, sino la cuestión más abierta de cómo una sociedad responde frente al problema de la contaminación. El beneficio de un enfoque como ese es que amplía la perspectiva del comparatista y le permite buscar soluciones que podrían ser diferentes a las adoptadas en su contexto. Tal vez el problema de la contaminación se trate mediante leyes ambientales estrictas o incluso mediante el derecho penal en un país, mientras que otro puede haber decidido regular este problema a través de incentivos económicos. Ambas soluciones podrían ser diferentes, pero serían *equivalentes funcionales*<sup>19</sup>.

En segundo lugar, el funcionalismo parte del supuesto de que hay un número de problemas universales y que toda sociedad necesita regular. Aunque la solución jurídica específica puede ser diferente, los problemas se pueden “separar de su contexto conceptual y vaciarse de sus matices doctrinales nacionales de forma que se puedan ver simplemente a la luz de su función, como un intento por satisfacer una necesidad jurídica específica”<sup>20</sup>. Esta descontextualización conduce también a la presunción de

la similitud entre sistemas jurídicos, en la medida en que supone que todos responderían de una forma parecida a una necesidad o problema social comparable. La similitud no está en la esfera de las normas formales, sino en el problema social subyacente al que las diferentes normas intentan responder. A diferencia de muchos formalistas, los funcionalistas no ven el derecho como algo independiente de la sociedad, sino más bien como una respuesta racional a las necesidades y los conflictos sociales, o incluso como una herramienta para configurar de manera instrumental las relaciones sociales para conseguir un fin superior, como el “desarrollo” o la “integración europea”<sup>21</sup>.

Por último, los enfoques funcionales suponen que identificar y comparar diferentes problemas y respuestas sociales a esos problemas puede ser un empeño neutral. Una vez que se pasa del enfoque provinciano de las instituciones jurídicas nacionales al dominio, en apariencia técnico, de los problemas sociales, el comparatista puede evaluar su objeto de estudio de una forma racional y objetiva. La misma consideración aplica para las variaciones normativas del funcionalismo cuyo fin de la comparación es el desarrollo de una mejor solución a un problema específico. Puesto que el comparatista le apunta a la relación problemas-soluciones, la determinación de las “mejores prácticas” parecería ser una cuestión más técnica que política<sup>22</sup>.

El formalismo y el funcionalismo constituyen el trasfondo frente al cual surgen los enfoques críticos del derecho comparado. Ambos enfoques han sido atacados en los sistemas jurídicos nacionales desde hace tiempo, por

ejemplo, por el realismo y por el movimiento de los estudios jurídicos críticos en Estados Unidos. Sin embargo, los comparatistas se demoraron a la hora de responder a esos retos hasta que Günther Frankenberg publicó su artículo pionero sobre las comparaciones críticas en 1985<sup>23</sup>.

### III. EL DERECHO COMPARADO CRÍTICO: UN MAPA DE LAS CRÍTICAS Y LAS RESPUESTAS

Los tres comparatistas que se presentan en este libro tienen en común el rechazo de algunos o todos los supuestos simplificados que el formalismo tradicional y el funcionalismo sostienen sobre el derecho y la comparación jurídica. Sus enfoques críticos se pueden distinguir a partir de los supuestos con los que buscan reemplazar las ideas tradicionales. Esos supuestos se ubican en dos ejes: el primero, en la idea del derecho y su relación con otros sistemas sociales: ¿qué queremos decir con “derecho” en la expresión “derecho comparado”? y ¿cómo se relaciona el “derecho” con la sociedad, la cultura, la economía y otros contextos? El segundo eje se vincula con qué queremos decir con “comparación”: ¿cómo se concibe el propósito, el objeto y el método de la comparación? y ¿cómo se conceptualiza la relación entre diferentes sistemas jurídicos?

#### A. LAS BASES DE LA COMPARACIÓN CRÍTICA: GÜNTHER FRANKENBERG Y LA IMPORTANCIA DE LA PERSPECTIVA

Aunque la teoría del derecho ha sufrido los embates de los estudios jurídicos críticos desde la década de 1970, tomó algo más de tiempo que ese movimiento llegara al derecho comparado. El primero en conectarlos fue Günther Frankenberg. Su artículo “Comparaciones críticas: repensar el derecho comparado”, publicado en 1985 y cuya traducción se recoge en este libro, no fue nada menos que un ataque frontal a muchos de los supuestos centrales del derecho comparado y planteó una serie de preguntas que se han discutido en el campo desde entonces hasta hoy. Frankenberg, concedor de la tradición crítica de la Escuela de Fráncfort y profesor de derecho en esa ciudad, escribió su artículo durante una estancia de investigación en Harvard. “Comparaciones críticas”, como uno de los artículos más citados del derecho comparado crítico, y probablemente del derecho comparado sin más, es un aporte académico muy innovador y visionario, que pone en primer plano la cuestión de la perspectiva y los supuestos ideológicos del comparatista. Según el autor, los métodos dominantes del derecho comparado —el funcionalismo y el formalismo— son defectuosos porque no hay tal cosa como un punto de vista objetivo desde el cual se puedan evaluar y comparar problemas sociales en apariencia similares, además de ser muy proclives al etnocentrismo y a partir de ideas falsas sobre “el otro”. Aunque el artículo se ocupa de muchos aspectos del derecho comparado como disciplina, el argumento principal se puede dividir en los siguientes dos aportes.

El primero concierne a la crítica de la supuesta neutralidad y objetividad del derecho comparado

tradicional. A partir de la cuestión de la selección de casos, de textos jurídicos y de otros materiales, Frankenberg observó que la forma en que estudiamos otros sistemas jurídicos no se puede separar de la perspectiva del observador. No hay ningún punto de referencia neutral para yuxtaponer y agrupar los diferentes materiales jurídicos o los problemas sociales. En lugar de eso, la decisión sobre los materiales que sirven para representar un problema jurídico o incluso una cultura jurídica, dependen de supuestos teóricos implícitos y de elecciones del autor<sup>24</sup>. Sin embargo, esos supuestos están profundamente definidos por el sistema jurídico del comparatista. Ya sea la mera descripción o la evaluación de un sistema jurídico extranjero, en la mayoría de los casos son los sistemas jurídicos nacionales los que se consideran “normales” y se usan como vara de medir implícita a la hora de estudiar estos sistemas jurídicos. Cuando se describen otros sistemas jurídicos como “radicalmente diferentes”, como no plenamente desarrollados o no racionales, esas observaciones se fundamentan en supuestos normativos que nos llevan de manera directa al sistema nativo del comparatista. Este problema de perspectiva y de sesgo se intensifica cuando se recurre al método comparativo del funcionalismo. El veredicto de Frankenberg sobre el funcionalismo es claro: es un método que ofrece “seudosoluciones” y que no tiene en cuenta las diferencias entre sistemas jurídicos. El supuesto mismo sobre “el derecho” es incorrecto puesto que no tiene en cuenta la “variedad de posibles medios culturales involucrados en la resolución de los conflictos sociales

específicos en diferentes sociedades”<sup>25</sup>. En ese mismo sentido, el supuesto de que los problemas entre diferentes sociedades son parecidos descuida el hecho de que cualquier cuestión tendrá un significado diferente en una cultura jurídica distinta.

El segundo aporte se refiere a la pregunta sobre cómo el método del derecho comparado debe cambiar a la luz de los peligros y las deficiencias de la disciplina. ¿Es posible la actividad comparativa si se reconoce que la producción de conocimiento en el derecho comparado no se puede separar de los problemas de perspectiva y sesgo? La respuesta de Frankenberg a esta pregunta sorprende por su optimismo. Las comparaciones jurídicas siguen siendo posibles, pero debemos constreñirnos a la hora de buscar parecidos o de hacer juicios de valor (abiertamente simplistas) sobre otros sistemas jurídicos. Más bien deberíamos reimaginar el derecho comparado como una experiencia de aprendizaje en la que el comparatista está dispuesto a aprender sobre sus propios supuestos y a descentrar su propio punto de vista. Aunque el comparatista nunca podrá separar totalmente su trabajo de su perspectiva individual, puede abrirse a la ambigüedad y a la ambivalencia de una cultura jurídica. Esa acción doble de “distanciarse” y “diferenciar” es tal vez la contribución metodológica más importante de “Comparaciones críticas”. Requiere nada menos que una autorreflexión continua sobre nuestros propios lazos culturales, una conciencia de la imperfección y la disposición a aprender sobre otras culturas jurídicas antes de compararlas. En la práctica, esto incluye abrirse a perspectivas negadas, detalles

extraños e información marginal que no son considerados importantes por el pensamiento dominante. En ese mismo sentido, la gran atención que el comparatista le pone al derecho debería reemplazarse por una crítica del derecho. El derecho no es neutral ni es el único mecanismo para solucionar conflictos sociales. Aunque el realismo jurídico ha señalado estos límites, “el mensaje realista y, naturalmente, su radicalización por los académicos jurídicos críticos, pasan inadvertidos en gran medida en el discurso del derecho comparado”<sup>26</sup>.

Con estas dos intervenciones, Frankenberg desbarata de manera efectiva los supuestos formalistas y funcionalistas sobre el derecho y la comparación, y los reemplaza con cuatro principios básicos que constituyen los fundamentos del derecho comparativo crítico en la actualidad. El primero es el paso decidido hacia la problematización del concepto mismo de derecho. Frente al “legocentrismo” formalista y funcionalista, que trata la idea del derecho como algo dado, el comparatista crítico debe distanciarse primero de las ideas familiares de normatividad jurídica y abrirse a concepciones radicalmente diferentes sobre qué se puede entender por derecho<sup>27</sup>. En segundo lugar, en relación con la sociedad, el derecho no aparece como un sistema autónomo o como una respuesta racional a los problemas sociales, sino como algo coconstitutivo de la realidad social. En tercer lugar, el propósito de la comparación no es solucionar algunos problemas sociales preexistentes. Más bien, es adquirir conciencia propia, hacer autocrítica y conseguir la transformación cognitiva del comparatista. Este sujeto de la comparación, imaginado

implícitamente por Frankenberg, es el académico reflexivo del derecho (que tal vez sea docente), no el juez o el legislador deseoso de promover el desarrollo o la armonización jurídicas. Por último, la relación de los sistemas jurídicos se concibe como una de diferencia y heterarquía. No hay un “problema común” unificador, sino más bien una asunción de la diferencia y el comparatista debe estar atento a no convertir los sistemas jurídicos estudiados en un “otro” extraño o jerarquizarlos, práctica característica de gran parte del derecho comparado dominante, en especial cuando se trata de sistemas jurídicos “no occidentales”<sup>28</sup>.

Los comparatistas críticos han desarrollado cada uno de esos principios en la literatura académica posterior. Frankenberg también ha contribuido a ese desarrollo y ha especificado su enfoque en una obra académica importante. Si bien tomarse en serio estos cuatro argumentos hace difícil, cuando no imposible, la comparación en la práctica, Frankenberg ha elaborado varios pasos para aplicar la comparación crítica. Cuando se comparan constituciones, por ejemplo, advierte que se debe tener en cuenta no solo el texto de la constitución, sino también buscar una “narrativa estratificada” y mirar las disciplinas cercanas, en especial, los estudios culturales y la antropología<sup>29</sup>. Así, mientras que los académicos tienden a comparar las constituciones a partir de líneas normativas, de reglas y principios, Frankenberg señala la dimensión simbólica de las constituciones. Lejos de ser únicamente textos que contienen disposiciones organizativas y garantías de derechos fundamentales,

configuran también nuestra imaginación, la identidad colectiva y la vida cotidiana<sup>30</sup>. Acceder a esta dimensión requiere, además de comprender las constituciones como una parte de la cultura, prestar atención a los “detalles extraños” como las disposiciones marginadas que no han entrado a formar parte del almacén global del derecho comparado. Son esos detalles, según Frankenberg, “los que proporcionan la información local sobre los conceptos contestados y los conflictos sociales, sobre las luchas por la identidad y las fantasías de orden y de comunidad”<sup>31</sup>.

Otra área en la que el autor refina y pone en práctica su método es la de las transferencias jurídicas. Mediante el reconocimiento de que los sistemas jurídicos están, a pesar de sus diferencias, profundamente entrelazados entre sí en la práctica, Frankenberg desarrolló su reconocida “teoría IKEA”: en un mundo globalizado, ciertas ideas y ciertos diseños constitucionales viajan; se descontextualizan y separan de su jurisdicción original, se comodifican como si fueran muebles en un “depósito” global de ideas constitucionales y luego se relocalizan y recontextualizan por los constituyentes, los consejeros internacionales, los jueces y los activistas<sup>32</sup>.

### *B. EL CONTEXTUALISMO Y LAS CULTURAS JURÍDICAS: PIERRE LEGRAND Y LA “IMPOSIBILIDAD DE LOS TRASPLANTES JURÍDICOS”*

Mientras que “Comparaciones críticas” describe los peligros de las empresas jurídicas comparativas de forma general, el debate entre los diferentes enfoques teóricos polariza todavía más la disciplina del derecho comparado

cuando se ocupa de una de sus cuestiones más controvertidas: la cuestión de los trasplantes jurídicos<sup>33</sup>. El punto de partida de este debate ha sido el argumento presentado por el historiador del derecho Alan Watson, según el cual los trasplantes son la fuente más importante de cambio jurídico<sup>34</sup>. Watson piensa que es equivocado suponer “una relación cercana entre el derecho y la sociedad”<sup>35</sup>. Contrario a esto, el derecho se toma prestado de forma masiva entre diferentes sistemas jurídicos. Aunque Watson fue un académico dedicado al derecho privado, sus ideas han despertado debates sobre la “migración”, el “préstamo”, la “transferencia” o la “difusión” del derecho en todas sus áreas y subdisciplinas<sup>36</sup>.

Este fascinante debate plantea cuestiones delicadas y complejas para la práctica y la teoría del derecho comparado, que van desde el concepto mismo del derecho hasta la relación entre el universalismo y el particularismo, y entre el Norte y el Sur globales. Igualmente, el debate sobre los trasplantes muestra que incluso los enfoques contextuales del derecho comparado se caracterizan por una inmensa pluralidad con respecto a la relación específica que se establece entre el derecho y su contexto. Si bien algunos enfoques contextuales afirman que los trasplantes son posibles bajo ciertas circunstancias, una variante de ellos niega categóricamente la posibilidad de los trasplantes. Se trata de los llamados enfoques culturalistas del derecho comparado, cuya figura intelectual más destacada es el académico canadiense Pierre Legrand. Legrand se formó en el sistema continental