

GÜNTER FRANKENBERG  
MARIE-CLAIRE PONTHEUREAU

# 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](mailto: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](http://www.marcialpons.es)  
ISBN: 978-84-1381-070-6  
Depósito legal: M. 11.981-2021  
Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico  
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.  
Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.  
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)  
MADRID, 2021



# ÍNDICE

|   | <u>Pág.</u> |
|---|-------------|
| <b>AGRADECIMIENTOS</b> .....  | 11          |
| <b>ESTUDIO PRELIMINAR: DESNUDANDO DISCURSOS EN EL DERECHO COMPARADO</b> .....                       | 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          |

|  | <u>Pág.</u> |
|--|-------------|
| D) El enfoque <i>anti-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) constitu-<br>cional(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          |
| <b>COMPARACIONES CRÍTICAS: REPENSANDO EL DERECHO COM-<br/>PARADO .....</b>                             | <b>45</b>   |
| 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          |
| <b>EL DERECHO COMPARADO EN PROBLEMA(S): ENTRE PRAGMATIS-<br/>MO Y HERRAMIENTA EPISTEMOLÓGICA .....</b> | <b>91</b>   |
| 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         |

|   | <u>Pág.</u>    |
|---|----------------|
| <b>TRANSFERENCIA CONSTITUCIONAL Y EXPERIMENTALISMO .....</b>  | <b>109</b>     |
| 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 GLOBALI-<br>ZACIÓN .....   | 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            |
| <br><b>GLOBAL CONSTITUTIONALISM, UN DISCURSO DOCTRINAL HOMOGE-<br/>NEIZADOR. EL APORTE DEL COMPARATISMO CRÍTICO .....</b>                           | <br><b>153</b> |
| INTRODUCCIÓN.....   | 153            |
| I. LOS FUNDAMENTOS EMPÍRICOS DEL DISCURSO DE LA CONVER-<br>GENCIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES .....  | 159            |
| 1. Los hechos constitutivos del constitucionalismo global .....   | 159            |
| 2. El discurso de la convergencia de los Derechos (constitucionales) eu-<br>ropeos, abono para el discurso sobre el constitucionalismo global ..... | 162            |
| II. LAS BASES METODOLÓGICAS DE LA TESIS DE LA CONVERGEN-<br>CIA DE DERECHOS CONSTITUCIONALES.....   | 167            |
| 1. La macrocomparación constitucional .....   | 167            |
| 2. Los enfoques formales y cuantitativos de las constituciones y, en particu-<br>lar, de los catálogos de derechos .....                            | 169            |
| III. EL COMPARATISMO CRÍTICO COMO CONTRAPESO AL CONSTITU-<br>CIONALISMO GLOBAL .....  | 174            |
| 1. No exagerar el enfoque cultural del Derecho constitucional .....   | 174            |
| 2. Cuestionar el conformismo constitucional.....  | 177            |
| <br><b>ÍNDICE ONOMÁSTICO .....</b>  | <br><b>183</b> |