Libro completo en https://tinyurl.com/44pazj89
2025. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
https://www.juridicas.unam.mx/
Acervo de la BJV: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
DOI: https//doi.org/10.22201/iij.9786075872186e.2025

Tercera parte

EL DERECHO EN LA SOCIEDAD

X. MULTICULTURALISMO Y DERECHO

Objetivo general

- Presentar las discusiones sociojurídicas sobre raza y cultura relevantes para el contexto contemporáneo de un mundo en proceso de globalización.

Objetivos particulares

- Conocer las diferencias principales entre los conceptos de raza y cultura desde la perspectiva jurídica.
- Distinguir los términos multiculturalismo y pluriculturalismo.
- Conocer la relevancia que tiene el derecho dentro de las discusiones de multiculturalismo en América Latina y México.

1. Introducción

Con el surgimiento de los Estados modernos y sus marcos constitucionales, se planteó una visión etnocéntrica en relación con la identidad de las sociedades donde ejercían sus funciones políticas y administrativas, principalmente desde los valores y las costumbres de las sociedades coloniales de Occidente. Las máximas de los Estados occidentales —soberanía, nación, Estado de derecho— se entendían en el contexto de una realidad cultural homogénea. En las escuelas de pensamiento más relevantes, el liberalismo conformó muchos de estos contenidos, te-

niendo como eje la existencia de la persona como individuo poseedor de derechos fundamentales, y a las libertades políticas, económicas y sociales como la aspiración más elevada de dichos órdenes jurídicos.

Bajo esta percepción se concibió la etnicidad y el nacionalismo como fincados en la tradición liberal occidental, por lo que se diseñó e implementó una propuesta de Estado monocultural aséptico a toda expresión cultural, social, religiosa o sexual, que se impuso autoritariamente y que invisibilizó, o trató de integrar o asimilar, a las diferentes expresiones socioculturales de la sociedad en un Estado nación monocultural.[1]

Lo que los Estados modernos olvidaron por mucho tiempo es que las sociedades no se integran de forma homogénea, sino por una diversidad de grupos étnicos y culturales. La pregunta "¿cómo pueden las personas de diferentes culturas vivir juntas en comunidad?" es muy actual. Y es con la llegada del siglo XX y el desarrollo de la antropología y su acercamiento al derecho que se entiende la utilidad de diversas categorías, como las de raza, cultura, indígena, entre otras, para el análisis del fenómeno jurídico.

En este orden de ideas, "raza" y "cultura" —conceptos esencialmente antropológicos— son la base del conocimiento en torno al multiculturalismo y al pluralismo jurídico. Destacadamente, la antropología ha sido el eje de discusión, aunque la sociología ha contribuido al análisis de este tópico de una manera importante, tanto teórica como metodológicamente.

Las relaciones conceptuales entre etnicidad, raza, cultura y minoría se hacen presentes en el debate alre-

---

[1] Juan Diego Castrillón, "La dialéctica nacional e internacional en el reconocimiento del pluralismo jurídico: el caso Colombia frente a los pueblos indígenas", en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, UNAM, México, 2005, p. 2.

dedor de todo el globo, y son principalmente ricas en aquellos países que por su historia cuentan con sociedades diversas culturalmente, como México, los Estados Unidos, Canadá, España, el Reino Unido o la India.[2] En la academia jurídica han sido punta de lanza para el cuestionamiento de los esquemas judiciales y constitucionales respectivos. Los conflictos multiculturales y de raza se presentan histórica y culturalmente irresueltos, a través tanto de los derechos fundamentales como de la política. No existen respuestas simples para resolver las cuestiones en torno al multiculturalismo y sus interacciones con un mundo complejo.

2. ¿Multiculturalismo o pluralismo?

El multiculturalismo, como expresión intelectual, tiene sus orígenes en los llamados "estudios culturales", cuyo enfoque se centró en el análisis de la hegemonía y la dominación de una cultura sobre otras; en este sentido, los estudios culturales contienen una serie de cuestiones teóricas, metodológicas y políticas, extraordinariamente complejas.[3]

La cultura —una versión más débil y secular de lo que llamamos religión— no es una sustancia o un fenómeno propiamente dicho, sino un espejismo objetivo que surge de una relación entre dos grupos por lo menos, es decir, que ningún grupo tiene una cultura por sí mismo: "La cultura es el nimbo que percibe un grupo cuando entra en contacto con otro y lo observa".[4] Es la objetivación de todo lo que es ajeno y extraño en el gru-

---

[2] Francisco Ibarra Palafox, *Multiculturalismo e instituciones político-constitucionales*, UNAM/Porrúa, México, 2007, p. 71.

[3] Fredric Jameson y Slavoj Zizek, *Estudios culturales: reflexiones sobre el multiculturalismo*, Paidós, Buenos Aires, 1998.

[4] *Ibidem*, p. 102.

po de contacto. La creencia en este sentido no es algo que poseamos nosotros, dado que lo que hacemos nos parece natural y no necesita la motivación y la racionalización de esta extraña entidad internalizada.

En ese mismo sentido, Alain Touraine reconoce que el encuentro de las culturas produce más a menudo el enfrentamiento directo que el reconocimiento distante, debido a que cada cultura es un "conjunto coherente, diferente de las otras, que se protege de las culturas ajenas".[5] La cultura, entonces, debe verse siempre como un vehículo por el cual se negocia la relación entre los grupos.[6]

La cuestión central del multiculturalismo es organizar la convivencia en las sociedades pluralistas —desde el punto de vista étnico, cultural y religioso—, de modo que todos los grupos que la integran puedan ser tratados de igual manera, desde un mismo marco de derecho y al interior de un reconocimiento mutuo y recíproco.[7]

El perfil del multiculturalismo se dibuja con mayor claridad si se contrapone al de la asimilación cultural. El multiculturalismo parte del hecho de la existencia de culturas diversas en una misma sociedad y aspira a que todos los grupos tengan reconocimiento en la esfera pública, mientras que la asimilación cultural implica que los grupos con una cultura distinta a la hegemónica tengan que aceptar ésta para poder ser reconocidos públicamente en esa sociedad.

---

[5] Alain Touraine, *¿Podremos vivir juntos?,* Fondo de Cultura Económica, México, 2006, p. 83.

[6] Fredric Jameson y Slavoj Zizek, *Estudios culturales…, cit.*, p. 103.

[7] Joaquín Abellán, "Los retos del multiculturalismo para el Estado moderno", en Pablo Badillo O'Farrell (coord.), *Pluralismo, tolerancia y multiculturalismo. Reflexiones para un mundo plural*, Akal, Madrid, 2003, p. 18.

En este sentido, el multiculturalismo se entiende como la política de coexistencia de una pluralidad de estas minorías étnicas y culturales históricamente diferenciadas dentro un mismo marco político estatal. El término se refiere a la reivindicación de un modelo de sociedad que se organice de manera coherente con el hecho de la existencia en la sociedad de grupos humanos culturalmente diversos.[8]

El multiculturalismo es visto también como una política de apoyo a la polietnicidad al interior de las instituciones nacionales propias de las culturas, admitiendo que, como el término "multicultural" genera confusiones, debe sugerirse el uso de los adjetivos "multinacional" y "poliétnico" para aludir a las dos formas principales de pluralismo cultural.[9] Es muy común considerar al multiculturalismo como una especie de la lucha anticolonialista que reafirma la cultura como un campo de batalla atravesado por relaciones de fuerza ideológicas. Como es posible observar, el concepto de cultura es un elemento imprescindible en la comprensión del fenómeno multicultural. Para Kymlicka, el multiculturalismo surge dentro del mismo liberalismo como una forma de inclusión reciente.

En suma, el multiculturalismo se cimienta en el límite entre el discurso unitario y el totalizador de la cultura. El límite es la línea que articula y separa temas relacionados con territorios nacionales, étnicos, lingüísticos, subculturales, raciales.[10] El multiculturalismo trata la tensión entre los particularismos y la universalidad como trasfondo de la nostalgia del fenómeno de la glo-

---

[8] *Idem*.

[9] Will Kymlicka, *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 19.

[10] Fredric Jameson y Slavoj Zizek, *Estudios culturales…*, *cit.*, p. 32.

balización; es la coexistencia híbrida de diversos mundos de vida culturales.

Por otro lado, el pluralismo, como corriente filosófica-política, sostiene que algunos valores son más importantes que otros, pero al mismo tiempo niega que cualquier valor pueda ser suficientemente importante para superar las pretensiones de cualquier otro valor que pueda entrar en conflicto con él. Isaiah Berlin (1909-1997) se destaca como uno de los primeros defensores del pluralismo en la modernidad. Hablar de pluralismo supone tener que llevar a cabo en todo momento una determinada elección entre bienes concretos, en cuanto que el hombre no tiene una solución fija para cada ocasión. La pretensión de los pluralistas es que los valores protegidos por convenciones profundas —mínimos requerimientos para llevar una vida aceptable moral— tengan una justificación independientemente del contexto social.[11]

Con este concepto, el pluralismo reconoce la diversidad y la considera necesaria; pero no acepta que esa diversidad tenga que multiplicarse y tampoco sostiene que el mejor de los mundos posibles sea un mundo indefinidamente diversificado. De acuerdo con Giovanni Sartori (1924-2017), el pluralismo nace en el mismo parto con la tolerancia, y la tolerancia provoca que no se ensalce tanto al otro y a la alteridad: los acepta.[12]

El pluralismo nació en contraposición al monismo filosófico, en tanto que esta última corriente afirma que, en caso de colisión entre pensamientos distintos, ésta será solucionable con base en el establecimiento de un sistema de jerarquía de valores en la que todos ellos ten-

---

[11] Isaiah Berlin, *Vico y Herder: dos estudios en la historia de las ideas,* Teorema, Madrid, 2000.

[12] Giovanni Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.

drán que irse escalonando para acomodarse al final bajo un valor predominante; los pluralistas, por el contrario, niegan tal solución, al defender que todos los valores serán condicionales.

El pluralismo asegura un grado de asimilación que es necesario para crear una integración frente a la diversidad; para él, la homogeneización es un mal y la asimilación es un bien. Además, en cuanto es tolerante, el pluralismo no es agresivo. En el pluralismo se reconoce una diversidad contenida. Bajo esa perspectiva, el multiculturalismo rechaza al pluralismo tanto por su intolerancia como porque hace prevalecer la separación sobre la integración.

3. El papel del derecho en las discusiones sobre multiculturalismo

La diversidad planteada por el multiculturalismo nos arroja una serie de cuestiones importantes y potencialmente divisivas dentro del derecho. Minorías y mayorías se enfrentan cada vez más respecto de temas como los derechos lingüísticos, la autonomía regional, la representación política, el currículum educativo, las reivindicaciones territoriales, la política de inmigración y naturalización, e incluso acerca de los símbolos nacionales, como la elección del himno nacional y las festividades oficiales. Debemos reconocer que el derecho estatal es sólo uno de los múltiples derechos que existen en una sociedad, pues en la sociedad no hay un solo derecho, sino muchos derechos, a lo cual se le denomina pluralismo jurídico.

El papel del derecho dentro del multiculturalismo es imprescindible. Sirve como reafirmación del nacimiento emergente de movimientos sociales en defensa de los derechos de la mujer, de las minorías sexuales, los comunitarismos, los nacionalismos, los movimientos indígenas.

En este tenor, el derecho tiene como tarea explicar otros sistemas jurídicos diferentes del occidental, como las organizaciones sociales de los pueblos indígenas, y, por lo mismo, considerar una relación de coexistencia y no el dominio de las diversas culturas normativas.

Para el derecho sólo es posible entender a los sistemas normativos de las demás culturas a partir de la costumbre, su ética y el contexto histórico específico. El derecho tradicional, dogmático, no es suficiente: no contempla los sistemas normativos de los pueblos originarios conquistados por Occidente. El formalismo y los procesos legislativos del Estado quedan como fuentes privilegiadas de creación de la norma, en menoscabo de la doctrina, la costumbre, la ética y las circunstancias sociales e históricas.

Encontrar respuestas moralmente defendibles y políticamente viables a dichas cuestiones constituye uno de los principales desafíos que enfrentan las democracias en la actualidad. Las disputas sobre los derechos de los inmigrantes, los pueblos autóctonos y otras minorías culturales —las naciones subestatales (como los quebequenses o los vascos, entre otros) y los pueblos indígenas (mayas, nahuas, etcétera)— cuestionan muchos de los supuestos que han gobernado la vida política durante décadas.[13] Desde el final de la Guerra Fría, los conflictos etnoculturales se han convertido en la fuente más común de violencia política en el mundo, sin que se vislumbren soluciones perdurables hasta el momento.

En el marco del multiculturalismo, el derecho estudia la diversidad cultural en la cual se presentan los escenarios de conflicto o de convivencia, como el fenómeno migratorio y, en general, el reconocimiento a los derechos de las culturas originarias, las etnias y sus sistemas nor-

---

[13] Francisco Ibarra Palafox, *Multiculturalismo...*, *cit*.

mativos. Como parte de los conflictos de poder entre las culturas se ubican fenómenos como la poscolonialidad y las pulsaciones hegemónicas que en mucho permean aún a la cultura occidental.

Desde la sociología del derecho, estas discusiones alcanzan relevancia y han sido retomadas por algunos de los autores más prolíficos de la actualidad. Uno de los principales estudiosos del multiculturalismo desde la sociología jurídica en México es Jorge Alberto González Galván, quien apunta que el pluralismo como paradigma jurídico es la referencia metodológica que, sobre todo a final del siglo XX, pretendió investigar las relaciones entre los diferentes sistemas jurídicos de la humanidad, sin referencia a un modelo general de sociedad, sino al modelo particular de cada cultura jurídica.[14]

En este tenor, el derecho aparece como un producto cultural. Todos sus elementos principales (el ejercicio del poder, el lenguaje, la sanción e incluso el acto creador y el de reconocimiento) están determinados por la idiosincrasia de los pueblos en los cuales se observan. El derecho, como producto de la cultura, tiene un discurso prescriptivo amenazador, generado por una voluntad de poder y legitimado por un acto de reconocimiento.[15]

La sociología del derecho debe tener como tarea la consideración de la cultura como un campo de batalla atravesado por relaciones de fuerza ideológicas que sí juegan a totalizar la hegemonía de las representaciones del mundo. Desde la sociología del derecho es necesario problematizar las instituciones que la tradición jurídica imagina como sólidas, como la nación, la clase, la adscripción político-ideológica, el género, la etnicidad, y

---

[14] Jorge Alberto González Galván, *Panorama del derecho mexicano. Derecho indígena*, UNAM/McGraw-Hill, México, 1997.

[15] Jacobo Mérida Cañaveral, *El concepto de derecho indígena*, Poder Judicial del Estado de Chiapas, Tuxtla Gutiérrez, 2010, p. 62.

cuestionarlas en función de la posibilidad de encontrar solución a algunos de sus problemas más acentuados.

4. América Latina y el multiculturalismo

En América Latina hay una nueva atención a la diversidad cultural que parte de reconocimientos jurídicos y una necesidad cada vez mayor de promover relaciones positivas entre distintos grupos culturales; de confrontar la discriminación, el racismo y la exclusión; de formar ciudadanos conscientes de las diferencias, y capaces de trabajar conjuntamente en el desarrollo del país y en la construcción de una democracia justa, igualitaria y plural. Los estudios más recientes de la conceptualización del derecho indígena y su relación con el derecho estatal se distancian de la construcción hegemónica del derecho nacional para reconocer su valía independiente del orden jurídico positivo.

En principio, el modelo de Estado-nación moderno y poscolonial negó a las etnias su posibilidad de existencia equilibrada, constituyéndose en un régimen jurídico-político hegemónico a través de la expansión de sus principios y valores a nuevos territorios y culturas. De esta forma, tales culturas, con sus respectivos sistemas normativos, fueron negadas y excluidas; pese a todo, sobreviven hasta nuestros días en condiciones muy precarias.

La construcción de los Estados latinoamericanos posterior a su independencia de las potencias europeas se acompañó del crecimiento del discurso mestizo, lo que en muchas ocasiones invisibilizó los temas de raza y cultura alrededor de los procesos de poder. Según Carlos Montemayor, en general este proceso ha permitido cuestionar la condición política de los pueblos indíge-

nas.[16] Por su parte, las comunidades indígenas muestran históricamente resistencia al papel del Estado y de sus políticas integracionistas y asimilacionistas, no sólo respecto al lenguaje sino también de sus derechos. Los conflictos de la articulación entre los pueblos indígenas y el derecho alcanzan formas culturales que se ejemplifican en el proyecto de castellanización de las expresiones culturales y en los proyectos políticos de unidad nacional.

Numerosos casos de conflictos específicos se alternan en una misma esfera de análisis del derecho desde la perspectiva sociológica multicultural. Tal es el caso de la mujer indígena y la participación de las mujeres en las sociedades contemporáneas.[17] Las diversas formas jurídicas se han enfrentado a lo largo de la historia a los usos y las costumbres, evidenciando en muchas ocasiones la incompatibilidad con el derecho positivo de los Estados nacionales. Por ello se hace necesario que las autoridades encargadas de la aplicación de la justicia tengan conocimiento del derecho consuetudinario para proteger a estas personas y sus comunidades.[18]

José Ramón Cossío Díaz, en su estudio sobre los acuerdos de San Andrés Larráinzar, Chiapas, negociados y firmados entre el gobierno mexicano y el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) en 1996, para dar fin a la rebelión indígena que se inició en Chiapas el 1o. de enero de 1994, identificó los siguientes proble-

---

[16] Carlos Montemayor, *Los pueblos indios de México. Evolución histórica de su concepto y realidad social*, Ed. de Bolsillo, México, 2008, p. 50.

[17] Enrique Sánchez *et al.*, *Derechos e identidades: los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Disloque Editores, Bogotá, 1993, p. 23.

[18] Patricia Galeana (comp.), *La condición de la mujer indígena y sus derechos fundamentales*, Federación Mexicana de Universitarias/Comisión Nacional de Derechos Humanos/UNAM/Secretaría de Gobernación, México, 1997.

mas jurídicos: el problema de la exclusión del derecho indígena en el derecho positivo mexicano; la interpretación y reinterpretación por los órganos estatales de las manifestaciones de los documentos propuestos por los pueblos indígenas y, por último, el proceso de constitucionalización de los derechos y el reconocimiento de la cultura indígena.[19]

El derecho indígena tiene dos formas de acceso teórico: por un lado, una idea restrictiva, conforme a la tradición positivista, de considerarlo como el conjunto coherente de discursos prescriptivos orientados en una sociedad; por el otro, una perspectiva cultural amplia, en la que las normas que determinan la relación entre pueblo indígena, sociedad global y Estado van más allá del orden normativo positivizado. De esta bifurcación tenemos una idea más precisa respecto al derecho consuetudinario indígena como la manifestación de la intuición de un orden social fundamentado en reglas no escritas, concebidas en comunión con las fuerzas de la naturaleza (cosmovisión) y transmitidas, reproducidas y abrogadas de manera esencialmente oral.[20]

El conflicto indígena, visto a través de la posmodernidad, es articulado desde la sociología como la necesidad del reconocimiento del multiculturalismo y la multinacionalidad como una aspiración a la autodeterminación. Boaventura de Sousa Santos sugiere que aun así, los contextos de análisis cultural deben distinguir las formas emancipadoras de multiculturalismo y auto-

---

[19] José Ramón Cossío Díaz, *Derechos y cultura indígena. Los dilemas del debate jurídico,* Porrúa, México, 1999.

[20] Jorge Alberto González Galván, "El derecho consuetudinario indígena en México", en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios. IV Jornadas Lascasianas* (*Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*), UNAM, México, 1994, p. 74.

determinación de las formas regresivas, implicando el reclamo de la existencia de formas alternativas de justicia y derecho.[21]

Es posible distinguir, sólo para efectos metodológicos y didácticos, tres sentidos en los que el derecho y el multiculturalismo son estudiados bajo la perspectiva indigenista latino-americana, a saber: la sociológica, la cultural y la institucional. Desde la perspectiva sociológica, menciona el autor arriba citado, se estudia la pluralidad de campos jurídicos que coexisten en un mismo espacio y tiempo con motivo de las diversas culturas. Este tipo de estudios se centra en la unicidad del derecho oficial frente a los diversos sistemas que pudieran existir en una sociedad determinada: derecho indígena, comunitario, originario.[22] Desde esta perspectiva, por ejemplo, al derecho le importa preguntarse hasta qué punto se debería aceptar y hacer convivir los instrumentos normativos de grupos armados en relación con el derecho oficial vigente. O, por otra parte, si el Estado debe reconocer cierta autonomía a las prácticas sociales de las comunidades indígenas siempre y cuando éstas se ajusten a los fines planeados por el derecho liberal. Este tipo de análisis también permite enfocarse en estudios relacionados con los campos jurídicos latinoamericanos y el sistema económico global.[23]

El problema mayor que se enfrenta a una alternativa al régimen actual de relaciones internacionales es lo que se ha llamado el proceso de globalización hegemónica,

---

[21] Boaventura de Sousa Santos, *Epistemología del sur: la reinvención del conocimiento y la emancipación social*, Siglo XXI Editores/Clacso, México, 2009, p. 261.

[22] Véase Mauricio García Villegas, *Sociología y crítica del derecho*, Fontamara, México, 2010.

[23] Boaventura de Sousa Santos, *Epistemología del sur…*, *cit.*, p. 226.

en el que una sola visión cultural domina la creación y aplicación de formas jurídicas. El mayor riesgo que se advierte es que el régimen se torna más violento e impredecible conforme pierde coherencia, agravando así la vulnerabilidad de los grupos sociales.[24]

El derecho español de la Colonia, reconocido como el único derecho oficial en ese momento en los territorios conquistados, nunca se preocupó por establecer el pluralismo jurídico; sin embargo, en los hechos, múltiples campos jurídicos y códigos de conducta emergieron a raíz de las diferencias de clase, de identidad y de región.[25] Lejos de conseguirse el monismo jurídico, el panorama cultural latinoamericano se caracteriza no sólo por sus imbricaciones e interconexiones entre sistemas de valor, promiscuidad de las herencias, mezcla de identidades, sino también por el contraste entre espacios sociales relativamente homogéneos y aquellos donde prevalece la hibridez y la diversidad valorativa.[26]

Por último, la perspectiva institucional se concentra en la forma como una misma norma del derecho oficial es aplicada de forma selectiva, dependiendo de su operador, de tal manera que, en la práctica, como intervención del Estado, siempre dependerá del lugar, la persona o el contexto político.

5. Conclusiones

Tras la segunda Guerra Mundial, era obvio que la cuestión de los derechos de las minorías debía abordarse de forma diferente. Se creyó que el nuevo énfasis en los "derechos humanos" resolvería los conflictos respectivos; sin embargo, es necesario reflexionar si los derechos de las

---

24 *Idem*.

25 Mauricio García Villegas, *Sociología…*, *cit.*, p. 297.

26 *Idem*.

minorías pueden subsumirse bajo la categoría de derechos humanos. Las pautas y procedimientos tradicionales vinculados a los derechos humanos han sido incapaces de resolver importantes y controvertidas cuestiones relativas a las minorías culturales hasta el momento.[27]

Es menester reconocer que no existe, hasta ahora, una teoría sobre la articulación de la raza, la cultura y los derechos fundamentales, ni sobre las formas en que estas articulaciones pueden funcionar para resolver los grandes temas de la sociedad. A pesar del reconocimiento de su importancia dentro de los estudios jurídicos, no necesariamente alcanzan todavía el lugar relevante dentro de los mismos para generar condiciones que permitan modificar las posiciones hegemónicas que resultan más críticas para la convivencia actual en las sociedades latinoamericanas.

6. Lecturas recomendadas

Brokmann Haro, Carlos, "Introducción", en *Hablando fuerte. Antropología jurídica comparativa de Mesoamérica*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2008.

González Galván, Jorge Alberto, "Capítulo tercero. Santa Teresa, Nayarit", en *Derecho nayerij. Los sistemas jurídicos indígenas en Nayarit*, unam, México, 2001.

Olivé, León, "Relaciones interculturales justas y su universalización", en José Antonio Caballero Juárez *et al.* (coords.), *Sociología del derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. ii, unam, México, 2010.

Sánchez Castañeda, Alfredo, "Los orígenes del pluralismo jurídico", en Nuria González Martín (coord.),

[27] Véase Keith Banting y Will Kymlicka, *Derechos de las minorías y Estado de bienestar*, unam, México, 2007.

Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I, UNAM, México, 2006.

7. Preguntas para la discusión y la reflexión

- ¿Considera que el movimiento zapatista tuvo impacto en la discusión del multiculturalismo en México? ¿Y en el contexto global?
- ¿Cuáles son las mayores diferencias entre pluralismo y multiculturalismo? ¿Considera que el multiculturalismo jurídico y el pluralismo jurídico son cuestiones diferentes?
- ¿Cree que el multiculturalismo es necesario en su país? ¿Cuáles son los problemas que mejor atendería la discusión multiculturalista?
- ¿La poscolonialidad continúa siendo un problema en México y América Latina?
- ¿Tenemos en nuestro país un sistema jurídico monista o pluralista?

XI. DESARROLLO Y DERECHO

Objetivo general

- Presentar las discusiones sociojurídicas en torno a la relación entre derecho y desarrollo, con énfasis en América Latina.

Objetivos particulares

- Conocer los temas más importantes de estudio dentro del movimiento denominado "derecho y desarrollo".
- Presentar los tres "momentos" de las discusiones sobre derecho y desarrollo en el contexto global.
- Discutir los alcances de los estudios contemporáneos sobre derecho y desarrollo en América Latina.
- Recapitular el análisis de la contribución del derecho al desarrollo económico en el marco de la sociología clásica.

1. Introducción

El derecho y la economía son dos disciplinas sociales que gozan de gran relevancia en la modernidad. Por ello, no es difícil observar las intersecciones que existen históricamente entre ambas, ni hablar de su influencia recíproca como subsistemas de la sociedad.[1]

El derecho moderno tiene una relación muy estrecha con la economía. En la teoría jurídica liberal clásica, la

[1] Niklas Luhmann, *El derecho de la sociedad*, UIA/UNAM, México, 2002, pp. 520 y ss. Véase también la lección III.

economía tiene un papel muy relevante, en especial en su relación con la regulación de la propiedad privada y el surgimiento del Estado moderno. Para los pensadores clásicos, como Thomas Hobbes (1588-1679) y John Locke (1632-1704), el derecho, como protector de la propiedad privada, es el fundamento más relevante de la existencia de un sistema normativo y del Estado mismo. Jeremy Bentham (1748-1832) escribió sobre la necesidad de un derecho maximizador de las libertades, para generar bienes y servicios, reconociendo al derecho un principio de utilidad con un fundamento económico antes que ontológico.

Para los autores no formalistas del siglo XIX, fue incluso más sencillo explicar el fenómeno jurídico en términos económicos, que como una disciplina independiente y autónoma. Recordemos que, para Max Weber, un derecho racional y calculable era un factor indispensable para el surgimiento y desarrollo de la economía capitalista, y a esta idea dedicó profundas reflexiones que no han perdido actualidad (véase la lección II e *infra*). Ya iniciado el siglo XX, los autores del realismo sociológico mostraron cómo el derecho se encontraba imbuido no solamente de las posturas ontológicas e ideológicas de los jueces, sino de la influencia que las preferencias y las actividades de los actores económicos ejercían sobre ellos (véase la lección IV).

Los estudios críticos del derecho, entre otras escuelas recientes de pensamiento jurídico, ponen y mantienen especial atención a la importancia que tiene la economía en la conformación del derecho (véase la lección IV). Incluso en las escuelas contemporáneas del interpretativismo jurídico de autores como Ronald Dworkin (1931-2013) y Robert Alexy (nació en 1945), se puede destacar la importancia que tiene la economía en la conformación de los principios y los derechos, así como en

las reglas de interpretación.[2] Por último, un reflejo más de la importancia de las relaciones mutuas entre la economía y el derecho se encuentra en el llamado "análisis económico del derecho", o simplemente "derecho y economía" (*Law and Economics*), que aplica las herramientas del análisis económico al fenómeno jurídico; tampoco podemos dejar de mencionar las aportaciones del llamado "neoinstitucionalismo económico" a la explicación del papel de las instituciones jurídicas en el crecimiento y el desarrollo de la economía de mercado (véase la lección IV).

Una de las intersecciones más interesantes entre el derecho y la economía ocurre en el campo del "desarrollo", concepto sobre cuyo contenido no existe un acuerdo definitivo. Los estudios sobre "derecho y desarrollo" (*law and development*) se interesan por el impacto que tiene el fenómeno jurídico en el crecimiento económico y en el desarrollo en general, y viceversa, para explicar por qué existen sociedades con distintos niveles de desarrollo, así como para proponer los cambios que lleven a mejorar las condiciones de vida de sus poblaciones. En América Latina, por ejemplo, el tema es por demás relevante. Algunos autores ven en la idea de desarrollo la posibilidad de impulsar nuestras sociedades a un mejor futuro, mientras que en el otro extremo se encuentran quienes la perciben como una forma moderna de "poscolonialidad".

El propósito de esta lección es ofrecer un primer acercamiento a las funciones del derecho en relación con el desarrollo, principalmente a partir del movimiento llamado de "derecho y desarrollo", que surgió con fuerza en los Estados Unidos en la década de los sesenta. De manera particular se abordará el tema del desa-

---

[2] Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1988; Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

rrollo y su vinculación con el orden jurídico y el Estado de derecho en América Latina, para concluir con una reflexión sobre la renovada relevancia de los planteamientos sobre derecho y economía que hiciera Max Weber hace casi cien años.

2. El movimiento de "derecho y desarrollo"

El pensamiento respecto del derecho y el desarrollo ha tenido distintas etapas, así como dinámicas externas e internas en su formulación y evolución. David Trubek y Álvaro Santos señalan que existen tres momentos en el llamado movimiento de "derecho y desarrollo". El primero se dio durante los primeros años de la segunda posguerra y particularmente durante los años de la descolonización de África y Asia, cuando la disciplina se enfocó en el papel del Estado en el manejo de la economía y en la transformación de las sociedades tradicionales.[3] Los *desarrollistas* suponían que el derecho podría ser usado como instrumento de la intervención efectiva del Estado en la economía y en la promoción del desarrollo. El derecho sería utilizado, entonces, como una herramienta para eliminar las barreras tradicionales y promover el cambio económico. Se crearon leyes para regular la estructura formal del control macroeconómico y se incorporaron en ellas las metas de política de los planes nacionales para la canalización del comportamiento de la economía. Las leyes moldearon el marco de operación de la burocracia gubernamental y la gobernanza del sector público.

---

[3] David M. Trubek y Álvaro Santos, "Introduction: The Third Moment in Law and Development Theory and the Emergence of a New Critical Practice", en David M. Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006.

El segundo momento del movimiento se inició en los años ochenta. Con el giro de las economías hacia un paradigma neoliberal se abandonó la idea de la intervención del Estado, para promover, en su lugar, la economía de mercado. Los países en desarrollo se vieron obligados a abrir y liberalizar sus economías, empeñadas hasta entonces en la política de la llamada "sustitución de importaciones", e integrarse de manera efectiva a los mercados mundiales. La reforma jurídica interna fue vista entonces como un medio para lograr dicha integración.

A diferencia del momento anterior, en el cual había sido utilizado para instrumentar la intervención del Estado en la economía, en este periodo el derecho fue visto como posibilitador y facilitador de las relaciones de mercado y como límite para la intervención estatal. Contrastando de igual forma con el primer momento, que se circunscribió fundamentalmente a proyectos de desarrollo en África y Asia descolonizadas, el segundo momento, o *momento neoliberal,* fue mucho más extenso. En él participaron los organismos bilaterales y multilaterales de ayuda al desarrollo, como el Banco Mundial o la USAID (United States Agency for International Development), así como diversas fundaciones privadas. Podría decirse que el objetivo principal en la generación de desarrollo fue utilizar el derecho para regular la disciplina fiscal, remover distorsiones del mercado creadas por la intervención estatal, así como promover el libre comercio y la inversión extranjera.[4] En México, por ejemplo, este segundo momento se inicia tímidamente en 1982 y se acelera desde 1988, pero está asociado, sobre todo, con la negociación y entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte con los Estados Unidos

[4] *Idem*.

y Canadá, lo que obligó a nuestro país a modernizar de manera amplia y acelerada la legislación relacionada con el comercio y la inversión.[5]

El tercer momento se encuentra todavía vigente. Se origina en la crítica al modelo de desarrollo neoliberal y tiene como principal impulso la emergencia de nuevos principios de política de desarrollo, en mucho reforzado por las crisis económicas recientes (2008-2009), no solamente en los países en desarrollo, sino ahora también en las economías avanzadas, como la de los Estados Unidos y la de la Unión Europea. La crítica que se dirige contra el modelo de desarrollo neoliberal se centra en la idea de que los mercados sin restricción a menudo son ineficientes y que cierto nivel de intervención del Estado es necesario para corregir las fallas del mercado, reducir los costos de transacción o las asimetrías de información. Una de las críticas más agudas se da al trasplante de instituciones de países desarrollados a países en vías de desarrollo, trasplantes que han fracasado en sus objetivos de reforma por la falta de consideración del contexto local.[6]

La misma idea de desarrollo ha sido objeto de crítica, señalando que el éxito económico no necesariamente ha llevado a la reducción de la pobreza y de la desigualdad o a la mejoría de las condiciones de vida de la población. De acuerdo con Trubek y Santos, mientras que aún predomina la idea de que los mercados son los mecanismos principales para la producción y distribución de recursos en las sociedades, por lo que constituyen la palanca principal del crecimiento económico, se reconoce cada vez más que pueden existir fallas sig-

---

[5] Véase, por ejemplo, Sergio López-Ayllón, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, México, 1997.

[6] David M. Trubek y Álvaro Santos, "Introduction…", *cit*.

nificativas en el mercado que justifican la intervención estatal. Se abandona la idea de "desregulación" por la de "regulación adecuada". Además, se intenta reconceptualizar el desarrollo alejándolo del mero "crecimiento económico" y acercándolo al de libertad, con la idea de que a través de él pueda la población incrementar las capacidades de elegir la "vida que se quiere vivir".

Lo anterior se ha reflejado nuevamente en las políticas y proyectos de los organismos internacionales del desarrollo, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo o la USAID, los cuales, con apoyo en algunas ideas del neoinstitucionalismo económico, han estado promoviendo activamente el "Estado de derecho" (*rule of law*) y, sobre todo, la reforma de las instituciones de justicia, bajo la premisa de que no puede haber verdadero desarrollo económico sin seguridad jurídica, esto es, sin protección de los derechos de propiedad y sin cumplimiento eficaz de los acuerdos contractuales entre los actores económicos.[7]

3. Las nuevas fronteras del desarrollo y el derecho en el siglo XXI: el medio ambiente

Para los fenómenos contemporáneos del siglo XXI, la estructura de la economía desde el derecho presenta nuevas complejidades, como el programa económico de las corporaciones que anteriormente no existían, pero que ahora asumen un papel importante en el control y la es-

[7] Véase, por ejemplo, Thomas Carothers, "The Rule of Law Revival", *Foreign Affairs* (marzo-abril de 1998); Álvaro Santos, "The World Bank's Uses of the 'Rule of Law' Promise in Economic Development", en David M. Trubek y Álvaro Santos (eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006.

tabilidad de la economía mundial, así como en la reproducción del desequilibrio y las desigualdades entre las sociedades. Existe un enfoque distinto en las reformas de la más reciente generación para el análisis de los objetivos sociales y de los mecanismos de política para perseguir el desarrollo desde el lado social.

En la actualidad, los procesos de globalización han llevado a la creación de una sociedad compleja, en la que la integración económica en la globalización coloca el conflicto a escala regional y mundial. Algunas de las consecuencias más visibles de esa gran escala, tanto sociales como jurídicas, se encuentran en el desarrollo de la economía y sus implicaciones en la representación internacional del nivel macro de la ley en torno a los grandes conflictos.[8]

Otro punto relevante en las discusiones sobre el desarrollo gira en torno al *medio ambiente* y a temas de *multiculturalismo* (véase la lección X). La discusión se ha convertido en un conflicto jurídico, en el que la normatividad internacional y la nacional adquieren proporciones centrales dentro del derecho, después de haber ocupado por mucho tiempo un espacio marginal. La ley hace que ciertas conductas estructurales del desarrollo se permitan, se incentiven o se limiten. En el proceso de integración al capitalismo y, por ende, hacia el despliegue de la máxima capacidad de los Estados en cuanto producción y técnica, el medio ambiente se puede ver altamente dañado como consecuencia de una regulación tardía o inexistente de procesos de alta afectación.[9]

---

[8] Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below. Development, Social Movements and Third World Resistance*, Cambridge University Press, Nueva York, 2003, p. 267.

[9] Michael J. Trebilcock y Mariana Mota Prado, *Advanced Introduction to Law and Development*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, p. 82.

En este sentido, la idea jurídica de medio ambiente se nutre de las posturas de la sociología, al desplegar la variedad de conflictos que las políticas de desarrollo generan. La evidencia de un acelerado deterioro en materia climática derivado de procesos exacerbados de industrialización se ha convertido en un tema central en la actualidad. Algunos autores, como Boaventura de Sousa Santos, enfatizan la idea de una crisis ecológica en el sur global.[10]

La expansión de la industrialización, supeditada a la idea de desarrollo, ha sometido a los recursos naturales a una práctica abusiva del uso del medio ambiente. La transformación negativa del clima apareja un efecto contraproducente en las esferas de la vida social de los países periféricos, en donde se han generado nuevos fenómenos de movilización del derecho para revertir algunos de estos efectos negativos y garantizar una protección frente a la intensificación de los procesos de deterioro.[11]

El choque desigual y violento es el punto clave de la idea de conflicto en cuanto al medio ambiente. Resulta también el punto en donde convergen las estructuras sociales y las posturas de reivindicación de los pueblos en desigualdad para modificar el derecho a favor de mejores condiciones ambientales. Este fenómeno resulta de gran interés para visualizar las posibilidades que tiene el derecho reivindicatorio, ya que preservar el medio ambiente puede ser concebido como un fin en sí mismo, contrario al discurso en el cual a menudo se concibe como un medio para proteger los intereses de las generaciones futuras. Mientras que el uso de los recursos

---

[10] Boaventura de Sousa Santos, *Epistemología del sur: la reinvención del conocimiento y la emancipación social*, México, Siglo XXI Editores/Clacso, 2009, p. 222.

[11] *Ibidem*, p. 262.

naturales puede promover el crecimiento y ayudar a las generaciones actuales, el agotamiento de los recursos privaría a las futuras generaciones del sustento básico, condenándolas a vivir en la pobreza.[12]

4. Desarrollo y Estado de derecho en América Latina

Podríamos afirmar que desde los años sesenta el centro de los estudios de "derecho y desarrollo" se ha encontrado en la idea de la promoción del Estado de derecho y la modificación de las instituciones y organizaciones para acercarse a dicho objetivo.

A partir de los años ochenta se da un nuevo impulso a la idea de la promoción del Estado de derecho en los países latinoamericanos que, luego de haber tenido experiencias con gobiernos autoritarios o dictatoriales, se encontraban en transición a la democracia, al igual que otros muchos en las distintas regiones del mundo. Este momento es particularmente importante para la región, ya que las transiciones a la democracia se acompañan de la idea de promover y fortalecer un modelo particular de Estado de derecho, la que se acompaña a su vez de una fuerte inversión de recursos económicos y asistencia internacional.[13]

Para algunos autores, el Estado de derecho representa la verdadera posibilidad de la emergencia de una sociedad desarrollada económicamente. Por ejemplo, Hernando de Soto sostiene que el sistema jurídico es probablemente lo que mejor explica la existencia de una diferencia significativa entre los países industrializados

---

[12] Michael J. Trebilcock y Mariana Mota Prado, *Advanced Introduction…*, *cit.*, p. 11.

[13] *Ibidem*, p. 45.

y los países que no se encuentran plenamente industrializados, como los latinoamericanos. Para el autor peruano, el derecho es el instrumento más útil con que cuenta la población para generar un cambio.[14]

Pero, ¿qué se entiende por Estado de derecho? Según Trebilcock y Mota Prado, en relación con el desarrollo pueden elaborarse distintas concepciones: existen las robustas, que lo equiparan a la existencia de un sistema jurídico justo; por el contrario, hay también concepciones débiles o formalistas, que ponen su énfasis en que la ley debe ser promulgada públicamente, ser predecible en su aplicación para todos los ciudadanos, incluidos los servidores públicos, y estar sujeta a formas neutrales de solución de conflictos, así como de interpretación y aplicación. En el rango que va de las concepciones robustas a las débiles es donde se encuentra la infinidad de autores que se interesan en la materia.[15]

La mayor crítica que enfrenta la promoción del Estado de derecho a través de las agencias multilaterales del desarrollo, como el Banco Mundial, la ha recibido el proceso mediante el cual las instituciones locales son moldeadas bajo los principios de las instituciones de los Estados desarrollados, en un fenómeno llamado "trasplante institucional", sin observar las características locales de la sociedad a la cual se incorporan dichas nuevas instituciones.

Trubek y Galanter, en un influyente artículo, señalaron las fallas del trasplante de un modelo jurídico libe-

---

[14] Hernando de Soto, *El otro sendero. La revolución informal*, Editorial Diana, México, 1987.

[15] Michael J. Trebilcock y Mariana Mota Prado, *Advanced Introduction…, cit., passim.* Veáse también la propuesta de conceptualización del Estado de derecho que ofrece Paul Gowder, *The Rule of Law in the Real World*, Cambridge University Press, Nueva York, 2016.

ral, el cual presupone la existencia de sociedades pluralistas en lo social y lo político.[16] El problema es que, en general, en las naciones receptoras lo que existe es una estratificación social y de clase yuxtapuesta con sistemas políticos autoritarios o totalitarios. Indican también que comúnmente se supone que las instituciones estatales son la fuerza primaria de control social, cuando en la realidad de muchas de estas naciones la sujeción a la tribu, el clan o la comunidad local es mucho más fuerte que la estructura del Estado-nación. En su crítica al trasplante jurídico, Trubek y Galanter subrayan que solamente es una hipótesis pensar que las reglas reflejan el interés de la gran mayoría de los ciudadanos —quienes, por tanto, están dispuestos a internalizarla—, cuando en la realidad es un grupo pequeño el que las elabora, y luego tales reglas enfrentan grandes dificultadas para ser observadas, pues la población las siente ajenas (véase la lección VIII). Siguiendo este orden de ideas, son varios los autores que critican este tipo de promoción del Estado de derecho en América Latina. Para Jorge Esquirol, la idea de Estado fallido en América Latina justifica la perpetua reforma de las instituciones, especialmente cuando un nuevo grupo llega al poder.[17]

En los años recientes se ha agudizado la crítica al trasplante institucional. La idea de que el Estado de derecho válido es aquel transplantado desde los centros hegemónicos de producción del derecho es puesta en duda por relevantes autores contemporáneos. Entre ellos quizá el más importante es Boaventura de Sousa

---

[16] David M. Trubek y Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", *Wisconsin Law Review*, 4 (1): 1062-1102, 1974.

[17] Jorge Esquirol, "The Failed Law of Latin America", *American Journal of Comparative Law*, 56 (1): 75-124, 2008.

Santos, quien exige la elaboración de una nueva epistemología jurídica que rescate los conceptos tradicionales de los pueblos latinoamericanos.[18] Por otro lado, desde la academia latinoamericana también se critica el enfoque estrecho con el que se promueve la idea del Estado de derecho. Los autores respectivos señalan que se requiere tomar el camino hacia un institucionalismo social que comprenda no sólo las reglas básicas del orden público, la propiedad privada y la seguridad de los contratos, sino además otras libertades civiles, como el debido proceso y el acceso efectivo a la justicia, así como los derechos sociales, económicos y culturales.[19]

5. Conclusiones

Sin duda, las ideas y los proyectos asociados con las sucesivas etapas del movimiento de "derecho y desarrollo" conservan su relevancia para pensar y repensar el rol del orden jurídico en sociedades con la complejidad de la mexicana y de las latinoamericanas en general; pero no conviene perder de vista que este debate se inserta en una discusión más amplia y profunda sobre el futuro del derecho en la sociedad global, enraizada en las visiones clásicas de la sociología. Al respecto, cabe mencionar que el espectacular desarrollo de la economía en los países del este asiático, como China, Corea y Japón, han vuelto a poner en debate las ideas que Max Weber elaboró, hace aproximadamente cien años, acerca de las relaciones entre la economía y el derecho, así como sobre el papel de

[18] Boaventura de Sousa Santos, *Epistemología del sur: la reinvención del conocimiento y la emancipación social*, México, Siglo XXI Editores/Clacso, 2009.

[19] Rodrigo Uprimny Yepes *et al.*, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Norma, Bogotá, 2006.

este último en el surgimiento y desarrollo de los mercados modernos.[20]

Al respecto, se pone énfasis en que, para Weber, la economía capitalista requiere, como factor de calculabilidad y certidumbre, la existencia de un orden jurídico racional y sistemático, garantizado por el monopolio coactivo del Estado; sin embargo, vemos que las economías asiáticas han logrado el nivel actual de desarrollo sin un orden jurídico y sin un Estado de derecho similar, en extensión y eficacia, al de las demás economías avanzadas del mundo. Así como en su momento se habló del "problema inglés" de Weber, en el sentido de que el derecho inglés no parecía contar con las características de racionalidad y calculabilidad que el gran sociólogo alemán consideraba indispensables para el desarrollo capitalista,[21] no obstante que Inglaterra era por entonces la primera potencia económica del mundo, ahora podría hablarse, desde la misma perspectiva, de un "problema chino", en vista de que el orden jurídico y el Estado de derecho en China no gozan de un grado de desarrollo que corresponda al nivel de desarrollo económico de ese país.

Algunos sociólogos del derecho contemporáneos han hecho una fuerte crítica del enfoque weberiano. Para unos, el desarrollo económico de países como China no requiere un orden jurídico de tipo occidental, ni su éxito en la economía global depende de él.[22] Para otros, en la actualidad no existen —ni es probable que lleguen a existir— las condiciones jurídicas y económicas cone las cuales elaboró Weber sus teorías.

---

[20] Véase David M. Trubek, "Max Weber on Law and the Rise of Capitalism", *Wisconsin Law Review*, 3: 720-753, 1972.

[21] *Ibidem*, pp. 746 y ss.

[22] Véase, por ejemplo, Richard P. Appelbaum, "The Future of Law in a Global Economy", *Social and Legal Studies*, 7 (2): 171-192, 1998.

En efecto, Weber partía de la concepción del orden jurídico como un conjunto racional, eficaz y completo de preceptos jurídicos —un orden "sin lagunas"—, el cual no existe en la mayoría de los países del mundo y mucho menos está presente en el ámbito global (véase la lección IX). Del mismo modo, le atribuyó una importancia exagerada como instrumento y soporte de la acción racional con arreglo a fines, es decir, de la acción económica.[23] La investigación empírica que existe sobre el rol del derecho en la acción de mercado en general, y en la economía global en particular, parece apuntar, efectivamente, a la existencia de múltiples mecanismos sociales (como la reputación, las relaciones interpersonales de confianza o la pertenencia religiosa o étnica) —y no sólo los jurídicos que ofrecen seguridad a las transacciones económicas—.[24]

No obstante lo anterior, tampoco se ha podido comprobar que el derecho —y el Estado que lo garantiza— sea completamente prescindible. En todo caso, se trata de un factor que puede estar más o menos lejano del contexto económico concreto, pero que conserva —aún como "sombra" (*in the shadow of the law*)— su importancia como mecanismo último de garantía. Esta idea se refuerza si pensamos que China y otros países asiáticos realizan importantes esfuerzos e inversiones para construir un "Estado de derecho" (*rule of law*), aunque sea con características propias ("chinas").[25] Resulta impor-

---

[23] Volkmar Gessner, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, UNAM, México, 2013, pp. XIX y ss.

[24] *Ibidem, passim*.

[25] Véase, por ejemplo, Randall Peerenboom, *China's Long March Toward Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, y Randall Peerenboom (ed.), *Asian Discourses of Rule of Law. Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the U.S.*, Routledge Curzon, Londres-Nueva York, 2004.

tante recordar que detrás del Estado de derecho está el Estado, es decir, que un orden de legalidad requiere una institucionalidad pública fuerte que sea también fuente de certidumbre para el intercambio económico, y ésa parece ser una condición ampliamente cumplida en los países del este asiático.

Quizá una buena manera de aproximarse al problema, para lograr un análisis más preciso y diferenciado, consista en distinguir —como lo ha propuesto Volkmar Gessner— dos funciones del derecho y el Estado en relación con la economía: la función de "regulación" (*regulation*) y la función de "soporte" (*support*).[26] En el primer caso, el orden jurídico trata de definir, con mayor o menor eficiencia, las relaciones verticales entre los ciudadanos y las instituciones estatales, con base en los principios del Estado de derecho y con cierta independencia de las características de los actores. En el segundo, el soporte consiste en lograr certidumbre (*legal certainty*) en las relaciones horizontales entre los particulares (ciudadanos, empresas) a partir de su propia definición de la situación.[27]

Aunque ambas funciones son importantes para el desarrollo de la economía, los procesos sociales y económicos relacionados con la globalización han puesto de manifiesto una creciente disyunción entre ambas, es decir, que toman rumbos y tendencias de cambio diferentes, por lo que resulta improbable que la sociedad

---

[26] Esta distinción corresponde, *grosso modo*, a la distinción entre "derecho público" y "derecho privado", respectivamente, aunque no coincide plenamente con ella, porque el Estado tiene un papel importante, pero no exclusivo, que cumplir en relación con la función de "soporte" a través de diversas normas e instituciones de "derecho público". Véase, por ejemplo, Volkmar Gessner, *El otro derecho comparado…*, *cit*., pp. 261 y ss.

[27] *Ibidem*, p. 153 y *passim*.

mundial siga la misma línea evolutiva a la que obedeció la conformación y unificación de los órdenes jurídicos nacionales.[28]

En países como México y otros de la región latinoamericana todavía hay mucho que investigar y analizar respecto de las complejas relaciones entre el desarrollo y el derecho. Quizá la sociología del derecho tenga la misión, y la capacidad, de impulsar la discusión en una dirección empírica y comparada, más allá de los enfoques económicos y políticos actuales.

6. Lecturas recomendadas

Burgos Silva, Germán, "Derecho y desarrollo económico: de la teoría de la modernización a la nueva economía institucional", *Revista de Economía Institucional*, 7 (7): 174-199, 2002.

Gessner, Volkmar, "Algunas sinergias entre Estado y sociedad en el derecho privado de Asia", en *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, UNAM, México, 2013.

Soto, Hernando de, "Capítulo 6. El misterio del fracaso legal: por qué la ley de propiedad no funciona fuera de occidente", en *El misterio del capital. ¿Por qué el capitalismo triunfa en occidente y fracasa en el resto del mundo?*, Diana, México, 2001.

[28] Héctor Fix-Fierro, "Derecho y gobernanza en la sociedad mundial. Algunas aportaciones de la sociología del derecho, con especial referencia al cambio jurídico en México", en José María Serna de la Garza (coord.), *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2016, pp. 250-253.

7. Preguntas para la discusión y la reflexión

- ¿Cuáles serían las críticas que pueden hacerse al "tercer momento", el actual, del movimiento de "derecho y desarrollo?
- ¿Cuáles son las ligas comunicantes entre el Estado de derecho y el desarrollo? ¿Qué tan importante es esta intersección entre la economía y el derecho para las sociedades en vías de desarrollo?
- ¿Cómo podría plantearse la investigación del rol del derecho en la economía de un país en vías de desarrollo?
- ¿Qué tanta influencia tienen los factores culturales y los institucionales en la eficacia económica del orden jurídico? ¿Está usted de acuerdo con la crítica del economista peruano Hernando de Soto?
- ¿Cuáles son las perspectivas de la implantación de la idea occidental del "Estado de derecho" en países de culturas muy diferentes, como China o Japón?

XII. FEMINISMO, GÉNERO, TEORÍA *QUEER* Y DERECHO

Objetivo general

- Proponer una introducción al feminismo, a la perspectiva de género y a la teoría *queer* en su relación con el derecho.

Objetivos particulares

- Conocer el proceso de formación de la teoría feminista desde el movimiento feminista.
- Distinguir entre teoría feminista, estudios de género y la emergente teoría *queer*.
- Exponer la crítica a la teoría jurídica y al derecho desde ambas perspectivas.

1. Introducción

En la presente lección proponemos una introducción y una primera aproximación a lo que se conoce como *feminismo* y a la teoría *queer (Queer Theory)* en su relación con el derecho. Sin embargo, las siguientes líneas no tienen el afán de ser exhaustivas en el tema y mucho menos agotar los argumentos que cada una postula. El texto tiene el objetivo de acercar al lector el contenido de estos pensamientos para promover y hacer surgir ulteriores debates, reconociéndolos como temas importantes en la sociología del derecho contemporánea. Ciertamente,

entre el feminismo y la teoría *queer* hay marcadas diferencias; no obstante, comparten la característica de ser pensamientos subversivos, dado que cuestionan las ideas tradicionales y hegemónicas sobre sexo y género en varios ámbitos sociales, incluyendo el derecho.

Antes de iniciar el estudio sobre feminismo y teoría *queer*, conviene precisar qué se entiende generalmente por "sexo" y "género". La noción de "sexo" hace alusión a ciertas características físicas, fisiológicas y biológicas de los seres humanos. También es un parámetro para distinguir entre hombres y mujeres en el nivel de la especie. Por otro lado, el concepto de "género" concierne a los atributos y los roles que la sociedad otorga a hombres y mujeres, a las categorías de "lo femenino" y "lo masculino". En pocas palabras: "sexo" significa hablar de diferencias biológicas, y "género", de las distinciones culturales asignadas y socialmente construidas tanto para hombres como para mujeres. Resulta obvio que al derecho le corresponde un papel muy relevante en la asignación y construcción de tales categorías, y ello lo convierte en objeto de fuertes críticas de diversos grupos sociales.

2. El feminismo y sus variantes

Se entiende por *feminismo* al conjunto de personas, acciones y teorías que asumen la idea de que en las sociedades contemporáneas las mujeres se encuentran en condiciones de desigualdad debido a que tales sociedades se rigen por valores patriarcales que las excluyen y discriminan en todos los ámbitos de la vida social, particularmente en la política y la economía, por el mero hecho de su pertenencia de género. En las colectividades contemporáneas, la supremacía de lo masculino no permite a las mujeres tener acceso pleno a la igualdad con el género masculino.

Dentro del movimiento feminista hay una viva discusión sobre la que significa el feminismo y ser feminista en su relación con el derecho.[1] En primer lugar, hay quienes sostienen que las categorías de "mujer" o de "lo femenino" no son óptimas para entender la realidad social. En segundo término, se discute sobre el empleo que se da a la etiqueta de "lo femenino" para fundamentar la agenda política con la que se delimita el feminismo y el ser feminista. Esta crítica, entre otras cosas, señala que las mujeres tienen metas distintas a las masculinas y, por tanto, que si sus vidas no son iguales a las de los hombres es debido a que ellas así lo han querido y decidido. Ello ha obligado a los movimientos feministas a buscar un nuevo fundamento para sus posturas. Por último, también se debate el valor teórico del feminismo, toda vez que este movimiento implica una convicción política específica, es decir, no se trata de una perspectiva neutral, sino que conlleva siempre una carga axiológica.[2]

Las distintas formas de entender el feminismo y el ser feminista dependen de las distintas formas de opresión que las mujeres sufren en la sociedad. Uno de los principales criterios para distinguir entre los diversos tipos de grupos feministas está en el concepto de *igualdad*: los *feminismos de la igualdad* se dividen, a su vez, en *feminismos liberales clásicos* y *feminismos liberales sociales*. Asimismo, existen otros tipos de feminismo, entre los que destacan los *feminismos socialistas* y los *feminismos radicales*, que sostienen que los verdaderos problemas

---

[1] Isabel Cristina Jaramillo, "La crítica feminista al derecho", en Robin West, *Género y teoría del derecho*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2000.

[2] Martha Albertson Fineman, "Introduction: Feminist and Queer Legal Theory", en Martha Albertson Fineman *et al.* (eds.), *Feminist and Queer Legal Theory. Intimate Encounters, Uncomfortable Conversations,* Ashgate, Farnham-Burlington, VT, 2009.

de las mujeres son el acceso a los recursos y al poder. Otra corriente importante puede denominarse *feminismo de la diferencia,* o *feminismo cultural*, la cual reivindica más bien las diferencias de las mujeres respecto de los hombres.

El feminismo no es un movimiento homogéneo ni estático, aunque, en su núcleo, todos los enfoques y las corrientes feministas —ya sean moderados o radicales— promueven una visión crítica del género, teniendo a la igualdad como eje rector de su reflexión teórica y de su participación social. Por ello, una buena parte de las feministas han encauzado sus esfuerzos a modificar el *statu quo* y la dinámica de las sociedades modernas, abanderando el discurso de la igualdad y la independencia entre los géneros en sustitución de sus roles tradicionales.

En el marco del discurso jurídico, lo anterior se ha traducido en nuevas leyes e instituciones. De hecho, muchas mujeres se iniciaron en el estudio de la ciencia jurídica con el afán de adquirir nuevos instrumentos de lucha para la agenda política feminista.[3] Durante las décadas de los setenta y los ochenta, las ideas feministas en los Estados Unidos elaboraron argumentos jurídicos con fundamento en la idea de que el sexo no justifica la existencia de roles diferentes para las mujeres y los hombres en la sociedad, principalmente en el ámbito de la familia jerárquica tradicional. A raíz de esta crítica se abrieron paso nuevos postulados y teorías, como los de la *igualdad sustantiva*, que reivindica los derechos de la mujer mediante medidas correctivas que disminuyen y eliminan las desventajas y las desigualdades construidas a lo largo de muchos siglos. Estos enfoques se han denominado de *acción afirmativa* y propician un trato

[3] *Idem*.

diferenciado entre hombres y mujeres, con el objeto de generar un espectro más amplio de condiciones que favorezcan la igualdad real.[4]

3. Síntesis histórica del pensamiento y los movimientos feministas

Hacer una síntesis completa del pensamiento y los movimientos feministas resulta imposible en este espacio, pero sí es posible señalar algunos personajes y momentos relevantes.

Una de las figuras más importantes para la formación del feminismo liberal es la de Olympe de Gouges (1748-1793), militante de la Revolución francesa, quien redactó la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana (1791), señalando que debían extenderse a la mujer los mismos derechos que proclamaba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789). En el preámbulo, ese documento paralelo declara que "las madres, hijas, hermanas, representantes de la Nación piden que se les constituya en Asamblea Nacional", y en el artículo 1o., que "la mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos". Fue un primer llamado a igualar los logros sociales para los hombres y las mujeres que participaron en las revoluciones de entonces, pero no fue atendido en su momento.

A orillas del Támesis, una contemporánea de Olympe de Gouges, la inglesa Mary Wollstonecraft (1759-1797) escribió en 1792 una *Vindicación de los derechos de la mujer*,[5] en la que argüía que las mujeres no eran inferiores a los hombres, sino que estaban excluidas del dere-

---

[4] *Idem*.

[5] Mary Wollstonecraft, *La vindicación de los derechos de la mujer*, Cátedra, Valencia, 2000.

cho a la educación, exigiendo que fueran consideradas también en su derecho a la libertad y a emanciparse de esposos violentos; de este modo promovió un modelo femenino con derechos y deberes para ambos sexos. Tanto ella como Olympe de Gouges fueron castigadas de algún modo por la sociedad de su época a causa de sus posturas políticas y su conducta privada. La francesa murió en la guillotina por oponerse a la pena de muerte del rey Luis XVI, mientras que la inglesa tuvo que enfrentar el desprecio de la sociedad hacia sus elecciones amorosas y a su hija ilegítima.

Posteriormente, durante el siglo XIX, surgió en los Estados Unidos el *feminismo de la igualdad*. Elizabeth Cady Stanton (1815-1902), Lucretia Mott (1793-1880) y Susan B. Anthony (1820-1906), entre otras mujeres, y con algunos hombres, realizaron en 1848 la llamada Convención de Seneca Falls, en Nueva York, en la que la primera presentó su Declaración de Sentimientos, aprobada luego como Declaración de Seneca Falls, en la que se exigía la igualdad de derechos naturales entre hombres y mujeres, y de manera particular el derecho de la mujer al voto (el cual se lograría apenas en 1919 para Estados Unidos).

Por su parte, desde los albores del siglo XX las feministas latinoamericanas también se propusieron lograr su reconocimiento como ciudadanas con derecho a votar y a ser votadas. En 1916 se celebró en Mérida, Yucatán, el Primer Congreso Nacional Feminista, en el que cientos de mujeres se reunieron para debatir sobre la legislación nacional en temas como el derecho al sufragio y las libertades civiles y laborales.[6]

---

[6] Aurora Cortina G. Quijano, "Los congresos feministas de Yucatán en 1916 y su influencia en la legislación local y federal", *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, X: 159-192, 1998.

Las mujeres lograron el reconocimiento del voto en las naciones de la región a lo largo de la primera mitad del siglo XX; en México, Bolivia y Perú lo alcanzaron hasta 1952. A esta etapa se le denomina la *primera ola feminista*.[7] Una vez alcanzado el voto y establecido como derecho constitucional, las demandas de las feministas latinoamericanas se orientaron, en la década de los sesenta, a conquistar un reposicionamiento público, para lo cual la educación universitaria tendría un papel central.

En los años posteriores a la segunda Guerra Mundial, el pensamiento de Simone de Beauvoir (1908-1986), con su obra *El segundo sexo* (1949), al afirmar que "no se nace mujer, se llega a serlo", dio la pauta para la militancia posterior de muchas seguidoras que la leyeron en América Latina.

Los movimientos de la llamada *segunda ola del feminismo* fueron acompañados en este periodo por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la que, desde 1967, preparaba los compromisos internacionales de los países miembros para cerrar la enorme brecha existente entre los derechos y obligaciones de hombres y mujeres. En 1975 se realizó en México, auspiciada por la ONU, la Primera Conferencia Mundial sobre la Mujer. En nuestro país, esta conferencia estuvo precedida por una reforma constitucional, que proclamó que "el varón y la mujer son iguales ante la ley" (artículo 4o.), así como por una serie de modificaciones a códigos y leyes para remover muchas de las normas discriminatorias para la mujer que todavía estaban en vigor.

Durante los años ochenta, los grupos feministas de América Latina tuvieron acceso a recursos internacio-

[7] Alba Carosio, "Feminismo latinoamericano: imperativo ético para la emancipación", en Alicia Girón (coord.), *Género y globalización,* Clacso, Buenos Aires, 2009.

nales y se formaron las organizaciones de la sociedad civil que marcarían las luchas de esos años y los subsecuentes. El movimiento feminista se institucionalizó y se elaboraron las agendas de política pública a favor de las mujeres en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo (1994) y la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995).

En las dos últimas décadas del siglo XX, el feminismo se academizó. Desde 1970, las teóricas estadunidenses definieron al género como una categoría diferenciada, pero vinculada socialmente a la de sexo. Entendiendo al género como un concepto sustentado en la diferenciación entre sexos, mediados por el poder de uno —el masculino— frente a la subordinación del otro, los esfuerzos de los estudios de la academia y de las luchas militantes se orientaron a privar de sustento natural a la confrontación de géneros y se resaltó la construcción sociocultural de las condiciones en las que se dan las vidas subordinadas de las mujeres, construcción apoyada en la falsa premisa de la supremacía masculina, la que, por ser un producto histórico, puede ser deconstruida.

En la primera década del siglo XXI, el tema que más relevancia ha adquirido, sobre todo en nuestro país, es el de la violencia contra las mujeres o "violencia de género". En 2007, el Congreso de la Unión aprobó, con apoyo en las iniciativas presentadas por académicas, grupos militantes y organizaciones ciudadanas, la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia.

La importancia de esta y otras leyes similares contra la violencia de género, junto con los instrumentos internacionales relevantes, como la Convención de Belém do Pará (Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, 1994) se acrecienta por el incremento de los feminicidios (los

de Ciudad Juárez se habían convertido en un escándalo mundial), lo que, a su vez, desencadenó una serie de recomendaciones de los organismos internacionales competentes y las primeras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra nuestro país (por ejemplo, en el *caso "Campo Algodonero"*).[8]

Ahora, al eje de lucha contra la violencia de género se ha sumado la demanda por los derechos y la autonomía de las mujeres sobre su cuerpo, es decir, por los llamados "derechos sexuales y reproductivos", con énfasis en la despenalización del aborto (en la Ciudad de México se aprobó en 2007 y fue posteriormente legitimada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación).

En la historia del feminismo se aprecia que ha prevalecido el feminismo de la igualdad, el que ha logrado éxitos indiscutibles, gracias a los cuales se han incorporado en las Constituciones y en las leyes de los diversos países las normas que deben garantizar las condiciones necesarias para mejorar la vida de las mujeres. Sin embargo, ni las normas ni las leyes parecen haber penetrado de manera suficiente en la mentalidad y la cultura de hombres y mujeres, por lo que se plantea la pregunta si no debemos repensar nuevamente las diferencias sexuales, fisiológicas, emocionales y culturales, es decir, avanzar más en dirección a un feminismo de la diferencia.

4. Crítica feminista del derecho

La relación del feminismo con el derecho está marcada por la ambigüedad. Por un lado, el fenómeno jurídico es foco de la crítica feminista; pero, por el otro, se le

[8] Véase Lucía Melgar, "¿Ni un 'poquito de justicia'? El feminicidio en Ciudad Juárez y la sentencia del caso 'Campo algodonero'", en Irma Saucedo y Lucía Melgar (coords.), *¿Y usted cree tener derechos? Acceso de las mujeres mexicanas a la justicia*, UNAM, México, 2011.

considera también como herramienta en la lucha por la emancipación de las mujeres. A pesar del ímpetu con el que el feminismo ha criticado tanto como ha utilizado el derecho, hay una incontable diversidad de variantes y matices en ambos sentidos.

Desde el feminismo, se hacen estudios críticos sobre el derecho, mismos que pueden clasificarse en tres vertientes:[9] primero, sobre la teoría del derecho; luego, en cuanto a las instituciones jurídicas, y por último, en relación con los métodos del análisis jurídico.

La crítica feminista a la *teoría del derecho* sostiene que éste es producto de sociedades patriarcales, construido a partir de una supuesta neutralidad y universalidad, que en realidad tiene el propósito de fundar y cimentar el dominio de los hombres. La propuesta del feminismo se pronuncia por que el derecho introduzca un balance en los valores, la ética y la justicia para las mujeres.

En relación con las *instituciones jurídicas*, la crítica por parte del feminismo es más amplia. Mientras las feministas liberales enderezaron sus ataques contra las normas y las instituciones que excluían a las mujeres como titulares de algún derecho (por ejemplo, el derecho al voto, al trabajo o al aborto), las feministas sociales y socialistas enfocaron sus esfuerzos en el problema de la autonomía plena de las mujeres, propugnando igualdad en salarios, empleos, seguridad social y distribución de los recursos.

Sobre los *métodos de análisis jurídico*, las feministas han formulado el denominado "método feminista", que, *grosso modo*, consiste en tres principios: primero, *the women question* (nueva lectura e interpretación de textos jurídicos desde una perspectiva feminista); segundo,

---

[9] Isabel Cristina Jaramillo, "La crítica feminista al derecho", *cit.*

la tesis de la "razón práctica femenina", por el que hay que considerar las variables que conduzcan a la integración y la reconciliación creativas, y, por último, la regla de la "creación de conciencia", encaminada a lograr el efecto de empoderamiento de las mujeres.

5. ¿Qué es la teoría *queer*?

A diferencia de los movimientos feministas, el surgimiento de la teoría *queer* se dio durante las décadas de los ochenta y noventa, cuando la comunidad LGBTTTI (lésbico, gay, bisexual, transexual, transgénero, travesti e intersexual) combatió abiertamente las problemáticas relacionadas con el ejercicio de una sexualidad distinta en diversos espacios públicos. La teoría *queer* considera que la visión sobre el sexo y el género es limitada, ya que incluso concebirla bajo la distinción binaria entre "heterosexual" y "homosexual" rechaza la posibilidad de otros entendimientos sexuales. Así, la teoría *queer* intenta desdibujar los conceptos arraigados sobre la sexualidad humana y plantea pluralizar la imagen del sexo y el género.

La teoría *queer* tiene su origen en el vocablo inglés *queer*, que tiene varios significados, como los de "extraño", "raro", "excéntrico", "estrafalario", "falso", entre otros. En relación con la orientación sexual de las personas, se advierte que esta palabra es utilizada usualmente para expresar un sentimiento despectivo hacia quienes son considerados raros, anormales o pervertidos, particularmente respecto de aquellas orientaciones que son periféricas a la heterosexual (gays, lesbianas y otras). No obstante, el concepto puede cambiar de signo cuando es empleado como verbo para expresar la acción de "desequilibrar", "alterar", "agitar" o "cam-

biar".[10] Por tanto, la palabra *queer* tiene una doble acepción por la cual desempeña un papel bifurcado entre lo que no es normal y, a la vez, lo que altera la visión hegemónica.

Lo *queer* hace alusión a una idea inquietante, rebelde y subversiva que intenta fragmentar el paradigma hegemónico de las sociedades heteropatriarcales, es decir, dominadas por los paradigmas heterosexual y patriarcal a la vez. La noción de lo *queer* puede apreciarse, por ejemplo, cuando un hombre o una mujer adoptan representaciones opuestas a las que ha impuesto el género socialmente preestablecido, como usar una vestimenta distinta a la prescrita por el mundo predominante. La nota distintiva de las personas *queer* es que manifiestan su abierta oposición al paradigma heteropatriarcal institucionalizado, que constriñe los deseos que intentan escapar de la norma.[11] El uso del término inglés es conservado por sus promotores, quienes consideran que cualquier tipo de traslación desde el idioma original haría perder la esencia ambivalente del concepto.[12]

El movimiento *queer* surgió en el controvertido y abigarrado tejido social estadunidense, en el que los postulantes de las ideas *queer* forjaron su teoría acerca de la sexualidad con base, entre otros, en el pensamiento de Michel Foucault[13] y en el texto de *Cristianismo, toleran-*

---

[10] Véase, por ejemplo, Brad Epps, "Retos, riesgos, pautas y promesas de la teoría Queer", *Revista Iberoamericana*, LXXIV (225): 897-920, 2008; María Amalia Viteri *et al*., "¿Cómo se piensa lo 'queer' en América Latina? Presentación del Dossier", *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, 39 (enero): 47-60, 2011.

[11] Rafael Mérida Jiménez, *Sexualidades transgresoras. Una antología de estudios* queer, Icaria, Barcelona, 2002.

[12] Ricardo Llamas Muñoz, *Teoría torcida. Prejuicios y discursos en torno a la "homosexualidad"*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1998.

[13] Michel Foucault, *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*, Siglo XXI Editores, México, 1977.

cia social y homosexualidad, de John Boswell, en el que se trata la tolerancia hacia la homosexualidad en la Edad Media.[14]

6. Conclusiones

Para concluir, conviene señalar que, más allá de las críticas y los cuestionamientos que se generan entre feminismo y teoría *Queer* —las feministas tachan a esta última de hedonista, y los promotores de la teoría *Queer* acusan de moralistas a las primeras—,[15] ambas posiciones tienen en común haber surgido en defensa de grupos históricamente marginados y oprimidos. En última instancia, tanto el feminismo como la teoría *queer* —lo mismo que otras corrientes semejantes como la Critical Race Theory— tienen que enfrentar una serie de preconcepciones construidas —y frecuentemente asentadas y reforzadas por el derecho—, que han sido establecidas desde la hegemonía masculina y heterosexual para intentar crear una nueva imagen sobre el sexo, el género y la orientación sexual, y junto con ello, un nuevo paradigma para la ciencia jurídica, la sociología y la política del derecho.

7. Lecturas recomendadas

Fonseca Hernández, Carlos y María Luisa Quintero Soto, "La teoría *Queer*: la de-construcción de las sexualidades periféricas", *Sociológica*, año 24, núm. 69 (México, enero-abril de 2009).

---

[14] John Boswell, *Cristianismo, tolerancia social y homosexualidad,* Muchnik, Barcelona, 1980.

[15] Martha Albertson Fineman, "Introduction…", *cit.*, p. 6.

PITCH, Tamar, "Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 44 (Granada, 2010).

RAPHAEL DE LA MADRID, Lucía, "Los estudios de género, la importancia de la 'exterioridad' en el derecho", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXI, núm. 256 (México, julio-diciembre de 2011).

8. PREGUNTAS PARA LA DISCUSIÓN Y LA REFLEXIÓN

- Los críticos del feminismo y los estudios de género señalan que estas categorías son sólo una "ideología". ¿En qué sentidos puede ser esto cierto o falso y qué consecuencias tiene?
- ¿En qué medida las luchas por la emancipación de las mujeres y las minorías no heterosexuales pueden contribuir a la protección de los derechos de otros grupos oprimidos?
- ¿De qué modo se están incorporando en las leyes y las instituciones jurídicas la llamada "perspectiva de género"? ¿Qué importancia tiene el "lenguaje incluyente" en la elaboración de las normas jurídicas? Busque ejemplos relevantes.
- Los estudios feministas y de género, así como la teoría *Queer*, ponen gran énfasis en que las identidades humanas son producto de la construcción social y cultural. ¿Significa esto que prescinden totalmente de los factores evolutivos y biológicos? ¿De qué modo pueden incorporarse éstos en la discusión actual?

XIII. CONTROL SOCIAL Y DERECHO

Objetivo general

- Conocer las distintas relaciones que pueden establecerse entre el derecho y el control social, principalmente en el campo de las instituciones de seguridad pública y justicia penal.

Objetivos particulares

- Conocer, desde una perspectiva teórica, las principales transformaciones del campo de las instituciones de seguridad pública y justicia penal.
- Describir los cambios más recientes en las instituciones de seguridad pública y justicia penal en México y América Latina.
- Conocer los principales temas de los estudios sociojurídicos con relación a las instituciones de seguridad pública y justicia penal.

1. Introducción

La relación del derecho con el "control social" varía en función de la forma en que nos acerquemos a este último concepto. En una primera definición, amplia, el "control social" puede considerarse como la capacidad de toda sociedad para autorregularse de acuerdo con valores y objetivos socialmente acordados. Conforme a esta definición, el "control social" no aparece sólo como una idea constrictiva, negativa, sino que establece una cone-

xión clara con la política y con el cambio social, para el cual pueden ser mecanismos privilegiados el derecho y las políticas públicas. Desde esta perspectiva, el "control social" no se entiende solamente desde los objetivos del control del comportamiento "desviado" y el logro de la conformidad con las expectativas sociales de un orden ya establecido.

Esta perspectiva amplia del "control social" es cercana a las propuestas teóricas de los pensadores clásicos de la sociología y la sociología jurídica, como Émile Durkheim y Max Weber (véase la lección II). Para ambos, el derecho es un elemento central en términos de dominación política y "control social". Según Weber, la estabilidad de la vida social es más probable si se acepta la existencia de un "orden legítimo", siendo el "derecho" un tipo de orden que está garantizado externamente por la probabilidad de una sanción aplicada por un cuadro coactivo profesional,[1] y su legitimidad en la sociedad moderna depende mayormente de la creencia en que sus preceptos han sido estatuidos según procedimientos formalmente correctos.

Durkheim no utilizó el término "control social", pero su compleja formulación del orden moral en la sociedad moderna va más allá de ver a la sociedad como una fuerza coactiva sobre el individuo, para considerarla también como el medio que permite su constitución y desarrollo. El individuo no es antagónico a la sociedad, sino que nace y se desarrolla participando en ella. Es en las complejas sociedades modernas donde el individuo puede desarrollar su autonomía, pero para ello es necesaria la presencia de un Estado activo como garante de sus derechos y de una justa y eficaz regulación jurídica de los nuevos intercambios que la vida moderna requiere.

---

[1] Max Weber, *Economía y sociedad*, 3a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2014, p. 163.

El "control social" como conjunto de fuerzas sociales que pueden orientar a una sociedad hacia un ideal valorado es una idea que no se reduce a los mecanismos de amenaza y uso de la fuerza para lograr la conformidad de los comportamientos. Bajo esta perspectiva, una sociedad cuya organización se base en buena medida en la amenaza o el uso de la fuerza en realidad carece de "control social". Sin embargo, en toda sociedad se necesitan mecanismos directos de coerción, pero éstos serán más efectivos si están enmarcados en un sistema de normas con altos niveles de legitimidad social.

Esta primera idea de "control social" es también relevante en los inicios de la sociología norteamericana,[2] para la cual la capacidad de alcanzar fines individuales y colectivos tuvo prioridad explicativa sobre la conformidad de las personas con el orden existente. Los teóricos centrales de la Escuela de Chicago, como W. I. Thomas (1863-1947) o Robert E. Park (1864-1944), están de acuerdo con el sociólogo alemán Georg Simmel (1858-1918) al señalar que la participación en diferentes grupos de la vida social, con los controles sociales que esto implica, tiene efectos tanto de socialización como de individuación, y estos procesos son centrales para el desarrollo de la identidad y la creatividad de las personas.[3] Un vínculo similar con el "control social" es el que establece el realismo jurídico (véase la lección IV). Para Roscoe Pound, por ejemplo, el derecho es una forma altamente especializada de control social que permite ajustar las relaciones y ordenar las conductas al interior de una sociedad políticamente organizada.[4]

---

[2] Morris Janowitz, "Sociological Theory and Social Control", *American Journal of Sociology*, 81 (1): 82-108, 1975.

[3] Véase Georg Simmel, *Sociología: estudios sobre las formas de socialización*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.

[4] Roscoe Pound, *Social Control Through Law*, Transaction Publishers, Nuevo Brunswick-Londres, 1997.

Una segunda definición de "control social" se refiere a la combinación de controles externos al comportamiento desviado, así como a la internalización del orden moral propio de cada sociedad. Dicho en otras palabras: el "control social" es el conjunto de controles externos y de procesos de socialización que generan conformidad con las expectativas sociales. El "control social" pasa a ser un grupo de factores clave en la explicación de los patrones de conducta desviada, y en esa perspectiva se analizan privilegiadamente los constreñimientos que operan alrededor de los fenómenos delictivos. De esta forma, el Estado y el derecho reaparecen bajo la forma de las principales instituciones que buscan dar respuesta a los comportamientos desviados, ya sea como controles, ya sea como procesos de socialización que pretenden generar conformidad social. Conforme a esta segunda perspectiva, la relación entre derecho y control social se ha centrado principalmente en las instituciones de seguridad pública y justicia penal, como las cárceles, por cuanto intentan enfrentar los problemas del desvío delictivo. Ésta es principalmente la perspectiva que se desarrollará en los siguientes apartados.

2. Control social, seguridad pública y justicia penal

Al hablar de "control social" con relación al delito se pueden mencionar distintos tipos de factores y constreñimientos, y entre ellos las "reacciones organizadas a la desviación",[5] en las que se otorga un lugar especial a la posición que ocupa el Estado.

[5] Stanley Cohen, *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

Es posible describir el cambio histórico en las instituciones de seguridad y justicia, pero también es necesario analizar presupuestos de mayor abstracción para comprender su transformación. Stanley Cohen llama a esos presupuestos "visiones de control social", las cuales permiten dar cierta unidad a la diversidad de respuestas organizadas en torno al delito.[6] Se trata de ideologías o visiones del mundo que subyacen en las diversas políticas, instituciones o acciones que pretenden enfrentar al fenómeno delictivo. Tales presupuestos pueden referirse a las motivaciones básicas de las personas para delinquir, a la capacidad del Estado para moldear las subjetividades o para dirigir el cambio social, a las utopías acerca de la armonía de la comunidad, o a las distopías de la sociedad de masas y las grandes urbes. Cada visión realza, o excluye, teorías y prácticas mediante las cuales se intenta dar respuestas individuales, comunitarias e institucionales a los problemas de la desviación delictiva.

Es a fines del siglo XVIII y principios del XIX que se crean los fundamentos modernos del sistema de instituciones de control del delito, instituciones de carácter burocrático y centralizado, basadas en conocimientos y clasificaciones expertas sobre los tipos de desviación, y que encuentran en las instituciones de aislamiento (las cárceles, los manicomios, los asilos, etcétera) el instrumento dominante de castigo y modificación de los comportamientos.[7] La "visión" tradicional que respaldó tal sistema se basaba en valores humanitarios y en la creencia en la capacidad del conocimiento científico y técnico para solucionar los problemas del desvío, reemplazando las viejas formas del castigo basadas en la

---

[6] *Idem*.

[7] *Ibidem*, p. 34.

venganza propias de las sociedades tradicionales. Las perspectivas sociológicas posteriores, funcionalistas o críticas, cuestionarán los rasgos idealizados de tales fundamentos clásicos.

Luego de varias décadas, la constatación del fracaso del sistema tradicional de control, en particular de las instituciones penitenciarias, comienza a ofrecer una variedad de lecturas. Por un lado, se insiste sobre sus principios y se acusa su mala implementación (un argumento siempre socorrido), tratando de profundizar en las promesas de la rehabilitación con tratamientos aún más individualizados y mejores conocimientos técnicos. Pero también se desarrollan lecturas críticas que develan como falsos los principios en los que se basaba el modelo, señalando que los malos resultados del sistema de control en realidad son los que su verdadera función requiere: la reproducción de un sistema social de dominación. Desde una mirada marxista, por ejemplo, los sistemas de control de la delincuencia tienen por finalidad responder a las necesidades del capitalismo, reprimiendo a los sectores obreros y excluyendo o gestionando a las clases marginales.[8]

A partir de los años sesenta, las visiones críticas desarrollan una serie de nuevas ideas, opuestas en buena medida al modelo tradicional. Se busca ir en contra o más allá del Estado como agencia de control, y se vuelve a apelar a los controles de las comunidades, que la vida moderna habría erosionado en gran medida. El aislamiento respecto de la vida social es juzgado inadecuado como castigo para muchos delitos, y del ideal de la rehabilitación se pasa a la resocialización comunitaria.[9]

---

[8] Darío Melossi y Massimo Pavarini, *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*, Siglo XXI Editores, México, 1980.

[9] Cohen, *Visiones de control social…*, *cit.*

En las últimas décadas del siglo pasado, la situación del delito y de la seguridad sufrió importantes cambios a nivel mundial y regional, impactando en el funcionamiento y en las reformas a las instituciones de justicia penal y seguridad pública. No se trata, por supuesto, de cambios homogéneos, pero sí es posible describir un conjunto de características más o menos comunes y persistentes. Estos cambios pueden considerarse como un contexto general que permea un espacio institucional y social múltiple. David Garland señala que es posible entender las transformaciones en la teoría criminológica, la legislación penal, las políticas penales, la prevención del delito, las policías, las instituciones de justicia, las condenas, los tipos de castigo, el lugar de las víctimas, etcétera, como partes dinámicas del campo estructurado del delito y la justicia penal.[10]

El campo de la justicia penal y el delito se ha transformado como consecuencia de los posicionamientos políticos y de las decisiones jurídicas y administrativas, pero éstas enraízan en nuevas relaciones sociales y visiones culturales.[11] Este trasfondo está descrito por tres características: *a)* la persistencia de altas tasas delictivas, *b)* la aceptación de que el Estado, principalmente a través de sus instituciones de justicia penal y seguridad pública, encuentra fuertes limitaciones para contener el delito, y *c)* como corolario de los dos puntos anteriores, el delito trae consigo sentidos sociales que ocupan un lugar relevante en las prácticas cotidianas, en particular en los grandes centros urbanos.

En el plano de las políticas públicas de seguridad, la interpretación dominante comienza a ser la del delito como consecuencia de los fracasos de una serie de "con-

---

[10] David Garland, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005, p. 14.

[11] *Ibidem*, p. 39.

troles sociales" formales e informales que se presentan a diferentes niveles (familia, comunidad, Estado). Nuevos significados van de la mano con los giros y énfasis de las teorías criminológicas, entre las que ocupan un lugar relevante las diversas teorías del control,[12] ecológicas,[13] de la desorganización social[14] o del actor racional.[15] Por su parte, la interpretación que pierde fuerza (relativa) es la asociada a los fracasos de la socialización y a los déficits de integración social, clave de lectura privilegiada en gran parte del siglo pasado y vinculada directamente con el discurso y los objetivos de rehabilitación del "desviado".

En la población se destaca una mayor reflexividad acerca del delito y su afectación de la vida cotidiana, con un acrecentamiento del temor y la ansiedad asociada a los mayores riesgos delictivos, una mayor incertidumbre que también crece en otras esferas sociales.[16] El reconocimiento de las limitaciones del Estado en relación con el delito forma parte de una reformulación más general de su relación con la sociedad. Desde posicionamientos ideológicos de derecha y de izquierda se

---

[12] Travis Hirschi, *Causes of Delinquency*, University of California Press, Berkeley-Los Ángeles-Londres, 1969; Michel R. Gottfredson y Travis Hirschi, *A General Theory of Crime*, Stanford University Press, Stanford, 1990.

[13] Lawrence E. Cohen y Marcus Felson, "Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activity Approach", *American Sociological Review*, 44 (4): 588-608, 1979; Ronald V. Clarke, "Situational Crime Prevention: Theory and Practice", *British Journal of Criminology*, 20 (2): 136-147, 1980; James Wilson y George L. Kelling, "Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety", *The Atlantic,* marzo de 1982.

[14] Robert J. Sampson *et al.*, "Neighborhoods and Violent Crime: A Multilevel Study of Collective Efficacy", *Science*, nueva serie, 277 (5328): 918-924, 1997.

[15] Derek B. Cornish y Ronald V. Clarke, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, Springer/Verlag, Nueva York, 1986.

[16] Niklas Luhmann, *Sociología del riesgo*, 3a. ed., Universidad Iberoamericana, México, 2006.

desarrollan cuestionamientos al modelo centralizado y burocrático de las políticas penales y de la intervención estatal en general. La derecha privilegia la recuperación de la "sociedad civil", en su versión liberal de esfera para la libre persecución de intereses individuales, mientras que la izquierda subraya sus críticas en conjunción con los conceptos de la democracia participativa y el autogobierno comunitario.

Se trata de la llegada a las políticas penales de las semánticas de la "corresponsabilidad" como elemento clave de la reforma del Estado, llegada tardía a los ámbitos de la seguridad pública y la justicia penal en función del lugar constitutivo mínimo del Estado como "juez y gendarme" y del monopolio de la coacción física. Sin embargo, el descentramiento del actor estatal en su capacidad de imponer orden como respuesta a los problemas delictivos es ambiguo, y en muchos casos se refuerza aún más su papel. Las expectativas de que el Estado sí puede controlar el fenómeno delictivo se renuevan bajo teorías del control social que tienen su reflejo en nuevas modalidades de las políticas de seguridad pública.

Es en las respuestas de las instituciones de seguridad y justicia penal donde se expresan privilegiadamente los nuevos entendimientos del fenómeno delictivo, así como la renovación de viejas interpretaciones. Entre ellas destaca el abandono, en buena medida, del ideal de la rehabilitación. Durante gran parte del siglo XX, este objetivo había dirigido (cuando menos en el discurso y en la fundamentación normativa) el entendimiento del delito como un problema de deficiencias en la inclusión social y en el desarrollo de la personalidad. Las teorías criminológicas de referencia señalan los fracasos sociales[17]

[17] Robert K. Merton, *Teoría y estructura sociales*, 4a. ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

o individuales de la anomia o la frustración,[18] o el aprendizaje del desvío en los entornos culturales que lo legitimaban.[19] La nueva fuerza que cobra el aumento de la población en reclusión como medio para lograr la disminución del delito deriva, en su renovada justificación, de la capacidad para la inhabilitación o del posible efecto disuasivo, directo o indirecto, de la aplicación de la pena, un apoyo criminológico que se obtiene de la nueva fuerza que adquieren las teorías criminológicas de la disuasión[20] y del actor racional.[21]

A su vez, los espacios de la comunidad y la familia son interpelados como espacios para el desarrollo de tempranos controles[22] que previenen, anticipan y complementan los de las instituciones formales para la consecución de la seguridad de la población. En ese sentido, las propuestas de acercamiento a la "comunidad" de las instituciones de seguridad pública o de los nuevos procesos y salidas para la impartición de justicia penal

---

[18] Albert K. Cohen, *Delinquent Boys: The Culture of the Gang*, The Free Press, Glencoe, 1955; Richard A. Cloward y Lloyd Ohlin, *Delinquency and Opportunity: A Theory of Delinquent Gangs,* The Free Press, Glencoe, 1960; Robert Agnew, "Foundation for a General Strain Theory of Crime and Delinquency", *Criminology*, 30 (1): 47-88, 1992, y *Pressured into Crime: An Overview of General Strain Theory*, Roxbury, Los Angeles, 2006.

[19] Edwin Sutherland y Donald R. Cressey, "A Theory of Differential Association", en *Principles of Criminology*, Lippincott, Chicago, 1960.

[20] Gary S. Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", *Journal of Political Economy*, 76 (2): 169-217, 1968; Mark C. Stafford y Mark Warr, "A Reconceptualization of General and Specific Deterrence", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 30 (2): 123-135, 1993.

[21] Véase Cornish y Clarke, *The Reasoning Criminal…*, *cit*.

[22] Clifford R. Shaw y Henry D. McKay, *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, University of Chicago Press, Chicago, 1942; Robert J. Sampson, "Crime in Cities: The Effects of Formal and Informal Social Control", en Albert J. Reiss Jr. y Michael Tonry (eds.), *Communities and Crime*, University of Chicago Press, Chicago, 1986.

no implican necesariamente que el delito sea entendido como resultante de las características y oportunidades de la estructura social vigente, por ejemplo, desde la perspectiva de la privación relativa.[23] La responsabilidad de la comunidad es convocada en cuanto colaboración para el desarrollo de controles más eficientes contra una delincuencia que "llega" para apropiarse de los espacios comunitarios.[24] David Garland señala que las tendencias actuales —jurídicas, institucionales y culturales acerca del delito— han pasado a pensar el problema de la desviación desde la perspectiva durkheimiana de la solidaridad a la perspectiva hobbesiana del orden.[25]

3. Transformaciones del campo de la seguridad pública y la justicia penal en México y América Latina

No es posible subsumir las distintas respuestas, adaptaciones o reacciones de las instituciones estatales a los problemas delictivos en una única lógica o línea de acción. En el campo de la seguridad y la justicia penal pueden cohabitar propuestas policiales de "mano dura" y reformas de los códigos que promueven una mayor punición, pero también estrategias de acercamiento a la comunidad, de prevención social del delito y de reformas orientadas hacia las lógicas de la mediación y la justicia restaurativa.

En América Latina, estos procesos generales han cristalizado en diversas reformas de las instituciones policiales y de los sistemas de justicia penal. También

---

[23] Albert K. Cohen, "An Elaboration of Anomie Theory", en Nikos Passas y Robert Agnew (eds.), *The Future of Anomie Theory*, Northeastern University Press, Boston, 1997.

[24] James Wilson y George L. Kelling, "Broken Windows...", *cit*.

[25] David Garland, *La cultura del control...*, *cit*.

se reflejan en las nuevas estrategias de prevención del delito, que involucran tanto a las instituciones de seguridad y justicia como a la sociedad civil organizada y a la población en general.

En relación con las policías, y ante los nuevos contextos de inseguridad, la respuesta en diversos países de la región ha sido la formación de nuevas instituciones a nivel nacional y, en los países federales, llevar a cabo reformas orientadas a mejorar la coordinación administrativa y operativa entre los distintos órdenes de gobierno. En el caso de las policías, las reformas más frecuentes buscan una mayor profesionalización en el manejo de la información y en los estilos del trabajo policial operativo. Sin embargo, un amplio conjunto de características institucionales sedimentadas ha dificultado o desviado estos procesos de reforma y adaptación a las nuevas realidades del fenómeno delictivo.

En México, desde hace más de dos décadas los diagnósticos indicaron que el modelo tradicional de las policías se caracterizaba por una gran autonomía de cualquier forma de control social e incluso político (en cuanto a sus prácticas operativas) y un gran rezago profesional, presente en malas condiciones de trabajo y recursos humanos poco calificados. Como consecuencia, en el campo organizacional y en sus formas cotidianas de operar han cristalizado: *a)* la participación en distintas formas de corrupción, operativa y administrativa;[26] *b)* las prácticas de abuso a los derechos de la población como resultado sistemático de su actuación,[27] y *c)* la ineficacia en los objetivos directamente vinculados al

[26] Elena Azaola Garrido y Miquel Ángel Ruiz Torres, *Investigadores de papel. Poder y derechos humanos entre la policía judicial de la Ciudad de México,* Fontamara, México, 2009.

[27] Carlos Silva, *Policía, encuentros con la ciudadanía y aplicación de la ley en Ciudad Nezahualcóyotl*, UNAM, México, 2011.

combate del delito y a la seguridad de la población.[28] Como corolario de las características señaladas del modelo tradicional, se obtienen fuertes desconfianzas mutuas entre las policías y la población.[29]

Desde la década de los noventa, en América Latina se ensayaron distintos programas y reformas que recurrieron durante muchos años a la etiqueta de "policías comunitarias", posiblemente por ser un concepto valorado positivamente y que, a la vez, permitía ser ocupado por múltiples contenidos. En términos muy generales, estos programas y reformas tenían una orientación hacia la reconstrucción de la confianza mediante la mejora de las relaciones con grupos de la sociedad civil y con la población en general.[30] En algunos casos se construyeron mejores relaciones con la comunidad; en otros se trató solamente de una nueva retórica, sin que se desarrollaran verdaderos cambios en la operatividad. Fueron escasas las experiencias en las que hubo cambios institucionales que afectaran la filosofía y la cultura organizacional, quebrando las resistencias internas a un modelo crítico de la manera tradicional del trabajo policial.[31]

En el caso de México, ha habido experiencias de importantes cambios en las policías en los distintos ór-

---

[28] Arturo Alvarado, *El tamaño del infierno. Un estudio sobre la criminalidad en la Zona Metropolitana de la Ciudad de México*, El Colegio de México, México, 2012.

[29] Daniel Sabet, *Police Reform in Mexico: Advances and Persistent Obstacles,* Woodrow Wilson International Center for Scholars (Mexico Institute)/University of San Diego, Washington, D. C., 2010.

[30] Máximo Sozzo, "¿Hacia la superación de la táctica de la sospecha? Notas sobre prevención del delito e institución policial", *Cuadernos del Centro de Estudios del Desarrollo,* CED, Santiago de Chile, 1999.

[31] Hugo Frühling, *Policía comunitaria y reforma policial en América Latina ¿Cuál es el impacto?*, Universidad de Chile, Santiago de Chile, 2003.

denes de gobierno, aunque la permanencia de los procesos de reforma ha sido problemática. En el balance de las reformas policiales, la mayor parte se han hecho en las dimensiones necesarias para su modernización administrativa, infraestructural y tecnológica, pero con mucho menos fuerza en sus sistemas de rendición de cuentas, internos y externos, y, por tanto, sin importantes logros en un mejor control de los abusos sobre la población y en sus prácticas de corrupción.

Las reformas al proceso penal en América Latina cuentan con importantes antecedentes, pero es a partir de la década de los noventa que tales reformas cobraron un gran impulso. En términos generales, son sus centros de gravitación el paso de un modelo inquisitivo o mixto a uno acusatorio, los juicios orales y los derechos de imputados y víctimas. Se trata de procesos complejos que requieren la transformación de todas las instituciones y de los actores implicados para que aumente la probabilidad de su éxito. Una mejora significativa de la eficacia del sistema en el procesamiento de las denuncias y una atención respetuosa de los derechos de todas las personas podrían afectar positivamente el fenómeno global de la inseguridad (aunque se trata de un problema en el que intervienen otros factores), así como el fortalecimiento de la confianza de la población en sus instituciones de justicia y seguridad y, por tanto, en la imagen global acerca del Estado y la ley.[32] Por ello, en junio de 2008 se aprobó en México una importante reforma constitucional en materia de seguridad pública y justicia penal. Con antecedentes en las reformas emprendidas por varias entidades federativas, la reforma de 2008 tiene como objetivo la construcción de un sistema acusatorio y adversarial

[32] Máximo Sozzo, "¿Hacia la superación…?", *cit*.

con oralidad, publicidad y un adecuado balance entre las garantías ciudadanas y las atribuciones de las autoridades oficiales.[33]

Como en otras reformas de la región, la descongestión del sistema de justicia penal es uno de los objetivos, y el conjunto de los mecanismos alternativos es la contraparte necesaria de los juicios orales, que sólo deberán realizarse en un bajo porcentaje de los casos, mientras que la mayoría deberá encontrar su salida en mecanismos y soluciones alternativos.[34] En un cambio jurídico de tal magnitud queda en claro que su posible éxito va a depender de múltiples factores en interacción y, por tanto, que demandará una importante producción de conocimiento del campo de la sociología jurídica para orientar de mejor forma el complejo camino que tiene por delante.

4. Discursos de prevención y prácticas de control en el trabajo policial

Las teorías acerca del delito tienen un impacto evidente en las políticas de prevención del delito. De acuerdo con los determinantes que señale cada teoría, se pueden etiquetar los mecanismos y programas de prevención como "social", "comunitaria" o "situacional".

Los programas de prevención comunitaria tratan de aumentar los contactos, conocimientos y confianza entre las personas que habitan un mismo espacio local,

---

[33] Véase Guillermo Raúl Zepeda Lecuona, "El régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución mexicana, 1917-2017", en Gerardo Esquivel *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, t. 2, Instituto Belisario Domínguez/UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.

[34] *Idem*.

favoreciendo de esa forma los controles informales. Programas de este tipo se desprenden de teorías de la desorganización social,[35] de la eficacia colectiva[36] o de variedades de la teoría del control.[37] Otros programas de orientación comunitaria buscan que el castigo por algunos delitos o faltas se realice en los propios espacios locales, sin recurrir a medidas de reclusión, o mediante el desarrollo de mecanismos de mediación y justicia restaurativa. Muchas de estas acciones pueden enmarcarse en los desarrollos teóricos del etiquetamiento,[38] que señalan el papel estigmatizador, en algunos casos, de los procesos y castigos del sistema penal tradicional.

Los programas de prevención social que buscan crear mejores oportunidades laborales, educativas y de recreación, es posible referirlos también a diversas teorías del delito, como la teoría clásica de la anomia[39] o de la privación relativa.[40] Los programas de prevención social dirigidos al desarrollo de niños y adolescentes en los espacios de la familia y la escuela tienen conexión con

---

35 Clifford R. Shaw y Henry D. McKay, *Juvenile Delinquency…*, *cit.*

36 Robert J. Sampson *et al.*, "Neighborhoods and Violent Crime…", *cit.*

37 Hirschi, *Causes of Delinquency…*, *cit.*

38 Ross L. Matsueda, "Reflected Appraisals, Parental Labeling, and Delinquency: Specifying a Symbolic Interactionist Theory", *American Journal of Sociology*, 97 (6): 1577-1611, 1992; John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989; Lawrence W. Sherman, "Defiance, Deterrence, and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 30 (4): 445-473: 1993.

39 Robert K. Merton, *Teoría y estructura sociales*, *cit.*; Albert K. Cohen, "The Sociology of the Deviant Act: Anomie Theory and Beyond", *American Sociological Review*, 30 (1): 5-14, 1965.

40 Velmer S. Jr. Burton y Gregory Dunaway, "Strain, Relative Deprivation and Middle-Class Delinquency", en Gregg Barak (ed.), *Varieties of Criminology: Readings From a Dynamic Discipline*, Praeger, Westport, 1994.

las teorías que afirman que el reconocimiento y la corrección del comportamiento desviado en edades tempranas logran inculcar niveles adecuados de autocontrol, con consecuencias significativas para la vida de las personas.[41]

Entre las perspectivas que cobraron mayor desarrollo en las últimas décadas se encuentra el *análisis situacional del delito*. Como estrategia, muestra con claridad una de las premisas claves de las variantes de las teorías del control y del actor racional: no es necesaria la explicación de ninguna motivación especial para delinquir (se quiere obtener un beneficio), sino que es la ausencia o presencia de controles que lo permiten o lo inhiben, respectivamente.

En el caso de la prevención situacional del delito, los complejos problemas de la inclusión social, de la adquisición de normas o rasgos de personalidad, alineados con expectativas sociales de comportamientos respetuosos de la ley, son sustituidos por la reflexión acerca de los incentivos para delinquir que cada situación tiene en tiempos y lugares específicos.[42] La perspectiva del actor racional también ha implicado el reforzamiento de las políticas de mayor severidad y certeza en la aplicación de los castigos,[43] así como de los efectos disuasivos o de inhabilitación de las cárceles, luego de que fueran consideradas durante mucho tiempo como contraproducentes desde los principios de la rehabilitación y la teoría del etiquetamiento.[44]

---

[41] Gottfredson y Hirschi, *A General Theory of Crime*, *cit.*

[42] Ronald V. Clarke, "Situational Crime Prevention…", *cit.*

[43] Greg Pogarsky, "Deterrence and Individual Differences Among Convicted Offenders", *Journal of Quantitative Criminology*, 23 (1): 59-74, 2007.

[44] Edwin Lemert, *Human Deviance, Social Problems, and Social Control*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1972; Matsueda, "Reflected Appraisals…", *cit.*

A la prevención situacional del delito se suman otras perspectivas que parten de presupuestos similares acerca de las características específicas de los entornos y las oportunidades que generan para la decisión de cometer delitos. En la teoría de las actividades rutinarias,[45] las variaciones en el delito existen en función de la presencia de objetivos adecuados y de guardianes capaces, y estos factores dependen de las características de las actividades rutinarias de las personas. Para la teoría de las "ventanas rotas",[46] los comportamientos inciviles y el descuido de los espacios y la infraestructura urbanos inician una secuencia en etapas que favorece la comisión de delitos de mayor gravedad. La principal consecuencia en materia de política pública de seguridad es que la policía debe privilegiar el cumplimiento de sus funciones de "mantenimiento del orden": arrestos por faltas menores, revisiones en la vía pública a personas sospechosas, controles sobre personas alcoholizadas, acosadores, graffiteros, jóvenes que holgazanean, etcétera.

Sin embargo, una buena parte de las prácticas de trabajo policial sugeridas por estas perspectivas (arrestos, revisiones, cierto grado de manejo discrecional de las faltas para lograr el "mantenimiento del orden" adecuado a los distintos espacios urbanos) han sido y siguen siendo, para el caso de México, prácticas cotidianas del trabajo de los policías preventivos que, al realizarse bajo insuficientes controles y rendición de cuentas, la discrecionalidad de su ejecución ambienta la persistencia de problemas de abusos y corrupción.

---

[45] Cohen y Felson, "Social Change and Crime Rate Trends…", *cit.*; Ronald V. Clarke y Marcus Felson, *Routine Activity and Rational Choice*, Transaction Publishers, Piscataway, 1993.

[46] Wilson y Kelling, "Broken Windows…", *cit.*; George L. Kelling y Catherine M. Coles, *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, Simon and Schuster, Nueva York, 1996.

En la Ciudad de México, una de las manifestaciones más directas de esta perspectiva de prevención fue la promulgación de la Ley de Cultura Cívica en mayo de 2004, en la que se replicaron varias de las medidas de "calidad de vida" (detención de personas alcoholizadas, que saltan el torniquete del metro, que limpian los parabrisas de los carros, etcétera) de la ciudad de Nueva York.

El mayor énfasis de los nuevos modelos de trabajo policial en un conjunto de controles formales e informales, del espacio y de las conductas, conectan con los diagnósticos de Michel Foucault acerca del disciplinamiento y normalización de los sujetos y sus cuerpos.[47] Foucault analiza el poder y sus mecanismos y estrategias a partir de sus "formas capilares de existencia", en su materialidad y contacto con los cuerpos, y en sus efectos en la "creación" de los sujetos. Describe cómo la prisión y sus prácticas de poder-saber "fabrican" a los delincuentes en dos sentidos: en cuanto consolidan las condiciones para una carrera criminal y su reincidencia, y en cuanto a la creación de la categoría del "delincuente" como objeto y sujeto de estudio y control.[48]

5. Estudios sociojurídicos sobre las instituciones de justicia penal y seguridad pública

El campo de estudios sobre el funcionamiento de las policías y el sistema de justicia penal es diverso a los conocimientos propios del derecho penal y de la crimi-

[47] Michel Foucault, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 1976.

[48] David Garland, *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Siglo XXI Editores, México, 1999.

nología en cuanto determinantes del comportamiento delictivo.

En los países anglosajones, las policías comienzan a ser un campo de estudio de la corriente del "derecho y sociedad" a mediados del siglo pasado,[49] mientras que en México y en gran parte de América Latina los estudios por parte de juristas y científicos sociales sobre el funcionamiento de las instituciones de seguridad empiezan a tener un desarrollo importante, pero aún incipiente, desde hace algo más de dos décadas.

Como la toma de decisiones de las policías son la puerta de entrada de las posteriores etapas del sistema de justicia penal, el tema de la discrecionalidad policial ha sido de relevancia para el campo de los estudios sociojurídicos.[50] Si la inevitable discrecionalidad del trabajo policial debe quedar encauzada por la ley, se necesita de una producción estable de conocimientos empíricos acerca del tema. Los temas de estudio sociojurídico sobre las policías son múltiples, desde la cultura policial y su relación conflictiva con las exigencias de reglamentos y protocolos, la construcción de relaciones de confianza o desconfianza con distintos grupos de población, o la manera en que usa la fuerza pública. En México destacan las investigaciones sobre cultura policial,[51] las

---

[49] Jonathan Simon, "Thinking About Criminal Justice: Sociolegal Expertise and the Modernization of American Criminal Justice", en Austin Sarat (ed.), *The Blackwell Companion to Law and Society*, Blackwell, Malden, 2004.

[50] Jerome H. Skolnick, *Justice Without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*, John Wiley and Sons, Nueva York, 1966.

[51] Elena Azaola, *Imagen y autoimagen de la policía de la Ciudad de México*, Ediciones Coyoacán, México, 2006; María Eugenia Suárez de Garay, *Los policías: una averiguación antropológica*, ITESO, Guadalajara, 2006, y "Mexican Law Enforcement Culture", en Robert A. Donnelly y David Shirk (eds.), *Police and Public Security in Mexico*, University Readers, San Diego, 2010.

organizaciones formales e informales,[52] los procesos de reforma,[53] o los encuentros con la ciudadanía.[54]

Los temas vinculados al sistema de justicia penal son múltiples; son objeto de estudio relevante cada uno de los operadores del sistema en sus distintas etapas, así como sus interacciones. Al operar al interior de instituciones, una de las perspectivas propias de los estudios sociojurídicos es considerar sus acciones dentro de los incentivos de su carrera laboral o profesional.[55]

La sociología de los castigos y las prisiones constituye casi una subdisciplina propia de la relación entre derecho y control social. Desde perspectivas cercanas a las teorías de la disuasión o subculturales, se constata el fracaso de la prisión, en particular desde el paradigma dominante de la rehabilitación. La teoría de la disuasión específica señala que el castigo reduce el delito en las personas que han sido castigadas, pero la mayoría de los

---

[52] Beatriz Martínez de Murguía, *La policía en México*, Planeta, México, 1998; Azaola Garrido y Ruiz Torres, *Investigadores de papel…*, *cit*.; Gustavo Fondevila, *"Madrinas": Informantes y parapolicías. La colaboración ilegal con el trabajo policial en México*, CIDE, México, 2009; Alvarado, *El tamaño del infierno…*, *cit*.

[53] Marcos Pablo Moloeznik, "Seguridad pública y reforma policial en México: ¿cambio o continuidad?", en Lucía Dammert y John Bailey (coords.), *Seguridad y reforma policial en las Américas. Experiencias y desafíos*, Flacso/ILANUD/Siglo XXI Editores, México, 2005; Juan Salgado y Ernesto Treviño, *Los retos para la reforma policial a nivel local en México: una evaluación de las unidades de protección ciudadana en el Distrito Federal*, Fundar, México, 2009; Daniel Sabet, "Two Steps Forward: Lessons from Chihuahua", en Robert A. Donnelly y David Shirk (eds.), *Police and Public Security in Mexico*, University Readers, San Diego, 2010, y *Police Reform in Mexico. Informal Politics and the Challenge of Institutional Change*, Stanford Politics and Policy, Stanford, 2012.

[54] Claire Naval, *Irregularidades, abusos de poder y maltratos en el Distrito Federal*, Fundar Centro de Investigación y Análisis, México, 2006; Carlos Silva, *Policía, encuentros con la ciudadanía...*, *cit*.

[55] Simon, "Thinking About Criminal Justice…", *cit*.

estudios sugieren que los castigos más severos no reducen el delito en comparación con castigos menos severos.[56] Con respecto al propio castigo, los estudios sugieren que las personas que han sido castigadas no tienen una tasa menor de subsecuentes delitos. Sin embargo, puede ser que algunos ofensores reduzcan sus delitos y otros los aumenten.[57]

Los estudios sociojurídicos de las prisiones en México han privilegiado llevar a cabo encuestas entre los reclusos, lo que permite conocer la situación de vida de los internos, así como saber acerca de las etapas previas de sus procesos.[58] Los resultados describen los principales problemas de la justicia penal, las violaciones a los derechos humanos de la población reclusa, la selectividad clasista y la capacidad estigmatizadora del sistema.

El funcionamiento del sistema de justicia penal ha sido abordado desde miradas generales sobre sus rasgos institucionales y sus resultados,[59] su selectividad

---

[56] Robert Agnew, *Juvenile Delinquency: Causes and Control*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

[57] Sheldon Ekland-Olson *et al.*, "The Paradoxical Impact of Sanctions: Some Microstructural Findings", *Law and Society Review*, 18 (2): 159-178, 1984.

[58] Catalina Pérez Correa y Elena Azaola (coords.), *Resultados de la primera encuesta realizada a población interna en centros federales de readaptación social*, CIDE, México, 2012; Elena Azaola, "Women Prisoners: Theory and Reality in México", en *Punishment and Incarceration: A Global Perspective*, Emerald Group Publishing, Bingley, 2014; *Las mujeres invisibles. Los costos de la prisión y los efectos indirectos en las mujeres,* Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, D. C., 2015.

[59] Guillermo Raúl Zepeda Lecuona, *Crimen sin castigo: procuración de justicia penal y Ministerio Público en México*, CIDAC/Fondo de Cultura Económica, México, 2004, y "El régimen de aplicación de la prisión preventiva en la Constitución mexicana, 1917-2017", en Gerardo Esquivel *et al.* (coords.), *Cien ensayos para el centenario...*, *cit*.

discriminatoria,[60] o con descripciones en profundidad del funcionamiento cotidiano de distintas oficinas, en particular las de los ministerios públicos.[61] Los estudios sociojurídicos han producido análisis críticos de las prácticas en los juzgados penales, subrayando las falencias en el debido proceso. El estudio de las sentencias de la justicia penal también es un campo propio de los estudios sociojurídicos, con aspectos generales e implicaciones para la población en reclusión,[62] o el análisis sociojurídico de casos más específicos.[63]

La reforma constitucional sobre seguridad y justicia penal de 2008 ha implicado la realización de diversos ejercicios de evaluación de las experiencias de implementación.[64] El seguimiento de los procesos de reforma penal debe tomar en cuenta las transformaciones nor-

---

[60] Catalina Pérez Correa, "El sistema penal como mecanismo de discriminación y exclusión", en *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual,* UNAM, México, 2014.

[61] Ana Laura Magaloni, *El Ministerio Público desde adentro. Rutinas y métodos de trabajo en las agencias del MP*, CIDE, México, 2009; Catalina Pérez Correa, "Front Desk Justice: Inside and Outside Criminal Procedure in Mexico City", *Mexican Law Review*, I (1): 3-31, 2008; Cristina Begné Guerra, *Estado de derecho y Ministerio Público en México*, UNAM/Inacipe, México, 2014.

[62] Guilermo Zepeda Lecuona, *Crimen sin castigo…, cit.,* y *Seguimiento del proceso de implementación de la Reforma Penal en México. Estados de Chihuahua, Estado de México, Morelos, Oaxaca y Zacatecas 2007-2011*, Secretaría de Gobernación, México, 2012.

[63] Luis Pásara, *Cómo sentencian los jueces en el Distrito Federal en materia penal,* UNAM, México, 2006; Gustavo Fondevila, *Costumbres sociales y moral judicial*, CIDE, México, 2009.

[64] Guillermo Raúl Zepeda Lecuona, *La justicia penal alternativa en el modelo de justicia penal de Chihuahua,* UNAM/Procuraduría General de Justicia del Estado de Chihuahua, México, 2010, y *Seguimiento del proceso de implementación…, cit.*; Centro de Investigación para el Desarrollo, A. C. (CIDAC), *Evaluación de la implementación y operación. A ocho años de la reforma constitucional en materia de justicia penal*, CIDAC, México, 2016.

mativas, institucionales, organizacionales y de cultura jurídica, involucrando la actuación de todos los actores participantes.

La discriminación hacia las mujeres por las instituciones del sistema de justicia ha sido también un tema relevante para los estudios sociojurídicos. Problemas graves como los feminicidios, las violaciones, la violencia machista en el hogar, o la presentación de denuncias ante el sistema de justicia, han sido ejemplos de cómo las prácticas institucionales están estructuradas por el género. Al igual que en el caso de las prácticas discriminatorias por clase social, las instituciones de justicia no sólo fracasan en prevenir la dominación machista, sino que colaboran en su reproducción.[65]

Otro tema de relevancia acerca del funcionamiento de las instituciones de seguridad y justicia se refiere a las percepciones, evaluaciones y expectativas que la población tiene acerca de ellas, el cual hemos tratado en nuestro apartado sobre "cultura de la legalidad" (lección VIII).

6. Conclusiones

A lo largo de la lección hemos establecido distintas relaciones entre el derecho y el concepto de "control social". Partimos de una definición amplia del término, referida a la capacidad de toda sociedad para autorregularse, que nos permitió conectar con la forma en que los autores clásicos de la sociología han pensado el derecho en la sociedad. Luego, nos concentramos en una versión más restringida del "control social", entendido como los controles internos y externos al comportamiento desviado, y

[65] Jana Vasil'eva *et al.*, *Violencia de género y feminicidio en el Estado de México: la percepción y las acciones de las organizaciones de la sociedad civil,* CIDE, México, 2015; Catalina Pérez Correa, *Las mujeres invisibles…*, *cit.*; Elena Azaola, "Women Prisoners…", *cit.*

situamos el resto de la lección en el campo de las instituciones de seguridad pública y justicia penal.

Al analizar el campo de la justicia penal y la seguridad pública, así como su evolución histórica más reciente, subrayamos el papel de las teorías que apuntalan las decisiones políticas, administrativas y de política pública, e incluso las "visiones de mundo" previas a los compromisos teóricos y que suponen formas amplias de entender al actor social, el desvío y el orden social y comunitario. Entre los nuevos entendimientos del fenómeno delictivo hemos destacado cómo el ideal tradicional de la rehabilitación ha sido fuertemente erosionado a lo largo del siglo pasado y el presente, y cómo los problemas de inclusión social o conformación de la personalidad han sido desplazados, en buena medida, por la modificación de los incentivos para delinquir en tiempos y lugares específicos. En todo caso, el panorama teórico y de acciones de prevención asociadas es sumamente complejo.

Finalmente, hemos descrito los cambios y las reformas más recientes de las instituciones de seguridad y justicia penal en México y América Latina, así como hemos hecho un recorrido por algunos de los principales temas de investigación sobre dicho campo que han abordado estudios sociojurídicos recientes, en particular en México.

Las perspectivas sociojurídicas dejan en claro que la seguridad y la justicia penal no son sólo un tema del derecho en cuanto principios, normas y procedimientos, sino también complejos procesos sociales y organizacionales que deben ser objeto de análisis y reflexión. Asimismo, tampoco los fenómenos sociales como el desvío delictivo y la necesidad de los procesos de control social pueden ser entendidos sin una comprensión cabal de las normas, los procedimientos y las instituciones del derecho.

7. Lecturas recomendadas

Azaola, Elena, *Imagen y autoimagen de la Policía de la Ciudad de México*, Ediciones Coyoacán, México, 2006.

Cohen, Stanley, "Capítulo 1. Las pautas principales", en *Visiones de control social. Delitos, castigos y clasificaciones*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1988.

Garland, David, "Capítulo viii. Control del delito y orden social", en *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona, 2005.

Pérez Correa, Catalina, "El sistema penal como mecanismo de discriminación y exclusión", en *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual,* unam, México, 2014.

8. Preguntas para la discusión y la reflexión

- Al constatar los límites del Estado en el control del delito, se ha propuesto una mayor "corresponsabilidad" de distintos actores sociales y de la población en general. ¿Qué piensa al respecto? ¿Qué acciones de actores no estatales pueden ser positivas y cuáles problemáticas o perjudiciales?
- Algunas propuestas de prevención del delito afirman que es más sencillo (y más barato) cambiar las situaciones donde es posible que ocurra un delito, que intentar cambiar a las personas que delinquen. Bajo esta óptica, ¿se debería priorizar la prevención situacional del delito por sobre la comunitaria y la social? ¿Son excluyentes entre sí estos tipos de prevención?

- Las prácticas discriminatorias por clase social y por dominación machista han sido señaladas como un problema grave de las instituciones de justicia penal. ¿A qué aspectos normativos, organizacionales, culturales y de actuación daría seguimiento para enfrentarlas?